

Comitato Scientifico

Endrius Eliseo Cocciole, Nicola Colaianni,
Enrico Follieri, Fabio Francario,
Fabrizio Fracchia, François Lafarge,
Francesco Manganaro, Andrea Panzarola,
Aristide Police, Francesco Ricci,
Maria Alessandra Sandulli,
Fabio Santangeli, Giorgio Spangher,
Roberta Tiscini, Francesco Vergine.

Segreteria di redazione

Mirko Abbamonte – Raffaella Dagostino

I volumi pubblicati in questa Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

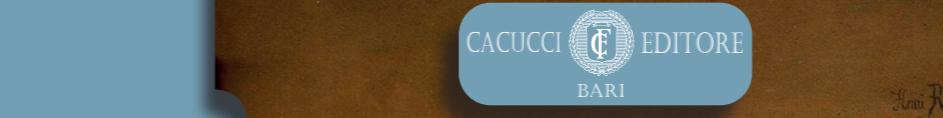
Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso i Direttori.

ISBN 979-12-5965-591-2



9 791259 655912

€ 35,00

17
B

R. Dagostino LE SFIDE DELLA VIGILANZA BANCARIA EUROPEA

La vigilanza bancaria europea è chiamata, oggi, ad affrontare nuove sfide che derivano dalla necessità di gestire rischi non solo esogeni rispetto a quelli tipici del settore creditizio, bensì fra loro eterogenei. Ne sono esempi: la gestione dei rischi da uso di strumenti di intelligenza artificiale, la gestione del rischio climatico e ambientale, che sposta l'ago della bilancia dalla stabilità del sistema finanziario verso la sostenibilità, con evidenti ricadute sui profili di discrezionalità amministrativa, nonché i profili di correlazione fra gestione del rischio riciclaggio e gestione dei rischi finanziari, soprattutto in conseguenza della recente europeizzazione della funzione di supervisione per la prevenzione del rischio riciclaggio e di contrasto al finanziamento del terrorismo attribuita all'AMLA, con il Regolamento UE n. 1620/2024. Queste sfide sottopongono la funzione di vigilanza a uno *stress test* per saggierne la tenuta, la validità, l'effettività o, piuttosto, per evidenziare disfunzioni, anche in relazione al grado d'incidenza di questo potere sull'esercizio dell'attività creditizia. Ciò evidenzia la perdurante attualità di una riflessione giuridica corale sulla vigilanza bancaria europea, aperta a saperi scientifici e competenze professionali diverse ma cointeressate, come in questa opera si è inteso fare.

Raffaella Dagostino è Professoressa Associata di Diritto Amministrativo presso l'Università di Foggia, Dipartimento di Giurisprudenza. Ha conseguito l'abilitazione scientifica nazionale all'esercizio delle funzioni di prima fascia nel medesimo settore scientifico. È autrice di due monografie, una in materia di vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica, l'altra sul ruolo delle Corti nel diritto del rischio, oltre che di diversi saggi di diritto amministrativo. Ha svolto alcuni periodi all'estero in qualità di visiting professor, da ultimo, presso l'Universidad de Alicante.

«Quando da bambini, a Calcutta, eravamo intenti nei nostri giochi, non di rado giungeva un bambino più piccolo, che insisteva per unirsi a noi. Fortunatamente avevamo escogitato un modo per risolvere situazioni come queste: lasciavamo che il nuovo arrivato partecipasse al gioco; prima, però, bisbigliavamo nelle orecchie degli altri giocatori le parole di “*elè belè*”. Un *elè belè* è un giocatore che crede di prender parte al gioco, ma che in realtà partecipa soltanto in apparenza. Tutti, tranne lui, sanno che non verrà preso sul serio. Un goal segnato da un *elè belè* non è un vero goal [...]» (K. BASU, *L'India e le illusioni della democrazia globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 5). Piace anche a noi utilizzare questa suggestione dell'*elè belè* quale metafora dell'odierna crisi della democrazia, tanto a livello mondiale quanto a livello nazionale. Da qui nasce l'idea di creare un nuovo strumento di “dialogo” su tematiche che coinvolgono trasversalmente il diritto sostanziale ed il diritto processuale, andando talora oltre le tradizionali partizioni tra le varie branche giuridiche. Ciò con l'obiettivo tanto ambizioso quanto doveroso di contribuire a stimolare, attraverso la riflessione giuridica, un rinnovato dibattito sulla nostra democrazia. Il rischio è che la condizione del cittadino possa regredire a quella di un *elè belè*, convinto di partecipare al grande “gioco” della democrazia dal quale, invero, potrebbe restare escluso. Anche per questo abbiamo voluto caratterizzare la copertina dei volumi di questa nuova Collana con l'immagine del dipinto “Giocatori di palla ovale”, 1908, di Henri Rousseau.

Roberto Martino
Antonio Barone

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

Comitato Scientifico

Endrius Eliseo Cocciole, Nicola Colaianni, Enrico Follieri,
Fabio Francario, Fabrizio Fracchia, François Lafarge,
Francesco Manganaro, Andrea Panzarola, Aristide Police,
Francesco Ricci, Maria Alessandra Sandulli, Fabio Santangeli,
Giorgio Spangher, Roberta Tiscini, Francesco Vergine.

Segreteria di redazione

Mirko Abbamonte – Raffaella Dagostino

I volumi pubblicati in questa Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso i Direttori.

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo
Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

LE SFIDE DELLA VIGILANZA BANCARIA EUROPEA

a cura di
RAFFAELLA DAGOSTINO

CACUCCI  EDITORE
BARI

Il lavoro è frutto del Progetto di Ricerca di Ateneo “*Secret, State security and discovery of intelligence information*”, ammesso al finanziamento a valere sul Fondo per i Progetti di ricerca di Ateneo (c.d. Bando PRA-2022) dell’Università degli Studi di Foggia e raccoglie le relazioni svolte in occasione del Convegno *Le sfide della vigilanza bancaria europea*, svoltosi presso l’Università di Foggia, 14-15 novembre 2024.

Pubblicazione realizzata con un contributo sui fondi del 5x1000 dell’IRPEF a favore dell’Università di Foggia, in memoria di Gianluca Montel (Published with a contribution from 5x1000 IRPEF funds in favour of the University of Foggia, in memory of Gianluca Montel), nonché oggetto di cofinanziamento con fondi del richiamato bando PRA-2022.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

L’Archivio della Casa Editrice Cacucci, con decreto prot. n. 953 del 30.3.2022 della Soprintendenza Archivistica e Bibliografica della Puglia-MiC, è stato dichiarato **d’interesse storico particolarmente importante ai sensi degli articoli 10 c. 3, 13, 14 del d. lgs. 42/2004.**

© 2025 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d’Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell’autore e dell’editore.

INDICE

MICHELE TRIMARCHI

Ringraziamenti 1

RAFFAELLA DAGOSTINO

Le sfide della vigilanza bancaria europea: una introduzione 3

PRIMA SESSIONE

La vigilanza prudenziale della BCE: nuove prospettive del rapporto autorità-libertà

ENRICO FOLLIERI

La vigilanza prudenziale della BCE: nuove prospettive del rapporto autorità-libertà. Prime riflessioni 11

ANTONIO BARONE

La vigilanza bancaria europea nel prisma della gestione di rischi sistematici 19

MARCO MACCHIA

La legittimazione della Banca Centrale Europea tra tecnica e politica 33

NINO PAOLANTONIO

Tecnica e interessi nella vigilanza prudenziale 57

ROSA CALDERAZZI

Gli effetti della regolazione della Banca d'Italia sull'organizzazione 79

CARMELA ROBUSTELLA

L'attività di supervisione sottratta alla competenza della BCE: la vigilanza di tutela 101

GIUSEPPE DRAGO

Autorità e libertà nell'era della tecnica e delle macchine: il caso della vigilanza bancaria 125

SECONDA SESSIONE**Vigilanza bancaria e antiriciclaggio**

COSTANZA NICOLOSI

Who watches the guardians? Vigilanza ed effettività nel sistema antiriciclaggio 137

ANDREA MAGLIARI

Il sistema di supervisione antiriciclaggio nel prisma dell'integrazione amministrativa europea 169

CARMENCITA GUACCI

La comunicazione delle "operazioni sospette" di riciclaggio 199

MARCO CAPPALI

Interferenze tra vigilanza antiriciclaggio e bancaria, principio di ne bis in idem e diritto alla buona amministrazione 245

NICO DI GABRIELE

La vigilanza prudenziale e antiriciclaggio degli enti creditizi: due insiemi complementari o due insiemi che si intersecano? 263

LUIGI MONGIELLO

La revoca dell'autorizzazione bancaria per gravi violazioni della disciplina antiriciclaggio 271**TERZA SESSIONE****Stabilità sistemica, intelligenza artificiale e rischio ambientale nell'attività della BCE**

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Il procedimento di vigilanza bancaria e i sistemi di IA: tra garanzie procedurali ed efficienza della decisione 285

VERA FANTI

Le procedure di coamministrazione di vigilanza bancaria: sfide attuali nella prospettiva dell'intelligenza artificiale 301

ALBERTO CLINI

La pubblica sicurezza cibernetica nella vigilanza bancaria: profili ricostruttivi di un modello neo-pubblicistico 321

GRAZIANA URBANO

Vigilanza bancaria europea e rischio climatico – ambientale 353

GUIDO CORSO

Conclusioni 373

Notizie sugli Autori

385

Ringraziamenti

di *Michele Trimarchi*

Il presente volume raccoglie gli atti del Convegno su “Le sfide della vigilanza bancaria europea” svoltosi il 14 e 15 novembre presso la sede del Dipartimento di giurisprudenza dell’Università di Foggia.

L’iniziativa si inscrive nelle attività che il Dipartimento promuove costantemente per favorire il dibattito su tematiche centrali dell’esperienza giuridica contemporanea.

Il tema della vigilanza bancaria è stato preso in considerazione sotto diversi profili: alcuni più tradizionali, come il rapporto tra autorità e libertà (tenendo conto sia della prospettiva del potere, sia di quella degli individui che ne subiscono l’esercizio), altri fortemente innovativi, come le relazioni tra la vigilanza bancaria e alcuni ambiti di recente oggetto della regolazione europea (antiriclaggio e intelligenza artificiale, per tutti).

Hanno partecipato ai lavori del Convegno personalità di varia estrazione: giuristi, in prevalenza, ed economisti; studiosi accademici e attori della vigilanza bancaria; giuspubblicisti e cultori del diritto privato dell’economia. Del resto, il tema prescelto imponeva un approccio interdisciplinare; ed arricchente è stato il contributo di chi concretamente fa esperienza della vigilanza bancaria.

Come Direttore del Dipartimento di giurisprudenza dell’Università di Foggia desidero ringraziare i relatori intervenuti. Il lettore potrà verificare che ciascuno di loro, dalla propria prospettiva, ha offerto un contributo di sicuro interesse per lo studio del tema oggetto delle due giornate di lavori.

L’ideazione del Convegno e la sua organizzazione, come la curatela di questo volume, si deve all’opera della professoressa Raffaella Dagonzino, che ringrazio personalmente.

Le sfide della vigilanza bancaria europea: una introduzione

di *Raffaella Dagostino*

Nonostante siano trascorsi più di dieci anni dalla istituzione del Mecanismo Unico di Vigilanza Europea (Regolamento (UE) n.1024/2013), con cui si sono attribuiti alla BCE compiti specifici in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi, lo studio della funzione di vigilanza bancaria europea¹ si mostra ancora di grande interesse.

Essa ha impegnato autorevoli e illustri studiosi – molti dei quali relatori nelle due giornate di Convegno su “Le sfide della vigilanza bancaria europea”, svoltosi lo scorso novembre presso l’Università di Foggia, Dipartimento di Giurisprudenza, che sentitamente ringrazio – perché ha imposto una riflessione attenta su diverse questioni che pertengono al diritto amministrativo e al diritto amministrativo europeo, oltre ad aver sollevato evidenti problemi pratico-applicativi, come dimostrano chiaramente le molteplici questioni poste, nel corso di questi anni, dinanzi alla Corte di Giustizia europea.

¹ L. TORCHIA, *L'unione bancaria europea: un approccio continentale?*, consultabile al sito www.irpa.eu; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 976; AA.Vv., *L'Unione europea e le crisi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 3, 617-790; AA.Vv., *L'Unione bancaria europea*, M.P. CHITI - V. SANTORO (a cura di), Pisa, 2016; AA.Vv., *Scritti sull'Unione Bancaria*, in *Quaderni di Ricerca giuridica*, R. D'AMBROSIO (a cura di), Banca d'Italia, n. 81/2016; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e Unione bancaria*, Torino, 2018; A. PIERINI, *L'Unione Bancaria Europea come federalizing process. Una prospettiva di diritto comparato*, Milano, 2019; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Università degli Studi di Trento, 2020; M.P. CHITI, *L'Unione Bancaria Europea e il diritto amministrativo. Questioni aperte*, in *Dir. amm.*, 3/2021, p. 506 ss.; A. BARONE - G. DRAGO, *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, Luiss University press, 2022; AA.Vv., *Il meccanismo unico di vigilanza: un bilancio dopo i primi dieci anni*, A. MAGLIARI (a cura di), Università degli Studi di Trento, 2024.

Proprio in ragione dell'elevato tecnicismo che contraddistingue la funzione di vigilanza bancaria, si è avvertita l'esigenza di instaurare un dialogo con massimi esperti del settore, in particolare con due dei capi di sezione, nonché supervisori e coordinatori dei Gruppi di vigilanza congiunti della BCE, che sentitamente ringrazio.

Non meno rilevante, inoltre, è parso il bisogno di coinvolgere illustri colleghi e studiosi afferenti a settori scientifici disciplinari differenti da quello pubblicistico, in particolare dell'area giuridico-economica, vista la trasversalità, l'interdisciplinarietà della materia che, prima ancora di afferire al diritto amministrativo, pertiene strettamente all'ordinamento privatistico del credito².

L'esercizio della funzione di vigilanza bancaria, infatti, in particolar modo a partire dall'istituzione del Meccanismo Unico di Vigilanza nel più ampio contesto istituzionale dell'Unione bancaria Europea, ha imposto – come risulterà proprio dalla lettura dei contributi frutto delle relazioni svolte nel corso della prima delle tre sessioni in cui il Convegno si è articolato – innanzitutto di considerare i rapporti intercorrenti fra esercizio del potere amministrativo (di cui la funzione di vigilanza bancaria è espressione) ed esercizio dell'attività creditizia.

Con il Regolamento UE n. 1024/2013, con cui si è dato vita al MUV, si sono attribuiti alla Banca Centrale Europea compiti specifici in relazione all'esercizio della vigilanza prudenziale sugli enti creditizi.

Ciò ha comportato, da un lato, l'attribuzione a tale Istituzione Europea di penetranti poteri amministrativi (autorizzativi, revocatori, ispettivi, di vigilanza in senso stretto e finanche sanzionatori) da esercitarsi sugli enti creditizi vigilati, con evidente compressione dell'autonomia organizzativa, della libertà di esercizio dell'attività creditizia (sia sufficiente ricordare: le procedure di vigilanza volte ad accertare la conformità dei requisiti di professionalità e onorabilità degli amministratori degli enti creditizi; gli stessi criteri di classificazione degli enti vigilati come significativi e non significativi; le *common procedures*; le procedure per il diritto di stabilimento; i procedimenti sanzionatori; etc..).

² F. CAPRIGLIONE, European Banking Union. A challenge for a more united Europe, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, vol. 2, part 1, 5; G. SCIASCIA, *Regolazione e istituzioni finanziarie alla prova della pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 445; S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013; C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2020.

D’altro canto, l’accentramento a livello europeo della funzione di vigilanza bancaria, e dunque il trasferimento di detta funzione in capo alla BCE, ha inevitabilmente compresso, limitato e in parte esautorato le Autorità nazionali competenti dall’esercizio di tale funzione.

Il che ha portato all’introduzione di differenti modelli di coordinamento amministrativo fra i livelli decisorii, europeo e nazionale, non riassumibili in un solo schema di collaborazione, bensì in una moltitudine di modelli di integrazione amministrativa europea, come chiaramente evidenziato in dottrina³.

Le ragioni del rafforzamento dell’intervento pubblico nel settore del credito e dell’accentramento a livello europeo dell’esercizio della funzione di vigilanza, sono – come noto – da rinvenirsi nel bisogno di garantire una tendenziale stabilità finanziaria⁴ all’interno dell’eurozona ed eventualmente dell’Unione Europea complessivamente considerata, attraverso la predisposizione di meccanismi di prudente e accorta gestione di rischi bancari e finanziari sistematici, nel tentativo di spezzare quel circolo vizioso che corre fra finanza pubblica e privata.

A differenza del passato, però, in cui l’intervento pubblico nel settore creditizio e bancario s’inverava in forme di dirigismo pubblico, in attività di indirizzo e controllo del mercato del credito sino alla funzionalizzazione dell’impresa bancaria, oggi, la funzione di vigilanza bancaria europea, pur nella sua pervasività, non sembra avere la pretesa di fagocitare la libertà d’impresa e l’iniziativa economica degli enti creditizi.

La stessa, piuttosto, sembrerebbe o per lo meno dovrebbe inverarsi in un’attività di *tutorship* nei confronti degli enti creditizi, perché volta a stimolare processi organizzativi e gestionali virtuosi, che gli stessi

³ AA.Vv., *The administrative architecture of financial integration. Institution, design, legal issues, perspectives*, E. CHITI - G. VESPERINI (a cura di), Bologna, 2015; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e Unione bancaria*, cit.; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, cit. Sull’integrazione amministrativa europea, più in generale: E. CHITI - C. FRANCHINI, *L’integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993.

⁴ G. LO SCHIAVO, *The Role of Financial Stability in EU Law and Policy*, Alphen aan den Rijn, 2017; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, Unione Bancaria Europea e costituzione*, Padova, 2019; R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2023.

enti sono chiamati a predisporre ed attuare, e in relazione ai quali l’Autorità è tenuta a vigilare.

Ciò vale a maggior ragione oggi, perché ci troviamo in un ordinamento giuridico in cui la *vis espansiva* del rischio – e qui mi rifaccio agli insegnamenti del mio Maestro, Prof. Antonio Barone⁵ – sta portando a un ripensamento delle dinamiche pubblico-privato nella gestione dei rischi, essendo, oggi, i soggetti privati, i principali protagonisti di questo processo.

Questi, infatti, sempre più spesso, sono chiamati a co-gestire tali rischi assieme con il potere pubblico, molto spesso ponendosi in una posizione di prevalenza rispetto a quello (e ciò vale in tantissimi settori, quello del credito, oggetto d’indagine in questa sede, è emblematico, ma lo stesso può dirsi vero per la sanità, o ancor prima per la gestione del rischio corruzione – penso ai piani integrati con i MOG 231⁶).

La funzione di vigilanza bancaria europea, dunque, in questa prospettiva si pone in continua evoluzione.

Essa è chiamata oggi ad affrontare nuove sfide che derivano dalla necessità di gestire rischi non solo esogeni rispetto a quelli tipici del settore creditizio, bensì anche fra loro eterogenei:

- 1) pensiamo alla gestione dei rischi che derivano dall’uso di strumenti di intelligenza artificiale, in quanto gli operatori del mercato bancario stanno sviluppando prodotti di complessa ingegneria finanziaria che richiedono maggiore accortezza per l’effettività dell’esercizio della funzione di vigilanza; pensiamo ai rischi inerenti alla corretta gestione (raccolta, conservazione, circolazione) dei dati bancari e finanziari nel corso dell’esercizio della funzione di vigilanza bancaria, correlati al rispetto delle garanzie di sicurezza cibernetica;
- 2) pensiamo alla gestione del rischio climatico e ambientale che, con buone probabilità, comporterà una implementazione dei profili di discrezionalità amministrativa nell’esercizio di tale funzione, andando tali profili a impattare significativamente sull’identificazione degli obiettivi sottesi al processo di revisione e valutazione prudenziale (*supervisory review and evaluation process*, c.d. SREP), che gli enti vigilati saranno chiamati a soddisfare, nella

⁵ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

⁶ Sul tema: R. DAGOSTINO, *Nuovi percorsi di ibridazione fra pubblico e privato: dai modelli organizzativi ex d. lgs. n. 231/2001 ai piani per la prevenzione della corruzione nella p.a.*, in *Dir. e Soc.*, 1/2022, 113 – 165.

- più ampia prospettiva (non più della sola *stabilità* bensì) della *sostenibilità* del mercato creditizio;
- 3) infine, ma non ultimo per rilevanza, possiamo pensare ai profili di correlazione fra gestione del rischio riciclaggio⁷ e gestione dei rischi finanziari, soprattutto in conseguenza della recente europeizzazione della funzione di supervisione per la prevenzione del rischio riciclaggio e di contrasto al finanziamento del terrorismo attribuita all'AMLA, con il Regolamento UE n. 1624/2024.

Tale regolamento, non soltanto ha istituito un meccanismo accentuato di supervisione in materia di antiriciclaggio ricalcando il modello del MUV, riprendendone terminologia ma anche tipologie di poteri e funzioni, ha altresì predisposto diversi meccanismi di accordo orizzontale fra la BCE e l'AMLA (Agenzia), che con buona probabilità, porranno nuovi problemi di coordinamento amministrativo nell'esercizio di queste differenti sebbene correlate funzioni, andando a implementare il fenomeno della co-amministrazione anche in senso orizzontale.

Pertanto, la funzione di vigilanza bancaria europea si contraddistingue nel panorama del diritto amministrativo per molteplici profili di peculiarità, che ci portano, se vogliamo, a considerare tale istituto come modello emblematico, come dimostrazione del diritto amministrativo in transizione, in continua evoluzione.

Essa si pone al crocevia di diversi e complessi sistemi ordinamentali, pubblici e privati, con la pretesa di fungere da stabilatore dell'ordinamento del credito, complessivamente considerato.

Tuttavia, queste nuove sfide, se vogliamo, sottopongono la stessa funzione di vigilanza a un nuovo *stress test* per saggiarne la tenuta, la validità, l'effettività o piuttosto per evidenziare disfunzioni, anche in relazione al grado d'incidenza di questo potere sull'esercizio dell'attività creditizia.

Tutto questo e molto altro è stato oggetto di attenzione da parte dei nostri relatori, che ancora una volta sentitamente ringrazio.

⁷ C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, Milano, 2023.

PRIMA SESSIONE

**La vigilanza prudenziale della BCE:
nuove prospettive del rapporto autorità-libertà**

La vigilanza prudenziale della BCE: nuove prospettive del rapporto autorità-libertà. Riflessioni introduttive

di *Enrico Follieri*

SOMMARIO: 1. Autorità e libertà nelle attività della BCE e delle Autorità Nazionali competenti. – 2. La decisione della IV Sezione della Corte di Giustizia Europea 5 settembre 2024, cause riunite C-498, C-499 e C-500. – 3. La decisione della X Sezione del Tribunale dell’Unione Europea del 5 giugno 2024, causa T- 134/21. – 4. Conclusioni.

1. Autorità e libertà nelle attività della BCE e delle Autorità Nazionali competenti

Il rapporto autorità – libertà nell’attività della BCE e delle Autorità Nazionali competenti si può considerare sotto più profili:

- i diritti dei soggetti vigilati, gli Enti creditizi, e l’esercizio dei poteri attribuiti alla BCE e alle Autorità Nazionali competenti in tema di vigilanza e supervisione;
- gli effetti dei provvedimenti di risanamento e liquidazione degli istituti di credito e, in genere, degli atti di vigilanza, nei confronti dei clienti e degli azionisti di tali enti.

Del primo aspetto – rapporto tra soggetti vigilati e BCE e Autorità Nazionali competenti – parleranno gli illustri relatori e forse prenderanno in esame anche l’incidenza dell’autorità verso i clienti e gli azionisti degli istituti di credito.

È mia intenzione richiamare la concreta problematica che si è già posta innanzi al Tribunale dell’Unione Europea ed alla Corte di giustizia dell’Unione Europea (Lussemburgo) in ordine agli effetti dell’attività di vigilanza e supervisione delle Autorità Nazionali competenti e della BCE nei confronti dei clienti e degli azionisti degli istituti di credito.

2. La decisione della IV Sezione della Corte di Giustizia Europea 5 settembre 2024, cause riunite C-498, C-499 E C-500

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha pronunciato un'articolata e complessa decisione della quarta Sezione del 5 settembre 2024, nelle cause riunite C-498/22, C-499/22 e C-500, su rinvio pregiudiziale del *Tribunal Supremo* della Spagna.

Sono tre contenziosi che riguardano clienti del *Banco Espiritu Santo SA*, in acronimo BES, prima che, a seguito del Regolamento dell'Unione Europea n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, si desse attuazione al primo pilastro dell'Unione Bancaria Europea e cioè al Meccanismo di Vigilanza Unica (MVU) che ha trasferito alla BCE competenze e poteri di vigilanza sugli enti creditizi significativi e in altre rilevanti ipotesi¹.

Il BES ha sede in Portogallo e, all'epoca, ogni competenza era attribuita all'autorità nazionale, Banco de Portugal, e, per l'integrazione del mercato finanziario e bancario dell'Unione Europea, favorita dalla moneta unica e dalla libera circolazione dei capitali e dei servizi, la BES ha filiali, tra gli altri Paesi, in Spagna.

¹ Il progetto dell'Unione Bancaria Europea si basa su tre componenti essenziali o pilastri: - Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU); - Meccanismo di risoluzione unico (SRM); e – Sistema europeo di assicurazione dei depositi (Schema europeo di assicurazione dei depositi (EDIS). Non è ancora attuato l'EDIS. Quanto al M.V.U., sussiste anche la competenza delle Autorità Nazionali – per l'Italia, la Banca d'Italia – ed il riparto di competenze è disciplinato da questi criteri: 1) significatività dell'istituto di credito da vigilare che si basa sulla quantità economica dell'attività dell'ente creditizio; l'ente creditizio meno significativo – attività inferiore a trenta miliardi di euro ovvero inferiore al 20% del PIL dello Stato membro, a meno che il valore delle attività sia inferiore a cinque miliardi di euro – è vigilato dall'Autorità Nazionale; 2) numero di Stati membri in cui l'Istituto di credito svolge la sua attività o passività e sempre che quelle transfrontaliere rappresentino una parte significativa di tali attività o passività; 3) la vigilanza si trasferisce alla BCE, qualora l'Ente vigilato abbia richiesto o ricevuto direttamente assistenza finanziaria pubblica attraverso il meccanismo europeo di stabilità; 4) se la BCE, di propria iniziativa o su richiesta dell'Autorità Nazionale competente, assuma la vigilanza, qualora sia necessario per assicurare l'applicazione coerente di standard di vigilanza adeguati; 5) la competenza è, comunque, della BCE sui tre enti creditizi di maggiori dimensioni in ciascuno Stato membro. La disciplina è stabilita nel Regolamento U.E. n. 1024 del 2013 del Consiglio, in particolare agli artt. 4,5,6,7 e 18. Cfr. M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018; S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013.

Proprio per questo diffondersi delle attività degli enti creditizi anche in Stati membri diversi da quello d’origine, si è approvato il progetto dell’Unione Bancaria Europea.

Ebbene, nei confronti del BES, entrato in crisi finanziaria, il Banco de Portugal ha adottato delle misure di risanamento consistenti nella istituzione di un ente ponte, il Novo Banco, con attribuzione delle sole partite attive, mentre le passività sono rimaste al BES.

In conseguenza di tali provvedimenti, i clienti del BES che vantavano crediti a qualsiasi titolo, hanno visto i loro diritti estinti di fatto per lo stato di decozione dell’ente creditizio.

Questo effetto sostanzialmente espropriativo, senza alcun ristoro, ha riguardato non solo i clienti delle sedi portoghesi del BES, ma anche le filiali operanti negli altri Paesi membri dell’Europa, tra cui la Spagna, in applicazione della direttiva 2001/24, secondo cui i provvedimenti di risanamento, adottati dalle autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro, dove ha sede principale l’istituto di credito, producono i loro effetti in tutti gli Stati membri, incluse le misure che comportano la possibilità di una sospensione dei pagamenti, di una sospensione delle procedure di esecuzione o di una riduzione dei crediti nonché quelle misure che possono incidere sui diritti preesistenti dei terzi².

Si tratta di provvedimenti particolarmente incisivi nei confronti dei clienti della banca che vantano crediti e che fanno sentire l’effetto ablattivo dell’esercizio del potere dell’Autorità Nazionale competente.

Ebbene, le tre controversie giunte all’esame della Corte di Giustizia europea riguardano:

- un mutuo sottoscritto da un cittadino spagnolo con la BES e che, a seguito delle misure adottate dal Banco de Portugal, ha dovuto continuare a pagare le rate al Novo Banco, mentre il credito vantato per la restituzione di interessi non dovuti è stato imputato al BES, con impossibilità di fatto di riscuoterli;
- un contratto finanziario atipico, con tasso di interessi variabile indicizzato all’andamento delle azioni di altri enti creditizi, del quale la impresa spagnola che lo aveva sottoscritto chiedeva al Novo Banco l’annullamento per vizi di consenso, a causa dell’inesattezza delle informazioni fornite dalla BES, nonché il rimborso delle somme in danaro versate, maggiorate di interessi; il Novo Banco eccepiva che non gli erano state trasferite le passività del

² Considerando 7 e art.2, settimo trattino, della Direttiva 2001/24.

- BES, conseguenti al risarcimento per perdite subite da strumenti finanziari;
- l'acquisto, da parte di un'impresa spagnola, di un'obbligazione privilegiata emessa dalla BES, sul mercato secondario, ma, all'atto dell'acquisto, lo strumento rientrava nel patrimonio del Novo Banco, per cui, alla scadenza, l'impresa chiedeva a quest'ultimo il rimborso del valore nominale e dei rendimenti obbligazionari; anche qui, il Novo Banco negava il pagamento sulla base delle decisioni del Banco de Portugal che avevano “*ritrasferito*” dal Novo Banco al BES le obbligazioni, anche non subordinate, derivanti dagli strumenti di debito, tra cui il titolo *de quo*.

Le cause avevano alterne vicende innanzi agli organi giurisdizionali spagnoli e giunte al Tribunal Supremo, questi ha rinviato pregiudizialmente alcune questioni alla Corte di Giustizia Europea, tra cui, per quanto qui rileva, se la creazione di una banca ponte (Novo Banco), il trasferimento a quest'ultima dell'attivo e il mantenimento del passivo all'ente creditizio in stato di decozione siano in violazione dell'art. 17, paragrafo 1, della Carta, per il quale ogni persona «ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità» e “nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa».

La Corte ha riconosciuto che i diritti oggetto del contenzioso rientrano nell'art. 17 della Carta e sono garantiti, per cui l'adozione dei provvedimenti di risanamento del Banco de Portugal che prevedono il trasferimento solo di elementi dell'attivo di un ente creditizio a una banca ponte, costituisce una regolamentazione che viola il diritto di proprietà dei clienti del BES i cui crediti non sono stati trasferiti al Novo Banco.

Senonché, la Corte passa a verificare se ricorra la causa di interesse generale, se sia prevista per legge e se sia proporzionata, anche ai sensi dell'art. 52 della Carta secondo cui possono essere apportate limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà «nel rispetto del principio di proporzionalità» e “solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui» e ritiene che le misure di risanamento adottate dal Banco de Portugal non ostino, in linea di principio, al riconoscimento nello Stato membro ospitante (nella specie Spagna).

Per la Corte di Giustizia europea, tali provvedimenti e il riconoscimento degli effetti nello Stato ospitante «rispondono a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione” perché rispondono all’obiettivo di “garantire la stabilità del sistema bancario, in particolare della zona euro e di evitare un rischio sistemico»³.

Quanto alla proporzionalità, la Corte rileva che, tenuto conto del contesto economico particolare, «gli Stati membri dispongono di un ampio margine discrezionale quando adottano decisioni in materia economica e sono nella posizione migliore per definire le misure idonee a realizzare l’obiettivo perseguito;»⁴ del resto i clienti creditori «hanno il diritto di ricevere un importo non inferiore a quello che si stima riceverebbero nel caso di liquidazione dell’ente creditizio secondo le procedure ordinarie di insolvenza»⁵.

In sostanza, nel rapporto tra sistema bancario e diritti dei clienti dell’Istituto di credito, questi ultimi sono recessivi e possono essere ablati, anche senza “*giusta indennità*”.

3. La decisione della X Sezione del Tribunale dell’Unione Europea del 5 giugno 2024, causa T- 134/21

Alcuni azionisti della Cassa di Risparmio di Genova (CA.RI.GE.) hanno promosso azione di responsabilità extracontrattuale contro la BCE che esercita la vigilanza prudenziale sul detto Istituto di Credito dal 2014, in virtù del Regolamento U.E. n. 1024/2013.

Gli azionisti hanno chiesto al Tribunale dell’Unione Europea la condanna della BCE al pagamento di somme multimilionarie⁶ per i danni subiti per i comportamenti di alcuni componenti della BCE che, in violazione dei doveri connessi alle funzioni di vigilanza prudenziale, non sarebbero intervenuti per rettificare le dichiarazioni mendaci degli amministratori della Banca CA.RI.GE., concorrendo con questi ultimi a determinare un’ingannevole rappresentazione della solidità economica dell’istituto di credito ed inducendo gli azionisti ad investire somme di

³ Par. 120 motiv.

⁴ Par. 121 motiv.

⁵ Par. 123 motiv.

⁶ Gli azionisti che hanno agito in giudizio sono la MALACALZA Investimenti s.r.l. e il sig. Vittorio Malacalza che hanno chiesto il risarcimento del danno, rispettivamente, per Euro 870.525.670,00 e per Euro 9.546.022,00.

danaro nell'acquisto delle azioni e nella sottoscrizione degli aumenti di capitale, decisi dal Consiglio di amministrazione della CA.RI.GE.

Gli azionisti contestavano, altresì, che la BCE avesse favorito una gestione autocratica da parte degli amministratori delegati della Banca e avesse concorso a creare i presupposti che la BCE ha posto a fondamento della decisione di assoggettare la CA.RI.GE. ad amministrazione straordinaria.

Tali comportamenti avevano cagionato una ingente perdita di valore delle azioni.

Il Tribunale dell'Unione Europea, con la sentenza della X Sezione del 15 giugno 2024, causa T-134/21⁷, afferma che è consentito chiedere che sia accertata la responsabilità extracontrattuale dell'Unione e domandare un risarcimento dei danni ex art. 340, terzo paragrafo, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (T.F.U.E.), in conseguenza di un comportamento illecito della BCE, nella ricorrenza cumulativa di tre condizioni: a) illecitità del comportamento ascrivibile all'istituzione o ai suoi agenti nell'esercizio delle funzioni; b) effettività del danno; c) nesso di causalità tra il comportamento denunciato ed il danno lamentato.

Il Tribunale rigetta la domanda perché il T.U.B. non impone alla BCE un obbligo di reagire, in via diretta o indiretta, se gli operatori del settore dichiarano elementi che vengono valutati come ingannevoli, per cui gli investitori non possono invocare alcun diritto nei confronti della BCE per la rettifica delle dichiarazioni degli enti creditizi, sottoposti a vigilanza, anche se il Tribunale accerta che gli amministratori della banca avevano dichiarato il mendacio, a cui il mercato aveva attribuito credibilità e da qui il danno invocato.

Il mero danno finanziario non integra la fattispecie della responsabilità extracontrattuale, se non è provato che una norma conferisca diritti ai singoli e che vi sia stata una violazione grave e manifesta.

Infatti, la presunta violazione, grave e manifesta, degli artt. 4 e 16 del Regolamento U.E. n. 1024/2013 nei rapporti della BCE con il Consiglio di Amministrazione, attribuisce competenze alla BCE ed ha lo scopo di predisporre una disciplina a tutela dell'interesse pubblico, ma non riconosce diritti in favore dei privati.

Lo stesso viene affermato per la violazione dell'art. 16 del Regolamento U.E. che mira ad organizzare il corretto funzionamento del

⁷ La sentenza è sintetizzata in “Recentissime” di Giur. Ital. 2024, 1802 e ss.

sistema di vigilanza bancaria e dell'art. 56 T.U.B., con l'approvazione di un aumento di capitale contrario al diritto di prelazione previsto dallo statuto della banca, perché è volto a garantire la stabilità dell'ente creditizio e, più in generale, del sistema finanziario, senza attribuire diritti agli investitori.

Argomentazioni non dissimili vengono utilizzate per negare la rilevanza di altre violazioni da parte della BCE, tra cui i principi di parità di trattamento e di proporzionalità.

Il Tribunale esclude pure la violazione del principio del legittimo affidamento per mancanza delle condizioni richieste.

Non so se la sentenza del Tribunale sia stata impugnata innanzi alla Corte di Giustizia.

Il Tribunale dell'Unione Europea concepisce il Meccanismo di Vigilanza Unica (M.V.U.) come una disciplina che regola i rapporti organizzativi di competenza, con attribuzione dei corrispondenti poteri, tra BCE e Autorità nazionali competenti, nell'interesse pubblico generale della stabilità del sistema bancario e per evitare un rischio sistemico e la violazione di tali regole non consente di ottenere il risarcimento dei danni degli investitori che, a causa di tali violazioni abbiano subito danni, perché le disposizioni del Regolamento U.E. n. 1024 del 2013 non attribuiscono diritti soggettivi ai privati investitori bensì, diciamo noi, secondo un'impostazione teorica ed ordinamentale propria del nostro Paese, interessi legittimi, situazione che, sconosciuta negli altri Stati membri, non riceve alcuna tutela in sede comunitaria.

È evidente il divario di tutela assicurato dall'Italia che prevede il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi rispetto alla normativa comunitaria, per cui se la vigilanza fosse stata di competenza della Banca d'Italia, il giudice non avrebbe potuto rigettare la domanda per mancanza di attribuzione di diritti soggettivi.

4. Conclusioni

Da questa giurisprudenza emerge un quadro dell'Unione Europea che non tutela i diritti dei cittadini, bensì il sistema bancario o, meglio, il singolo ente creditizio.

Ciò, però, accade anche perché non si è dato ancora attuazione al terzo pilastro del progetto della Unione Bancaria Europea che è costituito dal Sistema europeo di assicurazione dei depositi (EDIS), volto a istituire un sistema comune di protezione dei depositi.

Ad oggi sono trascorsi undici anni e, nonostante la Presidente del Consiglio di vigilanza della BCE, Dr.ssa Claudia Buch, abbia evidenziato, nel settembre 2024, che ci sono tutte le premesse per attuare lo schema di garanzia dei depositi, invitando i governi degli Stati membri dell'eurozona a provvedere, l'EDIS non è ancora attivo⁸.

Allo stato, i depositi bancari sono garantiti sino a 100.000,00 euro, in caso di decozione dell'istituto di credito presso il quale è acceso il conto corrente.

Il rapporto autorità – libertà nell'attività della BCE verso i terzi fruitori del servizio bancario e gli investitori, vede la prevalenza del potere autoritativo, come è nell'ordine delle cose, siccome strumentale ad un interesse pubblico generale alla stabilità del sistema bancario e per evitare il rischio sistemico, ma anche i diritti dei cittadini potranno ottenere adeguata tutela, quando i governi degli Stati membri dell'eurozona renderanno attivo il sistema comune di protezione dei depositi.

⁸ E. BONINI, *La BCE ad esso preme: “Ci sono tutte le premesse per lo schema di garanzia sui depositi”* in *Economia*, 2 settembre 2024.

La vigilanza bancaria europea nel prisma della gestione di rischi sistemici

di *Antonio Barone*

SOMMARIO: 1. L’Istituzione dell’UBE e la centralizzazione della funzione di vigilanza bancaria come strumenti necessari alla gestione di rischi finanziari sistematici. – 2. I compiti di vigilanza prudenziale della BCE. – 3. I poteri di vigilanza prudenziale della BCE. – 4. L’*enforcement* del diritto europeo nell’SSM e l’applicazione del diritto rilevante da parte della BCE. – 5. La centralità della gestione del rischio. – 6. La vigilanza bancaria europea nel prisma della gestione di rischi sistematici.

1. L’Istituzione dell’UBE e la centralizzazione della funzione di vigilanza bancaria come strumenti necessari alla gestione di rischi finanziari sistematici

L’istituzione dell’Unione Bancaria Europea (UBE) ha rappresentato una tappa fondamentale nel processo di integrazione europea, sia dal punto di vista economico, perché ha portato all’integrazione del mercato del credito tra gli Stati membri, sia dal punto di vista giuridico, perché ha costituito un importante strumento per l’integrazione amministrativa tra Unione europea e Stati membri.

Il progetto di accentrare le funzioni bancarie a livello europeo, dopo esser stato a lungo ventilato nelle agende europee, si è concretizzato a seguito della crisi finanziaria del 2008, che ha fornito i giusti incentivi e (consolidato la volontà politica) per il trasferimento di competenze in questo ambito a livello europeo, secondo quella che è stata descritta come una “fuga in avanti” nel processo di integrazione europeo¹.

¹ M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018, 1; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 79 ss.

Come noto, la crisi finanziaria ben presto si è trasformata in crisi sovrana, minacciando la stabilità degli Stati membri nonché della moneta unica, per via della stretta interrelazione fra crisi del debito sovrano e instabilità degli istituti finanziari detentori di un numero elevato di titoli pubblici, in particolar modo in quei Paesi (come l'Italia) in cui lo Stato aveva assunto il ruolo di co-assicuratore del rischio bancario².

Il legame fra banche e debito sovrano ha messo in evidenza, da un lato, che le difficoltà di alcuni sistemi bancari, in particolare in Paesi con prassi di vigilanza carenti o poco efficienti, fossero in grado di comportare un rapido deterioramento delle condizioni della finanza pubblica; specularmente, che il rischio sovrano, in particolare in Paesi sottoposti a forti tensioni nella disciplina della finanza pubblica, fosse in grado di compromettere la stabilità del sistema bancario e finanziario, dipendendo le condizioni finanziarie delle banche anche dalla percezione che il mercato ha della stabilità e dell'affidabilità del sistema sovrano.

È in tale contesto, che si è affermata l'idea secondo cui il mero coordinamento delle prassi di vigilanza, come inizialmente ideato con il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), fosse insufficiente e che, nel settore bancario, solo l'europeizzazione delle funzioni potesse garantire il superamento degli interessi nazionali.

L'istituzione dell'UBE, dunque, è stata giustificata dal bisogno di offrire una risposta più pregnante per la risoluzione e futura prevenzione di crisi finanziarie sistemiche, attraverso un maggiore grado di integrazione tra Europa e Stati membri.

La finalità, ad essa sottesa, di colmare quell'originaria asimmetria esistente fra la forte integrazione dello spazio economico europeo e la persistente frammentazione delle regole e degli apparati pubblici preposti al controllo bancario, ha portato a individuare come obiettivo primario, quello di dar vita a un sistema bancario europeo integrato, atto a prevenire nuovi squilibri nel settore del credito, spezzando quel legame che era stato evidenziato fra rischio bancario e rischio del debito sovrano, nel tentativo di rispristinare la stabilità finanziaria e la fiducia nei mercati.

Per far ciò, come noto, è stato necessario ideare un sistema complesso basato su tre cd. "pilastri", di cui il primo, cd. Meccanismo Unico di Vigilanza (MVU o SSM, nell'acronimo inglese), proteso all'euro-

² G. NAPOLITANO, *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato co-assicuratore*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2010, 1085 ss.

pezzazione della supervisione bancaria, tramite l'accentramento della funzione di vigilanza prudenziale in capo alla BCE.

L'SSM, istituito con il regolamento (UE) n. 1024/2013 e ulteriormente specificato dal Reg. quadro n. 468/2014 emanato dalla BCE, presenta, dal punto di vista giuridico, le novità più rilevanti per l'evoluzione dell'integrazione amministrativa europea e su alcune di esse, specificatamente, ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione.

2. I compiti di vigilanza prudenziale della BCE

Innanzitutto è bene ripercorrere, seppur succintamente, il quadro normativo di riferimento, andando a scolpire i compiti spettanti alla BCE nell'esercizio della funzione di vigilanza prudenziale.

L'SSM Reg. attribuisce alla BCE compiti di vigilanza sia di tipo microprudenziale che di tipo macroprudenziale³.

I compiti di vigilanza microprudenziale, di competenza esclusiva della BCE, sono quelli più estesi e trovano analitica disciplina all'art. 4, par. 1, del SSM Reg. In particolare, spetta alla BCE: *a)* rilasciare o revocare l'autorizzazione agli enti creditizi; *b)* autorizzare l'apertura di una succursale di un ente creditizio all'interno dell'Unione Europea ma al di fuori dell'SSM; *c)* valutare le notifiche di acquisizione e di cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi; *d)* assicurare il rispetto della normativa rilevante in materia di requisiti prudenziali relativamente a fondi propri, cartolarizzazione, limiti ai grandi rischi, liquidità, leva finanziaria; *e)* assicurare la presenza di dispositivi di governo societario anche in riferimento ai requisiti di professionalità e onorabilità delle persone responsabili dell'amministrazione degli enti creditizi così

³ Su questi temi, di recente, nell'ambito della dottrina amministrativistica italiana v. i lavori monografici di M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea*, Napoli 2020; R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2022. V. altresì i lavori di F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e costituzione*, Milano 2019; I. OTTAVIANO, *Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria*, Bari, 2020; A. PIERINI, *L'unione bancaria europea come federalizing process. Una prospettiva di diritto comparato*, Milano, 2019.

Per i lavori collettanei, oltre a quello richiamati *infra*, possono vedersi D. BUSCH - G. FERRARINO (a cura di), *European banking union*, Oxford, 2015; E. CHITI - G. VESPERINI (a cura di), *The administrative architecture of financial integration. Institution, design, legal issues, perspectives*, Bologna, 2015; A. BARONE - G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, Roma LUISS university Press, 2022.

come in ordine ai processi di gestione del rischio; *f*) effettuare le valutazioni prudenziali, ivi incluse le prove di stress (in coordinamento con l'EBA); *g*) estendere la vigilanza anche nei confronti delle imprese “madri” (società di partecipazione finanziaria e società di partecipazione finanziaria mista) di un ente sottoposto alla propria vigilanza; *h*) esercitare compiti di vigilanza supplementare nel contesto dei conglomerati finanziari e della normativa agli stessi applicabili; *i*) esercitare la vigilanza sui piani di risanamento e sulle misure di intervento precoce nel caso di violazione o di rischio di violazione dei requisiti prudenziali applicabili.

Nell’ambito di una stretta cooperazione con le autorità nazionali competenti, la BCE svolge i descritti compiti micropudenziali (tendenzialmente) nei confronti dei soggetti c.d. “*significant*”, eccezion fatta per l’autorizzazione (e la revoca) all’accesso all’attività bancaria nonché per l’acquisto di partecipazioni nelle banche degli Stati partecipanti. In tali ultimi casi, infatti, la BCE svolge i propri compiti nei confronti di tutte le banche degli Stati membri partecipanti⁴.

Per quanto concerne i compiti di vigilanza macroprudenziale, invece, spetta alle autorità nazionali competenti, ove ritenuto opportuno o necessario, applicare requisiti in materia di riserve di capitale aggiuntivi rispetto a quelli fissati a livello europeo, miranti ad affrontare più adeguatamente i rischi sistematici o macropudenziali. In tali casi, la decisione dell’autorità nazionale dovrà essere previamente notificata alla BCE, le cui eventuali obiezioni dovranno comunque essere tenute in debita considerazione prima di adottare la decisione finale⁵.

Specularmente, l’art. 5, par. 2, dell’SSM Reg. attribuisce alla BCE, in luogo delle autorità nazionali competenti, il compito di stabilire requisiti, in materia di riserve di capitale, più rigorosi rispetto a quelli applicati a livello nazionale, miranti ad affrontare più adeguatamente i rischi sistematici o macroprudenziali.

I compiti di vigilanza (micro e macro) prudenziale sommariamente elencati sono molto ampi, ma, tuttavia, devono essere esercitati nel rispetto delle competenze anche esclusive di cui risultano titolari le altre istituzioni e agenzie europee, nonché le autorità nazionali competenti.

⁴ Art. 6, par. 4, dell’SSM Reg. Ai sensi dell’art. 2, n. 1), dell’SSM Reg., per “Stato membro partecipante” si intende «uno Stato membro la cui moneta è l’euro oppure uno Stato membro la cui moneta non è l’euro che ha instaurato una collaborazione stretta» ai sensi dell’art. 7 del medesimo Regolamento.

⁵ Art. 5, par. 1, del SSM Reg.

Al riguardo, è sufficiente richiamare la separazione tra le funzioni di regolamentazione, attribuite all'EBA in stretta collaborazione con la Commissione Europea, e i compiti di vigilanza assegnati (principalmente) alla BCE⁶.

Quanto alle persistenti competenze delle autorità nazionali di vigilanza, si consideri, ad esempio, che i compiti della BCE non si estendono (tra l'altro) alle questioni inerenti alla tutela del consumatore e la lotta contro il riciclaggio⁷. Inoltre, eccezion fatta per i casi già richiamati della concessione e revoca delle licenze bancarie nonché dell'acquisto di partecipazioni nelle banche degli Stati partecipanti, i compiti di vigilanza diretta della BCE restano circoscritti agli enti creditizi c.d. "significant". Ne deriva che le autorità nazionali competenti continuano a svolgere le funzioni di vigilanza diretta in relazione agli enti creditizi c.d. "non significant".

Tale conclusione, tuttavia, non si presenta immune da possibili deroghe in quanto la BCE può comunque decidere di esercitare tutti i propri pertinenti poteri anche nei confronti dei soggetti c.d. "non significant", "allorché necessario per garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati"⁸.

Come è stato evidenziato, questo carattere mobile della vigilanza europea è sostanzialmente rimesso alle scelte discrezionali della BCE, che può decidere di attrarre compiti ordinariamente attribuiti alle autorità bancarie nazionali secondo meccanismi che risultano distonici rispetto ai tratti caratteristici della sussidiarietà, presentando semmai elementi distintivi simili ai tradizionali poteri amministrativi di avocazione⁹.

⁶ V. *supra*, par. 1-2. In dottrina, *ex multis* cfr. A. GARDELLA, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini, p. 132-135; D. SORACE, *I "pilastri" dell'Unione bancaria*, in *L'unione bancaria europea cit.*, 95.

⁷ Considerando n. 28 del SSM Reg.

⁸ Art. 6, par. 5, lett. b), del SSM Reg.

⁹ Così L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, relazione presentata al Convegno per i 60 anni della Rivista delle società su "Regole del mercato e mercato delle regole: Il diritto societario e il ruolo del legislatore" (Venezia, 13-14 novembre 2015), www.irpa.eu.

3. I poteri di vigilanza prudenziale della BCE

Il sistema di supervisione e vigilanza costruito con l'EBU si caratterizza, dunque, per un'ampia gamma di poteri autoritativi principalmente attribuiti alla BCE¹⁰.

In linea generale, è possibile individuare l'esistenza di cinque tipologie di poteri di vigilanza prudenziale che la BCE può esercitare per realizzare i propri compiti: poteri di vigilanza *stricto sensu*, poteri ispettivi, poteri di autorizzazione, poteri regolamentari e poteri sanzionatori¹¹.

I poteri di vigilanza *stricto sensu* e i poteri ispettivi costituiscono gli strumenti autoritativi più strettamente connessi alla tradizionale nozione di vigilanza bancaria.

I poteri di vigilanza *stricto sensu* concernono il controllo operativo e costante svolto dalla BCE sulle banche *significant*. Il suddetto controllo si esplica in forza dei poteri autoritativi espressamente disciplinati dall'art. 16 dell'SSM Reg., che consentono alla BCE di adottare per tempo le misure necessarie per affrontare le criticità dei singoli istituti di credito. E così, attraverso il controllo-vigilanza quotidiano, constata la violazione della normativa di riferimento ovvero il rischio della sua violazione, la BCE potrà esigere la detenzione di fondi propri in misura superiore alle previsioni del diritto vigente, ovvero esigere un piano di immediato ripristino della conformità ai requisiti prudenziali, ovvero ancora la riduzione dei rischi connessi alle attività del soggetto vigilato. Si tratta solo di alcune esemplificazioni del lungo elenco dei poteri di vigilanza indicati all'art. 16, par. 2, dell'SSM Reg., che consentono alla BCE la piena esplicazione dei propri compiti.

I poteri ispettivi si articolano a loro volta in richieste di informazioni, indagini ed ispezioni. La richiesta di informazioni può essere rivolta sia all'istituto di credito vigilato che a soggetti terzi (persone fisiche o giuridiche) direttamente o indirettamente riferibili all'ente creditizio vigilato in quanto ad essi il suddetto soggetto *significant* ha esternalizzato proprie funzioni o attività¹². Indagini e ispezioni concernono il controllo dell'attività bancaria dell'istituto vigilato, con il potere, rispettivamente, di chiedere la presentazione di documenti, esaminare libri e registri contabili, ottenere spiegazioni in forma scritta o orale, organizzare au-

¹⁰ IBIDEM, 370.

¹¹ Così G. LO SCHIAVO, *Il ruolo della BCE*, in *L'unione bancaria europea* cit., 216.

¹² Art. 10 del SSM Reg.

dizioni¹³, così come svolgere ispezioni *in loco* accedendo a tutti i locali della banca sottoposta a controllo¹⁴.

Anche i poteri autorizzatori costituiscono uno snodo essenziale nell'esercizio dei compiti di vigilanza prudenziale della BCE. Essi vanno anzitutto ricondotti ai "poteri di vigilanza specifici" disciplinati dagli artt. 14 e 15 dell'SSM Reg. Si tratta, rispettivamente, dei poteri di autorizzazione (e revoca) all'accesso all'attività bancaria, nonché di autorizzazione all'acquisito di una partecipazione qualificata (o di un incremento della stessa) nell'ambito di un ente creditizio stabilito all'interno del sistema SSM. Tali poteri autorizzatori trovano espressa rispondenza nei compiti della BCE indicati all'art. 4, par. 1, lett. a) e lett. c), dell'SSM Reg. Inoltre, sempre dall'analisi dell'art. 4, par. 1, dell'SSM Reg., emerge la titolarità in capo alla BCE di ulteriori poteri autorizzatori, come, ad esempio, in materia di nomina dei componenti del consiglio di amministrazione delle banche *significant*, di riduzione di fondi interni, di rilevanti esposizioni bancarie.

Quanto ai poteri regolamentari, si è già detto della separazione tra le funzioni di regolamentazione attribuite all'EBA e quelle di vigilanza prudenziale assegnate (principalmente) alla BCE. Tuttavia, ai sensi dell'art. 4, par. 3, dell'SSM Reg., la BCE «può inoltre adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuitile» dall'SSM Reg. La previsione regolamentare attribuisce alla BCE il potere di adottare regolamenti generali che dovranno comunque essere riferiti alla organizzazione ed alle modalità di esercizio delle funzioni di vigilanza prudenziale.

Infine, i poteri sanzionatori costituiscono gli strumenti autoritativi che completano la gamma dei poteri di vigilanza prudenziale, essendo invero rivolti a porre fine ovvero a punire la violazione dolosa o colposa delle decisioni prudenziali adottate dalla BCE. In base all'art. 18, par. 1, dell'SSM Reg., in particolare, la BCE «può imporre sanzioni amministrative fino al doppio dell'importo dei profitti ricavati o delle perdite evitate grazie alla violazione, quando questi possono essere determinati, o fino al 10% del fatturato complessivo annuo [...] della persona giuridica nell'esercizio finanziario precedente o altre sanzioni pecuniarie eventualmente previste dal pertinente diritto dell'Unione [...]. Quando le sanzioni non rientrano nella competenza della BCE,

¹³ Art. 11 del SSM Reg.

¹⁴ Art. 12 del SSM Reg.

quest'ultima può comunque chiedere alle autorità nazionali competenti di intervenire per assicurare che siano imposte apposite sanzioni¹⁵, all'uopo impartendo apposite "istruzioni" alle varie autorità bancarie nazionali¹⁶.

4. L'enforcement del diritto europeo nell'SSM e l'applicazione del diritto rilevante da parte della BCE

L'analisi dei compiti e dei poteri autoritativi attribuiti alla BCE nell'ambito dell'SSM consente di svolgere alcune riflessioni critiche.

Anzitutto, nell'ambito dell'SSM, l'enforcement delle regole della vigilanza prudenziale presenta caratteristiche di particolare originalità.

L'Unione Europea è stata efficacemente definita come "Comunità di diritto amministrativo"¹⁷, in cui la centralità della funzione amministrativa si esplica attraverso i vari modelli di integrazione amministrativa europea¹⁸. Tuttavia, come è stato sottolineato, la distinzione tra i diversi modelli di esecuzione del diritto comunitario non deve essere eccessivamente enfatizzata, posto che anche quando la suddetta esecuzione si realizza tramite le amministrazioni nazionali, queste sono fortemente condizionate dal diritto europeo ed appaiono "organi comuni" dell'ordinamento europeo¹⁹.

In linea generale, l'enforcement del diritto europeo è stato tradizionalmente rimesso alle autorità nazionali, responsabili dell'attuazione sia del diritto nazionale che del diritto europeo. Sotto quest'ultimo aspetto, non a caso, la Corte di giustizia ha affermato come sia il dovere di "interpretazione conforme" che il dovere di disapplicazione della norma nazionale in contrasto col diritto europeo, dotato di efficacia diretta, gravino non solo sui giudici nazionali, ma anche sulle pubbliche amministrazioni nazionali. La stessa Corte di giustizia, del resto, ha

¹⁵ Art. 18, par. 5, del SSM Reg.

¹⁶ Art. 9, par. 1, del SSM Reg.

¹⁷ M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 301 ss.

¹⁸ Su questi aspetti, riferiti ai temi della vigilanza bancaria, v. *supra*, par. 1-3. In generale, sulla tematica della integrazione amministrativa europea cfr.: E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna 2003; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova 1993.

¹⁹ M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, II ed., Milano 2004, 176-177.

sancito la responsabilità degli Stati membri per danni causati da attività amministrativa in violazione del diritto europeo (sentenza *Lomas*)²⁰.

Un siffatto modello subisce una brusca rottura nell’ambito dell’SSM, caratterizzato da un imponente fenomeno di europeizzazione e centralizzazione dell’*enforcement* delle regole della vigilanza prudenziale attraverso il ruolo di primazia attribuito alla BCE²¹.

L’SSM Reg., inoltre, traccia un originale quadro di riferimento normativo per la funzione di vigilanza prudenziale delle BCE. In particolare, ai sensi dell’art. 4, par. 3, dell’SSM Reg., la BCE «applica tutto il pertinente diritto dell’Unione e, se tale diritto è composto da 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».

Questa disposizione consente alla BCE di applicare non soltanto il diritto europeo dotato della diretta applicabilità, come ad esempio nel caso del CRR, ma anche il diritto nazionale di recepimento delle direttive europee. Sotto tale ultimo aspetto, basti pensare all’attuazione, in sede nazionale, delle previsioni della CRD sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Inoltre, disposizioni rilevanti per l’esercizio dei compiti di vigilanza BCE possono trarsi anche dalle legislazioni nazionali di recepimento di altre direttive europee (BRRD²² e FICOD²³). Emerge in tal guisa la rilevanza peculiare delle disposizioni di diritto nazionale di recepimento e attuazione del diritto europeo, il cui

²⁰ Corte di giustizia europea, sent. *Lomas*, 23 maggio 1996, causa C-5/94, par. 28, <http://curia.europa.eu>.

²¹ Cfr. L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo cit.*, 376.

²² Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

²³ Direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2002 relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario e che modifica le direttive 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE e 93/22/CEE del Consiglio e le direttive 98/78/CE e 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

enforcement nell'ambito dell'SSM è in larga parte demandato non già ad amministrazioni nazionali ma, al contrario, direttamente alla BCE.

La descritta peculiarità della funzione di vigilanza prudenziale della BCE offre alcuni spunti di riflessione critica.

Anzitutto, è evidente come la centralizzazione dell'*enforcement* delle regole della vigilanza prudenziale in capo alla BCE possa condurre a eccessi di uniformità nell'esercizio della vigilanza prudenziale, senza tenere in adeguata considerazione le diversità, talora profonde, tra i vari ordinamenti e mercati nazionali²⁴. Invero, la formulazione dell'art. 4, par. 3, dell'SSM Reg., pare sottendere un meccanismo applicativo volto proprio al superamento ed alla correzione, almeno in parte, delle profonde differenze tra le diverse normative nazionali nella prospettiva di «assicurare standard elevati di vigilanza» a livello europeo.

D'altra parte, la BCE se da un lato dovrà conoscere il diritto nazionale secondo le regole ermeneutiche di quell'ordinamento nazionale, ponendo attenzione anche agli indirizzi giurisprudenziali nazionali, dall'altro potrebbe talora trovarsi ad applicare disposizioni nazionali in tutto o in parte contrastanti col diritto europeo. Al riguardo, l'ineludibile esigenza di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo può indurre a riflettere sulla estensione della operatività del principio della “interpretazione conforme” ai casi in cui l'attività di applicazione del diritto nazionale di recepimento del diritto UE sia svolta (piuttosto che da un'amministrazione nazionale) direttamente da un'amministrazione europea. Di conseguenza, sembra opportuno riflettere anche sulla possibile estensione alla BCE dell'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il diritto europeo dotato di efficacia diretta, obbligo come noto finora analizzato con riferimento alle autorità nazionali (giudici e amministrazioni).

5. La centralità della gestione del rischio

I compiti e i poteri autoritativi attribuiti alla BCE nell'ambito dell'SSM sembrano presentare un ulteriore elemento di originalità, essendo caratterizzati da uno spettro d'azione più ampio rispetto alla nozione tradizionale di vigilanza bancaria²⁵.

²⁴ L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo* cit., 374.

²⁵ Su questi aspetti, *ex multis*, si rinvia a S. VALENTINI, *Vigilanza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 702-710; M. STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Roma, 1994, 1-12.

In particolare, pur permanendo i tratti tipici della vigilanza quale “controllo generale e globale” dell’attività dell’ente creditizio²⁶, tale controllo non si esaurisce nella verifica del rispetto delle regole poste, per aprirsi alla gestione dei rischi di violazione delle medesime regole. Il rischio diventa il prisma attraverso cui rileggere sia compiti che i poteri della BCE nell’ambito dell’SSM, parallelamente al più tradizionale (e comunque insuperato) piano di analisi correlato alla verifica del rispetto della normativa vigente.

Si tratta di una tendenza sempre più generalizzata, che non è ascrivibile al solo settore della vigilanza bancaria. Si vuol dire che la riflessione giuspubblicistica sul rischio tende ormai a tracimare in settori profondamente diversi da quelli della tutela della salute e dell’ambiente, in riferimento ai quali si è affermato il principio di precauzione²⁷.

Ad esempio, tra i criteri guida dell’azione finanziaria europea, specie in relazione alle politiche di bilancio dei singoli Stati membri, è stato individuato il principio di “precauzione finanziaria”²⁸; parallelamente, la prospettiva della *risk regulation* è stata adottata in relazione a fenomeni come il terrorismo e l’immigrazione²⁹. La riflessione del giurista si è aperta anche al tema della prevenzione e gestione del “rischio-corruzione” nella pubblica amministrazione nella prospettiva dell’*Integrity Risk Management*³⁰.

²⁶ V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, CEDAM, 1959, 90, ricostruisce i poteri amministrativi di vigilanza come sorveglianza “dell’attività dell’ente in ogni sua direzione”. Su questi aspetti v. altresì F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965, 230.

²⁷ Sul principio di precauzione, limitando i richiami alla sola dottrina italiana, v. per tutti I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, www.giustamm.it; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, II ed., Milano, 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005.

²⁸ Sul punto si rinvia a R. PEREZ, *L’azione finanziaria europea al tempo della crisi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2011, 1043- 1055.

²⁹ Cfr. R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, Cacucci, 2020. V. inoltre M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell’azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell’ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; A. CANEPA, *Regolazione del rischio e immigrazione. Il ruolo dell’informazione nella gestione delle emergenze*, www.amministrazioneincammino.luiss.it.

³⁰ Commissione per lo Studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto. La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, www.funzionepubblica.gov.it, 34-36.

In questo contesto di espansione del principio di precauzione al di fuori dei tradizionali ambiti di riferimento, sembra possibile allargare lo spettro della riflessione sul rischio ai compiti ed ai poteri di vigilanza prudenziale della Banca Centrale Europea.

Basti pensare, ad esempio, alle “misure di intervento precoce” adottabili dalla BCE qualora l’ente creditizio «rischi di violare i requisiti prudenziali applicabili»³¹. Parallelamente, la BCE, qualora lo ritenga necessario, può applicare misure più rigorose miranti ad affrontare i rischi sistematici o macroprudenziali al livello degli enti creditizi³². Con riferimento ai poteri autoritativi di vigilanza della BCE, essi possono essere esercitati non soltanto nel caso della violazione della regolamentazione vigente, ma anche nell’ipotesi di rischio di violazione della medesima normativa³³.

Gli esempi proposti dimostrano come nell’ambito dell’SSM siano stati istituzionalizzati compiti e soprattutto poteri autoritativi di gestione e prevenzione del rischio di crisi bancaria capaci di conformare in profondità l’autonomia dei singoli soggetti vigilati³⁴.

Il tema degli eccessivi margini di discrezionalità nell’esercizio delle funzioni di vigilanza non è certo nuovo, essendo stato già evidenziato da attenta dottrina (ad esempio) in relazione ai poteri di supremazia speciale esercitabili dalla Banca d’Italia attraverso la clausola della “sana e prudente gestione”³⁵. Il tema sembra potersi riproporre, seppur con diverse sembianze, in relazione ai compiti di vigilanza prudenziale della BCE e ai connessi ampi poteri di gestione del rischio, che non possono in alcun modo tradursi in scelte arbitrarie da parte della stessa BCE.

Così, proprio nella logica della precauzione, la presenza di un rischio sistematico o di un rischio di violazione delle regole dovrà necessariamente essere attestata sulla base di una valutazione scientifica condotta con l’ausilio della scienza statistica, della matematica finanziaria e della fisica quantistica³⁶. Tale valutazione scientifica dovrà precedere,

³¹ Art. 4, par. 1, lett. i) del SSM Reg.

³² Art. 5, par. 2, del SSM Reg.

³³ Art. 16, par. 1, lett. b) del SSM Reg.

³⁴ Cfr. L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo* cit., 375.

³⁵ Cfr. A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritto fondamentali della persona*, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 1/2019, p. 145-146; L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo Unico bancario*, Padova, CEDAM, 2012, 1402.

³⁶ M. PASSALACQUA, *Possibile ricostruzione di un’amministrazione di rischio nei mercati finanziari – Report annuale 2013 – Italia*, www.ius-publicum.it, 26-27.

legittimare e comunque individuare i parametri di riferimento per l'intervento di *risk management* della BCE³⁷, che dovrà risultare graduato e proporzionato rispetto al livello di rischio individuato.

L'elaborazione e l'implementazione di strumenti di analisi scientifica dei vari rischi bancari sempre più raffinati sembra quindi poter assicurare, almeno in parte, il rispetto del principio di proporzionalità, con la conseguente ed inscindibile prospettiva del controllo giurisdizionale pieno ed effettivo delle scelte sul rischio operate dalla BCE.

6. La vigilanza bancaria europea nel prisma della gestione di rischi sistematici

La scelta di attribuire penetranti poteri di vigilanza in capo alla BCE, rafforzando e implementando le esigenze d'integrazione e coesione politica europea³⁸, è parso, dunque, un passo necessario per far fronte a fattori di rischio presenti nel mercato del credito, capaci di produrre esternalità negative fra le varie componenti del sistema economico (c.d. effetto contagio).

Tale funzione, oggi più che mai ha assunto un peso determinante, in quanto, si pone al crocevia fra sistemi giuridici differenti, fra loro strettamente interconnessi: sistema monetario, bancario, finanziario ed economia reale, da un lato; sistema finanziario, pubblico e privato, dall'altro³⁹.

³⁷ IBIDEM. In argomento, dello stesso A., v. altresì *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, CEDAM, 2012.

³⁸ M.A. LOSSANI - A.S. BAGLIONI - P.A. BONGINI - L. NIERI, *Verso l'Unione Bancaria Europea. Disegno Istituzionale e Problemi Aperti*, in *Banca impresa società*, 2012, 331-332; F. CAPRIGLIONE, *European Banking Union. A challenge for a more united Europe*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, vol. 2, part 1, 5 ss.; ID., *L'Unione bancaria Europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Milano, 2013; E. BARUCCI - M. MESSORI, *Towards the European Banking Union. Achievements and open problems*, Firenze, Passigli, 2014; T. PADOA-SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Bologna, 2001.

³⁹ M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti fra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 1-32; AA.Vv., *L'Unione europea e le crisi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 3, 617-790; R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 3, 669 ss.; ID., *L'azione finanziaria europea nel tempo della crisi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1043 ss.; G. GASPARRI, *I nuovi assetti istituzionali della vigilanza europea sul mercato finanziario e sul sistema bancario. Quadro di sintesi e problemi aperti*, Quaderni giuridici, CONSOB 12 settembre 2017; L. TORCHIA, *Moneta, banca*

È stato evidenziato, infatti, che la funzione di vigilanza bancaria europea assolva un ruolo pivotale⁴⁰ a garanzia della stabilità sistemica⁴¹.

Proprio la logica precauzionale che guida l'esercizio di tale funzione, ne impone la rivedibilità, attraverso un costante processo di pianificazione strategica che tenga conto dell'evoluzione dei rischi finanziari in senso stretto, bensì anche organizzativi e gestionali dell'ente vigilato.

Fondamentale è, infatti, il c.d. SREP (Processo di revisione e valutazione prudenziale), che garantisce che l'esercizio della funzione di vigilanza sia calibrato in base alle particolari e specifiche condizioni dell'ente creditizio soggetto a vigilanza.

Non a caso, la funzione di vigilanza bancaria europea è stata definita come funzione di *co-tutorship* perché volta a stimolare processi organizzativi e gestionali virtuosi, che gli stessi enti sono chiamati a predisporre ed attuare, in relazione ai quali l'Autorità è tenuta a vigilare⁴².

Il perdurare di tensioni geopolitiche e l'instabilità economico-finanziaria dovuta al clima di incertezza globale, richiedono oggi più che mai una strategia olistica di vigilanza, che garantisca la resilienza del sistema finanziario.

E infatti, nel delineare le priorità di vigilanza per il prossimo triennio (2025-2027)⁴³, la BCE ha fissato una serie di obiettivi – come ad esempio: gestione dei rischi geopolitici, correzione delle carenze rilevanti dell'attuale sistema finanziario, rafforzamento delle strategie di digitalizzazione – che impongono l'efficace gestione dei rischi “alla fonte”, al fine di allineare, quanto più possibile, le prassi operative alle aspettative di vigilanza, nel rispetto del *range* di rischio individuato come tollerabile.

e finanza fra unificazione europea e crisi economica, Relazione al Convegno “1865-2015. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana”, Firenze 15-16 ottobre 2015, consultabile al sito www.irpa.eu nonché in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1501-1512.

⁴⁰ M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e Unione bancaria*, cit.

⁴¹ R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, cit.

⁴² R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, cit.

⁴³ Si veda il sito della BCE: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/framework/priorities/html/index.it.html>.

La legittimazione della Banca centrale europea tra tecnica e politica

di *Marco Macchia*

SOMMARIO: 1. Che cos’è un’autocrazia non eletta? – 2. Esistono poteri “quasi” politici della BCE? – 3. L’impiego strategico degli interventi della BCE. – 4. Eterogeneità di scopi ed indipendenza. – 5. L’illusione della sopravvivenza del paradigma di Maastricht.

1. Che cos’è un’autocrazia non eletta?

Nella scienza politica moderna, autocrazia è «il sistema di governo dello stato cosiddetto assoluto, in cui il sovrano (o autocrate) trae l’origine e il fondamento della propria autorità da sé stesso o al più, come si riteneva una volta, dal fatto che gli è stata conferita dalla volontà divina»¹. Per estensione si tratta di una formula volta ad indicare un potere assoluto, svincolato dai controlli e libero di decidere i fini da perseguire.

Il governo parlamentare, all’opposto, è quello in cui al vertice dell’esecutivo vi è un’autorità espressione della fiducia parlamentare e non vi sono autorità indipendenti dal parlamento, dal momento che lo stesso parlamento investe e revoca (o obbliga a dimettersi) chi governa. In questa forma di governo l’organizzazione istituzionale relativa alla allocazione dei pubblici poteri attiene alla ripartizione del potere politico. Anzi, la forma di governo è determinata dalla correlazione fra due ordini di vicende: potere politico e allocazione dei poteri formali².

Quando il baricentro politico della forma di governo si sposta dal parlamento verso il governo sino a trasformare l’assemblea rappresen-

¹ Da *Enc. Treccani*, vocabolario online.

² Una forma di governo dualista è quella in cui si stabilisce un equilibrio fra gli organi, si creano paratie e distinzioni rispetto ad un agglomerato che è l’indistinto potere pubblico.

tativa in un organo di ratifica delle decisioni del governo, a mutare è il potere politico senza incidere sull'allocazione dei poteri formali. Viene qui in gioco la responsabilità delle istituzioni nazionali difronte al parlamento, giacché il baricentro politico di una forma di governo muta al mutare dell'assetto dei poteri, e ciò può accadere anche senza toccare l'allocazione formale dei poteri.

È evidente la correlazione fra la ripartizione del potere politico e la divisione dei poteri formali dello Stato. È proprio tale divisione in tutti i suoi aspetti a consentire la ripartizione fra più organi (espressivi di diversi interessi sociali) del potere politico. Se le amministrazioni tradizionalmente intese sono soggette ad un controllo, più o meno intenso, del potere esecutivo – secondo la logica dell'art. 95 Cost. – che, mediante la sua guida politica, dà legittimità all'azione amministrativa, nondimeno da almeno tre decenni ad esse si aggiungono autorità pubbliche che, in ragione delle funzioni svolte e del loro carattere tecnico, sono configurate come organi indipendenti ed esplicitamente sottratti alla volontà dell'esecutivo. Letto così: un tratto consolidato del diritto amministrativo si scontra con un forte elemento di innovazione, che presenta molteplici risvolti non solo nel campo dell'organizzazione pubblica: l'esecutivo si indebolisce nella sua capacità di governare i sistemi amministrativi. Si afferma per tale via la *Aufgabenabhängigkeit des Verwaltungsrecht* la quale implica la «continua modifica della sfera pubblica, l'ampliarsi e il ridursi dei compiti statali», in cui «le amministrazioni sono trascinate dal cambiamento delle funzioni ad esse affidate³».

Storicamente come si è arrivati a tale deviazione dal modello tipico? È innegabile l'ispirazione che le *independent regulatory agencies* statunitensi hanno offerto, avendo il modello americano una tradizione secolare. Lo scopo è quello di assicurare agli apparati pubblici di settori specializzati una *expertise* inesistente nel governo. Ma va anche aggiunto che la creazione di tali autorità «nel nostro come in altri ordinamenti, non è derivata da un disegno prestabilito, né è stata guidata da una logica istituzionale complessiva»⁴. Se le istituzioni dell'Unione

³ Le prospettive, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2009, 508.

⁴ N. LONGOBARDI, *Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2022, 220. Sul tema delle autorità in generale, tra i primi a delinearne il quadro concettuale C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549 ss. Come

europea hanno rappresentato in alcuni ambiti degli ordinamenti nazionali un formidabile acceleratore verso questa innovazione, è anche vero che il tratto dell'indipendenza è stato impiegato dal legislatore in settori diversi senza seguire un progetto coerente. La regolazione dei mercati, la tutela dei dati personali, l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, per citarne solo alcune, sono materie dissimili nelle quali divergono ampiamente le funzioni da svolgere rimesse alle autorità, i compiti e le attribuzioni dei pubblici poteri.

Proprio questa assenza di una logica istituzionale complessiva porta a considerare l'ipotesi che l'"indipendenza amministrativa" altro non sia che una «manifestazione del bisogno di adattamento alle evoluzioni delle forme dell'azione pubblica»⁵. Il che equivale a dire che non vi è una ragione intrinseca nella funzione svolta tale da giustificare il carattere dell'indipendenza amministrativa, quanto piuttosto che la realtà è un'altra ed è legata alla casualità o all'episodicità. A seconda dei casi e delle circostanze, insomma, il legislatore ha scelto di valorizzare, anche sull'onda di una inclinazione più diffusa, «la tendenza a sottrarre determinate funzioni pubbliche all'indirizzo politico di maggioranza, ovvero ad una logica nella quale sull'imparziale svolgimento delle funzioni sono destinati a prevalere gli obiettivi più pressanti ed immediati della maggioranza governativa»⁶.

Preso atto di ciò è ammissibile che un'autocrazia non eletta abbia il potere di decidere? Che la BCE sia un'autocrazia non eletta non v'è dubbio, non ricorrendo al suo interno meccanismi di rappresentanza politica-democratica, che abbia il potere di decidere anche, però occorre distinguere se si tratti o meno di un potere politico. Ossia se la BCE – applicando le categorie concettuali della *polis* – abbia l'autorità di definire le finalità, di scegliere fra gli interessi in gioco quelli prioritari

sottolinea da N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti, laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in ID., *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata. Temi, sintesi, approfondimenti, considerazioni*, Torino, 1999, 84, «il legislatore, nel suo volere e disvolere al contempo, potrebbe solo parzialmente essere accusato di schizofrenia, dal momento che la creazione di autorità amministrative indipendenti, da un canto risulta talora imposta dalla normativa comunitaria, dall'altro può costituire un buon espeditivo di "fuga dalla responsabilità politica", quale si realizza scaricando scelte difficili o costose in termini di consenso su un organo qualificato come indipendente; ancora, può consentire di allargare la sfera amministrativa a scapito del giudice».

⁵ N. LONGOBARDI, *Equivoci*, cit., 221.

⁶ *Op. ult. cit.*

ovvero di prediligere i modi per farli meglio valere. È chiaro che la crescita del ruolo della BCE pone con forza queste questioni relative alla legittimazione della stessa, alle esigenze di *accountability* e di rispetto del principio di trasparenza da parte della medesima.

2. Esistono poteri “quasi” politici della BCE?

Quello della BCE è un potere politico? I poteri esercitati dalla BCE sono liberi nel fine? Il criterio della “libertà nel fine” è comunque in grado di rispondere alla domanda se quello che viene espresso dalla banca centrale sia o meno un potere politico? Se assumiamo che il potere allocato nella BCE è correlato alla sfera politica, perché sono ivi decisi i fini generali di stabilità finanziaria da perseguire, quali sono i riflessi sull’organizzazione e sull’attività?

La scienza giuridica insegna che il fine è lo scopo complessivo, come l’istruzione che l’ordinamento dispone come obbligatoria e gratuita. I fini variano da materia a materia e anche nel tempo. Il fine, che può essere di organizzazione, di conservazione o di benessere, generalmente è specificato dalla legge (anche quelli a cui è ispirata la disciplina di una certa funzione). Può anche capitare, però, che il fine non sia specificato, oppure può essere indicato dal legislatore in termini generici o ricorrendo a concetti giuridici indeterminati. Spetta all’interprete indagare sulla base del contesto disciplinare quale sia il fine perseguito. L’indagine sul fine è essenziale, perché un atto è illegittimo, sotto forma di sviamento di potere, se persegue un fine diverso da quelli per i quali il potere di emanarlo è stato attribuito.

Apparentemente la BCE non è libera nel fine. La stabilità dei prezzi, com’è scolpito quale cardine del sistema, rappresenta un vincolo “costituzionale” che la banca centrale persegue in virtù di un’investitura democratica, che possiede i medesimi crismi propri – nelle famiglie giuridiche tanto di *common*, quanto di *civil law* – della Corte di giustizia, il cui operato è guidato dal principio del primato del diritto (sia esso giurisprudenziale o legislativo).

Come noto, il SEBC costituisce una rete amministrativa, diretta dalla BCE, di cui sono parte integrante le banche centrali nazionali, le quali agiscono secondo gli indirizzi e le istruzioni sovranazionali. La sua struttura è “federale”⁷: in tale reticolo amministrativo il Consiglio

⁷ S. CASSESE, *L’“unica moneta” senza Stato. Dalle monete nazionali alla moneta unica*, in *Dir. ban. merc. fin.*, 2001, 188. Sulla costruzione dell’Eurosistema come

direttivo ha il compito di adottare le misure necessarie per assicurare l'osservanza degli indirizzi e delle istruzioni della BCE, richiedendo che gli venga fornita ogni necessaria informazione⁸.

Il massimo organo decisionale del Sistema è rappresentato appunto dal Consiglio direttivo, che comprende sia i membri del Comitato esecutivo sia i governatori delle banche centrali nazionali degli Stati membri la cui moneta è l'euro. Il compito del SEBC è di assicurare la stabilità dei prezzi, scelta che è stata costituzionalizzata dall'art. 127 TFUE riprendendo il modello tedesco. Si conferma così in ambito europeo il modello germanico, fondato su un'accentuata autonomia dell'autorità bancaria centrale rispetto al potere politico, dotata di un potere di gestione neutrale, e in cui la stabilità dei prezzi – come consacrato nell'art. 88 del *Grundgesetz* – viene a rappresentare una sorta di impegno costituzionale avente valore di bene pubblico, che solo un'istituzione pubblica (e non il mercato) può creare impiegando gli strumenti autoritativi e di intervento diretto nei processi economici⁹.

Da un punto di vista amministrativo, il SEBC si fonda su un forte accentramento sovranazionale della definizione degli indirizzi e delle regole generale, ma allo stesso tempo la funzione di attuazione viene esercitata sotto il segno della comunione, per cui le molteplici attività necessarie alla realizzazione della funzione monetaria continuano a spettare alle banche centrali nazionali secondo una struttura a “doppio livello”. Anche nel PSPP, ad esempio, si registra la medesima divisione del lavoro. Gli acquisti di bond statali sono effettuati in proporzione alle quote di capitale dei paesi membri nella BCE sotto la regia sovranazionale, ma è ciascuna banca centrale nazionale tenuta poi materialmente

il sistema di banche centrali dell'area dell'euro, T. PADOA SCHIOPPA, *The euro and its central bank: getting united after union*, Cambridge Mass.-London, 2004, 21.

⁸ Sul tema, E. CHITI, *How to Make the Eurozone Sustainable. A Public Law Perspective*, in *Riv. studi internazionali*, 2017, 397 ss. Sulla struttura unica o unitaria del SEBC, F. MERUSI, *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *Dir. un. eur.*, 1997, 90 ss.; L. MELICA, *Il Sistema europeo delle Banche centrali e la sovranità degli Stati membri della Comunità europea: riflessioni sull'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 393 ss.

⁹ Possono distinguersi le operazioni di marca autoritativa da quelle imprenditoriali, come quelle di mercato aperto, in cui la banca centrale opera come un imprenditore finanziario, in regime di concorrenza, al pari di quanto può avvenire quando un'impresa pubblica che produce beni o servizi operi nella produzione o nella distribuzione agendo non in regime di monopolio.

ad acquistare titoli idonei provenienti da emittenti pubblici statali, regionali o locali del proprio paese, in base allo schema di sottoscrizione del capitale.

Orbene il ricorso ad un simile assetto organizzativo mostra il necessario perseguitamento dell'unitarietà e dell'uniforme applicazione delle politiche monetarie a livello nazionale. Gli interessi nazionali si devono piegare all'interesse unico europeo, avendo in questo settore gli organi sovranazionali un'autorità esclusiva sui trattati nell'interpretazione dell'art. 127 TFUE sul mandato della BCE. Sulla dislocazione delle attribuzioni, nel SEBC le banche centrali nazionali sono organo nazionali operanti in funzione europea. Secondo l'art. 9 dello Statuto SEBC i compiti di politica monetaria possono essere assolti dalla BCE «mediante le attività proprie secondo quanto disposto dallo statuto, o attraverso le banche centrali nazionali». In base all'art. 12 è precisato che «per quanto possibile ed opportuno la BCE si avvale delle banche centrali nazionali per eseguire operazioni che rientrano nei compiti del SEBC»¹⁰. In sostanza nell'unione economica e monetaria l'Unione europea si è evoluta in una forma federale e nel SEBC la BCE è quello che la *Federal Reserve System* è per il dollaro ovvero che la *Bundesbank* era fino al 1998 per il marco tedesco¹¹.

¹⁰ Secondo la nota sentenza del Tribunale costituzionale federale, sentenza del 5 maggio 2020 (nei ricorsi riuniti 2 BvR 859/15; 2 BvR 1651/15; 2 BvR 980/16; 2 BvR 2006/15), relativa al programma ‘Quantitative Easing’ della BCE, nel PSPP vi è stata una esondazione delle competenze per cui l'autorità nazionale doveva sottrarsi dal partecipare a questo programma, giacché l'impianto costituzionale tedesco non avrebbe consentito di aderire a queste prospettive del diritto dell'Unione dal momento che l'Unione non si è evoluta in uno Stato federale. In questo modo la banca centrale nazionale sarebbe stata tenuta a divergere dalle istruzioni ricevute dal Consiglio direttivo della BCE.

¹¹ T. PADOA SCHIOPPA, *The euro and its central bank: getting united after union*, cit., 19. Sul tema, altresì, C. ZILIOLI - M. SELMAYR, *The Law of the European Central Bank*, Portland, 2001, 83 ss. Come nota L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, relazione presentata al Convegno per i 60 anni della Rivista delle società su “Regole del mercato e mercato delle regole: il diritto societario e il ruolo del legislatore”, Venezia, 13-14 novembre 2015, in www.irpa.eu, è vero che «le autorità nazionali continuano a giocare un ruolo rilevante come membri delle autorità europee, ma queste ultime dispongono sicuramente in misura molto più ampia rispetto al passato del potere di orientare, indirizzare e governare il sistema nel suo complesso, appunto più come un sistema unitario che non come un sistema composito».

A dimostrazione dell'originalità in senso federale del SEBC, si pensi all'applicazione dell'art. 14 dello statuto, in base al quale la Corte di giustizia, nella veste di giudice amministrativo, dispone di un sindacato di legittimità pieno sugli atti amministrativi interni che comportino sotto qualunque forma la rimozione di un governatore dai suoi compiti¹². Ciò implica che alla Corte europea spetta eccezionalmente il potere diretto di annullare un atto di diritto domestico, contravvenendo alla regola dell'autonomia processuale e intromettendosi quando ne sia il caso su una faccenda interna¹³. È derogata la giurisdizione nazionale. Un tale rigoroso e pieno controllo giudiziario su provvedimenti nazionali è assolutamente inedito e peculiare rispetto alla costruzione europea e

¹² Corte giust., 26 febbraio 2019, cause riunite C-202/18 e C-238/18, *Ilmārs Rimšēvičs c. BCE*, su cui sia consentito rinviare a M. MACCHIA, *L'indipendenza delle banche centrali presa sul serio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 774 ss. Ai sensi dell'art. 14 dello statuto SEBC e BCE un governatore di una banca centrale nazionale può essere sollevato dall'incarico solo in due ipotesi, ossia se non soddisfa più alle condizioni richieste per l'espletamento delle sue funzioni o se si è reso colpevole di gravi mancanze. Sempre l'art. 14 prevede poi un mezzo di ricorso specifico che attribuisce al governatore, nonché al consiglio direttivo della BCE, il diritto di impugnare dinanzi alla Corte di giustizia le decisioni con le quali quest'ultimo è sollevato dall'incarico. Qualunque divieto di esercitare le funzioni relative alla carica di governatore, temporaneo o definitivo, a prescindere dall'organo nazionale che lo adotta, è considerato come equivalente al sollevamento dall'incarico ed è impugnabile dinanzi alla Corte di giustizia. Attribuendo direttamente alla Corte la competenza a conoscere della legittimità della decisione di sollevare dall'incarico il governatore di una Banca centrale, gli Stati membri hanno dimostrato l'importanza che essi attribuiscono all'indipendenza dei titolari di detto incarico. In questo quadro, l'esigenza di sindacabilità – che potrebbe essere declinata anche in termini di trasparenza – dell'operato delle istituzioni bancarie centrali è strettamente connessa con l'indipendenza. Il sindacato giurisdizionale è, nel caso di specie, il principale strumento che assicura ai componenti degli organi centrali le condizioni di indipendenza funzionale, quella libertà da pressioni politiche necessaria per il migliore esercizio dei poteri attribuiti, nonché per l'assolvimento dei compiti e dei doveri spettanti.

¹³ È rispettato in questo senso lo spirito dell'antica giurisprudenza europea, secondo cui l'ordine giuridico europeo è «una Comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato ... [che] ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni», Corte Giust. CE, 23 aprile 1986, causa C-294/83, *Partito ecologista "I verdi" c. Parlamento europeo*; Id., 25 luglio 2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*. In argomento, G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI (con la collaborazione di M. MACCHIA), *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017, 273 ss.

si spiega proprio con il modello federale incarnato nel SEBC. Costituisce l'ennesima conferma dell'originalità di tale sistema amministrativo proprio come fosse un'unione nell'Unione, dato che vige un'articolazione diversa e una distinzione meno pronunciata tra ordinamento giuridico sovranazionale e ordinamenti giuridici interni¹⁴.

Il SEBC rappresenta una specifica e inedita cornice istituzionale. Esso riproduce «nel diritto dell'Unione una costruzione giuridica originale che associa e fa strettamente cooperare istituzioni nazionali, ossia le banche centrali nazionali, e un'istituzione dell'Unione, segnatamente la BCE, e all'interno della quale vigono un'articolazione diversa e una distinzione meno pronunciata tra l'ordinamento giuridico dell'Unione e gli ordinamenti giuridici interni»¹⁵.

Le conseguenze di questo sistema amministrativo fortemente integrato sono visibili. Rileva al riguardo lo «sdoppiamento funzionale del governatore di una Banca centrale nazionale, il quale è sì un'autorità nazionale, ma agisce nell'ambito del SEBC e, se è governatore di una Banca centrale nazionale di uno Stato membro la cui moneta è l'euro, siede nel principale organo direttivo della BCE. È in considerazione di tale status ibrido e [...] al fine di garantire l'indipendenza funzionale dei governatori delle banche centrali nazionali in seno al SEBC, che, eccezionalmente, una decisione adottata da un'autorità nazionale e che solleva uno di loro dal suo incarico può essere impugnata dinanzi alla Corte»¹⁶.

¹⁴ Come afferma S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. Bignami, S. Cassese, Milano, 2004, 33, ove si precisa che «i sistemi comuni debbono servire la duplice funzione dell'Unione. Essa è, per un verso, il braccio degli esecutivi nazionali, che vi fanno sentire la propria voce principalmente attraverso il Consiglio e il Consiglio europei; per altro verso, è lo strumento per tenere gli esecutivi nazionali sotto controllo (e di questo si preoccupano principalmente la Commissione e i giudici comunitari). Senza sistemi comuni, questa duplice funzione dell'Unione sarebbe impossibile o difficilissima».

¹⁵ Corte Giust. UE, 26 febbraio 2019, cit., par. 69.

¹⁶ Corte Giust. UE, 26 febbraio 2019, cit., par. 70. A dispetto dell'indipendenza affermata, è noto come non manchino i modi per provare a condizionare l'operato delle banche centrali. Il ministro delle Finanze tedesco, Christian Lindner, ha nell'ottobre 2024 avvertito la Banca centrale europea di non salvare la Francia in caso di crisi finanziaria. Per chi segue le questioni finanziarie e monetarie, è come se stesse cercando di innescare una corsa ai titoli francesi. Per citare un caso famoso basti pensare alla nota iniziativa giudiziaria per omessa denuncia di reati nei confronti del governatore e del direttore generale della Banca d'Italia che è passato alla storia come

Da questo angolo di osservazione, le banche centrali nazionali hanno certamente una doppia dipendenza nell'ambito del SEBC e in ambito domestico. Ma occorre distinguere i compiti e le funzioni svolte, giacché operano esclusivamente in funzione europea quando perseguono gli obiettivi assegnati dal livello sovranazionale, mentre ciò non vale nel momento in cui agiscono assolvendo altri compiti e funzioni in forza della legge nazionale. Per cui delle due l'una. È impensabile conservare una dipendenza nazionale quando la banca centrale operi all'interno del SEBC. Basti pensare che, ai sensi dell'art. 14 dello Statuto, «le banche centrali nazionali possono svolgere funzioni diverse da quelle specificate nel presente statuto a meno che il Consiglio direttivo decida [...] che tali funzioni interferiscono con gli obiettivi e i compiti del SEBC».

3. L'impiego strategico degli interventi della BCE

Si può sostenere, insomma, che il potere della BCE si trovi limitato a compiti esecutivi in materie coperte da riserva di legge. Tuttavia gli strumenti di politica monetaria non convenzionali dimostrano come il principio di legalità operi una copertura meramente formale, mentre alcuni interventi siano di fatto politici nel senso più pieno allorquando la Banca europea decide quali sono i fini generali nella politica monetaria.

Se si guarda in particolare alla politica monetaria, si nota come vi sia una tendenza una tendenza ad estendere il perimetro dell'intervento facendo entrare altri interessi. Se si attribuisce rilievo a interessi collaterali previsti dalla legge (come nel caso del Pnrr), la BCE opera come uno strumento per perseguire obiettivi di sostenibilità che acquistano così cogenza per i privati, utilizzando il suo potere di acquisto. Se gli interessi sono frutto di un'opzione discrezionale (come nell'ipotesi delle politiche monetarie *green*), la banca centrale viene a plasmare in via unilaterale e conformativa l'autonomia privata degli operatori in modo tale da renderla idonea al raggiungimento di finalità di interesse generale.

il caso Baffi-Sarcinelli. Paolo Baffi, governatore della Banca d'Italia e Mario Sarcinelli, vicedirettore generale con delega alla vigilanza, in modo pretestuoso e grottesco vengono accusati dalla Procura di Roma di interesse privato in atti d'ufficio e favoreggiamento personale per non aver trasmesso all'autorità giudiziaria le notizie contenute in un rapporto ispettivo sul Credito Industriale Sardo, istituto di credito che aveva largamente finanziato il gruppo chimico SIR del finanziere Nino Rovelli, oggetto di indagine da parte della magistratura.

Con riguardo alla politica monetaria merita di essere sottolineato che la corretta attuazione del PNRR (insieme ad una adeguata disciplina di bilancio) è condizione necessaria perché la BCE attivi il *Transmission Protection Instrument* (TPI, più noto col soprannome di “scudo anti-spread”). Il TPI è lo strumento che consente l’acquisto di titoli emessi in un singolo Paese per evitare eccessivi spread e conseguenti difficoltà nella conduzione della politica monetaria¹⁷.

Ciò dà la misura del rilievo che si sta attribuendo a questo nuovo metodo di definizione delle politiche nell’Unione europea. In altre parole, il rispetto degli impegni assunti dagli Stati membri con i Piani diviene condizione (e presupposto) per l’esercizio di politiche monetarie non convenzionali. Lo stesso si può dire riguardo alle politiche del *Green deal* europeo¹⁸. Queste politiche di condizionalità mostrano come la BCE non si concentri solo sull’obiettivo di contenere l’inflazione, ma sia preoccupata parallelamente di tutte le dinamiche che possano rappresentare un rallentamento delle attività produttive che i più alti tassi di interesse indurranno. Del resto, anche in passato le modalità con cui si forniva assistenza finanziaria erano necessariamente condizionate a politiche di ristrutturazione dei debiti, e all’introduzione di una serie di regole di governance economica più rigide del Patto di stabilità e crescita originario, come il *six pack*, il *two pack* e il *Fiscal compact* del 2012 stanno a dimostrare.

Su un diverso versante, la BCE ha messo in campo una serie di misure volte a proteggere dai rischi di deterioramento della qualità creditizia e del valore degli attivi connessi con fattori climatici. Sotto questa

¹⁷ Il funzionamento è simile al *Quantitative Easing* (alleggerimento quantitativo), che consiste nell’acquisto da parte della banca centrale di titoli di Stato o di altre obbligazioni sul mercato al fine di supportare la crescita economica e permettere al tasso di inflazione di ritornare ad un livello vicino, ma sempre al di sotto, del 2% e si traduce concretamente in un’espansione del bilancio della banca centrale. Attraverso l’acquisto di attività finanziarie, la banca centrale riduce la disponibilità di titoli sul mercato e aumenta, di contro, la liquidità; il bilancio della banca centrale si muove di conseguenza: aumentano i titoli detenuti in portafoglio e, dunque, le attività, ma contestualmente aumentano le passività, nella forma di riserve.

¹⁸ Sulla rilevanza del *Green Deal* rispetto alla costituzione economica europea, E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 130 ss., che sostiene come con questo patto sia stato introdotto un nuovo obiettivo di *policymaking*, rispetto alla tradizionale disegno della disciplina della tutela dell’ambiente, ossia quello della sostenibilità degli ecosistemi, in grado di condurre l’azione dell’Unione in una direzione diversa da quella indicata dal principio dello sviluppo sostenibile.

prospettiva, la banca centrale ha avallato un complesso piano d’azione operativo su due fronti. Da un lato, diretto ad ampliare le capacità analitiche necessarie per valutare le implicazioni del cambiamento climatico per la trasmissione monetaria e la stabilità dei prezzi. Da un altro, volto a tenere conto dei requisiti di sostenibilità ambientale nelle operazioni di politica monetaria, in particolare con riferimento alle attività idonee a essere acquistate o accettate in garanzia dall’Eurosistema.

La considerazione dei fattori ambientali nell’ambito delle decisioni di politica monetaria ha preso forma, ad esempio, nel “punteggio climatico”, uno strumento per orientare gli acquisti BCE di obbligazioni societarie a favore degli emittenti con migliori *performance* climatiche¹⁹. Certo ciò presenta le potenzialità per stravolgere il sistema, per questa ragione tutte le misure saranno in ogni caso disegnate in modo tale da garantire che la dimensione del portafoglio di obbligazioni societarie e l’ammontare disponibile di titoli costituibili a garanzia rimangano coerenti con gli obiettivi di politica monetaria della BCE e permettano al quadro di riferimento di funzionare senza difficoltà. In questo senso, si intende continuare a determinare il volume complessivo di titoli, oggetto di acquisto, sulla base di considerazioni di politica monetaria, coerentemente con l’obiettivo finale di stabilità dei prezzi. Gli strumenti di intervento monetario si allineano così alla complessiva strategia dell’Unione europea, che assegna alla finanza un ruolo importante nella transizione verso un’economia sostenibile.

D’altronde, l’Unione si trova al centro di un contesto instabile in grado di porre notevoli rischi per la stabilità finanziaria, accresciuto dall’indebolimento delle prospettive economiche. A testimonianza di questi tempi eccezionali, per la prima volta dalla sua istituzione il Comitato europeo per il rischio sistematico (ESRB), a settembre 2022, ha lanciato un “avvertimento generale” sui rischi per la stabilità finanziaria. L’ESRB ha individuato diverse vulnerabilità tra i fondi monetari (*money market funds*), strettamente interconnessi con il sistema finanziario, e le banche. Lo dimostra anche la revisione della *governance* economica dell’Unione, e in particolare del Patto di stabilità e crescita,

¹⁹ L’inserimento dei criteri ambientali riguarda la valorizzazione della trasparenza nella rendicontazione non finanziaria. L’obiettivo sarà quello di accettare tra gli strumenti di intervento monetario unicamente i titoli emessi da imprese che rispettino gli obblighi di *climate-related disclosure* imposti dalla *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CsrD), dato che sono necessari strumenti finanziari univocamente definibili come investimenti sostenibili.

che si basa su piani nazionali di medio termine per il rientro del debito, dando spazio a riforme e investimenti, che sono discussi con la Commissione e trasmessi per l'approvazione al Consiglio²⁰.

Inoltre, le condizioni finanziarie attuali rappresentano un inedito assoluto per l'affastellarsi di emergenze, la guerra, la crisi energetica, la ripresa della spirale inflazionistica, data l'evidente incertezza di natura economica e geopolitica. Soprattutto sono un inedito perché, per la prima volta, dopo venti anni sembra non essere sufficiente immettere liquidità nei sistemi finanziari per attenuare le crisi o superarle del tutto²¹.

Se ciò è vero, la politica monetaria appare oggi sempre più in difficoltà, dal momento che riesce in modo affannoso a contrastare l'inflazione. E, soprattutto, risulta essere sempre più una politica *complessa* giacché prova a tenere insieme contemporaneamente interessi differenti e divergenti²². In particolare, laddove gli obiettivi di politica monetaria

²⁰ In argomento per un primo inquadramento si rinvia a A. GIURICKOVIC DATO - M. MACCHIA, *La governance europea delle politiche economiche e di bilancio degli Stati*, in *Manuale di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Del Gatto, G. Vesprini, Torino, 2024, 377. In tale ambito non c'è dubbio che la Commissione vanti un ampio potere discrezionale, sebbene lo stesso vada esercitato in base a criteri obiettivi e trasparenti, nonché soggetto al controllo politico del Consiglio e a quello giurisdizionale della Corte di giustizia.

²¹ A differenza che nei decenni passati, più si alzano i tassi e più si infliggono perdite a portafogli costruiti negli anni passati e, con aumenti troppo rapidi e forti, il sistema rischia di incrinarsi. È evidente come, a fronte di un alto livello dei tassi, la politica di sostegno dei debiti degli Stati nazionali diventi più difficoltosa. E un intervento della banca centrale troppo energico rischia di far avvitare le economie o provocare instabilità sui mercati, giacché è noto che tra sostenibilità dei conti pubblici e moneta vi è una stretta relazione.

²² L'elemento della complessità – per quanto qui messo al centro – non rappresenta propriamente una novità in tema di politica monetaria. Basti pensare a “come” è nato l'euro. «Lo SME si basava su una moneta virtuale, l'ECU, che faceva da punto di riferimento dei limiti di fluttuazione delle monete reali. Laddove i limiti venissero superati, le banche centrali erano tenute a liquidare la valuta più forte e acquistare quella più debole per mantenere l'oscillazione entro i margini consentiti. Al tempo stesso, i governi degli Stati membri si impegnarono a realizzare interventi di politica economica per dare stabilità alle monete nazionali rispetto alla c.d. parità centrale. Nonostante il meccanismo non fosse di facile applicazione e avesse obbligato a numerosi riallineamenti valutari, l'ECU divenne una vera e propria moneta, ancorché virtuale, utilizzata nei mercati finanziari in quanto ritenuta più stabile e affidabile delle valute nazionali» (così in S. SILEONI, *Giovane e maturo: l'euro compie venticinque anni*, in *Quad. cost.*, 2024, 204).

sembrano essere per la prima volta in (parziale) contrasto con quelli di stabilità finanziaria, l'esito finale è che gli scopi della banca centrale non sembrano essere più quelli della stabilità dei prezzi, nel rispetto del mandato ricevuto dai trattati, quanto piuttosto quello più ampio della stabilità finanziaria.

Mettendo in parallelo la politica monetaria e i compiti di vigilanza prudenziale, anche l'unione bancaria si inserisce (e porta a compimento) proprio questo processo di mutamento degli obiettivi finali, giacché la vigilanza microprudenziale affidata alla BCE consente di tenere sotto controllo il rischio sistematico, previa adozione di apposite misure organizzative e di vigilanza, e ciò costituisce uno strumento diretto ad assicurare la stabilità finanziaria²³. Proprio da questo timore di sovrapposizione dei piani è, infatti, ispirata la separazione funzionale esistente tra governo della moneta e vigilanza bancaria. Onde evitare interferenze con le funzioni di politica monetaria, la Banca centrale europea ha costituito al proprio interno un Consiglio di Sorveglianza, che esercita in forma separata le funzioni di vigilanza²⁴. Tutto ciò, peraltro, appare in linea con l'art. 47 Cost., secondo cui il risparmio può essere difeso anche nella sua normale e prevalente destinazione creditizia solo se contemporaneamente si difende il valore della moneta, cioè se si controlla

²³ L'unione bancaria si inserisce (e porta a compimento) proprio questo processo di mutamento degli obiettivi finali, giacché la vigilanza microprudenziale affidata alla BCE consente di tenere sotto controllo il rischio sistematico e prende forma in uno strumento diretto ad assicurare la stabilità finanziaria. Era un esito che già si profilava nel Reg. n. 1092/2010, relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario nell'Unione europea e istitutivo del Comitato europeo per il rischio sistematico, in cui la BCE era autorizzata alla rimozione di tutti i rischi sistematici prevedendo l'adozione di misure organizzative e di vigilanza. Contenendosi alla giurisprudenza relativa al Meccanismo unico di vigilanza va segnalata, in particolare, la sentenza del Tribunale UE 16 maggio 2017, *Landeskreditbank*, T-122/15, poi confermata dalla sentenza Corte giust., 8 maggio 2019, C-450/17 P, in cui, in nome della necessità di assicurare l'efficacia e la coerenza del SSM e, con essa, l'obiettivo della stabilità finanziaria, il giudice europeo ha abbracciato un'interpretazione particolarmente ampia dei poteri di vigilanza attribuiti alla BCE, nonostante i limiti posti dall'art. 127 Tfue. Per la posizione critica espressa dal tribunale costituzionale tedesco si rinvia alla sentenza del 30 luglio 2019 (2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14). Sul tema, si rinvia a M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2019, 213 ss.; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, 154.

²⁴ Sul punto, P. WEISMANN, *The ECB's Supervisory Board Under the Single Supervisory Mechanism (SSM): A Comparison with European Agencies*, in *European Public Law*, 2018, 311 ss.

opportunamente l'intero ciclo finanziario, dalla formazione «incoraggiata» del risparmio all'investimento attraverso le imprese bancarie.

Laddove occorra individuare una soluzione di compromesso tra il sostegno alla transizione ecologica (o il rispetto dei piani nazionali di ripresa e resilienza) e l'inflazione, ad essere centrale è il vincolo di scopo, ossia quello strumento che assicura una corretta armonizzazione tra i diversi interessi per evitare che l'introduzione di considerazioni "non economiche" pregiudichi l'obiettivo primario della stabilità. Nondimeno la stabilità che qui rileva non è quella dei prezzi, bensì la stabilità finanziaria.

Magari non integra gli estremi di un modello di autonomia rispetto agli obiettivi di politica monetaria à la FED, nondimeno sembra assomigliare soprattutto all'autonomia del modello "anglo-francese", nel quale all'autorità monetaria sono affidati una pluralità di fini, che comprendono la stabilità dei prezzi, la stabilizzazione del ciclo economico, nonché la stabilità finanziaria da cui deriva una corretta allocazione delle risorse e prende forma nella capacità di assorbire gli *shock* finanziari nel contesto economico.

4. Eterogeneità di scopi ed indipendenza

Governare la politica monetaria attraverso un uso strategico degli interessi collaterali per far rispettare il Pnrr, per tutelare l'ambiente mira a rafforzare la sensibilità pubblica verso determinati valori della comunità. Conformare l'azione a interessi collettivi e ambientali implica accogliere detti interessi orizzontali, giustapponendoli all'interesse specifico della politica monetaria, assumendo essi stessi la natura di interesse primario perseguito dall'amministrazione. L'inserimento di considerazioni collettive e ambientali canalizza i capitali verso attività sostenibili, armonizza gli approcci e le iniziative in termini di opportunità per l'allargamento della finanza sostenibile²⁵.

Teoricamente, in questo modello, ad una simile eterogeneità di scopi si accompagna una sorta di subordinazione della banca centrale agli organi politici, posto che le decisioni della banca centrale sono in ul-

²⁵ Il fatto che l'autorità monetaria tenga conto del cambiamento climatico per gestire il rischio del proprio portafoglio dipende anche dal riconoscimento che i rischi climatici sono finanziariamente significativi e che la limitazione dell'esposizione agli *asset* di combustibili fossili è coerente con i tradizionali criteri di gestione del rischio di portafoglio.

timo soggetto alla diretta approvazione del governo. Non a caso, ad esempio, la funzione di vigilanza sulle banche non è una funzione originaria della Banca d'Italia in quanto banca centrale. Nell'elenco delle operazioni della Banca di cui agli art. 42 e seguenti del r.d. 11 giugno 1936, n. 1067 essa non figura. La funzione di vigilanza le era stata attribuita «transitoriamente» in occasione della riforma bancaria del 1936, in attesa di organizzare tecnicamente l'Ispettorato per il credito ed il risparmio, configurato come organo dello Stato nell'ambito del Ministero delle Finanze (comprensivo del Tesoro). Tuttavia la circostanza che il governatore era collocato a capo dell'Ispettorato per la difesa del risparmio e l'esercizio del credito faceva da presupposto all'utilizzo della struttura di tale ente per lo svolgimento dei compiti dalla legge affidati all'Ispettorato²⁶. Solo con il TUB del 1993 la funzione di vigilanza, «transitoriamente attribuita», diventa una competenza definitiva della Banca d'Italia.

Questo esempio mostra come la funzione strategica degli interventi chiami in causa necessariamente il rapporto tra politica e amministrazione. Se si attribuisce rilievo a interessi collaterali previsti dalla legge (come nel caso del Pnrr), la BCE opera come uno strumento per perseguire obiettivi di sostenibilità che acquistano così cogenza per i privati, utilizzando il suo potere di acquisto. Se gli interessi sono frutto di un'opzione discrezionale (come nell'ipotesi delle politiche monetarie *green*), la banca centrale viene a plasmare in via unilaterale e conformativa l'autonomia privata degli operatori in modo tale da renderla idonea al raggiungimento di finalità di interesse generale²⁷. O, meglio, essa si assume il compito di sostenere gli obiettivi generali dei governi (intesi in senso ampio, comprensivo di quello europeo) nel garantire il benessere dei cittadini, a patto che ciò non interferisca con la stabilità dei prezzi. Si tratta insomma di un compromesso tra il sostegno alla transizione ecologica e l'inflazione. Data l'elevata discrezionalità dell'a-

²⁶ S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013, 94, riporta come le attività di vigilanza fossero qualificate come “attività di alta amministrazione”.

²⁷ Può essere utile procedere alla distinzione tra discrezionalità “sugli strumenti” (rapporto di mandato) e discrezionalità “sugli obiettivi” (attore politico). Ove la discrezionalità attenga agli strumenti, il margine di scelta si riduce nella definizione di tempi, modi e condizioni all'interno di un mandato stringente dato da obiettivi di risultato. O, meglio, essa si assume il compito di sostenere gli obiettivi generali dei governi (intesi in senso ampio, comprensivo di quello europeo) nel garantire il benessere dei cittadini, a patto che ciò non interferisca con la stabilità dei prezzi.

torità monetaria, le scelte orizzontali per essere legittime dovrebbero comunque assicurare una maggiore stabilità finanziaria²⁸.

La funzione ambientale della politica monetaria implica inevitabilmente un ampliamento della discrezionalità. Gli *score* ecologici risentono della frammentazione e della eterogeneità delle informazioni disponibili, nonché di differenze metodologiche e di *bias* riferiti alla dimensione, all'area geografica e al settore di appartenenza degli emittenti. I *rating* creditizi meritano di essere valutati con attenzione ai profili climatici. Le informazioni circa l'esposizione ai rischi ambientali dei singoli operatori sono eterogenee. Necessitano di essere sviluppate metodologie di valutazione dei rischi di natura climatica che coniughino il rigore scientifico con la flessibilità di utilizzo e su cui possano poggiare le scelte di investimento degli operatori e le politiche prudenziali dei supervisori.

L'azione delle banche centrali è guidata «da regole statutarie che negli anni si sono consolidate assecondando un modello teorico ed operativo di “discrezionalità con vincoli”, giudicato quale il compromesso più efficiente, e forse l'unico praticabile, alternativo al riconoscere ad esse una discrezionalità assoluta (opzione sulla quale non si riscontrava un sufficiente consenso politico), o al produrre una normativa di diritto monetario capillare (che avrebbe comportato costi regolativi e limiti applicativi insormontabili)»²⁹. Se la discrezionalità con vincoli è ancora oggi il migliore compromesso per regolare gli interventi di politica monetaria, parallelamente essa richiede comunque uno sforzo significativo diretto a selezionare e a specificare la capacità dei parametri a cui le banche centrali devono attenersi.

²⁸ Come dimostra anche l'esperienza di altri Paesi, su cui L. REICHLIN, *Can Central Banks Still Go Green?*, in *Project Syndicate*, 25 luglio 2024, nota che «in 2021, the Hungarian central bank loaned Ft300 billion (\$825 million) to credit institutions at 0% interest on the condition that this funding be lent to households for the construction or purchase of new, energy-efficient residential real estate. Similarly, in 2021, the Bank of Japan introduced a program that provides 0% interest loans to financial institutions to fund investments or loans that contribute to Japan's climate goals. The People's Bank of China has also launched two targeted lending facilities to motivate financial institutions to back emissions-reduction projects; and other major central banks, including the Bank of England and the European Central Bank, have rolled out special corporate-bond purchase programs that favor stronger climate performers».

²⁹ G. BOSI, *L'état delle banche centrali*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2021, 232.

Dopodiché occorre pur sempre operare una distinzione tra discrezionalità “sugli strumenti” e discrezionalità “sugli obiettivi”. Ove la discrezionalità attenga agli strumenti³⁰, il margine di scelta si riduce nella definizione di tempi, modi e condizioni all’interno di un mandato stringente dato da obiettivi di risultato. I trattati del resto indicano un risultato, non gli strumenti per perseguirolo. Sotto questo profilo, la stabilità dei prezzi può essere perseguita all’interno di un complesso di strumenti³¹.

Al contrario, è chiaro che, se la discrezionalità attiene agli obiettivi, la banca centrale agisce come (fosse un) attore politico e si trova in una condizione di maggiore autonomia rispetto all’influenza dei governi. Potendo calibrare gli obiettivi, essa dimostra di disporre di strumenti per l’allocazione del capitale, sebbene le banche centrali non siano responsabili della politica economica. È noto che qualsivoglia banca centrale tende, di fatto, a consolidare il proprio *status* e grado di autonomia agendo su vincoli, rispettivamente giuridico-statutari e di mandato politico-economico.

Laddove occorra individuare una soluzione di compromesso tra il sostegno alla transizione ecologica (o il rispetto dei piani nazionali di ripresa e resilienza, o ancora la promozione della valuta digitale) e l’infrazione, ad essere centrale è il vincolo di scopo, ossia lo strumento che assicura una corretta armonizzazione tra i diversi interessi per evitare che l’introduzione di considerazioni non economiche pregiudichi l’obiettivo primario della stabilità.

³⁰ Gli strumenti di politica monetaria – operazioni di mercato aperto, operazioni attivabili su iniziativa delle controparti, requisiti di riserva obbligatoria – sono esplicitati nei Cons. (8) e ss., Indirizzo (UE) 2015/510 della Banca centrale europea del 19 dicembre 2014 sull’attuazione del quadro di riferimento della politica monetaria dell’Eurosistema.

³¹ G. Bosi, *L’état delle banche centrali*, cit., 244, «la stabilità dei prezzi, com’è scolpito quale cardine dei sistemi [...] , rappresenta, di conseguenza, un vincolo “costituzionale” che la banca centrale persegue in virtù di un’investitura democratica che possiede i medesimi crismi propri – nelle famiglie giuridiche tanto di *common*, quanto di *civil law* – delle Corti di giustizia, il cui operato è guidato dal principio del primato del diritto (sia esso giurisprudenziale o legislativo)».

5. L'illusione della sopravvivenza del paradigma di Maastricht

La nozione di “stabilità” richiama alla mente innanzitutto la distinzione tra “stabilità dei prezzi” e “stabilità finanziaria”³². La funzione di stabilità come primaria della banca centrale può apparire ovvia e scontata, ma occorre distinguere tra le diverse nozioni. La stabilità dei prezzi è espressamente prevista nel Trattato di Maastricht, ai sensi di quest’ultimo il mandato principale affidato alla BCE, a cui è connesso il perseguitamento dei propri obiettivi e compiti, è proprio la stabilità e il controllo sulle fluttuazioni dei prezzi e il divieto che la leva monetaria sia impiegata a scopi distributivi. Ma la stabilità dei prezzi è una cosa diversa e non deve essere confusa con la *stabilità finanziaria*, che deriva da una corretta allocazione delle risorse e consiste nella capacità di assorbire gli *shock* finanziari nel contesto economico³³.

³² Non esiste a livello internazionale, né in ambito sovranazionale, una nozione condivisa di “stabilità finanziaria”, pur essendo il tema trattato dall’art. 127 Tfue, a proposito del Sistema europeo delle banche centrali, e dall’art. 136 Tfue relativo ad una stabilità del sistema euro nel suo complesso, laddove si precisa che «Gli Stati membri la cui moneta è l’euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell’ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità» (nel testo modificato a seguito della decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011, 2011/199/UE). La stabilità è in sostanza un obiettivo che si persegue attraverso una allocazione di risorse (un equilibrio allocativo), un sistema di corretto apprezzamento dei rischi finanziari, e una modalità di assorbimento degli *shock*. Sul tema G. LO SCHIAVO, *The Role of Financial Stability in EU Law and Policy*, The Hague, 2017, 37 ss. definisce la nozione di “stabilità finanziaria” una conchiglia vuota. Con la riforma dell’art. 136 Tfue si è formalizzato in sostanza un ricorso al metodo intergovernativo funzionale a risolvere la crisi del debito pubblico, che ha ridefinito l’equilibrio istituzionale sotteso al tradizionale modo di funzionamento dell’Unione. Secondo G. DELL’AMORE, *Le funzioni delle banche centrali*, Milano, 1968, il loro ruolo sta nel tutelare in ogni condizione economica la struttura finanziaria del paese, dal momento che l’autorità monetaria influisce sull’offerta di moneta e sul tasso di interesse e, dunque, sull’economia nel suo complesso.

³³ Sulla nozione di stabilità finanziaria e sul concetto di mutua assistenza, Corte giust., 20 settembre 2016, da C-105/15 P a C-109/15 P, *Mallis et al.*, relativa al programma di sostegno alla stabilità della Repubblica di Cipro e alla ristrutturazione del settore bancario. Dove si specifica che i benefici devono essere condizionati (controllati) e se sono assunti a fin di bene europeo sono consentiti. Gli artt. 122 e 125 sono, infatti, norme abilitanti ma fino a certe condizioni. Per una ricostruzione delle fasi dell’unione monetaria, F. PAPADIA - C. SANTINI, *La banca centrale europea. L’istituzione che governa l’euro*, Bologna, 2011, 9 ss.

L'impressione insomma è che, pur mantenendo l'illusione che il paradigma di Maastricht sia ancora valido, avanza una chiara logica di stabilità finanziaria, in cui trova spazio un sistema di corretto apprezzamento dei rischi finanziari che tenga conto della allocazione delle risorse e della capacità di assorbire gli shock finanziari nel contesto economico. La logica della stabilità finanziaria (salvaguardando la stabilità) può migliorare la distribuzione dei redditi, produrre occupazione, ridurre i costi economici e sociali, perseguire gli obiettivi di sostenibilità, mirare agli scopi del Next Generation EU. Tutto ciò sembra porre rimedio al modello originario di una moneta senza Stato.

«La stabilità finanziaria è un prerequisito per la stabilità dei prezzi, un prerequisito che ha peraltro trovato conferma nella crisi finanziaria globale, nella crisi dei debiti sovrani in Europa e, più recentemente, in quella originata dalla pandemia di Covid-19. Sarebbe infatti difficile immaginare crisi finanziarie che pur esercitando effetti negativi in tutti i segmenti del mercato non abbiano ripercussioni anche sul meccanismo di trasmissione monetaria e sulla stabilità dei prezzi. Per questo motivo, nell'ultimo decennio molte banche centrali hanno adottato politiche monetarie “non convenzionali” al fine di preservare un'adeguata trasmissione degli impulsi monetari nonché per contenere i rischi di deflazione emersi successivamente alle crisi finanziarie»³⁴.

Si registra allora una panoplia di strumenti che servono a garantire la stabilità finanziaria, la quale assume per tale via un ruolo fondativo e richiede all'autorità sovranazionale un maggior coinvolgimento con la sfera politica, il che porta ad una modifica materiale dei poteri della BCE. L'autorità europea in ragione della sua autonomia e discrezionalità tende a perseguire di fatto una sorta di politica di stabilità finanziaria, bilanciandola con la politica di stabilità dei prezzi dominata dalla politica monetaria³⁵.

Si tratta di uno spettro di strategia e di azione ampio al punto da potersi dire di “broad discretion”, dal momento «che alla BCE è attribuito

³⁴ I. VISCO, *Il molteplice ruolo delle banche centrali: le nuove frontiere della politica monetaria*, cit.

³⁵ Si può affermare che la stabilità dei prezzi è una *species*, mentre la stabilità finanziaria è un *genus*. Gli errori di valutazione degli *asset* e il debito eccessivo creano instabilità e possono dare luogo a crisi finanziarie. Salvaguardando la stabilità, invece, si migliora la distribuzione dei redditi, si produce occupazione, si riducono i costi economici e sociali. La stabilità finanziaria richiede interventi pubblici e il coordinamento delle politiche economiche.

un obiettivo preciso, non sarebbe coerente, e risulterebbe inefficiente, consentire intrusioni negli spazi di discrezionalità strumentale con ulteriori indicazioni normative che si rivelerrebbero inutili, se si limitassero a ribadire il fine primario, ovvero contraddittorie, qualora esorbitassero rispetto ad esso. Detta discrezionalità avrebbe, cioè, una natura tecnica, attivabile nel solco di «paradigmi che l’analisi economica rende più affidabili e oggettivi, ancorché non applicabili meccanicamente», e tuttavia si configurerebbe «come autonomia, non come arbitrio, perché la condotta della banca centrale è sindacabile rispetto al fine, prioritario, chiaramente definito e a esso assegnato, della stabilità monetaria e finanziaria»³⁶.

Rispetto all’attività di cura tradizionale degli interessi pubblici assegnata alle amministrazioni, il profilo che merita maggiore attenzione riguarda la “*posizione*” dell’organo pubblico rispetto agli interessi curati. Nello schema consolidato le pubbliche amministrazioni adempiono interessi pubblici conformando, graduando o soddisfando situazioni soggettive private quando esse sono coerenti con i primi. Diversamente, le autorità indipendenti non tutelano direttamente interessi pubblici prefigurando un risultato o un obiettivo a cui l’attività privata deve conformarsi, quanto piuttosto garantiscono situazioni soggettive private, assicurando l’efficienza allocativa del mercato, la scelta dei consumatori, il diritto di iniziativa economica.

In questo quadro, la Corte di giustizia ha assunto un ruolo centrale poiché ha sostanzialmente legittimato le misure di prestatore di ultima istanza adottate dalla BCE nel contesto della crisi finanziaria. Non solo. Nell’interpretazione dei trattati la giurisprudenza della Corte ha trasformato gradualmente l’obiettivo della stabilità nell’area euro in un *principio fondamentale*, in alcune circostanze finanche senza bilanciarlo con altri valori, ovvero senza valutarne la rispondenza alla regola della proporzionalità, allorquando l’obiettivo di stabilità dei prezzi impedisse di adottare misure aventi effetti sulla stabilità finanziaria³⁷. Così facen-

³⁶ G. Bosi, *L’état delle banche centrali*, cit., 247.

³⁷ L’art. 119 Tfue affida alla BCE il compito di sostenere le politiche economiche degli Stati per la stabilizzazione dei cicli economici e la promozione delle economie nazionali. Al riguardo, si v. Corte giust. UE, 20 settembre 2016, cause C-105/15 P a C-109/15 P, *Mallis et a.*, sul meccanismo europeo di stabilità e le misure di *bail in* applicate alle banche cipriote, ove viene impugnato il *Memorandum of Understanding* sulle risoluzioni delle banche cipriote. Il MES è un accordo intergovernativo, è di diritto internazionale ed è fuori dall’Unione europea, per cui non può essere oggetto di annullamento davanti alla Corte di giustizia. Nella pronuncia, però, si dichiara che

do, la stabilità finanziaria è divenuta *de facto* un elemento essenziale dell'Unione europea³⁸.

Sotto questo profilo, la BCE non appare libera nel fine, ma persegue una pluralità di fini, esprimendo un potere correlato alla sfera politica, "quasi" politico (si potrebbe dire), perché sono ivi decisi i fini generali di stabilità finanziaria da perseguire, sottratti a qualsiasi condizionamento esterno e operando in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione³⁹. Se ciò è vero, la soluzione non mi pare esse-

la Commissione è soggetta alle regole del trattato anche quando opera al di fuori dei meccanismi sovranazionali. Non può essere snaturato il mandato, i limiti e i poteri della Commissione. Quanto alla responsabilità extracontrattuale il diritto di proprietà dei ricorrenti deve essere bilanciato con altri interessi. Qui viene in rilievo l'obiettivo della stabilità nell'area euro che è un obiettivo preminente e diventa un principio fondamentale. Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di giustizia diverge rispetto a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si pensi al giudizio relativo alle misure nazionali di *austerity* a tutela della stabilità, in cui la BCE è stata sottoposta ad un diverso trattamento rispetto agli altri investitori nella gestione del debito pubblico, Corte EDU 21 luglio 2016, n. 63066/14, caso *Manataxi*. Ciò a dimostrazione di come le teorie economiche abbiano condizionato il processo che ha condotto alla realizzazione dell'Unione economica e monetaria in Europa, L. ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, 2016, *passim*.

³⁸ Lo dimostra anche l'*European systemic risk board* nel Regolamento 1092/2010.

³⁹ Secondo Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13 sono caratteri di indipendenza e neutralità: la durata limitata del mandato (sette anni non rinnovabili), l'inamovibilità e il regime di incompatibilità costituirebbero, in secondo luogo, elementi importanti ai fini dell'indipendenza e terzietà dell'autorità garante. La prima impedirebbe comportamenti opportunistici finalizzati ad ottenere una nuova nomina; il regime d'incompatibilità, invece, garantirebbe che i componenti non siano portatori di interessi diversi rispetto a quelli chiamati a tutelare nell'esercizio del mandato. Eppure questa indipendenza non integra terzietà, ossia la condizione di separatezza nei confronti delle parti del procedimento e di indifferenza rispetto agli interessi in gioco. Perché l'AGCM pur essendo un'autorità amministrativa indipendente rientrante nel *genus* delle autorità di garanzia, svolgenti funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, perché consistenti nella riconduzione di atti e fatti all'ambito di fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine giuridico, esercita pur sempre una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale. Né peraltro ha natura paragiurisdiz-

re il ritorno al modello “anglo-francese” della sottoposizione al potere politico. Il carattere cangiante dell’attuale stato dell’arte non consente più questa soluzione. Attualmente la BCE è guidata da regole statutarie che negli anni si sono consolidate assecondando un modello teorico ed operativo di “discrezionalità con vincoli”, giudicato quale il compromesso più efficiente, e forse l’unico praticabile, in cui l’istituzione monetaria può affermarsi nella misura in cui si rivelì il soggetto meglio in grado di ingenerare e mantenere fiducia⁴⁰.

In conclusione, sembra comunque utile continuare a chiedersi se uno schema siffatto sia compatibile con il cappello di cui all’art. 47 Cost. e la risposta non può che essere positiva, nei termini che si vanno a spiegare. La materia del risparmio-credito è affidata alla Repubblica, cioè allo Stato ordinamento, nel senso che «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l’esercizio del credito». Stante l’art. 127 TFUE e l’unione bancaria, il filtro dell’art. 47 continua a porre all’interprete la problematica tipica degli Stati federali, ossia se possa stabilirsi una primazia della normativa federale sulla Costituzione dello Stato nazionali allorquando sorgano eventuali conflitti fra le due fonti.

In quest’ottica, l’art. 47 è funzionale ad interpretare la normativa che concorre a disciplinare il risparmio ed il credito, e non inibisce certo ulteriori discipline rispettose della norma costituzionale. Il che non preclude, anzi implica, ulteriori razionalizzazioni sovra e subcostituzionali nel rispetto dell’autonomo rilievo dato alla materia dalla Costituzione.

zionale, poiché l’Autorità non è chiamata a valutare, da una posizione di sostanziale equidistanza dai diversi interessi portati alla sua attenzione, fattispecie concrete alla luce di parametri fissati dalla legge, secondo il sillogismo proprio dell’attività giurisdizionale, e tale valutazione sarebbe svolta senza dare alcuna prevalenza all’interesse pubblico, diversamente da quanto accade nello schema classico della comparazione degli interessi in cui si sostanzia l’operato della pubblica amministrazione.

⁴⁰ Ciò si riflette sull’organizzazione poiché tutte le banche centrali necessitano di sostegno politico e sociale per salvaguardare la propria autonomia. Più si indebolisce il sostegno, più si minaccia l’indipendenza. Occorre tener conto, al riguardo, anche dell’*accountability* politica, giacché mediante il sindacato ispettivo delle Commissioni parlamentari, queste forme di accordo istituzionale democratico – pur non essendo forti come nel caso degli organi che rispondono direttamente a coloro che li hanno nominati, non potendo far mancare la fiducia – non devono tuttavia essere sottovalutate, come l’esperienza del controllo concomitante della Corte dei conti sta a dimostrare. Del resto, la gestione della politica monetaria, unitamente all’attività di supervisione bancaria, interagisce sui destini di milioni di cittadini europei.

Ne emerge come il contenuto della disciplina della raccolta del risparmio e dell'erogazione del credito risulti in larga parte eteronomo.

Oltre a ciò, l'art. 47 non sembra imporre alcun modello di Stato-apparato, espressione della funzione amministrativa, né lo stesso può essere piegato alla logica dello Stato-apparato dacché la Costituzione ha riservato tale settore allo Stato-ordinamento. Ne discende che appare costituzionalmente ammissibile questo modello, anche se si connota per un elevato tasso di discrezionalità. Al particolarismo dell'agone politico, la banca centrale deve necessariamente opporre un'azione innervata da universalismo (non già da nazionalismo o paternalismo). Insomma, l'assetto politico sociale che legittima i poteri della banca centrale deriva dalla primarietà della legge nel contesto politico e nell'alveo del consenso sociale di cui sono assodati i principi di reciproca convivenza tra cittadini e istituzioni.

Tecnica e interessi nella vigilanza prudenziale

di *Nino Paolantonio*

SOMMARIO: 1. La discrezionalità della BCE: cenno. – 2. Il caso *Crédit Lyonnais* e il giudizio di attendibilità come tecnica di sindacato. – 3. Il caso Cornelì. Un sindacato di merito? – 4. “Familiarità” e imparzialità (il recente caso Malacalza): e che c’entra l’apprezzamento discrezionale?

1. La discrezionalità della BCE: cenno.

Tecnica e interessi nella vigilanza prudenziale coinvolgono il tema delle scelte discrezionali assunte nel Mercato di Vigilanza Unico¹; mi occuperò sinteticamente dell’azione discrezionale, tecnica e non solo, della BCE.

Si è scritto molto dell’ampia discrezionalità della BCE in sede di assunzione di misure di vigilanza micro e macroprudenziale, e ciò con riferimento alla applicazione di criteri desunti dall’*expertise* della tecnica bancaria e finanziaria: si è detto ad esempio che gli atti adottati dalla BCE, come dalle amministrazioni nazionali competenti, hanno un forte carattere tecnico, implicito anche nell’articolazione organizzatoria e funzionale connotante il procedimento della vigilanza bancaria, precipitato del particolare interesse tutelato dalla normativa europea sull’unione bancaria, a sua volta strumentale alla protezione della stabilità dei mercati creditizi e finanziari².

¹ Amplissima la letteratura sul tema. Tra i saggi e studi recenti, R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, 323 ss. e, della stessa A., lo studio monografico *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2023; M. MACCHIA, *Vigilanza bancaria e paradigmi di integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, 349 ss.; M. De BELLIS, *La costruzione giurisprudenziale dell’unione bancaria tra consolidamento e garanzie: un bilancio a dieci anni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, 65 ss.; M.P. CHITI, *L’Unione Bancaria Europea e il diritto amministrativo. Questioni aperte*, in *Dir. amm.*, 2021, 505 ss.

² V. FERRARO, *I procedimenti amministrativi per la vigilanza prudenziale nei confronti delle imprese bancarie “significative”. La natura del potere discrezionale esercitato dalle autorità coinvolte in tali procedimenti e la partecipazione dei soggetti*

Nel noto caso *Landeskreditbank*³ il Tribunale di primo grado, con sentenza del 16 maggio 2017, confermata da CGUE 8 maggio 2019, si è anche espresso sul contenuto e sui limiti della discrezionalità esercitata dalla BCE nell'ambito delle decisioni sulla vigilanza prudenziale, con un particolare riferimento alla citata definizione della “significatività”.

Il giudice europeo ha affermato che tale “discrezionalità tecnica”, attinente alla verifica ed alla ricostruzione dei presupposti concreti ed alla loro sussunzione sotto le regole della scienza economica, relative alla regolare e prudente gestione di un’impresa bancaria, può essere sindacata dal giudice sotto il profilo del controllo della motivazione⁴.

La dottrina ha osservato che, con il sindacato sull’apprezzamento (tecnico) riferito alla ricostruzione delle circostanze fattuali idonee a modificare la ricostruzione della “significatività” di un’impresa, il giudice europeo ha confermato un orientamento già espresso, traendone, con entusiasmo forse eccessivo, non sconosciuto ad una corrente di pensiero della dottrina nostrana⁵, che la tecnica sarebbe idonea a generare un’importanza prioritaria rispetto agli altri valori impliciti nel sistema del diritto europeo e, laddove essa tecnica si connetta alla tutela

interessati, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1235 ss. Si pensi all’esercizio del potere tecnico-discrezionale esercitato con la decisione circa la “significatività” di un’impresa, considerata ai fini del controllo prudenziale disciplinato dagli artt. 6, 9 e 16, del Regolamento n. 1024/2013, da cui discende l’applicazione del criterio di riparto delle competenze tra istituzioni europee e nazionali: ai sensi dell’art. 6, parr. 4, 5, e 6, la BCE, considerando alcune “circostanze” particolari, può decidere di mutare il regime di una determinata banca, definendola “significativa” e, così, sottoponendola al proprio controllo.

³ Della quale dà conto recentemente M. DE BELLIS, *Op. loc. cit.*, anche per ulteriori fonti di letteratura.

⁴ Sulla tecnica del sindacato in *Landeskreditbank*, v. F. ANNUNZIATA, *Chi ha paura della Banca Centrale Europea? Riflessioni a margine del caso Landeskreditbank c. BCE*, in *Giur. Comm.*, 2017, 122, Sez. IV.

⁵ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791 ss. L’A. ritiene (p. 829, nt. 67) che “la valutazione sull’interesse non debba essere attratta nella valutazione del fatto idoneo a dimostrarne l’esistenza in concreto (sì da uscire dalla discrezionalità); mi pare piuttosto che la valutazione sul fatto, in quanto idonea ad evidenziare un interesse in concreto, venga attratta nella sfera della discrezionalità”. Dipende da cosa si intende per discrezionalità: a me pare che l’A. si richiami alle antiche teorie che riconducono alla discrezionalità amministrativa ogni giudizio opinabile, a prescindere che esso abbia ad oggetto o meno la massimizzazione dell’interesse pubblico la cui cura è, essa sì, rimessa in via esclusiva alla responsabilità dell’amministrazione. Per approfondimenti, se si vuole, N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. amm.*, 2024, 515 ss.

della stabilità dei mercati bancari da “bene giuridico” rilevante nei rapporti tra gli operatori economici (prevalentemente) privati, assurgerebbe al rango di interesse pubblico, che integrerebbe la discrezionalità, principalmente tecnica, attribuita alle autorità coinvolte nel meccanismo della vigilanza e, per tale aspetto, la qualificherebbe come discrezionalità amministrativa o pura⁶. Tesi a mio avviso pericolosa in punto di controllo giurisdizionale della discrezionalità, in quanto esclude il sindacato qualificatorio sui fatti in termini di esattezza o inesattezza; vi farò cenno più avanti.

Quale discrezionalità? Sul tema, che ho fuggevolmente toccato, della suddivisione di compiti tra BCE e autorità nazionali in materia di vigilanza microprudenziale alla stregua della significatività dell’istituto bancario, si è ravvisata una combinazione tra criterio soggettivo, basato sulla significatività dell’ente creditizio, e criterio oggettivo, incentrato sul tipo di potere esercitato.

Nota una Autrice che i parametri per valutare la “significatività” degli enti creditizi sono solo in parte di tipo aritmetico-quantitativo, prestandosi quindi ad un’interpretazione meccanica e ad una verifica agevole, mentre altri, invece, richiedono apprezzamenti di tipo tecnico-discrezionale. Tra questi ultimi si ricorda il potere della BCE di avocare a sé la vigilanza anche su operatori non significativi, laddove ciò risulti necessario per l’applicazione “coerente” di standard di vigilanza “elevati”⁷.

Per converso, si dice, è prevista la possibilità che enti qualificati come significativi possano essere riclassificati come non significativi, e quindi sottoposti a vigilanza delle autorità nazionali, in presenza di “particolari circostanze”. In ragione del carattere fortemente discrezionale di questi criteri, la BCE ha quindi il potere di modificare in modo significativo il perimetro delle proprie competenze⁸; aggiungerei, un potere di modifica da esercitare con rigorosa prudenza, nel rispetto altrettanto rigoroso del principio di legalità e dei limiti di questa discrezionalità.

2. Il caso *Crédit Lyonnais* e il giudizio di attendibilità come tecnica di sindacato.

Ma, si diceva, quale discrezionalità? Nel tema che qui trattiamo viene in aiuto il caso *Crédit Lyonnais*.

⁶ V. FERRARO, *Procedimenti amministrativi*, cit.

⁷ M. DE BELLIS, *Op. cit.*

⁸ M. DE BELLIS, *Op. cit.*

Nel 2015 la Crédit Agricole aveva chiesto, per sé stessa e per tutte le entità del suo gruppo, tra cui la *Crédit Lyonnais*, l'autorizzazione all'esclusione, dal computo dei requisiti patrimoniali, delle esposizioni relative a determinati conti di risparmio regolamentati (cd. *Livret A*), che esse erano tenute a trasferire alla *Caisse des dépôts et consignations* (CDC), in considerazione del loro limitato livello di rischio.

Con una prima decisione del 2016, la BCE aveva negato l'autorizzazione a tutto il gruppo *Crédit Agricole*, e tale decisione era stata annullata dal Tribunale Europeo di I grado⁹. Con una seconda decisione, del 2019, la BCE autorizzava *Crédit Agricole* e le altre entità del gruppo, con la sola esclusione di *Crédit Lyonnais*. Quest'ultima otteneva dal Tribunale l'annullamento della seconda decisione nel 2021¹⁰, ma successivamente, nel 2023, la Corte di Giustizia, decidendo in secondo grado, ha affermato che il Tribunale avesse esercitato un sindacato sostitutivo della valutazione della BCE: riformava quindi la sentenza di prime cure e confermava la decisione della BCE¹¹.

L'oggetto del contendere nasceva dall'avere la BCE ritenuto che, per *Crédit Lyonnais*, non fosse escluso un rischio di svendite e che vi fosse un'elevata concentrazione delle esposizioni, un dato che comportava per la banca un rischio maggiore rispetto alle altre entità del gruppo *Crédit Agricole*. In considerazione di tali elementi e in via prudenziale (al fine, cioè, di attenuare l'impatto sul capitale di un eventuale ritiro massiccio dei depositi), la BCE aveva deciso di includere un certo livello di esposizioni verso la *Caisse* nel calcolo del coefficiente di leva finanziaria.

Nell'accogliere il ricorso, nel 2021 il Tribunale aveva affermato che, nel valutare il rischio di svendite, la BCE avesse violato il principio di buona amministrazione, non avendo tenuto conto della natura di «valore rifugio» del risparmio regolamentato, per cui «in occasione di una crisi bancaria, piuttosto che diminuire a causa di ritiri dei risparmiatori francesi, i volumi collocati sul risparmio regolamentato tendono ad aumentare, poiché detti risparmiatori privilegiano in tali circostanze questo tipo di investimenti»¹².

⁹ *Crédit agricole c. BCE*, sentenza del Tribunale del 13 luglio 2018 in causa T-758/16.

¹⁰ *Crédit Lyonnais c. Banca centrale europea*, sentenza del Tribunale (Seconda Sezione) del 14 aprile 2021 in causa T-504/19.

¹¹ C.G.U.E., (Prima Sezione), sentenza del 4 maggio 2023 in causa C389/21.

¹² Tribunale (Seconda Sezione), 14 aprile 2021, cit., § 111.

Seguendo le conclusioni prospettate dall’Avvocato generale, la Corte di Giustizia ha riformato la sentenza del Tribunale, poiché quest’ultimo avrebbe impropriamente sostituito l’analisi dell’autorità competente con una propria valutazione, in un’area in cui tale istituzione beneficia di un ampio margine di discrezionalità, così eccedendo dai limiti del sindacato giurisdizionale consentito.

Ora, la sentenza del 4 maggio 2023 dello scorso anno della Corte di Giustizia dice due cose importanti, a mio avviso: una condivisibile, se detta come a me pare vada detta; l’altra no.

Afferma la Corte che «il Tribunale non ha rimesso in discussione le constatazioni della BCE, contenute nella decisione controversa, relative alla forte liquidità del risparmio regolamentato in assenza di un meccanismo legale che ne limiti i ritiri nonché all’obbligo per la Crédit Lyonnais di rimborsare i depositanti anche durante il periodo di adeguamento di dieci giorni tra le posizioni di quest’ultima e quelle della CDC. Di conseguenza, non si può ritenere che il ragionamento sulla base del quale il Tribunale ha proceduto all’annullamento parziale della decisione controversa rimetta in discussione l’esattezza materiale, l’attendibilità o la coerenza degli elementi presi in considerazione in tale decisione o dimostri che tali elementi non costituiscono l’insieme dei dati rilevanti che dovevano essere presi in considerazione, nel caso di specie, dalla BCE»¹³.

Questa affermazione è importante se riferita, in positivo, al sindacato sulla discrezionalità pura, o vera e propria, come scrive l’Avvocato generale Emiliou nelle conclusioni presentate il 27 ottobre 2022, poiché, secondo un insegnamento ancora insuperato, il controllo di attendibilità, quale precipitato del sindacato di ragionevolezza, costituisce il via-tico più sicuro per evitare le insidie limitative del controllo dell’errore manifesto, che la Corte europea continua ad applicare, anche se con interventi non sempre uniformi e coerenti, e che lo stesso avvocato generale, nel caso *Crédit Lyonnais*, avverte di impiegare *cum granu salis*¹⁴.

Resta così uno spazio indecifrato, ma a mio avviso potenzialmente circoscritto, al sindacato di eccesso di potere “nobile”: quello che ci ha consegnato Franco Ledda nei suoi scritti indimenticati ed attualis-

¹³ C.G.U.E., 4 maggio 2023, §§ 69 – 70.

¹⁴ Conclusioni dell’avvocato generale Nicholas Emiliou presentate il 27 ottobre 2022, causa C-389/21, Banca centrale europea (BCE) c. Crédit Lyonnais; al § 52 la citazione del *Potere discrezionale di Giannini*, per spiegare la differenza tra discrezionalità c.d. pura e tecnica.

simi¹⁵, e che Zito segue bene e modernamente, quando ci dice che una decisione, per dirsi razionale, dovrà in primo luogo basarsi sulla elaborazione delle alternative decisionali, che sono in grado di perseguire il fine prefissato, e che, in secondo luogo, la scelta dovrà cadere su quella che consentirà di perseguire l'obiettivo con il minore sacrificio per il soggetto agente degli altri suoi interessi che vengono intercettati dalla decisione¹⁶.

Nell'accezione della razionalità cosiddetta allargata, affinché una scelta possa dirsi razionale, non sono infatti sufficienti le sole condizioni di coerenza tra credenze e preferenza e di elaborazione delle alternative decisionali. A venire in rilievo sono infatti anche le premesse e *la loro attendibilità oggettiva*.

I benefici derivanti da tale ricostruzione – dice sempre Alberto Zito – «... in termini di incremento del controllo sull'esercizio della discrezionalità sono evidenti, perché vengono definite in modo più preciso le condizioni che *ex ante* debbono essere soddisfatte affinché la scelta discrezionale sia legittima senza che sia necessario, ai fini del controllo *ex post*, ricorrere al parametro della ragionevolezza con il carico di indeterminatezza che tale concetto presenta, ben potendo tutte le operazioni che conducono alla decisione essere oggetto di scrutinio sulla base di parametri sufficientemente determinati. A volere sintetizzare quanto detto, ciò che si propone è sostituire al principio di ragionevolezza, quale parametro di controllo della scelta discrezionale, il principio di razionalità»¹⁷.

Sin qui, allora, la CGUE riforma la sentenza di primo grado perché, vogliamo credere, il Tribunale non ha proceduto alla verifica di attendibilità della razionalità della scelta della BCE di non concedere l'esenzione in questione.

¹⁵ Mi piace qui citare F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 443 ss., ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2022: “la determinazione discrezionale si offre naturalmente come materia di un esame critico diretto e almeno tendenzialmente illimitato, perché estensibile a tutti i momenti del processo decisionale: dalla stessa posizione del problema a quelle operazioni attraverso le quali si costruisce il caso nella prospettiva della norma; dalla fissazione delle premesse alla elaborazione delle alternative e quindi delle ipotesi di soluzione”.

¹⁶ A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 2023, 29 ss., spec. 55. s.

¹⁷ A. ZITO, *Op. cit.*, § 4.

Apro e chiudo una telegrafica parentesi: se l'attendibilità di cui parla la Corte fosse quella c.d. tecnica delle ultime pronunce del nostro Consiglio di Stato, allora dovrei immediatamente revocare l'apprezzamento testé formulato: la discrezionalità tecnica – che è quella, poi, alla quale la CGUE pare alludere quando riprende l'armamentario del controllo sull'errore manifesto di apprezzamento – è un giudizio di fatto; sempre: e come tale si presta alla falsificazione in termini di obiettiva esattezza o inesattezza.

Nel nostro ordinamento nazionale s'invoca ancora la riserva di competenza amministrativa, ma ripeterò sempre che la riserva di competenza non può essere trasformata in riserva di qualificazione dei fatti¹⁸. E questo anche nel sindacato del Giudice europeo, chiamato ad applicare l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che – sono parole dell'Avvocato generale Emiliou – «non limita il diritto a un ricorso effettivo ai casi di palese violazione dei diritti e delle libertà individuali»¹⁹, nel mentre, invece, la qualificazione giuridica dei fatti, in quanto spettante al giudice e all'amministrazione, nazionale come europea, non può mai, per definizione, essere riservata solo alla seconda.

Diversamente, si finirebbe col contraddirsi l'art. 47 ora evocato, che tutela l'effettività del controllo giudiziario, impossibile da realizzare se il potere di qualificazione dei fatti è limitato dalla natura giuridica (pubblica) di una delle parti.

E allora – e vengo al punto problematico della sentenza *Crédit Lyonnais* – la CGUE sembra dirci che, se il Tribunale non ha contraddetto i dati posti a fondamento della valutazione della BCE, e quindi non ha dimostrato il carattere *intrinsecamente* (non solo manifestamente) erroneo di tale valutazione, esso non ha effettuato il controllo dell'errore manifesto di valutazione, conformemente alla tradizionale giurisprudenza della Corte, «ma ha sostituito la propria valutazione a quella della BCE in un caso in cui tale istituzione beneficia tuttavia di un ampio margine di discrezionalità»²⁰. E su questa conclusione della Corte, con gli accorgimenti che mi son permesso di suggerire, credo si possa concordare.

Tornando al dubbio di partenza; quale discrezionalità della BCE? Ce lo spiega l'Avvocato generale Emiliou proprio nel caso *Crédit Lyonnais*: l'errore manifesto di valutazione concerne la valutazione di opportunità, il merito della decisione, la discrezionalità pura, e non può

¹⁸ Se si vuole, per approfondimenti su questo punto di vista si veda il mio *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, cit.

¹⁹ Conclusioni cit., § 57.

²⁰ C.G.U.E., 4 maggio 2023, § 72.

tradursi in un sindacato sostitutivo; e dice bene, ovviamente, quando dice: «il giudice non esamina l'intero caso per stabilire quale sarebbe stata, a suo avviso, la migliore linea d'azione per l'istituzione interessata nelle circostanze date. Non solo i procedimenti giudiziari mal si attagliano a qualsiasi forma di revisione *ex novo*, ma, cosa più importante, esiste una ragione costituzionale che depone contro il sindacato giurisdizionale esteso al merito delle scelte discrezionali operate dall'amministrazione. In tali casi, il potere di effettuare simili scelte è stato espressamente affidato a un'istituzione diversa dalla Corte di giustizia dell'unione europea. Una forma troppo invasiva di sindacato giurisdizionale interferirebbe con il margine di discrezionalità riconosciuto alle istituzioni per un esercizio efficace dei loro poteri, in contrasto con il principio di attribuzione delle competenze alle istituzioni e che lede il principio dell'equilibrio istituzionale»²¹.

Non lo si può seguire, invece, a mio modo di vedere, quando scrive che, allorché «... fatti ed elementi di prova facciano apparire giustificabili diverse valutazioni, è ineccepibile sotto il profilo giuridico il fatto che tale istituzione abbia optato per una di queste, anche se essa non coincide con quella che i giudici dell'unione ritengono preferibile. Un errore di valutazione manifesto sussiste solo qualora le conclusioni tratte dall'istituzione in questione sulla scorta dei fatti e degli elementi di prova non siano più giustificabili. Ossia qualora, nonostante il margine di discrezionalità dell'istituzione, non sia rinvenibile alcun fondamento ragionevole per la sua decisione»²².

Invero, secondo me c'è un sottile confine tra il sostituire la decisione ed annullarla perché, tra più opzioni valutabili, ve ne sia alcuna meno inattendibile di quella oggetto di provvedimento, oltre che meno limitativa della sfera giuridica dell'amministrato: operazione, questa seconda, che non comporterebbe uno sconfinamento del giudice nel merito amministrativo.

Ciò detto, la CGUE motiva in modo a mio avviso soddisfacente: una tesi sostenuta dal *Crédit Lyonnais* consisteva nel dire che i libretti di risparmio regolamentato costituissero un bene rifugio nei periodi di stress finanziario, e che la BCE non avesse adeguatamente dimostrato, anche statisticamente, che in tali circostanze vi sarebbe stato comunque un rischio percentuale di corsa ai ritiri.

²¹ Conclusioni cit., § 61.

²² Conclusioni cit., *ivi*.

La Corte ha invece affermato che la natura di «valore rifugio» del risparmio regolamentato – che la BCE non ha negato né dinanzi al Tribunale né dinanzi ad essa Corte – può ben condurre a un aumento generale dei depositi durante i periodi di crisi economica e/o finanziaria, come constatato dal Tribunale. Tuttavia, di per sé, ciò non esclude la possibilità che una determinata banca possa subire ritiri massicci: può accadere ad esempio quando la situazione di una banca si deteriora a tal punto che i depositanti temono che possa presto diventare insolvente.

Il Tribunale, secondo la Corte, non ha effettuato un esame approfondito di come la percezione da parte dei depositanti della natura sicura del risparmio regolamentato potesse effettivamente influenzare il loro comportamento in un periodo di particolare stress per la *Crédit Lyonnais*. Non è risultato evidente che le conclusioni del Tribunale sulla natura di valore rifugio del risparmio regolamentato rendessero necessariamente *non plausibili o irragionevoli* le considerazioni della BCE sui rischi per la *Crédit Lyonnais*, alla luce della sua situazione specifica, anche alla stregua degli elementi di prova menzionati nella sentenza di primo grado; un giudizio di non implausibilità della scelta, quindi, operata dalla BCE, che – sempre che la motivazione resa sia congrua e basata su fatti, anche opinabili, veri ed esatti – non credo possa essere sindacata *ab intrinseco*.

3. Il caso Cornelì. Un sindacato di merito?

Il 25 giugno 2024 è stato trattato in udienza, dinanzi alla CGUE, l'appello²³ della BCE avverso la sentenza c.d. Cornelì del Tribunale di I grado del 12 ottobre 2022²⁴, di annullamento della decisione della BCE di assoggettare Banca Carige ad amministrazione straordinaria, con i seguenti effetti:

- scioglimento del consiglio di amministrazione della banca e sostituzione degli ex membri con tre commissari straordinari;
- scioglimento del collegio sindacale della banca e sostituzione degli ex membri con altre tre persone;
- assegnazione ai nuovi organi del compito di «dare corso alle azioni necessarie ad assicurare che [la banca] torni a rispettare i requisi patrimoniali in modo sostenibile.

²³ C.G.U.E., causa C-777/22.

²⁴ Sentenza 12 ottobre 2022, in causa T-502/19.

La grave decisione aveva fatto seguito ad altre iniziative tipiche della BCE, previste in via generale dall'art. 16, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1024/2013. Tale disposizione autorizza la BCE, ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti, ad imporre agli enti creditizi di adottare, in una fase precoce, una serie di misure quando tali enti non rispettino i requisiti prudenziali o rischino di non rispettarli, o ancora quando altre carenze non permettano di assicurare, all'interno di tali enti, una sana gestione o una copertura soddisfacente dei rischi.

Le misure di cui trattasi in questa norma possono consistere, in particolare, nell'esigere il rafforzamento del capitale, nel restringere o limitare l'attività dell'ente creditizio, nel chiedere la cessazione delle attività che comportano rischi eccessivi per la solidità dell'ente o nel rimuovere i membri dell'organo di gestione degli enti che non rispettano gli obblighi loro imposti.

La decisione è di interesse poiché ci introduce ad una seconda parte del nostro discorso, che sintetizzerei come segue: anche in tema di vigilanza prudenziale, nel diritto amministrativo europeo, non c'è discrezionalità senza principio di legalità. Sembra ovvio, ma non è scontato.

Orbene, la sentenza Cornelì addebita alla BCE di avere errato nella individuazione della base legale, accogliendo la censura della azionista di minoranza ricorrente la quale sosteneva che la norma posta a base della determinazione, l'art. 70, comma 1, del TUB, non contempla la situazione addotta per giustificare l'assoggettamento ad amministrazione straordinaria, vale a dire un «deterioramento significativo» della situazione della banca.

Afferma in particolare il Tribunale che le due disposizioni riguardano due ipotesi distinte: da un lato, l'art. 69-octiesdecies, comma 1, lettera b), che regola la «rimozione» degli organi amministrativi o di controllo delle banche i quali, una volta adottato tale provvedimento, devono essere sostituiti secondo le procedure previste dal diritto nazionale e dal diritto dell'Unione; dall'altro lato, l'art. 70 disciplina lo «scioglimento» degli organi amministrativi o di controllo delle banche, scioglimento che comporta la sospensione delle funzioni delle assemblee e degli altri organi e l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla BCE e dalla Commissione interveniente *ad adiuvandum*, afferma il Tribunale che le misure in questione non possono essere considerate equivalenti o alternative, dal momento che la prima è meno invasiva della seconda, che può essere adottata soltanto qualora la sostituzione degli organi amministrativi o di controllo delle banche secondo le procedure di diritto nazionale e di

diritto dell'Unione *non sia ritenuta sufficiente* dall'autorità competente per porre rimedio alla situazione. Per disporre l'amministrazione straordinaria occorre, cioè, una valutazione discrezionale; vedremo poi di quale discrezionalità parliamo secondo il nostro linguaggio tradizionale.

Osserva il Tribunale che le condizioni per l'applicazione dell'articolo 69-*octiesdecies*, comma 1, lettera b), del TUB e dell'articolo 70 sono anch'esse distinte. Difatti, la «rimozione» degli organi amministrativi o di controllo è prevista nei seguenti casi: gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione o quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo.

Prosegue il Tribunale osservando che le enumerazioni contenute nei due articoli sono tassative ed alternative. Pertanto l'art. 70 va interpretato nel senso che lo scioglimento degli organi amministrativi e di controllo e la conseguente amministrazione straordinaria non possono essere disposti nell'ipotesi del deterioramento della situazione della banca, e sempre che esso sia particolarmente significativo, poiché il 70 rinvia al 69-*octesdecies* solo quando ricorrono le violazioni o le irregolarità, appunto, di cui al medesimo articolo; si tratta, banalmente, di un limite scaturente da un rinvio mobile governato da una applicazione rigorosa del principio di legalità (non a caso il Tribunale qualifica come “tassative”, non alternative e non in reciproco rapporto di sovra-sottordinazione gerarchica le enumerazioni di entrambe le disposizioni).

Il Tribunale addebita quindi alla BCE di avere valutato, discrezionalmente, che «[ricorressero] le condizioni di cui agli articoli 69-*octiesdecies* e 70 del testo unico bancario (...), ossia un significativo deterioramento della situazione [della banca]», e poi ha concluso che «l'amministrazione straordinaria [era] necessaria e appropriata» e che «l'esercizio del potere di cui all'articolo 70 [di detto testo unico era] altresì ritenuto proporzionato a fronteggiare [la] grave situazione [in cui versava la banca in quel momento]»²⁵.

La dottrina ha espresso dubbi su tale statuizione; specificamente, sull'esistenza di un effettivo contrasto tra la norma interna e quella europea. È vero, si è detto, che se si ci ferma al dato letterale, l'amministrazione straordinaria non comprende *ex professo* tra i suoi presupposti il significativo deterioramento della situazione della banca; ma è anche vero che tale situazione sarebbe sufficiente a provocare la rimozione degli organi

²⁵ Tribunale, 12 ottobre 2022, cit., § 97.

di amministrazione e controllo della banca (*ex art. 69-octiesdecies TUB*); e parrebbe allora incoerente negarne la rilevanza nel caso in cui la mera sostituzione di tali organi non basti a rimediare a tale deterioramento e si renda necessario procedere alla nomina di “amministratori temporanei”, e ciò ai sensi dell’art. 29, direttiva 2014/59²⁶. In altri termini, una lettura sistematica del diritto interno avrebbe forse portato a non ravvisare una incompatibilità tra l’art. 70 TUB e la norma europea.

Il Tribunale afferma che, nella specie, non poteva accogliersi l’eccezione della BCE che l’assoggettamento ad amministrazione straordinaria sarebbe previsto dall’articolo 29 della direttiva 2014/59, e che quindi andava applicato il principio dell’interpretazione conforme, poiché tale obbligo per il giudice di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell’interpretazione e nell’applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale «... è limitato dai principi generali del diritto, e non può servire da fondamento ad un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale»²⁷.

La sentenza del Tribunale è stata recentemente confermata dalla CGUE con sentenza della Grande Sezione dell’11 dicembre 2025, n. 602/22.

Questa decisione reca un interessante distinguo circa l’ambito assunto dalla discrezionalità del Comitato di Risoluzione Unico (SRB), a seconda che decida di non adottare un programma di risoluzione o, viceversa, decida di farlo: nel primo caso, afferma la Corte che la decisione “richiede unicamente che quest’ultimo concluda che le condizioni cumulative che giustificano l’adozione di un siffatto programma non sono soddisfatte, il che lo esonerà dal dover determinare gli strumenti che sarebbero stati necessari alla risoluzione dell’ente in questione”, mentre la determinazione di tali strumenti richiede “una ponderazione specifica di obiettivi e di interessi diversi, attinenti alla salvaguardia della stabilità finanziaria dell’Unione e dell’integrità del mercato interno, alla presa in considerazione della sovranità di bilancio degli Stati membri nonché alla tutela degli interessi degli azionisti e dei creditori”²⁸.

²⁶ G. SANDRELLI, Diritto nazionale e norme europee nell’unione bancaria: la sentenza del Tribunale UE sul caso Carige, in *Dir. soc.*, 2022, 1435 ss.

²⁷ Tribunale, 12 ottobre 2022, cit., § 105.

²⁸ C.G.U.E., Grande Sez., 11 dicembre 2025, n. 602/22, § 100. E prosegue, al § 101: “101 Ne consegue che la portata delle valutazioni discrezionali che devono essere effettuate dal SRB al fine di decidere di non adottare un programma di risoluzione è necessariamente più ristretta di quella delle valutazioni che devono essere effettuate da quest’ultimo al fine di decidere di adottare un programma di risoluzione”. Su questa decisione si veda il commento di I. ANRÒ, *La*

In una parola, la decisione di non adozione della misura di risoluzione riduce l'ambito della discrezionalità pure del SRB sia perché non prende in considerazione il *quomodo* della decisione (la natura e la consistenza degli strumenti da adottarsi), sia perché sfugge al processo valutativo la comparazione con gli interessi degli azionisti e dei creditori. Ecco perché, ne segue, l'ambito del sindacato del Giudice europeo può, in questa prima ipotesi, essere più esteso ed intrinseco di quanto non sia nel caso in cui al controllo siano sottoposte le misure di risoluzione.

E, poco più avanti, la Corte aggiunge che “[...] sebbene, per quanto riguarda un settore che dà luogo a valutazioni economiche complesse, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell’Unione dispongano di un margine di discrezionalità in materia economica, ciò non implica che il giudice dell’Unione debba astenersi dal controllare l’interpretazione, da parte di tali istituzioni, organi e organismi, di dati di natura economica. Infatti, il giudice dell’Unione deve, in particolare, non solo verificare l’esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì *accertare se tali elementi costituiscano il complesso dei dati rilevanti da prendere in considerazione per valutare una situazione complessa e se essi siano di natura tale da avvalorare le conclusioni che ne sono state tratte* (v., per analogia, sentenze del 10 luglio 2014, T.T./Commissione, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punto 54, nonché del 13 luglio 2023, Commissione/C.T.U.I., C-376/20 P, EU:C:2023:561, punto 125)”²⁹.

Questa conclusione mi convince particolarmente, e non potrebbe essere altrimenti, coincidendo con quanto ho sostenuto circa cinque lustri or sono³⁰, ipotizzando la praticabilità di un sindacato qualificatorio, fondato sulla obiettivazione del controllo di correttezza ed esattezza di elementi di fatto significativi per valutare l’attendibilità della decisione; tutto ciò attraverso un procedimento interpretativo di quegli stessi elementi di fatto, in quanto idonei a condurre alla concretizzazione, o meno, dell’interesse pubblico specifico che dovrebbe essere stato considerato dall’autorità amministrativa. E in questo procedimento ermeneutico, in caso di dissenso tra amministrazione e giudice, è il giudizio di quest’ultimo a dover prevalere, senza che ciò autorizzi a parlare di

nozione di “interpretazione contra legem” nella sentenza Cornelì della Corte di Giustizia: una nuova limitazione all’applicazione del diritto nazionale?”, in *Rivista del contenzioso europeo*, fasc. 2, 2025

²⁹ C.G.U.E., Grande Sez., 11 dicembre 2025, n. 602/22, § 131.

³⁰ N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, *passim*.

sostituzione, poiché il controllo permane rigorosamente entro il recinto di un sindacato sul fatto, che ho definito, sempre tempo addietro, “significativo”, ossia espressione, spia, segnale dell’interesse pubblico specifico, o concreto, che è dovere dell’amministrazione individuare sempre attraverso un percorso interpretativo che, proprio perché tale, è pienamente soggetto al controllo del giudice.

Le decisioni mi convincono altresì, non solo per la motivazione della sentenza, che eventualmente la CGUE potrà correggere, ma anche perché mi pare che il Testo Unico Bancario abbia correttamente recepito, rispettivamente, gli artt. 28 e 29 della direttiva 2014/59, laddove solo il primo, così come l’art. 69-octesdecies, contempla la rimozione per «significativo deterioramento della situazione finanziaria», mentre la nomina di «uno o più amministratori temporanei dell’ente» è prevista dall’art. 29 – come dispone l’art. 70 del TUB – proprio «qualora la sostituzione dell’alta dirigenza o dell’organo di amministrazione ai sensi dell’articolo 28 sia ritenuta insufficiente da parte dell’autorità competente per porre rimedio alla situazione», secondo un principio di proporzionalità e in base alle circostanze.

In uno scritto a commento della sentenza del Tribunale, Sandro Amorosino sostiene che veniva qui in gioco il principio di *proporzionalità*, il quale imponeva di motivare l’eventuale insufficienza del *removal* nel caso specifico della Banca CARIGE; osserva l’Autore, ed è quanto qui interessa, che la BCE, «paradossalmente e contraddittoriamente: – da un lato, per qualificare la situazione della banca, ha utilizzato il parametro previsto dall’art. 69-octiesdecies del TUB (“il significativo deterioramento”); dall’altro ha disposto l’amministrazione straordinaria senza far alcun riferimento – come avrebbe dovuto – alla “previsione di gravi perdite”. È ben vero – com’è stato pure affermato – che «sembrerebbe ragionevole propendere per un’interpretazione estensiva [...] nel senso di valutare il peggioramento delle condizioni finanziarie dell’ente alla stregua di una condizione valida (anche) per il commissariamento dell’impresa bancaria». Ma in tale ottica sarebbe stato comunque imprescindibile motivare l’adozione della misura di intervento più gravosa evidenziando la sussistenza – nel caso di specie – di una stretta consequenzialità probabilistica tra la particolare gravità del deterioramento e la previsione di gravi perdite. Tutto ciò nella fattispecie non è avvenuto e la misura adottata è stata giustamente annullata»³¹.

³¹ S. AMOROSINO, Il Tribunale UE annulla la decisione della BCE di assoggettare Banca CARIGE ad amministrazione straordinaria, in *Dir. banc.*, 2022, 269 ss.

Più in generale, le pronunce in commento inducono a riflettere sul problema della applicazione del diritto nazionale da parte delle istituzioni europee (*in primis* la BCE) nell'ambito dell'unione bancaria: il Tribunale europeo ha richiamato i precedenti della Corte di Giustizia sul c.d. effetto diretto orizzontale, ricordando che «una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti»³²; si è sostenuto che tale dottrina non pare invocabile in situazioni, come quella in esame, in cui non sono in gioco rapporti interprivatistici, ma si discute della tutela del privato di fronte all'adozione di atti amministrativi dell'autorità di vigilanza³³.

È anche vero, tuttavia, che l'art. 29 della direttiva 2014/59 rimette alla valutazione discrezionale degli Stati membri la graduazione, proporzionata e secondo le circostanze, dei presupposti alla cui stregua la BCE possa discrezionalmente ricorrere alla misura più grave di quella della rimozione; e, a questo riguardo, la sentenza Cornelì afferma, opportunamente a mio modo di vedere, che anche le misure di vigilanza precoci, prodromiche a quella eventuale e temporanea del commissariamento, soggiacciono rigorosamente al principio di legalità, come declinato nel diritto europeo, fonte, a sua volta di quella discrezionalità di cui la BCE dispone a tutela della stabilità dei mercati finanziari.

Segnatamente, il Tribunale osserva che, proprio come segnalato nella causa Cornelì da BCE e Commissione, queste ultime devono osservare il diritto dell'Unione nella loro azione. Tale obbligo deriva giustappunto dal principio di legalità, che impone alle istituzioni di rispettare, sotto il controllo del giudice dell'Unione, le norme che disciplinano i poteri. In modo specifico, tale obbligo è enunciato, per la vigilanza prudenziale, all'art. 4, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013 che attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, e che prevede in particolare che, «ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuitile [da tale] regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive».

Secondo il Tribunale da tale disposizione risulta che, quando il diritto dell'Unione è composto da direttive, *deve essere applicata la legislazione nazionale di recepimento* di tali direttive, e la disposizione non può essere intesa come comprendente due fonti distinte di obblighi,

³² Tribunale, 12 ottobre 2022, cit., § 112.

³³ G. SANDRELLI, *Op. cit.*, 1437.

vale a dire il diritto dell’Unione nel suo insieme, ivi comprese le direttive, e la legislazione nazionale che le recepisce.

Una simile interpretazione presupporrebbe infatti che le disposizioni nazionali divergano dalle direttive e che, in tal caso, i due tipi di atti vincolino la BCE come fonti normative distinte. Interpretazione che, secondo il Tribunale non può essere accolta, in quanto sarebbe contraria all’articolo 288 TFUE, secondo cui «[l]a direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salvo restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi»³⁴.

Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti. Ne trae il Tribunale che, nel caso Cornelì, non si può porre rimedio all’errore commesso dalla BCE nell’applicazione dell’art. 70 del testo unico bancario con 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.

La Corte di Giustizia ha confermato questa statuizione, garante della certezza del diritto e di una nozione di potere discrezionale ancorata alla tradizione giuridica europea continentale, culla dello stato di diritto.

4. “Familiarità” e imparzialità (il recente caso Malacalza): e che c’entra l’apprezzamento discrezionale?

Vorrei trattare un ultimo punto. La vicenda di Carige ha conosciuto un’ulteriore vicenda processuale dinanzi al Tribunale di I grado dell’Unione Europea, conclusosi con sentenza del 5 giugno 2024³⁵, appellata³⁶.

Si tratta di una causa di risarcimento dei danni nella quale Malacalza Investimenti ha chiesto condannarsi la BCE al pagamento di oltre 870 milioni di euro per otto presunti illeciti.

Il Tribunale rammenta che i comportamenti censurati sono stati adottati dalla BCE nell’esercizio dei compiti di vigilanza prudenziale che le sono affidati per consentirle di garantire la sicurezza e la solidità degli enti creditizi, e ciò mediante valutazioni che, a causa del loro ca-

³⁴ Tribunale, 12 ottobre 2022, cit., § 112.

³⁵ Trib. I Grado Unione Europea, Sezione Decima, sentenza 5 giugno 2024, in causa T-134-21.

³⁶ C.G.U.E., causa C-557-24.

rattere complesso, giustificano il riconoscimento alla BCE, secondo la giurisprudenza, di un ampio potere discrezionale³⁷.

Sicché, dice il Tribunale, i ricorrenti, se intendono dimostrare la responsabilità extracontrattuale della BCE, devono provare in modo giuridicamente adeguato che quest'ultima ha infranto in modo grave e manifesto, *violando il potere discrezionale riconosciutole*, una norma di diritto dell'Unione che conferisce diritti agli individui.

In tale contesto, esaminando il motivo di ricorso relativo alla adozione del provvedimento di nomina dei Commissari in seno alla disposta procedura di amministrazione straordinaria, una qualche perplessità desta l'affermazione che l'art. 4 del Regolamento 1024/2013, "posto che si limita a procedere ad un'autorizzazione, non contiene di per sé norme preordinate a conferire diritti ai privati, ma organizza il funzionamento del sistema di vigilanza bancaria nell' interesse pubblico e non è idonea, a tale titolo, a far sussistere una responsabilità extracontrattuale dell'Unione"³⁸.

A mio modo di vedere, in verità, dequotare una norma di vigilanza prudenziale a sostanziale previsione organizzativa, o comunque insuscettibile di stabilire un rapporto procedimentale con i destinatari delle singole misure, è probabilmente argomento che non convince neppure lo stesso Tribunale; tale premessa sembra quasi una preclusione pregiudiziale ad ogni indagine, nel merito, delle condotte della BCE oggetto di domanda giudiziale.

Col quarto quesito i ricorrenti avevano sostenuto che la BCE aveva violato, in maniera sufficientemente qualificata, l'art. 71, comma 6, del TUB nominando, quali amministratori temporanei, l'ex presidente del consiglio di amministrazione, Modiano, e l'ex amministratore delegato della banca, Innocenzi. Una volta divenuti amministratori temporanei, sarebbe divenuto difficile per loro esercitare l'azione sociale nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo (o di alcuni dei loro membri) nel frattempo sciolti. Pertanto queste due persone si sarebbero trovate al riparo, a causa della loro nomina come amministratori temporanei, da un'azione di responsabilità che avrebbe potuto essere proposta nei loro confronti per le decisioni adottate quando erano, rispettivamente

³⁷ V., in tal senso, sentenze dell'8 maggio 2019, L.B.W./B., C-450/17 P, EU:C:2019:372, punto 86; del 4 maggio 2023, B./C.I., C-389/21 P, EU:C:2023:368, punto 55, e del 13 dicembre 2017, C.M./B., T-712/15, EU:T:2017:900, punto 181.

³⁸ Trib. I Grado Unione Europea, 5 giugno 2024, cit., § 84.

te, presidente del consiglio di amministrazione e amministratore delegato della banca.

Il Tribunale ricorda che la decisione di assoggettamento ad amministrazione straordinaria era stata annullata dal Tribunale con la sentenza del 12 ottobre 2022 che abbiamo commentato, e precisa subito che tale circostanza non è di ostacolo al suo esame nel processo per responsabilità extracontrattuale; quindi osserva:

- (i) l'annullamento non è avvenuto a titolo di violazione per conflitto di interessi, contrariamente a quanto i ricorrenti hanno prospettato nella causa risarcitoria, ma per violazione di legge; è questo è vero;
- (ii) il ricorso per risarcimento è un rimedio giurisdizionale autonomo, e quindi il Tribunale può esaminare autonomamente, a tali fini, la legittimità di un atto (già) oggetto di un ricorso di annullamento, anche se l'azione risarcitoria ha ad oggetto la domanda di risarcimento di un danno derivante da un atto (oppure da un comportamento illecito, imputabile ad una istituzione o ad un organo dell'Unione);
- (iii) ai sensi dell'art. 71, comma 6, del testo unico bancario, per poter esercitare le loro funzioni, gli amministratori temporanei devono presentare diverse caratteristiche, tra le quali figura il fatto di essere esenti da conflitti di interesse. Un siffatto requisito implica, da parte della BCE, che, quando procede alla nomina di amministratori temporanei, essa deve verificare l'assenza di conflitti di interessi tra gli interessati. In mancanza di una siffatta verifica tali persone non potrebbero infatti esercitare le loro funzioni anche se nominate, quando non rispettino tale requisito
- (iv) il requisito dell'assenza di conflitto di interessi rientra, in generale, nel principio di imparzialità che mira a tutelare, secondo la giurisprudenza, da un lato, l'interesse generale e, dall'altro, l'interesse degli individui che potrebbero essere lesi a seguito della presenza di un tale conflitto di interessi;
- (v) pertanto, il principio di imparzialità crea, secondo la giurisprudenza, nei confronti degli individui che possono essere danneggiati, un diritto soggettivo (affermazione evocativa della nostra sentenza 500/99) che, se violato in maniera sufficientemente qualificata, può prospettare una responsabilità extracontrattuale dell'Unione per il danno eventualmente causato da un'istituzione nell'esercizio dei compiti ad essa affidati;

(vi) se fossero state commesse irregolarità nella gestione della banca sarebbe stato necessario garantire, a tutela degli azionisti, che un procedimento potesse essere avviato nei confronti dei responsabili. Solo un'azione di responsabilità nei confronti degli ex membri degli organi di amministrazione sarebbe stata infatti tale da consentire l'indennizzo, da parte di detti responsabili, dei danni subiti dagli azionisti. In un'ipotesi del genere, poteva essere inappropriato nominare come amministratori temporanei persone che, in passato, avessero esercitato funzioni amministrative in seno alla banca. Infatti una nomina siffatta, come sostengono i ricorrenti, avrebbe reso poco realistica la prospettiva di un'azione di tale natura, in quanto gli amministratori temporanei non avrebbero avuto nessun interesse a mettere in discussione la propria responsabilità.

Esaurita la premessa, il Tribunale motiva il rigetto della domanda sull'assunto che la BCE avrebbe fatto un uso ragionevole del proprio potere discrezionale speso – quale espressione di vigilanza microprudenziale – nell'adozione della nomina dei due amministratori in potenziale conflitto di interessi; ciò in quanto:

1. per motivare l'adozione della decisione di assoggettamento ad amministrazione straordinaria, «... detta istituzione non ha dichiarato che quest'ultima fosse giustificata dall'esistenza di «gravi irregolarità nell'amministrazione» della banca, ai sensi dell'art. 69-octiesdecies, comma 1, lettera b), del testo unico bancario, in combinato disposto con l'art. 70 di detto testo»³⁹. Questa affermazione è inaccettabile. Non disponiamo degli atti di causa, ma se dobbiamo esprimere una valutazione, questa motivazione appare contraddittoria con la premessa che l'esame del provvedimento amministrativo di commissariamento è autonomo rispetto allo scrutinio di legittimità speso nel giudizio di annullamento. I ricorrenti avevano infatti dedotto *nell'azione di risarcimento* che il provvedimento della BCE fosse illecito – per usare una terminologia giuridica a noi familiare – per violazione del principio di imparzialità, e questa censura il Tribunale doveva esaminare, a prescindere dalla motivazione contenuta nel provvedimento, che è proprio quella oggetto di contestazione; ragionando come il Tribunale si rischia di introdurre – e di fatto si è introdotta –

³⁹ Trib. I Grado Unione Europea, 5 giugno 2024, cit., § 105.

- una sorta di pregiudiziale sostanziale, nel senso di affermare che la condotta illecita potrebbe emergere solo se si dimostra che il provvedimento che ne sarebbe presupposto è illegittimo alla stregua del solo motivo (o dei soli motivi) posto a base del provvedimento illecito: in una parola, l'illiceità potrebbe essere accertata se si dimostra che *i soli motivi addotti nel provvedimento* sono illeciti, ma non anche se si prova che il provvedimento è illecito perché violativo di norme e principi che nella motivazione aggredita non sono stati utilizzati o, peggio, sono stati in essa trascurati; peraltro, anche nel ricorso di annullamento era stata dedotta l'illegittimità della nomina a commissari straordinari del Presidente e dell'Amministratore Delegato già in carica;
2. aggiunge il Tribunale che «... le difficoltà finanziarie della banca hanno preceduto la nomina di Modiano e di Innocenzi in qualità, rispettivamente, di presidente del consiglio di amministrazione della banca e di amministratore delegato, come risulta dall'esposizione dei fatti precedentemente riportata»⁴⁰. Dalla esposizione in fatto, però, emerge che i ricorrenti si erano doluti, con la prospettazione del secondo illecito, che la BCE avrebbe violato, in maniera sufficientemente qualificata, gli articoli 4 e 16 del regolamento n. 1024/2013 accordandosi con Modiano e Innocenzi affinché si dimettessero il 2 gennaio 2019, così provocando la decadenza del consiglio d'amministrazione della banca e aprendo la strada all'assoggettamento ad amministrazione straordinaria di tale istituto. Il Tribunale ha respinto questa prospettazione affermando che l'art. 16, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1024/2013 autorizza la BCE ad imporre agli enti creditizi di adottare, in una fase precoce, una serie di misure quando tali enti non rispettano i requisiti prudenziali o rischiano di non rispettarli, o ancora quando altre carenze non permettono di assicurare, all'interno di tali enti, una sana gestione o una copertura soddisfacente dei rischi. E dice: «ancora una volta una *siffatta disposizione*», l'art. 16, «posto che si limita a procedere ad un'autorizzazione, non contiene di per sé norme preordinate a conferire diritti ai privati, ma organizza il funzionamento del sistema di vigilanza bancaria nell' interesse pubblico e non è idonea, a tale titolo, a far sussistere una responsabilità extracontrattuale dell'Unione»⁴¹. Posso

⁴⁰ Trib. I Grado Unione Europea, 5 giugno 2024, cit., § 109.

⁴¹ Trib. I Grado Unione Europea, 5 giugno 2024, cit., § 84.

- sbagliarmi, ma non trovo nell'art. 16 alcuna fattispecie legale di provvedimento autorizzatorio, e se anche vi fosse faccio fatica a ritenere che un'autorizzazione, in quanto adottata nell'interesse pubblico, non conferisca anche diritti a privati, destinatari degli effetti di essa; sarebbe tanto dire che i provvedimenti di vigilanza sono inimpugnabili, proprio perché doverosamente ispirati alla cura dell'interesse pubblico alla stabilità dei mercati finanziari;
3. quindi, il Tribunale afferma che la BCE ha potuto ritenere, nell'esercizio del potere discrezionale di disporre l'amministrazione straordinaria, senza violarne i limiti, che fosse *opportuno* (ecco la parola magica) «... affidare la gestione dell'amministrazione straordinaria a persone che avevano familiarità con l'ente creditizio interessato dalla misura in questione, dato che una siffatta familiarità era tale da consentire loro di reagire più rapidamente in un contesto di crisi di fronte alle difficoltà che si presentavano l'una dopo l'altra. Su tale base si può giudicare che la BCE ha utilizzato il suo potere discrezionale in modo ragionevole, nominando a titolo di amministrazione straordinaria Modiano e Innocenzi, che erano tanto a conoscenza degli affari della banca da poter agire rapidamente di fronte alla situazione di crisi in cui quest'ultima versava»⁴². Conseguo ai lettori questa affermazione, limitandomi ad osservare che, probabilmente – ma ignoro il contenuto degli atti di causa –, è proprio questa valutazione di opportunità ad essere stata contestata, non tanto in quanto ampiamente discrezionale (ossia nella sua opportunità) – e comunque torna qui utile quanto ho detto prima sul sindacato di attendibilità circa la razionalità della scelta – ma *perché contraria al principio di imparzialità*, della cui assenza proprio la “familiarità”, criterio, per il Tribunale, alla base della scelta di opportunità, potrebbe in ipotesi apparire indice sintomatico;
 4. il Tribunale osserva infine che «l'assemblea degli azionisti, nonché gli azionisti che individualmente o congiuntamente detengono un quinto del capitale sociale o il diverso ammontare previsto nello statuto di un ente creditizio, sin dalla ripresa dell'amministrazione ordinaria di un ente creditizio possono proporre un'azione di responsabilità nei confronti dei membri degli organi di amministrazione e di vigilanza entro un periodo di cinque anni

⁴² Trib. I Grado Unione Europea, 5 giugno 2024, cit., § 111.

successivo alla cessazione dalle loro funzioni, conformemente agli articoli 2393 e 2393 bis del codice civile italiano»⁴³. Pertanto, a partire dalla ripresa della gestione ordinaria della banca, l'assemblea degli azionisti e gli azionisti che detenevano, individualmente o congiuntamente, un quinto del capitale sociale o il diverso importo previsto nello statuto della banca avevano – in realtà hanno – la facoltà di intentare un'azione di responsabilità. Non so se, a seguito della acquisizione di Carige da parte di BPER, questo sarà possibile, ma è da credere che, anche se tale acquisizione non vi fosse stata, difficilmente ciò sarebbe stato possibile poiché, come ricorda il Tribunale, i ricorrenti, al momento in cui è stato introdotto il giudizio, detenevano rispettivamente circa il 2,016% del capitale della banca (Malacalza Investimenti), e circa lo 0,011% del capitale della banca (Vittorio Malacalza). E quindi, conclude sul punto il Tribunale, «a fortiori, alla luce di ciò si deve giudicare che, nominando Modiano e Innocenzi quali amministratori temporanei, la BCE si è mantenuta entro i limiti del ragionevole nell'esercizio del suo potere discrezionale»⁴⁴. A me pare il contrario, per le perplessità ora esposte; ma certo è una mia, probabilmente disinformata, impressione.

Tecnica e interessi nella vigilanza prudenziale coinvolgono il tema della scelta discrezionale, dicevo in apertura, ed il problema più grande di qualunque ordinamento democratico è quello di assicurare un controllo effettivo della discrezionalità, che si mantenga entro i limiti tracciati dalla separazione dei poteri; a me pare che in questa vicenda abbia prevalso la ragione dell'istituzione (al tempo delle autocrazie e dei nuovi “vassalli”⁴⁵ va di moda parlare di ragion di Stato); non dico che la conclusione sia errata: solo che, forse, un esame del nesso di causalità tra condotta illecita imputata alla BCE e danno lamentato avrebbe condotto all'accertamento della sua probabile insussistenza, e quindi esitato il medesimo risultato, evitando di presentare una motivazione a mio avviso sbrigativa e, su alcuni punti, contraddittoria.

⁴³ Trib. I Grado Unione Europea, 5 giugno 2024, cit., § 114.

⁴⁴ Trib. I Grado Unione Europea, 5 giugno 2024, cit., § 116.

⁴⁵ Così il Presidente della Repubblica Italiana Sergio Mattarella nella *lectio magistralis* pronunciata il 6 febbraio 2025 all'Università di Aix-Marseille.

Gli effetti della regolazione della Banca d'Italia sull'organizzazione

di *Rosa Calderazzi*

SOMMARIO: 1. Qualche considerazione preliminare. 2. La perimetrazione dell'esercizio della funzione della regolazione nelle banche. – 3. Lo scopo dell'organizzazione nell'impresa bancaria. – 4. Gli effetti della regolazione sull'organizzazione finanziaria. – 5. Gli effetti della regolazione sul governo societario e sul sistema dei controlli. – 6. Gli effetti della regolazione sulla sostenibilità. – 7. Riflessioni finali.

1. Qualche considerazione preliminare

La regolazione è stata – sovente – ricondotta ad un paradigma storico delle attività caratterizzate dall'intervento pubblicistico, in altri casi la spiegazione che ne è stata data è mutata nel tempo, condizionata dalla interpretazione del ruolo dell'attività regolata, altre volte ancora confusa con il concetto di regolamentazione e utilizzata per attività che non hanno le caratteristiche di quelle regolate.

Non è questa la sede per una riflessione complessiva sul concetto giuridico di regolazione e sulle ragioni per le quali la stessa abbia progressivamente guadagnato spazi di legittimazione, in quanto l'indagine si soffermerà sugli effetti della regolazione sulla organizzazione bancaria e sulle sue finalità.

Ci si limiterà sul punto a ricordare l'espansione notevole che la categoria della regolazione – nei diversi campi – ha avuto, negli ultimi decenni: si è passati da un intervento diretto dei pubblici poteri ad una estensione, sempre più pervasiva, della regolazione dell'attività dei privati¹, con conseguente limitazione degli spazi di autonomia privata,

¹ S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, 34, evidenzia che negli anni più recenti si assiste alla moltiplicazione delle *regulations* alle quali non corrisponde automaticamente una maggiore efficienza reale delle funzioni

alterazione degli istituti tradizionali e previsione di nuove opzioni organizzative.

Più in generale si è assistito ad una tendenza alla pubblicizzazione o perché soggetti privati esercitano attività di pubblico interesse, attraverso lo strumento della concessione, o perché vi sono soggetti che sono regolati, in virtù degli interessi di tipo pubblicistico che gravitano intorno all'esercizio di quell'attività di impresa.

Nel settore bancario, in particolare, la prospettiva pubblicistica è stata largamente dominante, nel senso che la prospettiva della regolazione dell'esercizio del credito è stata normalmente intesa come garanzia per la realizzazione di interessi che, nel tempo, hanno avuto una differente considerazione.

Nel periodo pre-costituzionale l'interesse pubblico viene identificato nella ricchezza e potenza economica dello Stato, nel senso che l'intero sistema è funzionalizzato all'interesse nazionale dello Stato sovrano².

Permane la visione di una banca come servizio pubblico, assoggettata all'indirizzo politico (e difatti l'articolo 1 della legge bancaria del 1936 qualificava la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito come funzioni di interesse pubblico)³; sussiste l'idea che il sistema bancario soddisfi esigenze ritenute di interesse pubblico e attratte nella sfera di competenza dell'autorità pubblica.

pubbliche di controllo e al neo interventismo degli Stati declinato in una tendenza conservativa del controllo pubblico di asset o servizi di diretta rilevanza politica e una espansiva con le pubblicizzazioni in funzione di salvataggio o con nuovi meccanismi o bracci secolari. Secondo M. DUGATO, *L'attività bancaria e il servizio pubblico*, in *Banca impresa società*, 2018, 5, «in un trend cominciato oltre dieci anni fa e alimentato in modo significativo dalla successiva crisi finanziaria ed economica, la regolazione del settore si è fatta potente ed incisiva come mai prima». Sul tema cfr. R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria e stabilità finanziaria*, in *Il meccanismo unico di vigilanza. Un bilancio dopo i primi 10 anni*, a cura di A. MAGLIARI, Napoli, 2024.

² M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti per Santi Romano*, II, Padova, 1939, 707; G. LANDI, *La disciplina del credito nell'ordinamento corporativo*, Firenze, 1939; N. MARZONA, *Funzione monetaria*, Padova, 1993; sul rapporto tra intervento pubblico e sistema del credito, F. CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978; M. PORZIO, *La disciplina giuridica dell'esercizio del credito*, Liguori, 1991; M. RISPOLI FARINA, *Il controllo sull'attività creditizia dalla tutela del risparmio al dirigismo economico*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1981, 161.

³ S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Economia e credito*, 1975, 996.

Anche nel periodo post-costituzionale la prospettiva della regolazione dell'esercizio del credito e della centralità del potere di regolazione dell'impresa bancaria continua ad essere preponderante, così come continua ad essere applicato il paradigma dell'ordinamento sezionale e derogatorio del credito⁴: anche quando si sposta l'attenzione verso l'idea che il risparmio abbia protezione costituzionale, in quanto parte del ciclo economico del credito⁵, la prospettiva rimane la regolazione dell'esercizio del credito e la centralità del potere pubblico⁶.

A fronte di questa lettura riduttiva della norma costituzionale si continua ad attribuire ampiezza all'autorità amministrativa che viene collocata al centro del sistema con potestà discrezionale e autonomia normativa.

⁴ Si sostiene, in sostanza, che la disposizione di cui all'art. 47, 1° comma non abbia aggiunto «alcuna novità all'impostazione anche teorica dell'ordinamento del settore, considerata anche la valuta genericità della disposizione» (D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. CAFAGNO -F. MANGANARO, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, diretto da L. FERRARA - D. SORACE, V, Firenze, 2017, 175; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 205; F. MERUSI, *Per uno studio dei poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1428; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., p. 9; Id., *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in *Manuale di diritto del mercato finanziario*, a cura di S. AMOROSINO, Milano, 2014, 8 ss. afferma che l'art. 47 ha costituzionalizzato l'interesse pubblico primario alla tutela del risparmio attraverso il controllo dell'organizzazione e del buon funzionamento del settore del credito). Di contro si è sostenuto (L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2018, 1591) che la Costituzione non costituzionalizza il sistema della legge bancaria del 1939, né pone disposizioni neutre dal punto di vista del sistema: essa infatti non costituzionalizza un sistema di poteri, ma funzionalizza il sistema del credito alla tutela del risparmio come funzione che appartiene ai diritti fondamentali dei singoli.

⁵ F. MERUSI, sub art. 47, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, VIII, Bologna, 1980, 153.

⁶ S. AMOROSINO, *L'ordinamento amministrativo del credito. Studi*, Roma, 1995, e Id., *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. AMOROSINO, Milano, 1995; M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969; E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale di Banca d'Italia*, XLI, Roma, 1996, 14.

L'attività bancaria è dunque adempimento di interesse nazionale⁷.

Come noto, l'Unione Europea e poi il Testo unico del 1993 hanno, progressivamente, consentito un cambio di prospettiva che ha portato a caratterizzare l'attività bancaria come un'impresa che opera su un mercato concorrenziale.

Se non che, benché sia certo che il potere amministrativo debba essere esercitato nell'interesse pubblico e che il sistema bancario sia intriso di poteri pubblici⁸, l'interesse pubblico non appare definito dalla legge che presuppone tale concetto anziché delinearla.

Dunque si continua a considerare la centralità del potere pubblico, senza però definirne, in modo concreto, i confini.

Tuttavia, nel momento in cui si abbandona l'interpretazione tradizionale dell'art. 47 che ha come punto di riferimento la banca come servizio pubblico, assoggettata all'indirizzo politico, e si ricostruisce il sistema ponendo al centro la protezione del risparmiatore, di conseguenza, l'obiettivo della Vigilanza, nella regolamentazione e nel controllo del rispetto dei requisiti patrimoniali, trova un significato adeguato nell'art. 47 Cost., cioè nell'obiettivo di assicurare soddisfazione all'interesse pubblico.

Per tali ragioni, l'interesse pubblico, che rappresenta il fine dell'Autorità, non può essere inteso come una clausola generale il cui contenuto è conoscibile solo *ex post* e quindi insindacabile, ma coincide con la massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali e l'art. 47 rappresenta uno di tali diritti.

In questa prospettiva, gli interventi dell'Autorità amministrativa perseguono lo scopo di massimizzare l'interesse pubblico, inteso non come politica economica dello Stato, ma come una tutela del risparmio, nella quale si condensano dimensioni fondamentali: l'accesso al risparmio, la casa, la proprietà, il finanziamento delle imprese, insomma una

⁷ R. COSTI, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in *Banca impresa società*, 2019, 183.

⁸ La dottrina italiana (F. MERUSI, *Per uno studio dei poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1428; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 205; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Milano, 2016, 9; Id., *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in *Manuale di diritto del mercato finanziario*, a cura di S. AMOROSINO, 8 ss.) afferma che l'art. 47, costituzionalizzando l'interesse pubblico primario alla tutela del risparmio attraverso il controllo dell'organizzazione e del buon funzionamento del settore del credito, ha dato "copertura costituzionale" al sistema di disciplina di settore, così come delineato dalla legge bancaria del 1936.

serie di funzioni e di libertà economiche che possono essere conseguite grazie all'esercizio dell'attività bancaria⁹.

Da questo punto di vista il problema non consiste nella riduzione o estensione dei poteri dell'Autorità, quanto nella individuazione della loro funzione.

2. La perimetrazione dell'esercizio della funzione della regolazione nelle banche.

Una riflessione sugli effetti della regolazione sull'organizzazione bancaria e sulle sue finalità impone, innanzitutto, la perimetrazione dell'azione dell'esercizio della funzione di regolazione.

Il Testo unico bancario, nel titolo dedicato alle autorità creditizie, individua, nell'art. 4 Tub¹⁰, i compiti della Banca d'Italia nell'esercizio della funzione di regolazione, individuando atti di impulso, poteri regolamentari, possibilità di impartire istruzioni e adottare provvedimenti; predispose, altresì, una procedura di *accountability* nell'espletamento dei compiti¹¹.

⁹ Sul punto sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, 2020, *passim*.

¹⁰ Per un commento sull'art. 4 Tub, cfr. A. VALZER, sub art. 4, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. COSTA - A. MIRONNE, tomo 1, Torino, 2024, 23 ss.; A. ANTONUCCI, sub art. 4, *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. COSTA - A. MIRONNE, tomo 1, Torino, 2013, 19; M.E. SALERNO, sub art. 4, in *Commentario al Testo unico bancario*, a cura di S. BONFATTI, diretto da G. FALCONE, Pisa, 2021, 14 ss.; R. FORMISANI, sub art. 4, in *Commentario breve al Testo unico bancario*, a cura di R. COSTI - F. VELLA, Padova, 2019, 34.

¹¹ La Banca d'Italia determina e rende pubblici, previamente, i principi e i criteri dell'attività di vigilanza (2° comma), individua il responsabile del procedimento, indica i motivi della decisione e pubblica i provvedimenti aventi carattere generale (3° comma). Sempre al fine di esercitare la funzione di regolazione, in modo trasparente, e di garantire i soggetti vigilati, è previsto che la Banca d'Italia pubblichi annualmente una relazione sull'attività di vigilanza (4° comma). Sul punto rileva quanto disposto dall'art. 23 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, recante Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari: la disposizione prevede che i provvedimenti «aventi natura regolamentare o di contenuto generale» delle autorità di vigilanza del settore bancario, dei mercati finanziari, assicurativo e dei fondi pensione, che non attengono all'organizzazione interna, devono essere motivati (comma 1). Inoltre, tali autorità devono predisporre l'analisi d'impatto della regolamentazione (AIR), al fine di valutare – in anticipo – eventuali ricadute in termini di costi e benefici sugli interessati. Devono, altresì, consultare gli organismi rappresentativi dei soggetti

Si tratta di una norma che, pur non tratteggiando un quadro completo dei poteri Banca d'Italia (e infatti si è esclusa la funzione sistematica¹²), conferma la centralità del ruolo di tale Autorità nel sistema di vigilanza, attraverso il riconoscimento legislativo di un ampio potere regolamentare che può esercitarsi con la modalità concorrente (quando assume la forma della proposta di organo tecnico) o autonoma (cioè slegata da successivi provvedimenti di altre autorità creditizie)¹³. La sua centralità e la possibilità di adottare tutti «i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza» spinge il legislatore a prevedere – sempre nell'art. 4 – un insieme di disposizioni volte ad applicare il regime di *accountability*¹⁴, nell'espletamento dei compiti della Banca

vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori (comma 2). Infine, tali atti vanno sottoposti periodicamente a revisione (comma 3). Quanto alla Banca d'Italia, tali attività sono, altresì, regolate dalla Circolare n. 277 del 2010, *Linee guida per l'analisi di impatto della regolamentazione*, e dal Provvedimento del 9 luglio 2019, *Regolamento recante la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, ai sensi dell'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262*.

¹² In tal senso A. ANTONUCCI, sub art. 4, cit., 19, sottolinea come la disposizione, seppure presentata nella veste dell'organizzazione sistematica, non abbia alcuna pretesa di esaustività in quanto assembla, in un'unica cornice, una serie di previsioni accomunate dalla finalità della cornice formale di esercizio dei poteri di vigilanza della Banca d'Italia. Nello stesso senso M.E. SALERNO, sub art. 4, cit., 14, che parla di limitata valenza sistematica della norma giacché rimangono fuori dalla sua previsione i profili sulla qualificazione giuridica della banca, la sua organizzazione, il suo funzionamento, l'esercizio di funzioni diverse dalla vigilanza bancaria e creditizia.

¹³ Oggi, peraltro, in considerazione del ridimensionato ruolo del CICR, si tratta della modalità di regolazione prevalente. L'ultimo decreto emanato, d'urgenza, dal Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR, su proposta della Banca d'Italia d'intesa con la Consob, risale al 10 luglio 2020, concernente la modifica della delibera CICR n. 275 del 29 luglio 2008 in tema di Risoluzione stragiudiziale delle controversie.

¹⁴ Con il termine “*accountability*” ci si riferisce alla relazione tra due soggetti in cui il primo dà conto del proprio operato e il secondo ha il potere di imporre delle conseguenze: sul tema, v. J. FEREJOHN, *Accountability in a Global Contest*, in *IILJ Working Paper 2007/5* (Global Administrative Law Series), su <https://www.iilj.org/publications/accountability-in-a-global-context/>; S. BATTINI, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 2007 e più di recente, E. GALLI - I. RIZZO - C. SCAGLIONI, *La trasparenza e l'accountability delle Autorità Indipendenti*, in *L'analisi di impatto e altri strumenti per la qualità della regolazione – Annuario AIR 2017-2018*, a cura di G. MAZZANTINI, N. RANGONE, Napoli, 2019. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012, 295, distingue tra forme di *accountability* verticale (cioè verso i governi nazionali), da meccanismi di *accountability* orizzontale che

d'Italia¹⁵.

Si cerca, in tal modo, di legittimare il potere regolatorio, attraverso la partecipazione e il consenso dei destinatari, e di circoscrivere gli ambiti di discrezionalità.

L'altra norma alla quale fare riferimento per una perimetrazione della funzione di regolazione è l'art. 5 Tub¹⁶ che individua le finalità e i destinatari della vigilanza: le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza avendo riguardo alla sana e prudente gestione, alla stabilità complessiva, all'efficienza e competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia¹⁷.

Il criterio della sana e prudente gestione diventa il principio generale cui deve ispirarsi l'attività del regolatore¹⁸, formula riassuntiva che consente di conseguire gli scopi che si prefigge la norma costituzionale¹⁹. Tutto il sistema dei poteri della Banca d'Italia viene esercitato nel

coinvolgono una compagine ampia di *stakeholder* che comprende tutti i destinatari della regolazione.

¹⁵ L'art. 4 prevede obblighi di pubblicità sul contenuto dei provvedimenti e dell'attività svolta (comma 2), trasparenza sul procedimento di produzione degli stessi (commi 3 e 4), configurazione di una responsabilità dell'Autorità e dei suoi componenti (comma 4-bis).

¹⁶ Per un'analisi della norma cfr., F. CAPRIGLIONE, sub art. 5, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2018, 45; A. ANTONUCCI, sub art. 5, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. COSTA - A. MIRONE, tomo 1, Torino, 2013, 35; A. VALZER, sub art. 5, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. COSTA - A. MIRONE, tomo 1, Torino, 2024, 38 ss.; G. GRECO, sub art. 5, in *Testo Unico Bancario Commentario*, a cura di M. PORZIO-F. BELLI-G. LOSAPPPIO-M. RISPOLI FARINA, Milano, 2010, 46; R. FORMISANI, sub art. 5, in *Commentario breve al Testo unico bancario*, cit., 39; G. GIMIGLIANO, sub art. 5, in *Commentario al Testo unico bancario*, cit., Pisa, 2021, 19 ss.

¹⁷ A seguito della novella di cui all'art. 4, comma 3, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, a queste finalità vanno poi aggiunte quelle di assicurare la «*trasparenza delle condizioni contrattuali e [...] la correttezza dei rapporti con la clientela*», ai sensi dell'art. 127, comma 1, Tub.

¹⁸ A. NIGRO, *L'autorizzazione «all'attività bancaria» nel t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, a cura di U. MORERA - A. NUZZO, Milano, 1996, tomo 1, 65 e ss.

¹⁹ L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2018, 1591 ss.; A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 349.

rispetto della sana e prudente gestione del soggetto vigilato²⁰.

Ciò significa che tale principio diventa l'obiettivo al quale deve mirare l'esercizio della funzione di regolazione²¹, non solo rileva, altresì, come perimetro all'interno del quale tale parametro consente di operare. Dunque la funzione di regolazione che incide sugli spazi di autonomia dei destinatari regolamentando, monitorando, espletando poteri di intervento che comprimono la libera volontà delle parti trova la sua

²⁰ Sebbene la normativa europea (direttiva n. 89/646/CEE) avesse esplicitato il criterio della sana e prudente gestione solo come criterio per discriminare l'accesso alla proprietà bancaria, in particolare per rifiutare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (art. 5, par. 2) o per opporsi all'acquisto di partecipazioni qualificate (art. 11, par. 1), se la qualità degli azionisti e dei soci non garantisce, per l'appunto, una gestione sana e prudente dell'ente creditizio, al contrario, nel nostro ordinamento, l'espressione è stata «adoperata dappertutto» (così si esprime v. A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2012, 55; sul punto cfr. altresì, A. PATRONI GRIFFI, *La legge bancaria nel passaggio dal vecchio al nuovo testo: prime riflessioni sistematiche*, in AA. Vv., *Dall'attuazione della II direttiva CEE in materia bancaria al testo unico*, 1993, 47; F. CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sul recepimento della seconda Direttiva CEE in materia bancaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1993, I, 437 e ss.). Anche l'art. 5 del Tuf individua per il perseguitamento degli obiettivi la competenza della Banca d'Italia per quanto riguarda il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari, mentre l'art. 3 del codice delle assicurazioni attribuisce all'Ivass la possibilità di adottare ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e correttezza dei comportamenti di soggetti vigilati. F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, 131, evidenzia che la nuova formulazione dell'art. 3 CDA elegge a scopo principale della Vigilanza «l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative», mentre «la stabilità del sistema e dei mercati finanziari» rappresenta altro obiettivo della Vigilanza, ma subordinato al precedente: ciò significa che la sana e prudente gestione quale criterio di determinazione dell'organizzazione e dell'attività delle imprese assicurative è funzionale, in prima battuta, al perseguitamento della tutela degli assicurati.

²¹ Anche la giurisprudenza attribuisce alla sana e prudente gestione il principio cardine della vigilanza bancaria: da ultimo Consiglio di Stato, 19 luglio 2022, n. 6254, con nota di L. LIPPOLIS, *Il removal della Banca d'Italia e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 82, ma anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm.* TAR, 2010, 4, 1313; T.A.R. Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725 in *Foro amm.* 2014, 936 ribadisce che lo specifico potere della Banca di accettare la ricorrenza delle condizioni di sana e prudente gestione ai sensi dell'art. 56 del Tub e, più in generale, l'esigenza di presidiare la stabilità finanziaria complessiva del mercato ai sensi dell'art. 5 del Tub, sono «in un nesso di stretta derivazione con la finalità di tutela del risparmio avente dignità primaria nell'ambito dei valori costituzionali (art. 47 Costituzione)».

spiegazione nella esigenza di tutelare una pluralità di interessi, attraverso il perseguitamento di una gestione sana e prudente.

Come si avrà modo di dimostrare, nel prosieguo dell'indagine, attraverso l'analisi di alcuni profili di disciplina in cui il regolatore è intervenuto, gli interventi dell'autorità di vigilanza, esercitati nell'interesse pubblico e in un sistema – quello bancario – intriso di poteri pubblici, perseguono lo scopo di massimizzare l'interesse pubblico, inteso come tutela del risparmio nella quale si condensano una serie di funzioni e di libertà economiche (l'accesso al risparmio, la casa, la proprietà, il finanziamento alle imprese) che possono essere conseguite grazie all'esercizio dell'attività bancaria.

Se si condivide questa prospettiva la perimetrazione dell'esercizio della funzione di vigilanza non consiste più nella riduzione o estensione dei poteri dell'autorità, quanto nella individuazione della loro funzione che si estrinseca secondo il percorso appena indicato.

3. Lo scopo dell'organizzazione nell'impresa bancaria

Prima di analizzare gli effetti della regolazione della Banca d'Italia sull'organizzazione bancaria si ritiene importante richiamare la rilevanza della organizzazione all'interno dell'impresa bancaria²².

L'impresa bancaria, al pari di tutte le attività imprenditoriali, deve assicurare assetti organizzativi adeguati: “il come” si produrrà l'attività di realizzazione della causa contrattuale diventa particolarmente rilevante, non solo come modello organizzativo adottato per l'esercizio dell'attività economica, ma anche come assetto organizzativo all'interno del modello scelto, dove si guarderà alla struttura, alle funzioni, alle competenze, ai compiti, all'insieme delle relazioni tra organi.

Gli assetti organizzativi, in tutte le forme imprenditoriali, devono essere considerati sia nella componente statica (cosa il sistema organizzativo deve realizzare, chi deve realizzarlo) sia nella componente dinamica, cioè nell'insieme delle procedure che indicano come le attività devono essere realizzate.

L'adeguatezza degli assetti organizzativi diventa funzionale a “promuovere l'efficienza e la correttezza della gestione dell'impresa sociale” (art. 4 legge delega per la riforma del diritto societario del 2003).

²² Numerosi sono gli studi sull'organizzazione: per un approfondimento recente su tale tema, cfr. i saggi contenuti nella Rivista P.A. *Persona e Amministrazione*, 2019, I.

Nel momento in cui il legislatore chiede a tutti gli imprenditori «di istituire un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» (art. 2086 c.c.), il ruolo degli assetti organizzativi nell’impresa bancaria – per le ragioni che si cercherà di evidenziare – diventa ancora più rilevante²³.

La stessa funzione di regolazione esprime una declinazione orientata sul piano organizzatorio²⁴: l’art. 5 del Tub, quando attribuisce alla Banca d’Italia l’esercizio dei poteri «avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all’osservanza delle disposizioni in materia creditizia», contiene profili organizzatori.

E, infatti, l’evoluzione del regime dell’impresa bancaria verso una dimensione pubblicistica ha visto una crescente valorizzazione della adeguatezza degli assetti organizzativi, sia nella prospettiva privatistica dell’impresa bancaria, sia in quella della vigilanza pubblicistica: le crisi finanziarie e bancarie che si sono susseguite hanno fatto emergere la fragilità del sistema e l’esigenza di adottare un assetto organizzativo proporzionato ed efficiente, imprescindibile per una gestione sana e prudente dell’attività d’impresa e per il perseguimento degli obiettivi della vigilanza.

La circolare 285 evidenzia come gli assetti organizzativi e di governo societario assumano per le banche particolare rilievo «in ragione

²³ G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. III, 2011, Bari, I, 1733; Id, *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di M. DE MARI, Padova, 2009, 17, sostiene che «l’adeguatezza organizzativa [...], che gli organi sociali sono tenuti a curare, valutare e verificare s’identifica, in buona sostanza, con l’adeguatezza del sistema dei controlli interni: quanto meno, si può sostenere che, nelle imprese di una certa dimensione e complessità operativa, il sistema dei controlli interni costituisce parte integrante di quell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile, della cui adeguatezza il consiglio d’amministrazione da un lato e il collegio sindacale dall’altro [...] sono a vario titolo responsabili».

²⁴ Così, M. ANTONIOLI, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 673.

delle caratteristiche che connotano l'attività bancaria e degli interessi pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell'ordinamento. Gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche, oltre a rispondere agli interessi dell'impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione dei controlli di vigilanza»²⁵.

La scelta della organizzazione determina il modo di svolgimento dell'attività e le scelte organizzative che vengono fatte sono strumentali alla realizzazione di determinati fini.

Per tali ragioni l'esercizio della funzione di regolazione produce effetti sull'organizzazione bancaria, sia attraverso la previsione di numerose nuove regole organizzative, sia attraverso il monitoraggio del rischio organizzativo provocato dalla inadeguatezza della struttura imprenditoriale a consentire un esercizio sano e prudente²⁶.

4. Gli effetti della regolazione sull'organizzazione finanziaria

Un terreno interessante sul quale esplorare gli effetti della regolazione è costituito dall'organizzazione finanziaria²⁷.

²⁵ Circolare 285/2013 (Titolo IV – Capitolo I Governo societario - Sezione I disposizioni di carattere generale). In questo senso rilevano, ad esempio, le *Disposizioni in materia di organizzazione, procedure e controlli interni in materia antiriciclaggio*, adottate dalla Banca d'Italia il 26 marzo 2019 e aggiornate con provvedimento del Provvedimento del 1° agosto 2023, la cui parte II è dedicata appunto agli *Assetti organizzativi a salvaguardia dei rischi di riciclaggio*.

²⁶ Così, M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo, in Assetti adeguati e modelli organizzativi. Nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. IRRERA, Bologna, 2015, 957; M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e proceduralizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA. Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, cit., 728; A. MINTO, *Gli assetti in ambito bancario, in Assetti adeguati e modelli organizzativi, nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. IRRERA, Bologna, 2016, 623; G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., 1742 ss.

²⁷ Le crisi degli ultimi 15 anni hanno influito in maniera importante sulle scelte di composizione del capitale sociale bancario. Il Rapporto *de Larosière* nel 2009 aveva individuato gli ambiti di miglioramento sulle regole del capitale sollecitando un riesame delle norme di Basilea 2 per aumentare gradualmente i requisiti patrimoniali minimi; ridurre la prociclicità; introdurre norme più severe in materia di voci fuori bilancio; inasprire le norme sulla gestione della liquidità; rafforzare le norme sul controllo interno delle banche e la gestione dei rischi; invitare l'unione europea ad adottare una definizione comune di patrimonio di vigilanza. La letteratura giuridica ed

La Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 53 Tub, ha il potere di emanare, in un'ottica prudenziale, disposizioni di carattere generale sull'adeguatezza patrimoniale, sul contenimento del rischio nelle diverse configurazioni, sulle partecipazioni detenibili, sul governo societario, sull'organizzazione amministrativa e contabile, nonché sui controlli interni, sui sistemi di remunerazione di incentivazione e sulle informative da rendere al pubblico²⁸.

Il regolatore interviene sulla disciplina del capitale²⁹, con la fissazione di requisiti patrimoniali, stabilendo un rapporto minimo tra pa-

economica sul tema è vastissima, cfr. ex multis AA.Vv., *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, a cura di G. COLOMBINI, M. PASSALACQUA, Napoli, 2012, dove v., in particolare, F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*; M. CERA, *Crisi finanziaria, interventi legislativi e ordinamento bancario*, in *Studi in onore di Francesco Capriglione*, a cura di S. AMOROSINO-G. APA-V. TROIANO-M. SEPE-G. CONTE-M. PELLEGRINI, A. ANTONUCCI, Padova, 2010, 1195; V. SANTORO, *I limiti del mercato e i fallimenti della regolamentazione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2012, 1; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2009, 45; F. VELLA, *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 161; Id., *Capitalismo e Finanza*, Bologna, 2011, 39 e ss.; G. DI GASPERE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011; A. RESTI - A. SIRONI, *La crisi finanziaria e Basilea 3: origini, finalità e struttura del nuovo quadro regolamentare*, in *WP Carefin*, Milano, 2011, 1; F. CANNATA - M. QUAGLIARELLO, *L'impatto di Basilea2 sulla crisi finanziaria: fra tanti indiziati, un solo colpevole?*, in *Bancaria*, 2009, 38; A. DELL'ATTI-F. MIGLIETTA-A.P. IANNUZZI, *Il sistema bancario e la crisi finanziaria. Il sistema bancario e la crisi finanziaria*, Bari, 2019. Per un ulteriore approfondimento sui riflessi della crisi sull'organizzazione finanziaria dell'impresa bancaria, sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, cit., 7 ss.

²⁸ C. DI MARZIO - F. FIAMMA, sub art. 53, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 603, ss; M.E. SALERNO, sub art. 53, in *Commentario al Testo unico bancario*, cit., 272 ss.; G. GIORDANO, sub art. 53, in *Commentario breve al Testo unico bancario*, cit., 253 ss.; C. CLEMENTE - L. LA ROCCA, sub art. 53, in *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 605.

²⁹ Vastissima è la letteratura su Basilea: cfr. tra i tanti, F. CANNATA, M. QUAGLIARELLO, *L'impatto di Basilea2 sulla crisi finanziaria*, cit., 38; C. COSTA, *Le regole di Basilea II tra tutela del capitale delle banche e comportamenti virtuosi delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2008, 98; C. GOODHART, *The Basel Committee on Banking Supervision. A History of the Early Years 1974–1997*, New York, 2011; A. RESTI, *L'implementazione di Basilea 2: le nuove regole cambiano il gioco*, in *Bancaria*, 2007, 30; AA.Vv., *Basilea 2 e piccole banche. Organizzazione, gestione e scelte strategiche*, a cura di STEFANO DELL'ATTI, Roma, 2007; M. LAMANDINI, *Nuove prospettive in materia di vigilanza bancaria: il "secondo pilastro" del Nuovo Accordo di Basilea*,

trimonio di vigilanza e ammontare delle esposizioni ai rischi, al fine di prevedere una composizione qualitativa di mezzi patrimoniali che consenta di garantire un capitale rafforzato e commisurato ai rischi e rendere resilienti gli enti creditizi agli *shock* finanziari e proteggere una pluralità di interessi³⁰.

La circolare 285/2013 impone alle banche di dotarsi di processi e strumenti per determinare il livello di capitale interno adeguato a fronteggiare ogni tipologia di rischio, attraverso un processo strutturato di autovalutazione dei processi interni di valutazione dell'adeguatezza patrimoniale (ICAAP) e dei processi interni di valutazione dell'adeguatezza della liquidità (ILAAP), in modo da consentire alla Banca centrale europea e alla Banca d'Italia di effettuare una valutazione dell'adeguatezza del proprio capitale complessivo rispetto all'esigenza di copertura di tutti i rischi aziendali e sul sistema di governo e gestione del rischio di liquidità³¹.

in *Il rischio di credito e le implicazioni di Basilea 2*, Milano, 2004, 3 ss.; A. RESTI-A. SIRONI, *La crisi finanziaria e Basilea 3*, cit.; A. RESTI, *L'implementazione di Basilea 2: le nuove regole cambiano il gioco*, in *Bancaria*, 2007, 30; Id., *Ma Basilea 2 non c'era*, in www.lavoce.info; A. VICARI, *La nuova disciplina di Basilea tra obblighi di capitalizzazione delle banche, costo medio del passivo e obiettivo di riduzione dei tassi di finanziamento per le imprese*, in *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, a cura di I. DEMURO, Torino, 2010, 11; M. SCIUTO, *Organizzazione e merito di credito delle società a responsabilità limitata alla luce di "Basilea 2"*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 702; F. ACCETTELLA, *L'Accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2013, I, 477; M. ORTINO, *The Basel Committee on Banking Supervision in the Post-crisis International Governance of Banking Regulation*, in P. Delimatsis, S. Bijlmakers, M. K. Borowicz (eds.), *The Evolution of Transnational Rule-Makers through Crises*, Cambridge, 2023, 116 ss.

³⁰ Sul rapporto tra requisiti patrimoniali e rischi, v. da ultimo M. PASSALACQUA, *Profili giuridici del governo del rischio*, in *L'ordinamento bancario europeo alla ricerca di un assetto stabile*, a cura di A. BROZZETTI, Bologna, 2012, 39 e ss.

³¹ Tale meccanismo attribuisce agli organi aziendali l'autonomia di definire i processi: è prevista una supervisione da parte del consiglio di amministrazione che deve, innanzitutto, individuare tutti i rischi che la banca gestisce, successivamente misurare e valutare tali rischi e prevedere una mappatura dei processi e il loro monitoraggio. Per completare il processo il regolatore deve esaminare il processo di autovalutazione patrimoniale della banca, facendo le proprie valutazioni in considerazione degli strumenti informativi disponibili, attraverso il processo di SREP, e accertare che le banche abbiano presidi di natura patrimoniale organizzativa e di gestione appropriati ai rischi.

In tal modo la determinazione del capitale complessivo diventa frutto di un processo organizzativo attraverso il confronto sinergico tra la Banca d'Italia (la BCE per le banche *significant*) e l'intermediario e il potere dell'autorità di regolazione trova la sua legittimazione nell'alveo della sana e prudente gestione³².

L'analisi della disciplina del capitale delle banche offre all'interprete una prima conferma sugli effetti della regolazione: la previsione di un capitale rafforzato risponde alla necessità di garantire, non solo la serietà dell'iniziativa o un principio organizzativo dell'attività, ma anche interessi diversi e più ampi rispetto all'impresa non bancaria, nel senso che assicura una corretta organizzazione di valori finanziari indispensabili per la tutela degli interessi contenuti nell'art. 47 Cost.

La sana e prudente gestione diventa «*il nuovo paradigma per la concretizzazione dell'interesse sociale*»³³ e la stessa rigorosa predisposizione della disciplina stringente sui requisiti di capitale ha proprio l'obiettivo di consentire lo svolgimento di una gestione sana e prudente.

5. Gli effetti della regolazione sul governo societario e sul controllo

Un altro ambito di interesse sul quale misurare gli effetti della regolazione è rappresentato dal governo societario e dal sistema dei controlli interni.

Il sistema dei controlli interni viene istituzionalizzato, nella consapevolezza che la crescente valorizzazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi per gli intermediari finanziari mira al perseguimento degli obiettivi che si identificano con quelli assegnati alla vigilanza³⁴.

³² Per un approfondimento sulla funzione organizzativa del capitale dell'impresa bancaria e sul raffronto con la disciplina del capitale nelle imprese non bancarie sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, cit., *passim*; Id., *L'organizzazione del capitale nell'impresa bancaria*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 143; Id., *Il ruolo del capitale*, in *Studi in onore di Sabino Fortunato*, Bari, 2023, 2629.

³³ G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, 798; Id., *Appunti in tema di interesse sociale e governance delle società bancarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 241.

³⁴ In tal senso G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., 1742; Id., *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di M. DE MARI, Padova, 2009, 17.

La Banca d'Italia, nell'esercizio della funzione di regolazione, assegna al sistema dei controlli interni un ruolo centrale nell'organizzazione aziendale, in quanto diventa punto di riferimento per valutare il modello di governo societario adottato, in relazione al rispetto degli obiettivi della sana e prudente gestione³⁵, della stabilità patrimoniale e contenimento del rischio, della correttezza e trasparenza nei rapporti con i clienti e gli investitori.

A tali fini predisponde una iper-regolazione che comprime, in modo più evidente rispetto ad altri ambiti, l'autonomia contrattuale.

È quanto accade nella individuazione di ruoli e responsabilità tra i soggetti deputati al controllo.

Il regolatore, innanzitutto, avverte l'esigenza di distinguere ruoli e responsabilità nell'esercizio della funzione del controllo, evitando concentrazioni di potere che possano alterare una corretta dialettica interna e assicurando un bilanciamento dei poteri³⁶.

In secondo luogo integra dettagli di disciplina, individuando criteri di composizione degli organi sociali introducendo profili quantitativi e qualitativi fin qui estranei alla logica d'impresa³⁷.

Tale pervasività comprime la libertà contrattuale dei soci³⁸, incidendo sulla loro autonomia organizzativa e confinando le loro scelte en-

³⁵ Così G. B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, 48.

³⁶ Il regolatore prevede *i)* che vi sia una netta distinzione tra funzione con supervisione strategica e funzione di gestione; *ii)* che il presidente del cda assuma un ruolo non esecutivo e non svolga, neppure di fatto, funzioni di gestione; *iii)* che vi sia un numero adeguato di componenti non esecutivi con ruoli e compiti ben definiti che svolgano, efficacemente, la funzione di contrappeso nei confronti degli esecutivi e del management della banca; *iv)* che sia assicurata la nomina di amministratori indipendenti che vigilino, con autonomia di giudizio, sulla gestione sociale e assicurino che essa sia svolta nell'interesse della società e in modo coerente con gli obiettivi di sana e prudente gestione.

³⁷ Attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze, con il d.m. n. 169 del 2020 e poi con gli Orientamenti in materia di valutazione dei requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali) fissa limiti stringenti per i requisiti di nomina degli esponenti aziendali, mentre stabilisce, nella circolare 285, che, nella composizione complessiva degli organi societari, sia assicurato un adeguato grado di diversificazione, anche in termini di età, genere e provenienza geografica, per favorire la pluralità di approcci e prospettive nell'analisi dei problemi e nell'assunzione delle decisioni ed evitare, così, comportamenti di mero allineamento a posizioni prevalenti.

³⁸ Sull'invasione degli spazi di autonomia e libertà delle parti sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali*.

tro parametri rigidi, innesca un rapporto dialettico tra autonomia delle parti e poteri dell'autorità, nel quale le pretese dei privati (siano essi amministratori o soci) non vivono nello spazio libero della autonomia privata, nella direzione classica del rapporto società - azionisti e società - terzi in generale³⁹, ma assumono dimensioni collettive, nel senso che diventano portatrici di pretese più generali. Anche in questo caso per la finalità di garantire un modello di *governance* in grado di assicurare una gestione sana e prudente⁴⁰.

zionali di potere e autonomia privata, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 338.

³⁹ Si è sostenuto che la disciplina della società bancaria comprima, insieme alle prerogative dei soci (ai quali viene riconosciuta una pretesa patrimoniale residuale), anche lo stesso significato di investimento (così G. FERRI JR, *La posizione dei soci di società bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, cit., 812) e, contestualmente, accentui la funzione della società stessa in termini di forma di organizzazione dell'impresa. A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, in *Quaderni giur. comm.*, a cura di P. MONTALENTI-M. NOTARI, 2018, 15 ss., nonché in *Considerazioni conclusive*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, 836, parla di autentico “appassimento” del paradigma imprenditoriale e di sostanziale (quanto “feroce”) nuova pubblicizzazione.

⁴⁰ A livello europeo, il rapporto guidato da De Larosière (J. DE LAROSIERE, The High-level Group on Financial Supervision in the EU, Report, Brussels, 25 febbraio 2009, in https://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/de_larosiere_report_it.pdf?bb9e09f377e0aba84c62fc2616eab30f), nel 2009, su richiesta della Commissione Europea, evidenzia che «spesso i consigli di amministrazione non hanno compreso né la natura né l’entità dei rischi che dovevano affrontare [...]; l’assenza di reali meccanismi di controllo ha pesantemente contribuito all’eccessiva assunzione di rischi da parte degli istituti finanziari [...] Questa constatazione di carattere generale è tanto più inquietante in quanto il governo societario, negli ultimi dieci anni, è assurto a simbolo di numerose virtù, per la sua funzione regolatrice della vita delle imprese. Pertanto, o il regime di governo societario adottato dagli istituti finanziari non era adeguato, oppure non è stato correttamente applicato. Spetta quindi al consiglio di amministrazione - sotto il controllo degli azionisti, dare il là e definire la strategia, il profilo di rischio e la propensione al rischio dell’istituto che esso dirige». Il Libro Verde del 2010 della Commissione Europea avverte che «i consigli di amministrazione degli istituti finanziari non sono stati in grado di esercitare un controllo effettivo sulla direzione. L’incapacità di individuare, comprendere e controllare i rischi a cui erano esposti i loro istituti finanziari è stata al centro dell’origine della crisi finanziaria». La Commissione UE ha individuato le principali ragioni che hanno provocato un cattivo funzionamento dei consigli di amministrazione: «gli amministratori senza incarichi esecutivi non hanno dedicato allo svolgimento dei propri compiti né le risorse né il tempo necessari»; i componenti non provenivano da ambienti sufficientemente diversificati, in termini di

Infine, il regolatore valuta con un grado di severità il comportamento degli esponenti: la circolare 285 assegna agli amministratori non esecutivi un ruolo determinante per assicurare una gestione sana e prudente⁴¹, irrigidendo, conseguentemente, le responsabilità degli stessi⁴². Tale irrigidimento, che trova conferma anche nella lettura della giurisprudenza di legittimità, ormai consolidata⁴³, evidenzia la natura pubblicistica

genere, origine sociale e culturale e di istruzione; i consigli di amministrazione, non hanno saputo vigilare sull'adeguatezza del quadro di gestione dei rischi; non hanno saputo riconoscere il carattere sistematico di alcuni rischi e di conseguenza non sono stati capaci di informare, tempestivamente, le proprie autorità di vigilanza. Sul tema, v. C. AMATUCCI, *Vigilanza, gestione dei rischi e responsabilità degli amministratori*, in *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per la Società e la Borsa*, in *Quaderni giuridici Consob*, a cura di G. Mollo, Roma, 2015, 53. Sul ruolo della governance, più in generale, v. R. LENER, *Il ruolo della "corporate governance" nell'economia globale*, in *Banca Impresa e Società*, 2017, 3.

⁴¹ Sul tema, cfr. V. CALANDRA BUONURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa e società*, 2015, I, 19; P. MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), vol. 3, Torino, 2014, 2176; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, I, 713.

⁴² Si aspetta una partecipazione attiva dei componenti non esecutivi ai lavori del consiglio; dispone che i componenti non esecutivi acquisiscano informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale, dal management, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo; che siano fattivamente impegnati nei compiti loro affidati, anche sotto il profilo della disponibilità di tempo; che partecipino ai processi di nomina e revoca dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo.

⁴³ Da ultimo Cass. civ, 20 novembre 2024, n. 29844, in *dirittobancario.it*, che afferma che «Il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie - inoltre - non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega».

della responsabilità che gli amministratori di società bancarie hanno verso l'autorità di vigilanza, natura che impone un livello di diligenza, nell'adempimento dei propri doveri, particolarmente stringente.

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

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

6. Gli effetti della regolazione sulla sostenibilità

Infine, si presenta di particolare interesse la disamina degli effetti dell'esercizio della funzione di regolazione nell'ambito della sostenibilità⁴⁴.

Il regolatore detta una pluralità di regole, attraverso aspettative, linee guida, raccomandazioni, alle quali gli intermediari devono sottostare.

Banca d'Italia chiede all'organo di amministrazione di svolgere «un ruolo attivo di indirizzo e governo nell'integrare i rischi climatici e ambientali nella cultura e nella strategia aziendale nonché nel *risk appetite*

⁴⁴ Per un approfondimento sulla sostenibilità bancaria, cfr. L. AMMANNATI, *I nuovi paradigmi dell'impresa bancaria in epoca di transizione*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, 99, 2024, 21, ma vedi anche, *Dimensioni "eccentriche" dell'impresa bancaria nell'era della sostenibilità*, in *Riv. regol. merc.*, 2023, 2; V. BEVIVINO, *L'attività ESG delle banche e la prospettiva di riforma della regolazione prudenziale delle informazioni*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 484 ss.; R. CARATOZOLO, *L'integrazione della sostenibilità ambientale nel sistema delle banche*, in *Riv. regol. merc.*, 2024, 177; F. RIGANTI, *Regolazione del mercato e "fine di lucro". Spunti per una ricerca attualizzata in tema di sostenibilità*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022, 129; E. BERNARDINI - I. FAIELLA - L. LAVECCHIA - A. MISTRETTA - F. NATOLI, *Banche centrali, rischi climatici e finanza sostenibile*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)* della Banca d'Italia, n. 608, marzo 2021; M. SEMERARO, *Fattori di sostenibilità ambientale e politiche creditizie*, in *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, a cura di M. Passalacqua, Padova, 2021, 253 ss. Sia, altresì, consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *Appunti sullo studio della sostenibilità bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento al n. 1, 2024, 639; Id., *La sostenibilità bancaria nell'impresa bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, supplemento al n. 4, 2022, 168.

framework aziendale e nei limiti di rischio dei portafogli gestiti, declinando in modo coerente le principali policy aziendali e l'adattamento dei sistemi organizzativi e gestionali. In tale ottica l'organo di amministrazione approva un appropriato piano di iniziative»⁴⁵.

Il regolatore esorta, inoltre, gli intermediari a identificare, misurare, prevenire e attenuare i rischi climatici ambientali, e a considerare gli impatti che determinano sui rischi prudenziali tradizionali⁴⁶. Misurati gli impatti, gli amministratori devono essere in grado di orientare le scelte strategiche e le prospettive di sviluppo in modo da assicurare la resilienza del modello di business. Chiede, ancora, di integrare i fattori di sostenibilità nei processi decisionali sugli investimenti, sviluppando politiche creditizie basate sui fattori ESG, e di elaborare una strategia coerente con il processo di pianificazione strategica, in grado di soddisfare le attese degli investitori.

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

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

In questo caso la mappatura e la misurazione dei rischi climatici e ambientali e, più in generale, la richiesta di predisporre regole organizzative – diverse e aggiuntive – per il perseguitamento della sostenibilità delle banca non rappresenta soltanto adempimento di un dovere, rispetto agli obblighi di rendicontazione che derivano dalla normativa primaria e che sono comuni a tutte le attività d'impresa, ma diventa

⁴⁵ Banca d'Italia, *Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali*, 2022 e, anche, Banca Centrale Europea, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa*, novembre 2020.

⁴⁶ Con l'Aspettativa n. 4 il regolatore chiede agli intermediari di effettuare una mappatura degli eventi che potrebbero manifestarsi per effetto dei rischi climatici e ambientali (fisici e di transizione) e di integrare il sistema di gestione dei rischi, identificando i rischi che ne risulterebbero potenzialmente influenzati e le implicazioni di natura prudenziale.

funzionale all’assolvimento delle funzioni tipiche dell’attività bancaria, di raccolta del risparmio ed erogazione del credito, che consentono di tutelare le dimensioni fondamentali dei diritti protetti dall’art. 47 Cost. e che, come si è detto, non possono essere perseguiti con l’autodeterminazione delle parti, ma necessitano – per il loro pieno godimento – dell’intervento dell’autorità.

Le numerose disposizioni che la Banca d’Italia prevede sulla sostenibilità delle banche sono tutte orientate a realizzare una gestione sana e prudente e, conseguentemente, a soddisfare il dettato costituzionale declinato nell’art. 47 in quanto gli interventi hanno la funzione di perseguire un comune interesse sociale – in una visione di medio lungo periodo – che porta alla realizzazione di un interesse che non si esaurisce nel tradizionale interesse dei soci, ma contiene una pluralità di interessi che trovano la loro composizione nella prospettiva dei diritti delle persone.

7. Riflessioni finali.

Gli ambiti sin qui esaminati portano ad alcune riflessioni finali sugli effetti della regolazione sull’organizzazione bancaria.

L’esercizio della funzione di regolazione produce effetti che finiscono per sottoporre a vincoli la libertà d’impresa delle banche, a incidere sugli spazi di autonomia dei privati, a limitare le opzioni organizzative dei destinatari.

L’intervento del regolatore innesca il binomio autorità / libertà, intervento pubblico / autonomia privata che però, ad una più attenta analisi, seppure crei una compressione della libertà contrattuale ad opera di interventi eteronomi da parte del regolatore, non porta ad una contrapposizione di interessi.

Ciò in quanto, sotto il profilo degli interessi, la funzione di regolazione della Banca d’Italia realizza i diritti che quella determinata organizzazione privata di interesse pubblico persegue⁴⁷ e trova la sua legittimazione nella esigenza di protezione del risparmio.

⁴⁷ Come ha affermato L. PERFETTI, *Crisi di impresa ed interesse pubblico tra amministrazione e giurisdizione*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 231, invero «l’amministrazione pubblica, [...] persegue sì l’interesse pubblico (che è il suo scopo), ma l’interesse pubblico è l’interesse dei cittadini alla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali ed all’uguaglianza – quindi, ben considerando, si tratta dell’interesse delle parti coinvolte nella decisione, non dell’interesse dello Stato».

Assunta tale prospettiva, gli interventi del regolatore sulla organizzazione bancaria diventano uno strumento per consentire il godimento di diritti che – diversamente – non vedrebbero la medesima realizzazione, nel contempo, la funzione stessa della vigilanza sulle banche, nel suo più complesso sistema di poteri amministrativi, si legittima nella misura in cui massimizza quei diritti.

L'attività di supervisione sottratta alla competenza della BCE: la vigilanza di tutela

di *Carmela Robustella*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vigilanza di tutela nel Testo unico bancario. – 3. La trasparenza nel testo unico bancario. – 4. L’evoluzione del concetto di trasparenza: dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere. – 5. L’ampliamento dei poteri di vigilanza e controllo: regole generali e vigilanza di tutela. – 6. Le misure inibitorie dell’art. 128-ter t.u.b. – 7. La funzione delle azioni ripristinatorie: giustiziale o terapeutica?

1. Premessa.

La crisi economica e finanziaria che ha colpito l’economia mondiale a partire dal 2008 ha stimolato, come è noto, un poderoso ripensamento dell’architettura delle Istituzioni finanziarie europee¹. Dopo l’istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) fra tutti gli Stati aderenti all’Unione europea², si è proceduto alla costruzione dell’Unione bancaria europea (UBE), allo scopo di accelerare il processo di integrazione europea nel settore della vigilanza e della risoluzione nel settore bancario.

¹ Per una prima analisi della riforma dell’ordinamento finanziario europeo si rinvia alle chiare pagine di S. CASSESE, *La nuova architettura europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 79 ss.

² Il SEVIF comprende l’*European Systemic Risk Board* (ESRB) con competenze in materia di vigilanza macroprudenziale e le tre diverse autorità incaricate del coordinamento della vigilanza prudenziale nei tre settori-chiave: l’Autorità bancaria europea (*European Banking Authority*, EBA), l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*, EIOPA), l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (*European Securities and Markets Authority*, ESMA).

L’Unione bancaria è stata concepita su tre pilastri, di cui solo due, ad oggi, pienamente operativi: il Meccanismo unico di supervisione sulle banche, denominato Meccanismo Unico di Vigilanza (*Single supervisory mechanism* – SSM), operativo dal 2014, che ha attribuito alla BCE innovativi compiti di supervisione prudenziale all’interno della Area Euro e il Meccanismo unico di risoluzione delle banche in difficoltà, denominato Meccanismo di risoluzione unica (*Single resolution mechanism* – SRM), a cui è devoluta l’ordinata gestione delle crisi bancarie e della fase della risoluzione. Il terzo pilastro, costituito da un sistema comune di assicurazione dei depositi, è ancora in fase di realizzazione³

La disciplina del Meccanismo Unico di Vigilanza, introdotta dal Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, ha attribuito alla BCE ampi poteri amministrativi e di regolazione nei confronti dei principali enti creditizi, che vengono, quindi, sottratti alle autorità di vigilanza nazionali. In particolare, in applicazione dell’articolo 127, par. 6, del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (che attribuisce al Consiglio UE, con deliberazione da assumere all’unanimità, il compito di affidare alla BCE la vigilanza prudenziale su enti creditizi e altre istituzioni finanziarie, ad eccezione delle compagnie di assicurazione), il Regolamento assegna alla BCE i controlli di vigilanza prudenziale diretta sulle banche più significative (c.d. *significant institution*) e indiretta su quelle meno significative (c.d. *less significant institution*), sulle quali i poteri di vigilanza sono esercitati in via diretta – in conformità a regole e direttive impartite dalla BCE – dalle autorità nazionali. Sempre alle Autorità di vigilanza nazionali è riservata una competenza esclusiva nelle materie indicate nel considerando 28, tra cui la vigilanza in materia di protezione dei consumatori, servizi di pagamento e prevenzione al riciclaggio di denaro⁴.

³ Osserva M. CLARICH, *Luci e ombre del Meccanismo unico di vigilanza a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Dialoghi di diritto dell’economia*, 2024 «che quest’ultimo tassello è ancora da realizzare a causa della difficoltà degli Stati membri ad accettare, in una visione solidaristica, la condivisione a livello europeo dei rischi e degli oneri conseguenti alle crisi bancarie che in ultima analisi grava sui propri taxpayers».

⁴ Il considerando (28) del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, precisa che «è opportuno lasciare alle autorità nazionali i compiti di vigilanza non attribuiti alla BCE, in particolare i seguenti compiti: ricevere dagli enti creditizi le notifiche in relazione al diritto di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, esercitare la vigilanza sui soggetti che, benché non rientranti nella definizione di “ente creditizio” ai sensi del diritto dell’Unione, il diritto nazionale sottopone alla

Per tale ragione, l'art. 6-bis t.u.b., in linea con le indicazioni del regolatore europeo, ha attribuito alla Banca d'Italia l'attività di supervisione nelle suddette materie.

Si tratta, come è agevole intuire, di un'area molto vasta sottratta alla competenza della BCE e che, quindi, resta affidata in via esclusiva alle autorità nazionali. Per tale ragione, il profondo cambiamento determinato dal Regolamento UE n. 1024/2013 in materia di vigilanza micro-prudenziale sugli enti creditizi non ha avuto significative ricadute nell'economia del capo III del Titolo VI del t.u.b., attesa la pacifica assenza in capo alla BCE di competenze in materia di *consumer protection*.

Non può, tuttavia, sottacersi che proprio in questa area formalmente sottratta alla competenza della BCE possono intravedersi dei profili di possibile interferenza con la finalità di contenimento del rischio propria della vigilanza prudenziale rimessa all'Autorità di vigilanza europea. Si allude, in particolare, all'esercizio dei nuovi poteri regolamentari e di *enforcement* riconosciuti alla Banca d'Italia, quale autorità di vigilanza del settore, per assicurare il rispetto della disciplina prevista nel Titolo VI del t.u.b. sulla "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti". L'esercizio di tali misure, come si vedrà, può avere importanti riflessi sulla stabilità dell'intermediario finanziario e, dunque, sulla stabilità del sistema finanziario nel suo complesso, finendo, quindi, per impattare su prerogative di competenza esclusiva della BCE.

stessa vigilanza degli enti creditizi, esercitare la vigilanza sugli enti creditizi dei Paesi terzi che aprono una succursale o che prestano servizi transfrontalieri nell'Unione, esercitare la vigilanza sui servizi di pagamento, effettuare le verifiche quotidiane sugli enti creditizi, assolvere nei confronti degli enti creditizi la funzione di autorità competenti in relazione ai mercati degli strumenti finanziari, prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo e proteggere i consumatori». Il considerando (29) del regolamento Meccanismo Unico di Vigilanza dispone invece che «è opportuno che la Banca Centrale Europea cooperi, se del caso, pienamente con le autorità nazionali responsabili di garantire un'elevata tutela dei consumatori e la lotta contro il riciclaggio di denaro». Dal combinato disposto dei considerando in parola si desume che la protezione dei consumatori è un compito che resta affidato alle autorità che sono competenti a livello nazionale. Sul tema M. Perassi, *The new pillars of the EU Financial Architecture and the Single Supervisory Mechanism*, in *The World Bank Legal Review*, vol. VII, Washington D.C., 2016, 269.

2. La vigilanza di tutela nel Testo unico bancario.

Nelle pagine che seguono, pertanto, l'attenzione sarà concentrata sugli strumenti di etero tutela attribuiti alla Banca d'Italia al fine di assicurare il rispetto della normativa in materia di trasparenza e correttezza contenuta nel titolo VI t.u.b.

In particolare, formeranno oggetto della presente indagine le c.d. misure inibitorie, distinte in preventive e restitutorie, disposte dall'art. 128-ter t.u.b., attraverso le quali l'Organismo di Vigilanza vede accresciuti i propri strumenti di *enforcement*, oggi diretti a assicurare anche la tutela dell'operatore economico non professionale, tutte le volte in cui si accerti un inadempimento da parte dell'intermediario delle norme preposte a garantire la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza dei rapporti con la clientela.

La norma in esame, come si vedrà, segue all'ampliamento delle finalità della Banca d'Italia disposta dall'art. 127 t.u.b., non più solo limitata alla tutela del mercato, ma anche dei soggetti che in esso vi operano, attuando una interessante commistione tra le regole organizzative dell'impresa bancaria, soggetta a vigilanza pubblica e le regole proprie della tutela civilistica.

Al fine di comprendere appieno la portata innovativa della citata disposizione e gli importanti riflessi che l'adozione di queste misure può avere sulla stabilità degli intermediari finanziari e sulla stabilità complessiva del sistema finanziario, è necessario partire dall'origine della disciplina della trasparenza, così come disegnata nel Titolo VI al momento dell'entrata in vigore del t.u.b. nel 1993 e poi profondamente modificata dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che ha apportato importanti modifiche alla formulazione (i) dell'art. 127, comma 1º, t.u.b., che oggi prevede che le Autorità creditizie devono esercitano i poteri ad esse attribuiti dal titolo VI del t.u.b. avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'art. 5, «alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela», attribuendo, per tale via, alla finalità di tutela della trasparenza e correttezza rilievo autonomo (e non più quindi solo strumentale) rispetto alle finalità di vigilanza prudenziale; e (ii) dell'art. 128-ter t.u.b., attraverso il quale la Banca d'Italia, nell'esercizio dei controlli di cui all'art. 128 t.u.b., è oggi dotata di nuovi poteri di intervento per assicurare il rispetto delle norme di trasparenza.

3. La trasparenza nel Testo unico bancario (1993-2010)

Il Testo unico Bancario, emanato con d.lgs.1° settembre 1993, n. 385, come è noto, contiene disposizioni dirette prevalentemente a regolare l'assetto pubblicitario del credito e del risparmio, in cui alla banca viene riconosciuto il carattere d'impresa che opera in un contesto di mercato concorrenziale.

In tale contesto, quindi, ben si comprende come la scelta del legislatore di inserire all'interno del Testo unico bancario il titolo VI interamente dedicato alla disciplina della “trasparenza delle condizioni contrattuali” ha certamente rappresentato una novità di grande impatto sistematico. Per la prima volta, infatti, la disciplina del rapporto banca cliente e, in particolare, l’interesse del cliente (e la sua tutela) sono entrati a far parte della disciplina speciale delle banche, a conferma dell’attenzione del legislatore verso la contrattazione bancaria e il rapporto negoziale intercorrente tra banca e cliente⁵.

L’attenzione verso il principio di trasparenza e la conseguente chiarezza delle condizioni negoziali praticate dalle banche era già emersa, invero, nella l. 154/1992⁶, poi confluita, a distanza di appena un anno, nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. In tale contesto si evidenziava, infatti, la necessità di garantire al cliente una conoscenza effettiva delle condizioni economiche e normative del contratto bancario, attraverso l'imposizione di specifici obblighi di *disclosure*

⁵ Opportunamente R. LENER, “Trasparenza” bancaria e modelli di tutela del cliente nel Testo Unico del credito, in *Giur. sist. dir. civ. e comm., I contratti in generale*, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, vol. II, Torino, 1999, 1166, definiva il titolo VI nel t.u.b. come «un corpo di norme sui contratti o, forse meglio, sull’attività contrattuale delle banche che viene a essere inserito in un sistema che dei contratti bancari non si occupa affatto».

⁶ Alla emanazione della l. 17 febbraio 1992, n. 154 recante «Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari», hanno concorso una pluralità di fattori: l’art. 47 Costituzione, secondo cui «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l’esercizio del credito»; il susseguirsi di iniziative legislative (a partire dalla c.d. proposta Minervini del 1986) che hanno trovato compimento solo con la legislatura successiva; ma anche la sensibilizzazione della giurisprudenza e della dottrina e l’autodisciplina predisposta dagli stessi istituti bancari attraverso la stipula e la firma di accordi interbancari; nonché le esperienze straniere, sia europee (dir. 1987/102/CEE in tema di credito al consumo) sia extraeuropee (Credit Consumer Act del 1984 e il Truth in Lending Act del 1968). Per approfondimenti si rinvia a A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2009, 283 ss.

a carico dell'intermediario⁷. Il fenomeno della standardizzazione dei contratti, propria dei sistemi economici di produzione di massa di beni e servizi, aveva, infatti, messo in luce, anche nel settore bancario, la fisiologica debolezza del contraente aderente e le connesse conseguenze negative non solo sotto il profilo della disciplina del singolo rapporto, ma anche sulla corretta conformazione del mercato di riferimento.

In siffatto contesto, dunque, la politica legislativa di quegli anni si è concentrata sulla predisposizione di strumenti idonei a garantire il riequilibrio dei rapporti contrattuali: obiettivo primario del legislatore diventa la riduzione delle c.d. asimmetrie informative, attraverso interventi mirati in grado di correggerle, nella ferma convinzione, poi rivelatasi tutt'altro che fondata, che solo quando le parti del contratto partono da una situazione conoscitiva paritaria, o quanto meno equilibrata, si possa ipotizzare un regolare funzionamento dei traffici economici e una consapevole volontà di concludere contratti.

L'informazione completa diviene, dunque, variabile rilevante per il corretto funzionamento del mercato, essendo in grado di riequilibrare i rapporti tra coloro che vi operano.

Nell'intento di assicurare protezione al cliente, considerato soggetto da tutelare da un'eventuale sopraffazione delle banche, e, per tale via, una maggiore concorrenzialità (e, dunque, efficienza) al mercato del credito, il concetto di trasparenza diviene fattore centrale nella disciplina di settore. Esso trova ingresso nel t.u.b. attraverso le previsioni di specifiche formalità contrattuali e obblighi di pubblicizzazione delle condizioni contrattuali. Si accredita, in altri termini, l'idea che l'informazione sia funzionale alla formazione di un consenso consapevole del cliente (appunto perché informato), secondo una strategia normativa che poggia sul postulato economico dell'operatore razionale, il quale, se adeguatamente informato, è in grado di orientare le proprie scelte sul mercato in modo consapevole massimizzando la propria utilità.

⁷ In dottrina v. P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca*, 1990, I, 301: «le regole sulla trasparenza bancaria si collocano nell'area delle norme di tutela del contraente debole, qual è per definizione il cliente della banca»; PORZIO, *Note introduttive*, in ID. (a cura di), *Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n. 154*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, 1124; G. SANTONI, *Obbligo di trasparenza e contenzioso sui costi dell'operazione bancaria*, in *Orizzonti*, 2019, 237, pone in rilievo il ruolo «insostituibile» dell'autorità di vigilanza e della giurisprudenza nell'assolvimento della funzione di riequilibrio, alla luce di un'opacità delle operazioni creditizie divenuta ormai «intollerabile».

L'informazione rappresenta, quindi, il veicolo per il raggiungimento della situazione di efficienza allocativa del mercato finanziario⁸ e il legislatore, su queste premesse, si è, quindi, orientato, sia a livello di normativa primaria, sia rimettendo ampie zone di regolamentazione alla normativa secondaria prodotta dagli Organismi di vigilanza, verso una architettura normativa tutta incentrata sul flusso informativo biunivoco tra intermediario e cliente-investitore, attenta, da un lato, a ricostruire un sistema di *disclosure* completo, dall'altro a elevare gli *standard comportamentali* dei soggetti detentori delle informazioni⁹.

La trasparenza informativa finisce, così, per occupare un ruolo centrale nelle dinamiche dei mercati finanziari, in quanto ritenuta capace di assicurare la tutela degli utenti di servizi bancari e finanziari e, più in generale, a salvaguardare il corretto funzionamento del mercato di riferimento¹⁰. Non è un caso, infatti, che proprio in questo periodo si riafferma il neoformalismo¹¹ negoziale, che concepisce la forma non già

⁸ Cfr., P.S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1989, 5.

⁹ Sull'economia dell'informazione finanziaria, si rinvia al lavoro monografico di F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011.

¹⁰ Cfr. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 172; A. TUCCI, *Servizi di investimento e nullità del contratto*, in *Società banche e crisi di impresa*, diretto da M. CAMPOBASSO-V. CARIELLO-V. DI CATALDO-F. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI, Torino, 2014, 2455.

¹¹ Osserva S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, Milano, 2011, 772 ss., che la denominazione neoformalismo va limitata realisticamente a richiamare le nuove funzioni perseguiti dalle forme negoziali, con una loro espansione che supera lo stesso accordo, coinvolgendo atti, negoziali e non, e comportamenti precedenti e susseguenti. Sul c.d. neo-formalismo nei contratti del mercato finanziario, fra i numerosi contributi, cfr. anche: S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contratto impr.*, 1994, 44; G. FAUCEGLIA, *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 422 e 434-435; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, cit., 172; S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto. Art. 1350*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2003, 310; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, 119; V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 415. Sul formalismo richiesto dalla disciplina dei contratti bancari, cfr., invece, U. MORERA, *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa bancaria*, in *Trattato CNN*, diretto da P. PERLINGIERI, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, a cura di C. BRESCIA MORRA- U. MORERA, Napoli, 2006, 339; A. URBANI, *Forme di tutela del cliente*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2005, 312 ss. Per una efficace sintesi, cfr. V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 122 ss.

(solo) come mero strumento di estrinsecazione della volontà negoziale, bensì come veicolo di informazione predisposto a favore del contraente debole, al fine di assicurare l'esatta conoscenza, e dunque, una consapevole valutazione del contenuto del contratto¹².

In tale contesto, dunque, la forma scritta diviene uno degli strumenti funzionali alla protezione di interessi privati – e, indirettamente, alla regolazione del mercato –, capace di assicurare la trasparenza contrattuale, appunto perché in grado di incorporare le informazioni in un documento scritto e di veicolarle al cliente, mettendolo così in condizione di acquisire maggiore consapevolezza sui beni negoziati sul mercato e compiere, in questo modo, ponderate scelte di destinazione del risparmio. Il mancato rispetto dell'obbligo di redigere in forma scritta i contratti del mercato finanziario viene, inoltre, sanzionato dal legisla-

¹² Cfr. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, cit., 173. Secondo M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, 46 ss., il formante legislativo di derivazione europea persegue le condotte abusive e difende la libertà contrattuale mediante regole sulla forma e penetranti doveri di informazione. Per una distinzione tra forma e formalismo nel diritto europeo, v. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, III, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, 249, secondo il quale «a differenza della forma in senso stretto [...], la cui fondamentale funzione è quella di fornire informazione ai terzi estranei all'atto circa la sua venuta ad esistenza, il formalismo negoziale si riferisce fondamentalmente a talune specifiche manifestazioni che possono sia precedere sia seguire la conclusione dell'atto di autonomia, riguardando in particolare tanto la fase procedimentale che conduce alla stipula dell'atto, quanto la gestione di talune specifiche situazioni che intervengono nel corso del rapporto contrattuale: in entrambi i casi, a differenza della forma, la funzione fondamentale del formalismo è di tutelare i diretti protagonisti (ovvero anche uno soltanto) sia della contrattazione sia del rapporto scaturito dal contratto, in modo da ridurre al minimo le incertezze e, dunque, da semplificare il contenzioso. In altre parole, il formalismo mira ad assicurare un più corretto e soddisfacente scambio di precise informazioni tra i diretti protagonisti della contrattazione, prima, e del rapporto contrattuale, poi». L'A. opportunamente rileva che nell'esperienza comunitaria la forma si sposi necessariamente con il formalismo, nel senso che la forma è direttamente rivolta ad informare, ma, al contempo, anche a permette di verificare agevolmente se è stato rispettato il contenuto informativo previsto; con la conseguenza che il formalismo negoziale costituisce lo strumento attraverso il quale si mira a dare trasparenza alla qualità del contratto, realizzando una tutela diretta di una delle parti della relazione contrattuale — il consumatore — e, di riflesso, della stessa concorrenza tra le controparti professionali di quest'ultimo. Per un'attenta indagine sulle finalità e sugli interessi protetti nella normativa comunitaria in materia contrattuale e dell'incidenza delle nuove regole sul diritto interno, si rinvia a S.T. MASUCCI, *La forma del contratto*, in *Trattato di diritto privato europeo*, cit., 195 ss.

tore con la previsione della nullità relativa, posta a presidio della tutela dell'interesse particolare del contraente ritenuto "debole", al quale viene riservata in via esclusiva la legittimazione a far valere il vizio formale, diventando, conseguentemente, arbitro della prosecuzione o meno del rapporto contrattuale. La forma scritta diventa, quindi, un requisito normativamente richiesto non già per l'esistenza del contratto, ma per la validità del rapporto da esso scaturiente, configurandosi come criterio di valutazione della correttezza del contraente predisponente¹³.

Si accredita l'idea che la previsione normativa dell'obbligatorio ricorso alla forma scritta per i contratti bancari, a cui, a corredo, il legislatore associa un ineludibile contenuto minimo degli stessi, così garantendo uniformità e certezza al regolamento contrattuale, costituisca strumento idoneo, non solo per realizzare una tutela generalizzata del cliente, ma anche per assicurare, a vantaggio degli operatori professionali, concorrenzialità al mercato e, quindi, efficienza all'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria.

Nello specifico contesto segnato dalle norme del titolo VI t.u.b., quindi, lo statuto della trasparenza "prima maniera" si declina nel senso della piena conoscenza del cliente del rapporto contrattuale e dei costi ad esso associati, sviluppandosi lungo una traiettoria molto ampia, che permea ogni fase del rapporto contrattuale: quella precontrattuale, che precede la sottoscrizione del contratto con la pubblicità preventiva delle condizioni, finalizzata anche alla comparazione tra le offerte di diversi intermediari (art. 116 t.u.b.), quella di stipula del contratto, che garantisce l'effettiva conoscenza da parte del cliente delle clausole contrattuali

¹³ È doveroso ricordare che l'introduzione in materia bancaria di un più rigoroso formalismo per effetto dell'entrata in vigore della legge sulla trasparenza suscitò numerose polemiche in dottrina. In particolare, P. RESCIGNO, «Trasparenza bancaria e diritto «comune» dei contratti», in *Banca*, 1990, 305, il quale ha denunciato l'inopportunità dell'imposizione di vincoli formali che rischiavano di pregiudicare «la speditezza e il costo di operazioni che l'esperienza storica ha sempre visto appesantite da ogni deviazione dalla libertà delle forme». Anche P. SCHLESINGER, *Problemi relativi alla cosiddetta trasparenza bancaria*, in *Corr. Giur.*, 1989, 230, osservava che la scoperta del formalismo negoziale nell'età dell'informatica appariva anacronistico e censurabile, non solo perché espressione di dirigismo economico, ma anche perché avrebbe, ad avviso dell'A., inciso negativamente su un sistema che richiede massima elasticità, dinamismo efficienza e mancanza di burocrazia. Ritiene, di contro, che l'introduzione delle forme vincolate nel sistema bancario sia tutto sommato una modesta innovazione, G. PONZANELLI, *Trasparenza bancaria: si comincia dai giorni-valuta?* in *Foro it.*, 1989, I, 1593, il quale ha sostenuto che nel settore bancario la forma scritta avrebbe da tempo già costituito la regola.

predisposte dalla banca, imponendo requisiti di forma e contenuto dei contratti (art. 117 t.u.b.) e quella *post*-contrattuale, con aggiornamento delle condizioni economiche applicate e obblighi di informazione periodica (artt. 118 e 119 t.u.b.). Le norme secondarie completano e integrano la normativa primaria, seguendo il canovaccio da essa tracciato¹⁴.

4. L'evoluzione del concetto di trasparenza: dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere

La grave crisi economica e finanziaria che ha colpito duramente l'economia mondiale di inizio millennio ha, tuttavia, evidenziato i limiti della strategia normativa tutta incentrata sul principio della trasparenza informativa e sulla diffusione di informazioni, costringendo il legislatore ad un generale ripensamento sulle strategie normative in grado di assicurare una tutela effettiva del contraente debole del rapporto bancario¹⁵.

La rilevante complessità dei beni negoziati sui mercati finanziari ha messo, infatti, in evidenza che anche in un contesto di informazioni pienamente rivelate l'operatore economico ha dei limiti cognitivi che

¹⁴ In tale ottica, la Banca d'Italia ha emanato “Istruzioni di Vigilanza in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, in vigore dal 1° gennaio 2010 (G.U. n. 210 del 10 settembre 2009), con l’obiettivo di migliorare la qualità delle informazioni e semplificare gli adempimenti, poi sostituite e integrate il 15 febbraio 2010, in attuazione del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, di recepimento della dir. 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno. Il 9 febbraio 2011 la Banca d’Italia, successivamente all’entrata in vigore del già richiamato d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, ha integrato, in conformità alle deliberazioni del CICR, le Istruzioni di Vigilanza, lasciando sostanzialmente inalterato il Provvedimento del 2009, ma modificando la Sezione VII, concernente specificatamente il credito ai consumatori.

¹⁵ N. LINCIANO, *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail*, in *Quaderni di finanza della Consob*, Roma, 2010, proprio in quegli anni metteva in luce che «la teoria finanziaria classica ipotizza che gli individui siano perfettamente razionali e agiscano utilizzando set informativi completi e omogenei. Per lungo tempo, essa è stata impiegata per trarre implicazioni sul piano non solo normativo, ma anche descrittivo. La ricerca empirica ha tuttavia mostrato che gli investitori commettono sistematicamente errori, di ragionamento e di preferenze, difficilmente conciliabili con l’assunto di razionalità delle scelte. Tali errori si riflettono in “anomalie comportamentali” che si traducono, nel caso degli investitori retail, in una bassa partecipazione al mercato azionario, errori di percezione della relazione rischio/rendimento, scarsa diversificazione ed eccessiva movimentazione del portafoglio».

sono difficilmente colmabili solo con l'informazione, anzi ci si rende conto che la troppa informazione molto spesso conduce alla rinuncia all'informazione¹⁶.

Il crollo del mito dell'efficienza del mercato da attuarsi solo attraverso la rimozione delle asimmetrie informative induce il legislatore a valorizzare, sempre nell'ambito della disciplina della trasparenza, la correttezza "sostanziale", più che formale, dei comportamenti degli intermediari nei rapporti con i clienti.

La trasparenza inizia, quindi, ad essere declinata sotto il profilo della correttezza delle condotte e diviene sinonimo di assistenza, alle volte vera e propria consulenza del cliente¹⁷. Si acquista la consapevolezza che un mercato aperto alla libera concorrenza va conquistato con comportamenti virtuosi e alti *standard* reputazionali, il cui inadempimento può generare costi anche patrimonialmente rilevanti per l'impresa banca.

In questo contesto, la chiarezza e trasparenza informativa diventano dei veri e propri *assets* strategici, con importanti riflessi sull'assetto patrimoniale, economico e finanziario dell'azienda banca, il cui rispetto deve essere garantito attraverso interventi conformativi sul contratto e sulla contrattazione, che si spingono fino a imporre agli intermediari condotte complesse, nel contesto di una contrattazione imposta, sempre più spesso scandita da fonti di rango primario che secondario¹⁸. Il diritto privato regolatorio, inteso «come regole che trovano prevalente fonte nei provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti e che conformano i mercati attraverso strumenti e tecniche di diritto privato per

¹⁶ Per gli studi di finanza comportamentale si rinvia alle chiare pagine di U. MORERA, *Legislatore razionale vs. investitore irrazionale*, in *Analisi giur. econ.*, 2009, 83 ss. e di A. PERRONE, *Obblighi di informazione, suitability e conflitti di interesse: un'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali e un confronto con la disciplina Mifid*, in *I soldi degli altri*, a cura di A. PERRONE, Milano, 2008, 20 ss. P. BARTOLOMUCCI, *Ancora sugli obblighi informativi nel settore del mercato finanziario: tra doveri dell'intermediario e principio di autodeterminazione dell'investitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 440 ss.

¹⁷ G. CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore: obiettivi e strumenti*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2013, 594.

¹⁸ Così A. TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tutela civilistica: verso un superamento della contrapposizione?* in *Riv. dir. banc.*, 2020, 75.

raggiungere scopi di interesse generale»¹⁹ entra nella disciplina delle attività economiche.

Alla regola dispositiva viene affidato il compito di «guidare» le condotte degli individui verso esiti ritenuti efficienti per il sistema generale. Di qui la sensazione, come si è osservato²⁰, che per comprendere appieno il contratto del mercato regolato occorra collegare intimamente il profilo dell'atto a quello dell'attività in cui esso si colloca, proprio perché il diritto privato regolatorio indirizza la regola negoziale verso l'incentivazione di “condotte virtuose” e la dissuasione di “condotte devianti”, al fine di realizzare un determinato modello di mercato concorrenziale.

Coerentemente con tale impostazione, il diritto privato regolatorio interviene anche sul terreno dei rimedi, affiancando ai tradizionali strumenti di autotutela privata affidati all'iniziativa del singolo, strumenti di eterotutela attribuiti alle autorità di Vigilanza.

In questa prospettiva, la disciplina della trasparenza diventa, quindi, al tempo stesso garanzia di equilibrio dei rapporti, di efficienza dell'impresa bancaria e di concorrenza effettiva del mercato e non è un caso che, proprio in questo periodo, il concetto di “correttezza nelle relazioni con la clientela” viene introdotto senza ambiguità nella rubrica del titolo VI in occasione del recepimento della direttiva 2008/48/CE sul credito ai consumatori avvenuta con d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

La stessa Banca d'Italia, nelle istruzioni di Vigilanza²¹, precisa che l'osservanza della normativa sulla trasparenza e correttezza nella relazione con la clientela, attenuando i rischi legali e reputazionali nei confronti di gruppi omogenei di clientela, contribuisce alla sana e prudente gestione dell'azienda bancaria.

¹⁹ La definizione è di R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 136.

²⁰ A.TUCCI, “Etero-regolamentazione” del contratto e disciplina dei mercati finanziari, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 570.

²¹ Cfr., Banca d'Italia, Disposizioni di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancarie finanziari (9 febbraio 2011), in cui si legge che la «disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari persegue l'obiettivo, nel rispetto dell'autonomia negoziale, di rendere noti ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro variazioni, favorendo in tal modo anche la concorrenza nei mercati bancario e finanziario. Il rispetto delle regole e dei principi di trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela attenua i rischi legali e di reputazione e concorre alla sana e prudente gestione dell'intermediario»

5. L'ampliamento dei poteri di vigilanza e controllo: regole generali e vigilanza di tutela

Questo fondamentale passaggio è stato sancito a livello normativo anche attraverso l'ampliamento delle finalità dell'azione di vigilanza e controllo rimessa alla Banca d'Italia. L'articolo 127 t.u.b., come emendato dal d.lgs n. 141/2010, prevede ora che le autorità creditizie – tra cui la Banca d'Italia – esercitano verifiche e controlli avendo riguardo, oltre agli obiettivi tradizionali della supervisione prudenziale di cui all'articolo 5 t.u.b. (sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario) *anche* alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela²².

La norma aggiunge, in altri termini, alle tradizionali finalità della vigilanza bancaria, anche la tutela dell'operatore economico non professionale, attribuendo alla Banca d'Italia incisivi strumenti a presidio della tutela di quest'ultimo nel mercato del credito. Attraverso la modifica dell'art. 127 t.u.b., la Banca d'Italia è, quindi, chiamata, per una chiara scelta di politica legislativa, a farsi “garante” anche del rispetto delle norme di protezione della clientela nelle singole fattispecie contrattuali.

Nella prospettiva del legislatore, dunque, finalità di tutela e finalità prudenziale diventano, dunque, due facce della stessa medaglia. Le due prospettive si integrano a vicenda, sono tra loro perfettamente correlate e collegate, finendo per condizionarsi reciprocamente: la tutela del cliente di servizi bancari finanziari è funzionale al raggiungimento della stabilità del sistema finanziario e viceversa, perché anche l'autonomia

²² L'importante innovazione è sottolineata da A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla “consulenza”?*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, 13, il quale ha osservato che «l'aver collocato ora la tutela della trasparenza in posizione distinta rispetto alla tutela dell'efficienza e della competitività del mercato bancario potrebbe intendersi nel senso di uno “sganciamento” fra i due obiettivi e quindi nel senso dell'assunzione della tutela della trasparenza (e correttezza) in funzione esclusivamente della clientela in quanto tale». Secondo A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca*, 2012, 26 ss., il nuovo art. 127, comma 1, t.u.b. incarna un momento di sintesi tra l'obiettivo della vigilanza sulla stabilità macroeconomica del mercato — affidato tradizionalmente all'azione della Banca centrale — con l'esigenza, dotata di pari dignità, che il soggetto che opera nel mercato sia posto nella condizione di confrontare le offerte di prodotti tra loro concorrenti, attuando la propria scelta di consumo in modo volontario e informato.

privata quando viene esercitata in un mercato regolato viene “curvata” verso il perseguitamento di obiettivi di rilievo pubblicistico, ulteriori rispetto agli interessi dei soggetti («privati») coinvolti nella singola operazione economica.

6. Le misure inibitorie dell'art. 128-ter t.u.b.

Il cambio di prospettiva è radicale e acquista efficacia negli strumenti di intervento che oggi il legislatore attribuisce alla Banca d'Italia, strumenti che sono in grado di incidere, come si è detto, non più solo sull'attività dell'intermediario, ma anche sul rapporto contrattuale intercorrente tra quest'ultimo e il cliente.

In particolare, il regime previsto dall'art. 128-ter t.u.b. attribuisce alla Banca d'Italia – in caso di accertamento di “irregolarità”²³ nel corso dell'esercizio dei controlli²⁴ previsti dall'articolo 128

²³ La genericità del termine «irregolarità» ha portato gli interpreti a ritenerne che l'irrogazione delle misure inibitorie potrà essere disposta ogni qualvolta dall'attività di vigilanza informativa e ispettiva di cui all'art. 128 emerga la violazione di una norma di legge o di una disposizione attuativa in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e di rapporti con la clientela, stante la strumentalità dei controlli di cui all'art. 128 al «fine di verificare il rispetto delle disposizioni» del Titolo VI (cfr. D'AMBROSIO, *Commento sub art. 128*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II edizione, Padova, 2001, 975. È stato, altresì, ritenuto che «anche un comportamento non immediatamente lesivo di una norma di legge, ma comunque in qualche modo elusivo degli interessi protetti, perché in contrasto con le esigenze di trasparenza e correttezza verso i consumatori giustifichi il ricorso ai poteri d'intervento dell'Autorità amministrativa». Così, M. PASSALACQUA, sub art. 128-ter, in *Commentario Testo Unico Bancario Capriglione*, Padova, 2012, 2034.

²⁴ L'art. 128 t.u.b., che in origine riconosceva soltanto un blando potere di intervento alla Banca d'Italia, limitato ai casi di inosservanza ripetuta degli obblighi di pubblicità, oggi rafforza i poteri amministrativi per contrastare le violazioni delle disposizioni del titolo VI, al fine di assicurare un'adeguata reazione a fronte di comportamenti scorretti a danno della clientela. Tutto sembra coerente però con l'impostazione tratteggiata nelle pagine precedenti. Più precisamente, l'art. 128, comma 1, t.u.b., nella sua attuale formulazione, dispone che, «al fine di verificare il rispetto delle disposizioni del presente titolo, la Banca d'Italia può acquisire informazioni, atti e documenti ed eseguire ispezioni presso le banche, gli istituti di moneta elettronica, gli istituti di pagamento e gli intermediari finanziari». La norma, dunque, attribuisce alla Banca d'Italia un ampio potere di controllo nei settori disciplinari in cui si articola il titolo VI, (rispettivamente nei quattro capi I, I bis, II, II bis, relativi alle operazioni e servizi bancari e finanziari, credito immobiliare ai consumatori, credito ai consumatori e servizi di pagamento) prevedendo sia poteri di vigilanza informativa, consistenti nella possibilità di acquisire informazioni atti e documenti, sia poteri di vigilanza

t.u.b.²⁵ – il potere di adottare misure inibitorie, distinte in:

- misure c.d. preventive, dirette a prevenire danni²⁶ ai clienti che potrebbero derivare dalla prosecuzione dell’attività avente ad oggetto lo svolgimento dei servizi e delle operazioni cui al Titolo VI, t.u.b., che si sostanziano nella inibizione della continuazione dell’attività anche di singole aree e sedi secondarie (A) e nella inibizione di specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti (B) e, ove particolari esigenze cautelari lo giustifichino, le stesse misure possono essere adottate in via d’urgenza attraverso provvedimenti provvisori di sospensione, per un periodo

ispettiva da eseguirsi sia presso la sede del soggetto vigilato, sia attraverso il monitoraggio dei siti *internet*. Si tratta, come è evidente di una normativa ampia e complessa, frutto di una serie di stratificazioni normative che hanno origine da fonti diverse, non solo a livello di normativa primaria, ma anche del CICR, a cui si aggiungono le disposizioni sulla trasparenza emanate dalla stessa Banca d’Italia e la c.d. *soft law* degli orientamenti di vigilanza, attraverso i quali la Banca d’Italia fornisce indicazioni al mercato, dando quella “spinta gentile” in grado di indirizzare i comportamenti degli intermediari verso buone prassi.

²⁵ Secondo la versione originaria dell’art. 128, co. 5, t.u.b., risalente al 1993, in caso di violazione delle disposizioni sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, alla Banca d’Italia era riconosciuto soltanto il potere di proporre al Ministro del tesoro la sospensione dell’attività, anche di singole sedi secondarie, unicamente qualora si fosse verificata un’inoservanza «ripetuta» degli obblighi di pubblicità e comunque per un periodo non superiore a trenta giorni. La norma da allora ha subito diverse modifiche. Con il d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, si specificò che detta sospensione non poteva essere di durata superiore a trenta giorni e fece venire meno l’esclusività della competenza del Ministro del tesoro, accordando poteri anche alla Banca d’Italia, all’Ufficio Italiano dei Cambi e ad altre autorità indicate dal CICR (a seconda delle caratteristiche soggettive degli enti sottoposti a vigilanza). La legge 7 luglio 2009, n. 88 contenente la delega al governo per il recepimento della dir. 2008/48/CE ha poi attribuito al governo anche il compito di apportare modifiche alla disciplina del t.u. banc. relativa alla vigilanza sui soggetti che operano nel settore finanziario, muovendo dalla necessità di «rafforzare ed estendere i poteri amministrativi inibitori [...] per contrastare le violazioni delle disposizioni del titolo VI di tale testo unico, anche se concernenti rapporti diversi dal credito al consumo, al fine di assicurare un’adeguata reazione a fronte dei comportamenti scorretti a danno della clientela». La risposta alla sollecitazione del legislatore è arrivata con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 che, nel recepire la richiamata direttiva, ha modificato il t.u.b., introducendo, *inter alia*, l’art. 128-ter t.u.b., incrementando così i poteri sanzionatori della Banca d’Italia (dall’art. 128, invece, viene eliminato il riferimento ai poteri inibitori dell’Autorità).

²⁶ Le misure preventive così tratteggiate possono costituire un prezioso strumento di tutela *ex ante* per la clientela bancaria perché in grado di impedire la stipulazione di contratti destinati a essere poi travolti da nullità.

- non superiore a 90 gg, all'esito di un'istruttoria semplificata e connotata dalla compressione degli spazi di contraddittorio(C)²⁷;
- misure c.d. restitutorie, che possono essere disposte unitamente alla irrogazione delle misure inibitorie di cui alla lettera A, e che impongono all'intermediario la restituzione delle somme indebitamente percepite a fronte di irregolarità riscontrate in sede di controlli.

Peculiarità di queste ultime misure è quella di colpire l'intermediario in quanto parte del rapporto negoziale col cliente, essendo finalizzate non solo alla prevenzione di ulteriori irregolarità, ma anche alla “riparazione” del pregiudizio subito dai clienti per effetto di una non conforme applicazione della normativa sulla trasparenza. Si tratta, come è evidente, di misure che si allontanano sensibilmente dall'ordinaria dinamica di esercizio dei poteri che Banca d'Italia esercita nei confronti dei soggetti vigilati²⁸, poiché attraverso le stesse si interviene direttamente sui rapporti contrattuali tra banca e cliente, allo scopo, da un lato, di risolvere il conflitto di interessi generato dalla violazione di una o più norme sulla trasparenza e, dall'altro, di riaffermare le condizioni antecedenti alla violazione della stessa.

Nella prospettiva del legislatore della riforma, dunque, le tratteggiate misure ripristinatorie, nella loro inedita morfologia, realizzano una forma di protezione della clientela costruita sui tratti tipici della tutela civilistica, attuata attraverso l'utilizzo di strumenti e tecniche del diritto privato, poiché attribuiscono alla Banca d'Italia, in caso di accertamento di irregolarità, il potere di ordinare all'intermediario la restituzione delle somme indebitamente percepite, eliminando così “gli effetti pregiudizievoli” prodotti al cliente in virtù di comportamenti non rispettosi della disciplina della trasparenza.

L'inottemperanza alle misure inibitorie adottate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 128-ter t.u.b. costituisce, infine, un illecito amministrativo, ai sensi dell'art. 144, comma 4, t.u.b., per il quale viene comminato

²⁷ Osserva M. PASSALACQUA, sub art. 128-ter , cit., 2436, che il verbo “inibire” contenuto nell’art. 128-ter, lett a t.u.b. debba essere inteso come sinonimo di “sospendere”, come peraltro esplicitato alla lett. c, in relazione all’inibitoria in via cautelare. Si tratterebbe, inoltre, di inibizione “temporanea” delle operazioni e/o servizi di finanziamento e pagamento.

²⁸ A. PORTOLANO, sub art. 128-ter, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, a cura di C. COSTA, Torino, 2013, 1543.

ta una sanzione amministrativa pecuniaria il cui importo è compreso tra euro 30.000 fino al 10 per cento del fatturato.

Il riferimento testuale della norma alle «restituzione delle somme indebitamente percepite» induce a ritenere che la restituzione debba avvenire secondo la disciplina dell'indebito oggettivo *ex art. 2033 c.c.*, la quale, come è noto, trova il suo fondamento giuridico nel principio dell'ingiustificato arricchimento (in senso lato) e che attribuisce un rimedio, di carattere generale, per le situazioni in cui un'attribuzione patrimoniale risulti carente di giustificazione giuridica²⁹. Se l'azione di ripetizione è lo strumento di reazione contro ogni spostamento patrimoniale sine causa, è possibile fare ricorso ad essa in tutti i casi in cui venga effettuata in favore di un soggetto un'attribuzione patrimoniale rivelatasi successivamente non dovuta, qualunque sia l'origine dell'indebito³⁰, essendo l'obbligo di restituzione nient'altro che l'effetto di un pagamento non dovuto.

Se, dunque, restituire significa ripetere, questo peculiare strumento di *enforcement* realizza una forma di tutela della clientela attivabi-

²⁹ Così MOSCATI, *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.* XXI, Milano, 1971, 83 s.; LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. Dir.* XXII, Milano 1972, 115; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano 1974, 236. L'impostazione si mostra coerente con l'evoluzione storica dell'istituto che vede con l'emanazione del codice civile del 1942 il punto di approdo di un processo di unificazione dell'istituto, iniziato con il codice civile del 1865. Sia nel diritto romano classico, sia in quello giustinianeo e poi nel diritto comune vi erano autonome azioni di restituzione: mancava un modello unitario. Anche nel codice civile del 1865, infatti, la disciplina dell'indebito si rinveniva in due contesti normativi diversi (tra i quasi contratti, agli artt. 1145 e 1150, e nella sezione del pagamento in genere, all'art 1237), eloquente prova di una disciplina non unitaria degli obblighi restitutori: così A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 529.

³⁰ Muovendosi dalla prospettiva che la disciplina delle restituzioni trovi un'unica sede negli artt. 2033 ss. c.c., essa si applicherà qualunque sia l'origine dell'indebito; ed opererà poi, all'interno delle patologie contrattuali, qualunque sia la causa — originaria o successiva — che ha portato alla dissoluzione del contratto. In particolare, le norme degli artt. 2033 ss. c.c. sarebbero idonee a disciplinare gli obblighi restitutori sia nel caso di inesistenza originaria dell'obbligo, sia in caso di caducazione successiva (a seguito di pronuncia di annullamento, rescissione e risoluzione) della fattispecie negoziale fonte delle prestazioni poi risultate indebite. Aderiscono a questa impostazione tra gli altri: U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 236 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, II, 583 ss.; RESCIGNO, *La ripetizione dell'indebito* (voce), in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino 1968, 1238 ss.; MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, 211 ss.

le direttamente dall'*Autority*, che assicura lo stesso risultato pratico dell'esercizio di un'azione di ripetizione intentata dal cliente dinanzi all'autorità giudiziaria, volta ad ottenere la restituzione di quanto indebitamente corrisposto ai sensi dell'art. 2033. Come è stato giustamente osservato³¹, l'attribuzione alla Banca d'Italia di misure ripristinatorie volte a ordinare all'intermediario la restituzione di somme indebitamente richieste ai clienti, consente a quest'ultima di sostituirsi al cliente (quanto a iniziativa) e all'autorità giudiziaria (quanto a accertamento), facendo conseguire al cliente «una utilità equivalente nelle tracce del principio della *restitutio in integrum*»³².

Il Dipartimento Tutela della clientela ed educazione finanziaria (TEF) della Banca d'Italia³³, riferisce che dal 2015 ad oggi sono stati restituiti più di 600 mln di euro alla clientela (non si specifica però se a seguito di procedimenti accertativi *ex art. 128-ter*, t.u.b.) e che solo nel corso del 2022 sono stati restituiti alla clientela circa 95 mln di euro.

Le principali criticità si sono riscontrate nei disallineamenti tra costi e commissioni pubblicizzate e quelle contrattualmente applicate, nella non corretta osservanza della disciplina in materia di commissione degli affidamenti e degli sconfinamenti³⁴, *ex art. 117-bis* t.u.b.³⁵, opacità

³¹ F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 24.

³² F. SARTORI, *op.loc.ult.cit.*

³³ Dipartimento di Tutela della clientela ed educazione finanziaria (TEF) nel 2020 è stato reso autonomo da quello di vigilanza prudenziale, articolato nei Servizi Tutela individuale dei clienti (TUC), Vigilanza sul comportamento degli intermediari (VIC) ed Educazione finanziaria (EDF).

³⁴ È noto, infatti, che le banche, specie nell'immediatezza dell'entrata in vigore della nuova normativa, abbiano applicato la civ alla stregua di un'indennità da addebitare automaticamente al verificarsi di ogni ipotesi di sconfinamento, perseguendo finalità del tutto differenti rispetto a quelle proprie della commissione regolata dall'art. 117-bis, 2° comma, t.u.b. Il regime commissionale applicato dall'intermediario ha assunto, in altri termini, i connotati di onere avente natura risarcitoria e/o sanzionatoria da applicare in ragione del mero fatto oggettivo dello sconfinamento e, proprio per tale ragione, nullo in quanto non conforme ai dettami della nuova disciplina introdotta dall'art. 117-bis t.u.b. per gli sconfinamenti.

³⁵ Alla normativa primaria ha fatto seguito una ricca e articolata normativa secondaria di completamento, con l'aggiunta di importanti elementi di dettaglio per la quantificazione e applicazione delle commissioni in parola (cfr. Delibera CICR pubblicata con DM n. 644 del 30.06.2012). Inoltre, meritano di essere menzionati anche gli orientamenti di vigilanza emanati nel 2018, che hanno scandagliato il calcolo delle due commissioni, con l'obiettivo di assicurare omogeneità nell'applicazione delle

sono state riscontrate anche in materia di estinzione anticipata dei finanziamenti e cessione del quinto dello stipendio.

Ebbene, in tutti i casi di accertata irregolarità nell'esercizio dei controlli, la Banca d'Italia informa che gli intermediari hanno "rimborsato" ai clienti gli oneri non dovuti e indebitamente percepiti³⁶.

In siffatto quadro ci si chiede, dunque, se con il rafforzamento degli obiettivi della vigilanza, attuato attraverso la modifica dell'art. 127 t.u.b., con conseguente affidamento alla Banca d'Italia di misure restitutorie volte alla eliminazione degli effetti pregiudizievoli prodotti dalle condotte non rispettose della disciplina della trasparenza da parte dell'intermediario, il legislatore abbia voluto riconoscere all'Autorità amministrativa uno speciale potere di intervento volto alla tutela dei diritti del singolo cliente, alternativo o concorrente alla giurisdizione del giudice ordinario o dell'ABF.

La questione si mostra delicata e ha ricevuto dagli interpreti soluzioni interpretative di segno opposto. Alle affermazioni di chi³⁷ ritiene che la funzione restitutoria della vigilanza di tutela sia quella di «rimediare alla lesione di un diritto soggettivo del cliente e risolvere il conflitto di interessi nel contesto della fattispecie», sicché, attraverso tali misure, il legislatore «affida all'autorità un rimedio di protezione che si sostituisce e concorre con quelli di diritto privato» si contrappone la diversa visione di chi³⁸ ritiene, invece, che l'«arricchimento delle funzioni delle Autorità amministrative si traduc[a] soltanto indirettamente in un rafforzamento delle situazioni soggettive o, quanto meno non in termini sovrapponibili a quelli propri della tutela giurisdizionale dei diritti, poiché l'Autorità si trova a dover contemperare una pluralità di interessi, nell'esercizio di quella che resta pur sempre una funzione da esercitare nel rispetto e nel contemperamento delle finalità generali della vigilanza».

regole e di superare condotte non adeguate, indicando, al fine di favorirle, le prassi operative già presenti sul mercato ritenute corrette

³⁶ Cfr. relazione sulla gestione e sulle attività della Banca d'Italia, edizioni riferite agli esercizi dal 2015 al 2022, in www.bancaditalia.it.

³⁷ F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, cit., 30.

³⁸ A. TUCCI, "Etero-regolamentazione" del contratto e disciplina dei mercati finanziari?, cit., 578.

7. La funzione delle azioni ripristinatorie: giustiziale o terapeutica?

Le due differenti ipotesi ricostruttive, innanzi evocate, offrono un fondamentale contributo conoscitivo al tema oggetto di trattazione e preziosi spunti per le successive considerazioni.

La ricostruzione della disciplina della trasparenza, ripercorsa alla luce della sua evoluzione nel corso di questi ultimi 30 anni, permette di affermare che i poteri inibitori oggi attribuiti alla Banca d'Italia consentono certamente di risolvere un conflitto di interessi tra intermediario e cliente, dal momento che, almeno sul piano degli effetti pratici, l'esercizio di tali poteri è in grado di soddisfare il bisogno di giustizia del cliente di fronte a condotte non rispettose della disciplina della trasparenza da parte dell'intermediario.

La circostanza, quindi, che tra le funzioni oggi attribuite alla Banca d'Italia ci sia anche il potere di accertamento e qualificazione di fatti, atti e comportamenti dei soggetti vigilati induce a ritenere che l'attività della Banca d'Italia sia, sotto questo aspetto, sostanzialmente assimilabile a quella esercitata dal giudice ordinario e dell'ABF, chiamati a qualificare e sussumere fattispecie concrete in astratte previsioni normative. Il fatto, poi, che i poteri ispettivi e istruttori di cui è titolare la Banca d'Italia siano oggi direttamente (e non più in via solo strumentale) orientati al perseguitamento di scopi di tutela della clientela fortifica tale convincimento.

E, purtuttavia, si ritiene che la funzione normativa dei nuovi poteri attribuiti alla Banca d'Italia non sia individuabile nella tutela dei diritti del singolo cliente, non potendosi ragionevolmente presumere che la Banca d'Italia sia diventata, all'esito dell'ampliamento dei suoi poteri, destinataria di funzioni conciliative o giustiziali tese alla soluzione di controversie tra clientela e intermediari. Ciò per un duplice motivo

Il primo. Le misure oggi a disposizione della Banca d'Italia sono strutturalmente inidonee ad accordare una tutela piena (cautelare, di cognizione ed esecutiva) delle posizioni giuridiche soggettive lese da condotte non rispettose delle regole di trasparenza. Certamente coglie nel segno chi ricorda³⁹ che il rimedio risarcitorio sarebbe difficilmente “delegabile” alla Banca d'Italia – restando ferma, in questo ambito, la giurisdizione del giudice ordinario e dell'arbitro bancario finanziario – anche solo avendosi riguardo alla complessità delle prove che in

³⁹ M. PERASSI, *Il ruolo della Banca d'Italia e dell'Autorità Giudiziaria nel preservare l'integrità del sistema economico e finanziario*, in *Banca*, 2014, 349 ss.

genere sono richieste ai fini della dimostrazione e quantificazione del danno. Inoltre, non può essere sottaciuto che il potere inibitorio riconosciuto all'Autorità di settore integra pur sempre una forma di inibitoria "collettiva" che si rivela strutturalmente e sostanzialmente differente rispetto a quella adottata dal giudice ordinario, destinata a incidere solo sul rapporto oggetto di attenzione. Sotto questo profilo, quindi, appare in effetti difficile pensare che alla Banca d'Italia possa essere attribuita la piena "amministrazione della giustizia", non consentendolo, a ben vedere, né la sua natura giuridica, né il ruolo che essa svolge nell'ordinamento. Si ritiene, invece, che attraverso i suddetti poteri l'autorità di Vigilanza svolga un importante ruolo per il superamento dei conflitti insorti tra banca e cliente, evitandone così l'approdo giudiziario dall'esito verosimilmente infausto. Si tratta, ad avviso di chi scrive, di misure dirette a operare un controllo terapeutico delle parti in conflitto, che superano la logica della "ragione" o del "torto", e che mirano a scoraggiare il cliente dall'"intraprendere" una lite giudiziaria per far valere i propri diritti⁴⁰, ristorandolo del pregiudizio economico subito per effetto di non corretta applicazione della normativa sulla trasparenza.

Sono misure, in altri termini, in grado di operare sul piano della rimozione (i) degli elementi che possono generare l'insorgenza di una futura e eventuale controversia giudiziaria dall'esito verosimilmente infausto (a seguito di accertamento di una violazione della normativa sulla trasparenza) e (ii) delle sue esternalità – in termini di pubblicità negativa –, che finirebbero per incidere sulla reputazione dell'intermediario e, dunque, sulla stabilità del sistema finanziario nel suo complesso⁴¹.

⁴⁰ NADER, *Trading Justice for Harmony*, in *Forum* (National Institute for Dispute Resolution), 1992, 12-14.

⁴¹ Come è stato acutamente osservato da G. GUZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, 1216 ss, il quale riprende una autorevole dottrina processualistica, M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 789, nell'ambito dei sistemi preordinati alla definizione di una controversia è sempre possibile operare una distinzione tra «strumenti che hanno per obiettivo la mera soluzione del conflitto» e strumenti che, viceversa, mirano a « tutelare un diritto ». Mentre per i primi quel che conta è principalmente il risultato, per i secondi non sono mai indifferenti né il metodo né il risultato. Non il metodo « perché in questi casi quel che si vuole è che il conflitto venga composto attraverso un procedimento regolato e controllabile [...] gestito da un soggetto imparziale e professionalmente competente »; non il risultato perché « in questi casi non si accetta qualsiasi forma di composizione del conflitto » ma si persegue una soluzione « che statuisca sui torti e le ragioni dei contendenti, ottenuta tramite l'applicazione di

L'insoddisfazione del cliente diviene, sotto questo aspetto, una eventualità da evitare e, dunque, il provvedimento che dispone la restituzione di oneri indebitamente addebitati al cliente ha lo scopo di placare l'insoddisfazione dell'utente di servizi bancari attraverso l'adozione di misure idonee a produrre effetti compensativi del pregiudizio cagionato da una non corretta applicazione della normativa sulla trasparenza. In questa prospettiva, quindi, le misure introdotte dall'art. 128-ter t.u.b. sono pensate per incentivare la trasparenza e la correttezza contrattuale, promuovendo così il miglioramento delle relazioni tra la banca e la clientela e il rafforzamento del livello di fiducia di quest'ultima nel sistema finanziario, anch'esso funzionale al raggiungimento del correlato obiettivo di stabilità del sistema finanziario.

Viene così a crearsi una speciale cabina di compensazione in cui, da un lato, l'utente di servizi bancari si sentirà concretamente tutelato di fronte a condotte dell'intermediario non rispettose della normativa sulla trasparenza e correttezza, riacquistando così fiducia nel sistema, consapevole che le condotte non rispettose saranno sanzionate e il pregiudizio sofferto ristorato; dall'altro l'intermediario sarà esortato a conformare la propria condotta verso un modello ritenuto ottimale, e, dunque a tenere comportamenti corretti e trasparenti, per evitare di incorrere nei provvedimenti inibitori, restitutori e sanzionatori della Banca d'Italia, con le conseguenze di natura reputazionale che da queste misure inevitabilmente discendono.

Il secondo. Anche se l'Autorità di Vigilanza, nell'ambito della c.d. vigilanza di tutela, risulti oggi investita di un potere in grado di incidere direttamente sul rapporto obbligatorio che intercorre tra intermediario e cliente, il cui esercizio finisce per produrre lo stesso effetto dall'esercizio giudiziale – da parte del cliente – del diritto alla restituzione delle somme che si assumono indebitamente percepite dalla banca, si ritiene che l'azione della Vigilanza sia comunque diretta *anche* alla tutela di interessi pubblici, conseguentemente la Banca d'Italia nell'esercizio dei poteri inibitori a sua disposizione non potrà prescindere del tutto da valutazioni dirette a ponderare i possibili effetti pregiudizievoli che l'adozione dei provvedimenti di natura ripristinatoria possono generare sulla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati e sulla stabilità complessiva del sistema finanziario.

regole appropriate al caso oggetto di scrutinio, e dunque previa loro corretta selezione».

In altri termini, nell'attivazione delle misure previste dall'art. 128-*ter* t.u.b., la Banca d'Italia sarà in effetti chiamata a operare un delicato – quanto inevitabile – bilanciamento degli interessi in conflitto, doven-
do pur sempre esercitare la “nuova” funzione di vigilanza di tutela nel rispetto e nel contemperamento delle finalità generali di vigilanza, di cui all'art. 5 t.u.b.

Il carattere amministrativo (e non giustiziale) delle funzioni attribuite alla banca d'Italia deriverebbe, inoltre, dalla natura discrezionale, sia amministrativa che tecnica, della sua attività. L'art. 128-*ter* t.u.b., infatti, dispone che l'Autorità, in caso di accertamento di irregolarità nell'esercizio dei controlli, «può» esercitare le misure elencate alla lettere a, b, c, chiaramente alludendo ad un potere “discrezionale”, che l'organismo di Vigilanza potrebbe anche decidere di non esercitare, laddove l'ordine di restituzione produca, ad esempio, conseguenze nega-
tive sulla stabilità dell'intermediario, che poi avranno inevitabili riflessi sulla stabilità del sistema nel suo complesso.

In siffatte circostanze, in altri termini, sul piatto della bilancia cede il piano della pretesa giuridica e viene innalzato quello della stabilità complessiva del sistema⁴², pur nella consapevolezza, tuttavia, che le istanze di tutela del cliente non potranno comunque dirsi “pregiudi-
cate”, perché esse finiranno comunque per essere “ricomprese” nella salvaguardia della stabilità dell'intermediario e del mercato nel suo complesso e la tutela (soggettiva) del cliente potrà ritenersi perseguita attraverso il perseguimento della finalità di tutela (oggettiva) del rispar-
mio.

Sotto questo aspetto, può concludersi che se è vero che per mezzo dei nuovi strumenti di *enforcement* la Banca d'Italia assume la veste di “conciliatore”, potendo incidere, attraverso l'esercizio di tali poteri, sulle situazioni giuridiche soggettive delle parti in gioco, è altrettanto

⁴² Condivisibili i rilievi di A. TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tu-
tela civilistica: verso un superamento della contrapposizione?*, cit., 98, il quale, a
riguardo propone una “visione maliziosa” che induce ad «affermare che la tutela dei
clienti/investitori è percepito come un interesse meritevole di protezione nelle fasi
espansive dei mercati di riferimento, nel contesto di una esaltazione della dimensione
privatistica dell'attività bancaria e finanziaria. Non così nelle fasi recessive, allorché
il profilo dell'impresa emerge in una diversa dimensione, quella, appunto, della crisi,
la cui gestione comporta una “ri-pubblicizzazione” dell'impresa [...] anche sacrificio
dei clienti/investitori, la cui tutela torna ad essere quella indiretta o riflessa, ossia
conseguente alla salvaguardia della stabilità delle imprese e del mercato nel suo com-
plesso».

vero che la nuova funzione di vigilanza di tutela affidata alla Banca d'Italia è pur sempre funzionale alla realizzazione di una matrice complessa di interessi, tutti egualmente prioritari, dei quali sarà chiamata a operarne un contemperamento.

Si ritiene, tuttavia, volendo riprendere la riflessione da cui la presente relazione ha preso le mosse, che questa delicata attività di contemperamento, pur rientrando in un'area formalmente estranea alla competenza della BCE, non possa prescindere dal coinvolgimento dell'autorità a cui è demandata, in via esclusiva, la tutela della «sicurezza e la solidità delle banche e del sistema bancario». In altri termini ogni qual volta la Banca d'Italia si trovi di fronte alla necessità di adottare le misure a tutela del cliente previste dall'art. 128-ter, t.u.b., proprio per gli indiscutibili riflessi che l'esercizio di tali misure può in concreto avere sui requisiti tecnici di una *credit institution* vigilata dalla BCE, essa dovrà, prima di assumere le pertinenti decisioni e le conseguenti responsabilità, coordinare la propria azione con quella della BCE, dal momento che gli effetti di tali misure finiscono per impattare su prerogative attribuite a quest'ultima in via esclusiva.

Autorità e libertà nell'era della tecnica e delle macchine: il caso della vigilanza bancaria

di *Giuseppe Drago*^{*}

Il titolo del mio intervento richiama l'insegnamento di Giannini sul binomio autorità/libertà, attualizzato attraverso il prisma prospettico dello sviluppo della tecnica: coerentemente con il tema dei lavori, considererò come la relazione autorità/libertà si invera nell'azione amministrativa della vigilanza bancaria.

Il richiamo all'era delle macchine disegna uno scenario futuristico, un po' inquietante forse, richiama alla mia memoria recenti echi hollywoodiani di conflitti e difficile integrazione uomo/macchina. Per la verità il tema non è poi così nuovo: Karl Marx aveva analizzato il rapporto tra uomo e macchina già 150 anni fa, ne *Il Capitale*, evidenziando come il ricorso alle macchine intensificasse il rischio di alienazione degli operai; ancora prima abbiamo traccia, negli schizzi riconducibili alla mano di Leonardo da Vinci, del fatto che l'uomo, da tempo, aveva guardato alle macchine come *partner* per potenziare le sue capacità. Più recentemente il dibattito filosofico si è arricchito delle riflessioni di Galimberti, Severino, Floridi, per citare solo alcuni fra i più illuminati e illuminanti autori, nel solco dell'insegnamento di Martin Heidegger¹: la riflessione filosofica approdata nel mondo del diritto si fregia dell'affascinante dialogo a distanza tra Emanuele Severino e Natalino Irti. En-

* G. Drago è Head of Section - JST coordinator, della Banca Centrale Europea. Le opinioni espresse dall'Autore sono riferibili esclusivamente all'autore e non impegnano necessariamente la Banca Centrale Europea e/o la Banca d'Italia.

¹ U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 2016, *passim*; L. FLORIDI, *Etica dell'Intelligenza artificiale*, Milano, Cortina, 2022, *passim*; N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma, 2001, *passim*; M. HEIDEGGER, *Die Frage nach der Technik*, 1954 in [esaidnbmnnibpcajpcglcleglesfindmkaj/https://monoskop.org/images/2/27/Heidegger_Martin_1953_2000_Die_Frage_nach_der_Technik.pdf](https://monoskop.org/images/2/27/Heidegger_Martin_1953_2000_Die_Frage_nach_der_Technik.pdf).

trambi manifestano la consapevolezza circa l'occiso “indebolimento” della politica e del diritto (definiti *logoi*) di fronte alla tecnica, indebolimento nella capacità di definire gli scopi da perseguire nell'interesse di tutti, attesa la forza dell'economia, ieri, e della tecnica, oggi: economia e tecnica assurgono esse stesse a fini da perseguire, comprimendo inesorabilmente la libertà di scelta della collettività². La riflessione che vorrei condividere parte da questa premessa e mira a evidenziare i possibili risvolti sull'attività amministrativa raccolta nel binomio, frutto dell'insegnamento di Giannini, autorità/libertà.

Autorità e libertà appaiono, nell'ambito dell'azione amministrativa, inestricabili, inseparabili; più che una contrapposizione tra l'una e l'altra, si coglie una interrelazione. Scrive Giannini: «...possiamo anche dire che l'esercizio dell'autorità riduce necessariamente le libertà, e che recedendo l'autorità la libertà si riespande nelle aree che aveva perduto»³. L'esercizio dell'autorità, del potere pubblico, non è mai assoluto, ma temperato da istituti volti a limitarlo, funzionalizzarlo: la discrezionalità amministrativa è libera purché funzionalizzata, volta cioè alla cura dell'interesse pubblico⁴. Il procedimento amministrativo è l'elemento di mediazione nell'ambito del rapporto dialettico tra potestà pubblica e libertà, è la “forma della funzione amministrativa”. Il provvedimento amministrativo cristallizza l'equilibrio raggiunto, in un certo momento, e in una data situazione, da parte del procedimento amministrativo, ed esprime una scelta, una decisione capace di incidere sulla situazione giuridica dei cittadini. Il provvedimento va motivato e la motivazione dà conto della valutazione del decidente, esprimendo una duplice funzione: è strumento per interpretare il provvedimento e

² N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., 11. Entrambi gli autori prendono atto dell'accresciuta influenza della tecnica sulle scelte della politica, ma Irti ritiene che, ciononostante «...la povertà di forza – indebolimento del diritto dinanzi alla potenza della tecnica – non riesce minacciare l'autonomia della normatività giuridica», 20; Severino è scettico circa una residua attitudine del diritto, della regola, ad avere successo nel regolare la vita sociale («Comunque, che l'atteggiamento politico giuridico continui a voler regolare, orientare, ordinare il capitalismo e la tecnica è indubbio: il problema è quale successo abbia questa volontà», 25).

³ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, volume secondo, terza edizione, Milano, 1993, 229; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, *passim*.

⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 48.

per facilitare il controllo dello stesso. Essa indica i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche della decisione amministrativa⁵.

Occorre chiedersi se il rapporto autorità/libertà nell'ambito dell'esercizio della funzione amministrativa, come lo disegna Giannini, sia mutato nell'era della tecnica e delle macchine, considerando nell'ambito delle "macchine" il contributo dell'"intelligenza artificiale"; la materia prescelta per testare i termini del menzionato rapporto è l'attività di supervisione bancaria esercitata dalla Banca Centrale Europea (BCE).

L'azione di supervisione sul mercato bancario europeo oggi è affidata alla BCE entro il *Single Supervisory Mechanism*⁶, «al fine di contribuire alla sicurezza e alla solidità degli enti creditizi e alla stabilità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro»⁷. L'autorità di vigilanza valuta i rischi delle banche e verifica la loro capacità di gestirli in maniera adeguata, sana e prudente: in seno all'esercizio dell'attività valutativa e di intervento, gioca un ruolo pivotale il procedimento di revisione e valutazione prudenziale degli intermediari, condotto annualmente dalla BCE (SREP, *Supervisory Review and Evaluation Process*). È un procedimento amministrativo complesso, perché prevede l'analisi di una molteplicità di fattori idiosincratici, connessi cioè al singolo intermediario finanziario, ma anche ambientali, di contesto, di confronto con altri *player*. Il risultato dello SREP è una Decisione che impone alle banche requisiti quantitativi di capitale minimo e/o qualitativi (il cui contenuto è vario, non predeterminato, dipendendo dalle manchevolezze riscontrate).

Ora è evidente che l'analisi che conduce alla scelta dei requisiti da impostare è prevalentemente tecnica, che tradotto con le categorie amministrative diffuse in dottrina, significa che BCE svolge attività tecnico discrezionale. Evidentemente la complessità delle conoscenze richieste deve rapportarsi alla complessità dell'attività degli intermediari vigilati; pensiamo all'offerta delle banche sul mercato dei prodotti dell'ingegneria finanziaria, in continua evoluzione. Se i fenomeni sono complessi e tecnici, lo deve essere anche la cifra dell'analisi degli stessi, a meno di non restringere il sindacato del Supervisore a un'analisi cursoria, confinata ad aspetti di forma, inidonea a incidere, ove necessario, sul

⁵ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., *passim*.

⁶ Cfr. Sul tema *funditus*, AA.Vv., *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, a cura di A. BARONE - G. DRAGO, Luiss, Roma, 2022, *passim*.

⁷ Art. 1, Regolamento (UE) N. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013.

mercato e quindi inadeguata a garantire il raggiungimento delle finalità assegnate dal legislatore UE alla BCE.

Fatto salvo quanto sopra, merita un accenno, in questa sede, il dibattito in letteratura, non solo giuridica, circa gli inconvenienti e i rischi involti nell'eccesso di tecnicismo: è stato evidenziato che una “deriva” tecnocratica rende complesso il sindacato sulla correttezza dell’operato dei regolatori, i quali hanno ampi margini di autonomia su settori cruciali per la vita dei consociati⁸.

Tuttavia, mi pare si debba accettare l’assunto in forza del quale la salvaguardia delle libertà (dei consociati) passa anche per un’azione di supervisione efficace, coerentemente con gli obiettivi fissati dal legislatore. Non dovrebbe essere la regolazione *tecnica* a perdere il tasso *tecnico*, ma dovrebbero esserci, all'esterno della regolazione, temperamenti, istituti⁹, adeguati strumenti di tutela (e di sindacato), con il compito, ove necessario, di ricondurre la scelta tecnica (leggi: attività amministrativa tecnico-discrezionale) entro la scala valoriale tracciata dal legislatore e segnare il punto di equilibrio prescelto tra autorità e libertà dei singoli, frontistanti l’azione di supervisione (chiaramente analoga riflessione è estensibile anche a settori diversi dal mercato bancario).

Prendendo ora in considerazione gli effetti sul binomio autorità/libertà del secondo tema di indagine, vale a dire il contributo delle macchine, dei computer e in particolare dell'intelligenza artificiale (IA), frutto avanzato dello sviluppo della tecnica, va rappresentato preliminarmente che l'argomento involge non solo aspetti giuridici; è chiaramente un tema interdisciplinare, basterebbe per chiarirlo riconoscere che la stessa espressione intelligenza artificiale, riferita a un computer, è discutibile. Il dibattito risente delle incertezze scientifiche: non abbiamo neanche compreso appieno come funziona il nostro cervello; quindi, come potremmo definire con certezza che cosa si intende per

⁸ Sui rischi sottesi al tecnicismo, cfr. *ex multis*: G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, *passim*; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, 2004, *passim*. Allargando il campo alle scienze sociali, includendo anche il dibattito all'estero, si rimanda a: J. HABERMAS, *Legitimation Crisis*, Beacon Press, 1975, *passim*; C. CROUCH, *Post democracy*, Polity Press (Verlag), 2004, *passim*; G. BERTA, *La deriva europea verso una tecnocrazia oligarchica*, Milano, 2014. Berta scrive a pag. 334: «Non ci possono essere dubbi sul fatto che Maastricht abbia codificato un’oligarchia di coordinamento sovranazionale investita di poteri ben maggiori di quelli della politica e mossa da una logica che non corrisponde alle procedure democratiche».

⁹ In tal senso cfr. N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e economia*, cit., 11.

intelligenza. Ma non essendo un biochimico, né un informatico, per approssimazione prendo per buono l'approccio di Turing¹⁰, per rimanere in tema, cioè guardo al risultato a valle, al prodotto che una rete neurale complessa, un LLM, un *large language model* può offrire, e agli orientamenti che sembra si stiano formando su un tema, evidentemente in magmatica evoluzione.

Da un *puzzle* composto da alcune norme e prime sentenze italiane ed estere, ho estrapolato alcuni indirizzi di massima. Purtroppo, non c'è ancora giurisprudenza in tema di supervisione bancaria e uso di IA, la normativa europea (cd. *AI Act*¹¹) formula solo regole di massima; tuttavia, anche in materia di supervisione bancaria l'utilizzo dell'intelligenza artificiale è dibattuto e sono già nella disponibilità del Supervisore bancario strumenti LLM. Si possono conseguentemente derivare spunti di riflessione estensibili alla materia *de qua*, alla luce degli orientamenti maturati già su tematiche affini.

Passando in rassegna le fonti presenti, partirei dalla sentenza della Corte Suprema del Wisconsin del 2016 contro l'imputato Loomis¹², peraltro avuta presente dal Consiglio di Stato che ha affrontato *ex professo* in Italia il tema¹³. La Corte Suprema del Wisconsin si è pronunciata sull'appello del sig. Eric L. Loomis, la cui pena a sei anni di reclu-

¹⁰ Nel famoso articolo *Computing machinery and intelligence* apparso nel 1950 sulla rivista *Mind*, Alan Turing proponeva un test per determinare se una macchina fosse in grado di esibire un comportamento intelligente. In sintesi, e semplificando, il test prevedeva la formulazione di una serie di domande a un computer e a un essere umano, da parte di un soggetto, umano, ignaro circa il fatto che le risposte fossero fornite dalla macchina o da un altro uomo. La macchina superava il test se “ingannava” il proponente le domande, quando quest’ultimo non riusciva a riconoscere se a dare le risposte fosse l’uomo o la macchina. Come sostenuto dai critici del test, quest’ultimo non poteva con certezza rivelare se la macchina fosse o meno pensante, potendo ingannare l’interrogante anche senza essere un soggetto pensante, ma una sorta di “pappagallo parlante”. A prescindere dalla risoluzione del problema (i.e. può una macchina pensare), il mio approccio si pone a valle del risultato della *performance* della macchina.

¹¹ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull’intelligenza artificiale).

¹² Supreme Court of Wisconsin, case no. 2 015AP157-CR, 13 luglio 2016, in <https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/2016/2015ap000157-cr.html>.

¹³ Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270.

sione era stata comminata da un Tribunale circondariale, tenuto conto anche dei risultati elaborati da un algoritmo contenuto nel programma COMPAS (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*). In poche parole, il programma identificava Loomis quale soggetto ad alto rischio di recidiva e anche in forza delle evidenze di COMPAS era stata comminata la pena. La Corte ha rigettato l'appello di Loomis, quindi ha riconosciuto che, a determinate condizioni, la modulazione della pena e quindi della responsabilità penale, possa derivare dalle risultanze di un algoritmo¹⁴. Ciò che va evidenziato è che i Giudici hanno basato la loro valutazione, penalmente rilevante, anche sui risultati di un algoritmo predittivo, quindi necessariamente impreciso, e non su una serie di dati/fatti accaduti realmente.

In Italia il Consiglio di Stato ha affrontato il tema centrale per la giustizia amministrativa, e cioè se il procedimento di formazione della decisione amministrativa possa essere affidato a un *software*, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale¹⁵. Correggendo il tiro di alcune sentenze “negazioniste”¹⁶, dalle pronunce del Consiglio di Stato si possono distillare alcuni punti importanti:

- la pubblica amministrazione può (*rectius deve*) sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale per migliorare la sua efficienza e neutralità; quindi, ammette un procedimento amministrativo applicando algoritmi e l'opera dell'intelligenza artificiale;
- l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa. In particolare,

¹⁴ La condizione posta dalla Corte è che i giudici tengano in considerazione (*consider*) e non basino (*rely*) la decisione solo su un algoritmo.

¹⁵ Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270 e Cons. Stato, 13 dicembre 2019, n. 8472. Gli orientamenti sono stati anche più recentemente confermati da Cons. Stato, 4 febbraio 2020, n. 881 e 28 aprile 2023 n. 4297.

¹⁶ T.A.R., 13 settembre 2019, n. 10964. Il Tar Lazio, in materia di assegnazione docenti a sedi periferiche, assume una posizione forte negando ci sia in radice attività amministrativa ove per le assegnazioni si tenga conto di algoritmi valutativi: «è mancata nella fattispecie una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola. Un algoritmo non può assicurare le tutele di cui alla Legge 241 ecc.».

- deve essere garantita l'imputabilità della decisione al titolare del potere e i criteri decisorii devono essere chiari;
- non può ritenersi applicabile in modo indiscriminato, meccanicistico, all'attività amministrativa algoritmica, tutta la legge sul procedimento amministrativo (L. 241/90);
 - la decisione algoritmica non può prescindere da un contributo umano volto a validare e controllarne il contenuto (HITL, *Human in the loop*).

In definitiva, il Consiglio di Stato ha confermato, *mutatis mutandis*, il dispositivo della sentenza Loomis, e gli approdi raggiunti sono stati positivizzati sostanzialmente all'art. 30 del codice degli appalti, così come introdotto dal Dlgs 36/2023¹⁷.

La Corte di Cassazione si è occupata di intelligenza artificiale (IA) solo marginalmente, nel contesto della protezione dei dati personali: è stata sottolineata la necessità che il consenso degli utenti sia espresso in modo specifico, informato e chiaro. Il principio alla base è che l'uso dell'IA non può compromettere il diritto degli individui a comprendere come vengono trattati i loro dati; in ogni caso, l'utilizzo di sistemi di IA non può comprimere il rispetto di principi costituzionali¹⁸.

In sede unionale anche la Corte di Giustizia ha trattato il tema relativo all'utilizzo dei sistemi di IA e la compatibilità con i diritti fondamentali della persona che includono principalmente casi legati alla protezione dei dati personali e alla trasparenza degli algoritmi decisionali. Nella sentenza nota come Schrems II¹⁹, la Corte ha annullato il regime di trasferimento dei dati tra l'UE e gli USA, chiamato *Privacy Shield*, affermando che i dati degli utenti europei, trattati da sistemi automatizzati, devono essere protetti in modo adeguato, secondo standard che rispettano i diritti fondamentali sanciti dal GDPR²⁰. Si segnala una

¹⁷ Art. 30, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: «Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia».

¹⁸ Cfr. *ex multis*: Cass. (ord.), 24 marzo - 25 maggio 2021, n. 14381.

¹⁹ Corte Giust. UE, 16 luglio 2020, *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems* (C-311/18), nota anche come Schrems II.

²⁰ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

seconda sentenza, cd. Schufa²¹, in cui il Giudice UE ha stabilito che la creazione di un punteggio di credito (*scoring*) di una agenzia di valutazione del merito creditizio, costituisce decisione e quindi sottoposta a quanto previsto dall'art. 22 GDPR²². La sentenza si segnala non tanto perché ribadisce la necessità di rispettare il GDPR, ma soprattutto perché riconosce la capacità afflittiva dello *scoring*, frutto dell'algoritmo, *a prescindere* dal fatto che la valutazione finale del merito creditizio richieda un intervento umano: in altri termini a prescindere dall'intervento umano vanno salvaguardati i diritti della persona.

Concludo la rassegna con il menzionare l'*AI act* che classifica come noto i sistemi di IA in base alla loro rischiosità, proibendo alcuni utilizzi (per es. tecniche di manipolazione subliminale), ammettendone altri, a determinate condizioni, in altri ambiti, ma modulando la libertà di utilizzo (per es. si ravvisa un rischio alto in tema di giustizia e sanità per cui vanno rispettati taluni principi di sicurezza, trasparenza ecc). Meritevole di menzione il considerando 1 che è ripetuto enfaticamente all'art. 1, in forza del quale «lo scopo del regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione, in conformità dei valori dell'Unione, promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile...impedendo così agli Stati membri di imporre restrizioni allo sviluppo, alla commercializzazione e all'uso di sistemi di IA, salvo espressa autorizzazione del presente regolamento».

Quanto fin qui menzionato ci conduce a una prima conclusione: l'utilizzo dell'IA per lo svolgimento dell'azione amministrativa non solo è legittimo, fatte salve talune garanzie di tutela dei diritti fondamentali, ma deve essere promosso: conseguentemente anche l'azione di supervisione bancaria procederà lungo il binario evolutivo tracciato dalla tecnologia.

²¹ Corte Giust. UE, 7 dicembre 2023, Schufa Holding, C-634/21. Schufa è la società che in Germania fornisce alle banche uno *scoring*, il punteggio circa il merito creditizio del cliente, di fatto bloccando o meno la sua possibilità di essere finanziato.

²² Art. 22 GDPR: «Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione», prevede quanto segue: L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, a determinate condizioni...».

Per rispondere al quesito dal quale il mio intervento ha preso le mosse, vale a dire se e come tecnica e IA impattano sul rapporto autorità/libertà, occorre astrarre il diritto dal diritto, per evitare che il diritto rimanga astrazione, e guardare al contesto sociale, storico, culturale, nella sua prospettiva di evoluzione diacronica.

Dai sistemi ottocenteschi l'autorità, prima assoluta, è evoluta in autorità assoggettata a limiti e il suo operare, i.e. idoneità a incidere sulla libertà dei singoli, ammesso purché funzionalizzato. L'attività di supervisione bancaria, sineddoche dell'attività amministrativa, si confronta oggi più che mai con un contesto tecnico nonché con l'erompere dei sistemi di intelligenza artificiale. A mio modo di vedere, nell'ambito del binomio autorità/libertà, tecnica e IA sottopongono (e dovrebbero sottoporre) a spinte evolutive innanzitutto il primo termine del binomio, vale a dire l'autorità.

È oggi un'autorità pervasa da elevato tasso tecnico e tecnologico, sempre più imbrigliata da restrizioni che limitano *la libertà dell'autorità*. Ciò in linea con una generale tendenza volta a ridimensionare la visione antropocentrica della realtà, destinata ad appannarsi, a motivo di una prepotente ascesa della tecnica (e quindi della tecnologia, applicazione delle conoscenze tecniche) al centro della storia umana²³. Il precipitato logico è un ridimensionamento del contributo umano.

Quanto sopra osservato non può condurre a ritenere che l'esercizio dell'azione amministrativa, e nel caso *de quo*, della supervisione bancaria, possa perdere il suo tasso tecnico, né che sia immaginabile isolarla dal contributo che il progresso tecnologico offre. Il legislatore unionale ha indicato chiaramente il senso di marcia e il contesto ambientale, segnato da esigenze di efficienza e rapidità, non lascia alternative²⁴. Peral-

²³ In tal senso il pensiero di: U. GALIMBERTI, *Psiche e techne*, cit., E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., ma ancora prima K. MARX, *Il Capitale*, cit., M. HEIDEGGER, *Die Frage nach der Technik*, cit. Si chiede Heidegger, pag. 2: «*Gesetzt nun aber, die Technik sei kein bloßes Mittel, wie steht es dann mit dem Willen, sie zu meistern?* Ma nell'ipotesi che la tecnica non sia un puro mezzo, che ne sarà della volontà di dominarla?».

²⁴ L. FLORIDI, in *Etica dell'Intelligenza artificiale*, cit., parla di effetto “avvolgimento”, vale a dire la strutturazione dell’ambiente in modo tale da favorire lo sviluppo e la dipendenza dalla tecnologia. Pensiamo alla digitalizzazione dei documenti o più banalmente, in casa, alle scelte di arredamento che consentono al robot pulente di muoversi senza intralcio. Succede, anche a livello inconscio, a motivo della necessità di rimanere sempre connessi, che stiamo cambiando il nostro ambiente per renderlo sempre più consono alla diffusione di soggetti artificiali (e meno consono a noi). Noi

tro, razionalmente, data l'enorme potenza nel processare informazioni che l'IA garantisce, in un mercato bancario che evolve febbrilmente, sarebbe ingiustificabile l'esercizio di una funzione regolatoria e/o amministrativa tecnica disancorata dall'utilizzo della tecnologia.

La sfida da affrontare si traduce quindi nella ricerca del giusto temperamento di un esercizio dell'autorità, oggi tecnologica, rispettosa delle libertà: ruolo del diritto è apprestare idonei correttivi, al fine di proteggere le libertà dai rischi che l'autorità-apparato prevarichi.

Per far ciò credo che la via più efficace (come riconosciuto da CGUE sentenza Schufa) sia plasmare l'algoritmo in modo che garantisca standard di tutela dei diritti fondamentali, a prescindere dall'esistenza di un'attività umana, dal momento che relegare il ruolo di garante delle libertà al solo intervento umano, rischia di diventare una battaglia di retroguardia, di non risultare sufficiente, in un contesto che spinge sull'acceleratore dell'efficienza e ottimizzazione di tempi e costi.

Vorrei concludere con una citazione di Martin Heidegger in *L'abbandono*, del 1959:

«Ciò che è veramente inquietante non è che il mondo si trasformi in un completo dominio della tecnica. Di gran lunga più inquietante è che l'uomo non è affatto preparato a questo radicale mutamento del mondo. Di gran lunga più inquietante è che non siamo ancora capaci di raggiungere, attraverso un pensiero meditante, un confronto adeguato con ciò che sta realmente emergendo nella nostra epoca».

stessi stiamo diventando strumenti di produzione digitale (contravvenendo all'insegnamento di Kant che aveva raccomandato di trattare l'essere umano come fine e non come mezzo). Churchill aveva detto: «Prima siamo noi a dare la forma agli edifici, poi sono questi a darla a noi - *We shape our buildings; thereafter they shape us*», discorso alla Camera dei Comuni del 1943.

SECONDA SESSIONE

Vigilanza bancaria e antiriciclaggio

Who watches the guardians?

Vigilanza ed effettività nel sistema antiriciclaggio

di Costanza Nicolosi

SOMMARIO: 1. Il ruolo (imprescindibile) dei soggetti privati per l’effettività del sistema antiriciclaggio. – 2. *Who watches the guardians?* – 3. La vigilanza residuale della UIF (e la funzione di *intelligence* finanziaria). – 4. Una vigilanza “a macchia di leopardo”. – 5. *Segue*, l’(in)adempimento della PA degli obblighi antiriciclaggio. – 6. Il nuovo pacchetto antiriciclaggio europeo: cosa (potrebbe) cambia(re).

1. Il ruolo (imprescindibile) dei soggetti privati per l’effettività del sistema antiriciclaggio

Il sistema amministrativo di prevenzione del riciclaggio di denaro¹ si basa sulla “collaborazione” di taluni operatori privati (c.d. “destinatari della normativa” o “soggetti obbligati”) nella co-gestione del rischio di riciclaggio, per mezzo dell’imposizione di taluni specifici obblighi. Poiché l’effettività² del sistema di prevenzione si fonda sull’assolvi-

¹ Il sistema amministrativo-preventivo antiriciclaggio, delineato nel d.lgs. n. 231/2007, si affianca all’azione penale-repressiva, ex artt. 648-bis, 648-ter e 648-ter. I c.p. Per una trattazione amministrativistica dell’antiriciclaggio, sia consentito rinviare a C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, Milano, 2023.

² L’inclusione della dimensione dell’effettività all’interno dell’indagine mira verificare la “saldatura” tra il *dover essere* dell’ordinamento giuridico e l’*essere concreto* della realtà. Si è consci che la mera prospettiva di potenziare la funzione di controllo (sebbene, questo contributo consideri esclusivamente il sistema di prevenzione del riciclaggio di denaro e non miri ad estendere le sue conclusioni ad altri ambiti) possa urtare una sensibilità popolare (e forse un po’ populista), da lungo tempo insopportante al timore di «morire di diritto amministrativo» (riprendendo una nota frase coniata in C. COTTARELLI, *La lista della spesa*, Milano, 2015). Tuttavia, si ritiene che l’effettività del sistema antiriciclaggio sia imprescindibile alla (esistenza ed efficienza della) relativa vigilanza e dei controlli. Per un’analisi del tema dell’effettività del diritto, si rimanda a A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire*

mento concreto e adeguato di tali obblighi, parrebbe imprescindibile che la relativa imposizione andasse di pari passo all'istituzione di un efficace sistema di vigilanza e controlli³ che verifichi sia la *concreta osservanza* degli obblighi, sia l'*efficacia* della collaborazione dei soggetti obbligati.

Eppure, proprio in merito alla vigilanza su tali – per così dire – *guardians*, il sistema antiriciclaggio delineato dal d.lgs. n. 231/2007 presenta taluni profili di criticità che potrebbero minarne la concreta effettività e che potrebbero, inoltre, persistere anche a fronte dell'emanazione (e prossimo recepimento) del recente “pacchetto antiriciclaggio” europeo che segna la prima “tappa” significativa del processo di “europeizzazione” della funzione antiriciclaggio⁴.

amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni, Napoli, 2021, 73 ss. Più di recente, G. CORSO - M. DE BENEDETTO - N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022. Sul tema delle criticità delle pubbliche amministrazioni e del sistema di giustizia amministrativa, S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1.

³ Secondo una ricostruzione non pacificamente condivisa in dottrina, la «vigilanza» avrebbe una portata più ampia del «controllo». Per una ricostruzione dei diversi orientamenti, M. DE BENEDETTO, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Roma, 2006. A confermarne la differenza varrebbe altresì la distinzione negli strumenti attraverso cui le due funzioni possono essere esercitate, da cui emerge come la vigilanza non si esaurisce in azioni di “controllo attivo”, ma comprende anche momenti più direttamente riconducibili all’attività conoscitiva (ad esempio, raccolta di informazioni), nonché l’emanazione di atti di indirizzo che precedono il controllo (o atti di segnalazione che lo seguono). Su tale aspetto, *infra*, para. 4 e nota 56.

⁴ Il c.d. pacchetto europeo antiriciclaggio, volto a rafforzare il quadro dell’Unione in materia di lotta al riciclaggio, è stato emanato il 31 maggio 2024 e si compone di: (i) il Regolamento (UE) 2024/1624 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 maggio 2024, relativo alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo; (ii) la Direttiva (UE) 2024/1640 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, relativa ai meccanismi che gli Stati membri devono istituire per prevenire l’uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio e finanziamento del terrorismo; (iii) il Regolamento (UE) 2024/1620 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, che istituisce l’Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (*breviter*, Reg. istitutivo AMLA). All’interno del “pacchetto” viene, di fatto, incluso anche il precedente Regolamento (UE) 2023/1113 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate cripto-attività. Sulle novità del pacchetto europeo in riferimento all’oggetto del presente contributo, *infra*, para. 6.

Prima di analizzare, in modo specifico, l'assetto della vigilanza antiriciclaggio, sembra opportuno sottolineare, in via preliminare, il rapporto di necessità tra la prevenzione del riciclaggio di denaro e il coinvolgimento degli operatori privati⁵. Il riciclaggio di denaro è, infatti, un fenomeno dal “perimetro mobile”⁶, ovvero le cui possibilità di realizzazione sono amplificate/ridotte dalle opportunità “del momento”, inclusi il grado di innovazione tecnica⁷, di integrazione economica, di restrizioni alla movimentazione di capitali, etc. Anche per tali caratteristiche, il sistema antiriciclaggio può essere ricompreso nell’ambito del generale “diritto del rischio”⁸ cui uno degli elementi

⁵ In argomento, sia consentito rinviare a C. NICOLOSI, *Funzione amministrativa e rischio riciclaggio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2023, 1, 367.

⁶ L’analisi storica ha individuato diverse fasi nell’evoluzione del fenomeno del riciclaggio, ovvero: (i) il *riciclaggio monetario* che aveva prevalentemente ad oggetto la moneta circolante (anni Sessanta-Settanta del secolo scorso); (ii) il *riciclaggio bancario*, in cui i capitali illeciti transitavano soprattutto attraverso gli intermediari creditizi da e verso l’estero (anni Ottanta); (iii) il *riciclaggio finanziario* che strumentalizzava, principalmente, la moltitudine degli intermediari finanziari operanti sul mercato del denaro e del risparmio (seconda metà degli anni Novanta); e (iv) più recentemente il *riciclaggio virtuale* che sottende sia il crescente utilizzo delle valute virtuali, sia lo sviluppo informatico-tecnologico e che fa uso di operazioni prevalentemente effettuate *online*, fra soggetti non facilmente individuabili, possibilmente collocati in Paesi diversi (magari “a rischio”). Parimenti all’evoluzione delle tecniche, la progressiva dematerializzazione del denaro si riflette nell’espansione della portata dell’oggetto delle operazioni di riciclaggio che non si limita più al denaro (più o meno dematerializzato), ma include un vasto insieme di valori economici costituito anche da beni e utilità, nonché ogni vantaggio economico o giuridico su di essi, transitando, quindi dal fenomeno del *money laundering* a quello dell’*asset laundering*.

⁷ Il fenomeno del riciclaggio (e l’intensificarsi del relativo rischio) può intendersi come il riflesso di una direzione *specifica* dell’evoluzione tecnica, ovvero la finanziarizzazione dell’economia (ma anche della società *lato sensu*) che – analogamente all’innovazione tecnico-industriale nel secolo scorso – fa da traino allo sviluppo e alla produzione di ricchezza mondiale. Infatti, come alla base del *boom* economico nello scorso secolo si rintraccia il legame tra scienza, tecnica e industria; così la cifra delle economie mature e integrate nel mondo globale aggiunge, a questo trionomio, l’elemento della *finanza*, che, in fondo, non rappresenta neanche un elemento “inedito”, in quanto va inteso come moderno sviluppo della scienza la quale, accanto allo studio della realtà naturale include, adesso, anche l’analisi della realtà *economica* (e *finanziarizzata*).

⁸ La prima teorizzazione giuridica del diritto del rischio si deve a A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006. L’egregio lavoro di teorizzazione e “riduzione a sistema” è stato portato avanti da R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari,

caratteristici – non a caso – è proprio la co-gestione da parte dei soggetti privati⁹.

Specificatamente, la normativa impone precisi obblighi di collaborazione, ovvero: (i) l’adeguata verifica della clientela; (ii) la segnalazione di operazione sospetta all’Unità di Intelligence Finanziaria (*breviter*, UIF)¹⁰ e (iii) la conservazione dei dati. Inoltre, la collaborazione in ottica antiriciclaggio dei soggetti obbligati presuppone la predisposizione di procedure interne di *risk management*, calibrate sulla base del rischio

2020. Specificatamente sulla riconduzione della disciplina antiriciclaggio nell’ambito del diritto del rischio, sia consentito rinviare a C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit.

⁹ Come per altri rischi giuridici, anche il sistema antiriciclaggio è segnato da una marcata tendenza della norma legislativa a *scaricare* la concreta gestione delle situazioni di rischio (non solo sulle amministrazioni, ma anche) direttamente sull’attività delle stesse imprese produttrici dei rischi. Coerentemente con i principi del diritto del rischio, il sistema antiriciclaggio impone ai destinatari privati della normativa di raggiungere il profitto – loro scopo istituzionale – senza contrapporlo, ma anzi affiancandolo, al perseguimento dell’interesse pubblico (fine tradizionalmente esclusivo delle amministrazioni), adottando le misure necessarie per evitare l’inverarsi del pericolo in danno. Tale co-gestione – tipica del diritto del rischio – trova fondamento nell’art. 41, comma 2, Cost. che se da un lato riconosce la libertà di iniziativa economica privata, dall’altro impone che la suddetta libertà sia soggetta a obblighi precauzionali, ovvero non possa svolgersi in modo da recare danno alla libertà, alla dignità e soprattutto alla sicurezza umana. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., 209 ss. È stata, altresì, opportunamente rilevata una generale «significativa tendenza alla pubblicizzazione», per cui «Una serie di soggetti di diritto privato, senza che vi sia partecipazione pubblica nella loro base associativa, vengono ricondotti a regimi pubblicistici ...; allo stesso modo, questa tendenza alla pubblicizzazione dei rapporti è rinvenibile in una vasta gamma di soggetti che presentano limitati tratti pubblicistici, nei settori più diversi della vita associativa o del diritto dell’economia; infine la stessa cosa accade quando i soggetti privati esercitino attività di pubblico interesse ... una volta assunto il monopolio dell’autorità rispetto a tutto ciò che sia di pubblico interesse ... la conseguenza fatale sarà quella di trattare i soggetti privati come pubblici, attraverso vie – concettualmente discutibili e comunque prive di base normativa», così L.R. PERFETTI, *L’organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell’economia*, 2019, 1, 43, 60-61.

¹⁰ La UIF (istituita con legge del 23 dicembre 2000, n. 388, art. 151, comma 1, inizialmente presso l’Ufficio Italiano Cambi, e – a partire dal 1º gennaio 2008 – presso Banca d’Italia) opera in qualità di *Financial intelligence unit* (*breviter*, FIU) nazionale italiana e serve da centro unico di aggregazione e di trasmissione dei dati e delle analisi relative alle operazioni sospette di riciclaggio.

specifico di ciascun destinatario, al fine di prevenire episodi di riciclaggio¹¹.

Si può rinvenire uno stretto rapporto di strumentalità tra le procedure di *risk management* (e relativa efficacia) e le segnalazioni di operazioni sospette (e relativa quantità e qualità). Infatti, il sorgere del sospetto (eventualmente oggetto di segnalazione) non può che essere manifestazione dell'efficacia ed adeguatezza delle procedure interne, oltre che – ovviamente – della sensibilità dei dipendenti/funzionari all'identificazione del rischio riciclaggio. Ciò considerato, si può ritenere che le procedure interne di gestione del rischio costituiscano non solo (e non tanto) il *fine* del sistema antiriciclaggio, quanto piuttosto il *mezzo* per assicurare alla UIF una mole di informazioni (sospette) abbastanza voluminosa e significativa da consentire un tracciamento accurato dei flussi di denaro, idoneo a intercettare le movimentazioni e gli impieghi del denaro realmente “sporco”.

La prevenzione del fenomeno del riciclaggio, infatti, trova la sua più compiuta realizzazione nella completezza e accuratezza dei tracciamenti di denaro ad opera della UIF, ovvero dipende dalla quantità e qualità delle segnalazioni ad essa pervenute. Proprio la rilevanza anche della *quantità* delle segnalazioni offre il giusto contesto per comprendere una delle tendenze più caratteristiche dei vari “ammodernamenti” del sistema di prevenzione del riciclaggio succedutesi nel tempo, ovvero la continua espansione della categoria dei *guardians* ben oltre il perimetro degli enti creditizi e finanziari, tradizionalmente associati alla prevenzione del fenomeno.

2. Who watches the guardians?

La categoria dei soggetti obbligati è andata “allargandosi” nel tempo, in occasione dei vari “ammodernamenti” della normativa italiana, su impulso dell’omologa normativa europea e internazionale¹². Attual-

¹¹ Le procedure interne determinano un processo di “procedimentalizzazione” dell’azione di prevenzione, derivante dall’applicazione del principio di precauzione, già tipico degli altri ambiti del diritto del rischio. L’approccio basato sul rischio, infatti, esemplifica precisamente la gestione precauzionale del rischio attraverso misure proporzionali. Sul principio di proporzionalità, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998.

¹² A livello internazionale, va segnalato il Gruppo di azione finanziaria internazionale (*breviter*, GAFI), assimilabile a un organismo intergovernativo, che ha il

mente, il d.lgs. n. 231/2007 individua cinque categorie di destinatari formali: (i) i tradizionali intermediari bancari e finanziari (banche, istituti di moneta elettronica, SIM; SGR, etc.)¹³; (ii) gli «altri operatori finanziari» (mediatori creditizi; cambio valuta; società di gestione accentrata di strumenti finanziari; società di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari; etc.)¹⁴; (iii) i «professionisti» (notai e avvocati – nell’ambito di particolari attività professionali – commercialisti, esperti contabili, consulenti del lavoro, etc.)¹⁵; (iv) alcuni operatori

compito di delineare e promuovere strategie di contrasto del riciclaggio attraverso, principalmente, l’elaborazione delle c.d. Raccomandazioni (aggiornate in base agli sviluppi tecnici e alle tendenze evolutive del fenomeno del riciclaggio) che costituiscono le principali norme internazionali in tema di antiriciclaggio. Nonostante si tratti di *soft law*, formalmente non vincolante, le Raccomandazioni vengono successivamente trasposte nei sistemi normativi dei Paesi aderenti al GAFI (nonché nella normativa sovranazionale europea).

¹³ Nel dettaglio, la prima categoria di intermediari (d.lgs. n. 231/2007, art. 3, comma 2) comprende: i) le banche; ii) Poste italiane S.p.a.; iii) gli istituti di moneta elettronica; iv) gli istituti di pagamento; v) le società di intermediazione mobiliare; vi) le società di gestione del risparmio; vii) le società di investimento a capitale variabile; viii) le società di investimento a capitale fisso, mobiliare e immobiliare; ix) gli agenti di cambio; x) gli intermediari iscritti nell’apposito albo; xi) Cassa depositi e prestiti S.p.a.; xii) le imprese di assicurazione; xiii) gli intermediari assicurativi; xiv) i soggetti eroganti micro-credito; xv) i confidi e gli altri soggetti; xvi) le società fiduciarie iscritte nell’apposito albo; xvii) le succursali insediate di intermediari bancari e finanziari aventi sede legale e amministrazione centrale in un altro Stato membro o in uno Stato terzo; xviii) gli intermediari bancari e finanziari aventi sede legale e amministrazione centrale in un altro Stato membro, stabiliti senza succursale sul territorio della Repubblica italiana; xix) i consulenti finanziari; xx) le società di consulenza finanziaria; e (xxi) i prestatori di servizi per le cripto-attività (ad eccezione del servizio di consulenza sulle cripto-attività).

¹⁴ Nel dettaglio, la seconda categoria di destinatari comprende gli «altri operatori finanziari» (d.lgs. n. 231/2007, art. 3, commi 3 e 8); ovvero: (i) i mediatori creditizi iscritti nell’apposito elenco; (ii) gli agenti in attività finanziaria; (iii) i soggetti che esercitano professionalmente l’attività di cambio valuta, consistente nella negoziazione a pronti di mezzi di pagamento in valuta; (iv) società di gestione accentrata di strumenti finanziari; (v) società di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari; (vi) soggetti che gestiscono strutture per la negoziazione di strumenti finanziari e di fondi interbancari; (vii) società di gestione dei servizi di liquidazione delle operazioni su strumenti finanziari; e (viii) società di gestione dei sistemi di compensazione e garanzia delle operazioni in strumenti finanziari.

¹⁵ Nel dettaglio, la terza categoria di destinatari include i «professionisti» (d.lgs. n. 231/2007, art. 3, comma 4), ovvero: i) i soggetti iscritti nell’albo dei dotti commercialisti e degli esperti contabili e nell’albo dei consulenti del lavoro; ii) ogni altro soggetto che rende i servizi forniti da periti, consulenti e altri soggetti che

non finanziari¹⁶; e (v) i prestatori di servizi di gioco¹⁷.

A queste cinque categorie vanno aggiunti anche gli uffici della pubblica amministrazione (*breviter*, PA) i quali occupano una posizione *ad hoc*, essendo esclusi dai *destinatari formali* della normativa, ma restando, comunque, soggetti all'obbligo di comunicare alla UIF le operazioni sospette di riciclaggio¹⁸. Si segnala, inoltre, la prossima inclusione tra i destinatari anche degli agenti calcistici e delle società calcistiche professionalistiche, individuati come “nuovi” soggetti obbligati dal recente pacchetto europeo antiriciclaggio¹⁹.

svolgono in maniera professionale, anche nei confronti dei propri associati o iscritti, attività in materia di contabilità e tributi, ivi compresi associazioni di categoria di imprenditori e commercianti, CAF e patronati; iii) i notai e gli avvocati quando, in nome o per conto dei propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di operazioni riguardanti: 1) il trasferimento a qualsiasi titolo di diritti reali su beni immobili o attività economiche; 2) la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni; 3) l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti di titoli; 4) l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società; 5) la costituzione, la gestione o l'amministrazione di società, enti, *trust* o soggetti giuridici analoghi; iv) i revisori legali e le società di revisione legale con incarichi di revisione legale su enti di interesse pubblico o su enti sottoposti a regimi intermedio; e v) i revisori legali e le società di revisione senza incarichi di revisione su enti di interesse pubblico o su enti sottoposti a regimi intermedio.

¹⁶ Nel dettaglio, la quarta categoria di destinatari include tra gli «operatori non finanziari» (d.lgs. n. 231/2007, art. 3, comma 5): i) i soggetti che esercitano attività di commercio di cose antiche, i soggetti che esercitano il commercio di opere d’arte o che agiscono in qualità di intermediari nel commercio delle medesime opere, anche quando tale attività è effettuata da gallerie d’arte o case d’asta; ii) i soggetti che conservano o commerciano opere d’arte, ovvero che agiscono da intermediari nel commercio delle stesse; iii) gli operatori professionali in oro; iv) gli agenti in affari che svolgono attività in mediazione immobiliare; v) i soggetti che esercitano l’attività di custodia e trasporto di denaro contante e di titoli o valori a mezzo di guardie particolari giurate; vi) i soggetti che esercitano attività di mediazione civile; e vii) i soggetti che svolgono attività di recupero stragiudiziale dei crediti per conto di terzi.

¹⁷ Nel dettaglio (d.lgs. n. 231/2007, art. 3, comma 6): i) gli operatori di gioco *on line*; ii) gli operatori di gioco su rete fisica; e iii) i soggetti che gestiscono case da gioco.

¹⁸ D.lgs. n. 231/2007, art. 10.

¹⁹ Regolamento (UE) 2024/1624 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 maggio 2024, relativo alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, art. 3(3), lett. n) e o). La disposizione si applicherà a decorrere dal 10 luglio 2029.

La progressiva inclusione di destinatari – diversi dagli operatori del settore creditizio e finanziario – certamente favorisce una *quantità* sempre maggiore di informazioni trasmesse alla UIF; e in ciò, *the more the guardians, the better!* Certamente, però, l’effettività del sistema di prevenzione dipende anche dalla *qualità* delle informazioni trasmesse. Diventa pertanto cruciale la verifica dell’efficacia e dell’adeguatezza delle procedure interne di individuazione e gestione del rischio (oltre che l’efficace formazione all’antiriciclaggio dei dipendenti/funzionari).

In altre parole, parrebbe opportuno (*rectius*, necessario) assicurare che la designazione di destinatario della normativa antiriciclaggio andasse di pari passo all’istituzione di un sistema di vigilanza e relativi controlli in grado – perlomeno – di verificare, sia la concreta predisposizione delle procedure interne di prevenzione del rischio riciclaggio (per l’adempimento quantomeno formale degli obblighi imposti per legge), sia l’effettività di tali misure (per favorire una mole di segnalazioni – quantitativamente e qualitativamente – adeguata a garantire l’efficace tracciamento dei flussi finanziari realmente sospetti).

Inoltre nel caso dell’antiriciclaggio, la funzione di vigilanza appare particolarmente significativa data l’esigenza di verificare che la platea – sempre più ampia – di destinatari, anche al di fuori del settore creditizio e finanziario, possa svolgere efficacemente il proprio ruolo di presidio di legalità avverso un fenomeno – quello, appunto, del riciclaggio – di difficile definizione, fisiologicamente dissimulatore e in continua evoluzione.

Tuttavia, stante tale considerazioni, il quadro istituito dal d.lgs. n. 231/2007 in merito alla vigilanza sull’adempimento degli obblighi antiriciclaggio, si rivela alquanto frammentato e complesso.

Delle categorie di destinatari, le prime due (*i.e.*, operatori bancari e finanziari) sono soggette alla supervisione delle autorità di vigilanza del settore bancario, mobiliare e assicurativo (rispettivamente, Banca d’Italia, CONSOB e IVASS)²⁰. La vigilanza antiriciclaggio,

²⁰ D.lgs. n. 231/2007, art. 7. Le Autorità di settore verificano il rispetto, da parte dei soggetti rispettivamente vigilati, degli obblighi antiriciclaggio e dalle relative disposizioni di attuazione, ovvero: (i) adottano nei confronti dei soggetti rispettivamente vigilati, disposizioni di attuazione (comma 1, lett. a)); (ii) verificano l’adeguatezza degli assetti organizzativi e procedurali dei soggetti obbligati rispettivamente vigilati (comma 1, lett. b)); (iii) definiscono procedure e metodologie per

in questi casi è, quindi *integrata* all'interno dell'ordinaria attività di vigilanza di queste Autorità²¹. La terza categoria di destinatari (*i.e.*, professionisti) è soggetta alla vigilanza sugli obblighi antiriciclaggio operata dai rispettivi organi di autoregolamentazione (*i.e.*, il Consiglio nazionale dei commercialisti, il Consiglio nazionale del notariato, il Consiglio nazionale forese e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro)²².

Considerando tale assetto di controlli, dal punto di vista della tassonomia dei relativi *modelli*²³, la vigilanza antiriciclaggio così tracciata

la valutazione del rischio di riciclaggio cui gli intermediari rispettivamente vigilati sono esposti nell'esercizio della propria attività (comma 1, lett. c)); (iv) effettuano ispezioni e controlli (comma 2, lett. b)); (v) possono ordinare di convocare (o, in caso di inottemperanza, convocare direttamente) gli organi di amministrazione, direzione e controllo dei soggetti obbligati rispettivamente vigilati, fissandone l'ordine del giorno e proponendo l'assunzione di specifiche decisioni (comma 2, lett. c)); (vi) possono vietare nuove operazioni nelle ipotesi di gravi carenze o violazioni (comma 2, lett. d)); e (vii) irrogano sanzioni, nei limiti delle rispettive attribuzioni e competenze (comma 2, lett. e)).

²¹ Almeno fino all'avvio dell'operatività dell'AMLA, previsto nel 2025. Sull'“integrazione” tra vigilanza bancaria e antiriciclaggio, si rimanda specificatamente al contributo di N. DI GABRIELE, contenuto nel presente volume. Si veda anche, D. ANDRACCHIO, «*Pluteunomia. La vigilanza bancaria europea alla prova della supervisione antiriciclaggio*, in *Federalismi.it*, 9 ottobre 2024. Sia altresì consentito rinviare a C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit., spec. 295 ss.

²² D.lgs. n. 231/2007, art. 11, comma 1 («gli organismi di autoregolamentazione, le loro articolazioni territoriali e i consigli di disciplina, secondo i principi e le modalità previsti dall'ordinamento vigente, promuovono e controllano l'osservanza degli obblighi previsti dal presente decreto da parte dei professionisti iscritti nei propri albi ed elenchi»). Il termine «organismi di autoregolamentazione» sembra essere stato “preso in prestito” dalla Raccomandazione GAFI n. 34, *Linee guida e ritorno di informazione* («Le autorità competenti, le autorità di vigilanza e gli organi di auto-regolamentazione devono stabilire linee guida e fornire riscontri a supporto delle istituzioni finanziarie e delle attività e professioni non finanziarie designate, nell'ambito dell'applicazione a livello nazionale, delle misure di contrasto del riciclaggio di denaro ..., nell'individuazione e segnalazione di operazioni sospette»). Il Ministero della giustizia espleta funzioni di controllo sugli ordini professionali assoggettati alla propria vigilanza.

²³ Il modello “più semplice” di vigilanza è quello della c.d. vigilanza accentrata (*one-stop shopping*), in cui un'unica Autorità si occupa della supervisione su tutti gli enti vigilati, indipendentemente dall'attività svolta e dall'obiettivo del controllo. Questo modello può evitare duplicazioni e sovrapposizioni, consentendo, quindi, la realizzazione di economie di scala e di scopo, l'abbattimento dei costi di vigilanza e una netta semplificazione della normativa secondaria. Garantisce, inoltre, una

sembra, *prima facie*, adottare il “classico” modello di vigilanza per soggetti (detta anche, vigilanza istituzionale, per mercati o sezonale), tipico della vigilanza finanziaria, che tradizionalmente seguiva la ripartizione del sistema finanziario (ovvero: bancario, mobiliare e assicurativo)²⁴, a cui si aggiunge – nel sistema antiriciclaggio – anche l’ambito dei professionisti e, quindi, la vigilanza dei rispettivi ordini professionali. In altre parole, le Autorità preposte alla vigilanza bancaria, finanziaria e assicurativa, assicurano che, i soggetti già rientranti nel perimetro della loro azione di vigilanza (prudenziale²⁵) rispettino (anche) la normativa antiriciclaggio e ne incorporino il relativo rischio nella gestione delle

visione globale dell’ente vigilato anche nei sistemi più complessi ed evoluti. Tuttavia, molte sono anche le potenziali problematiche (ovvero, disfunzioni provocate da un’eccessiva complessità organizzativa e il rischio di “cattura” del regolatore). Inoltre, a favore dell’adozione di modelli non-accentrati di vigilanza vanno rilevati: l’opportunità di disporre di una “rete” di Autorità e poteri per arricchire il patrimonio di informazioni e di strumenti di controllo, i benefici derivanti dalla specializzazione tecnica e la valorizzazione delle varie componenti del rischio nei diversi segmenti del mercato.

²⁴ Fino a quando i confini tra i settori dell’intermediazione finanziaria rimanevano ben distinti, questo modello “tradizionale” ha consentito di evitare duplicazioni nei controlli, di raggiungere forti economie di specializzazione da parte delle Autorità e di ridurre, quindi, i costi della vigilanza. Il modello, tuttavia, ha rivelato una certa inadeguatezza di fronte alle tendenze evolutive dei sistemi finanziari. Il modello di vigilanza finanziaria si è, quindi, “ibridato” e si considera, adesso “misto” poiché alla tradizionale (e storicamente prevalente) vigilanza per soggetti si è progressivamente affiancata la c.d. vigilanza per finalità.

²⁵ In generale, sulla funzione di vigilanza prudenziale, si veda, *ex multis*, C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell’attività*, Bologna 2020. Come noto, a seguito della crisi finanziaria di inizio secolo, la funzione di vigilanza bancaria è stata accentrata, a livello europeo, con l’istituzione del *Single supervisory mechanism* e il suo affidamento, in via esclusiva, alla BCE con il precipuo obiettivo di perseguire la stabilità sistemica. Sui profili amministrativistici della funzione di vigilanza bancaria e relativa “europeizzazione”, AA. Vv., *L’unione bancaria europea*, a cura di M.P. CHITI - V. SANTORO, Pisa, 2016; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea*, Napoli, 2020; AA. Vv., *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, a cura di A. BARONE - G. DRAGO, Roma, 2022; R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2022. In argomento, anche AA. Vv., *Il meccanismo unico di vigilanza: un bilancio dopo i primi dieci anni*, a cura di A. MAGLIARI, Napoli, 2024. Sia altresì, consentito rinviare a C. NICOLOSI, *L’inverdimento della vigilanza della BCE*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2025, 457.

loro attività; analogamente, i professionisti sono soggetti ai controlli dei rispettivi organismi di autoregolamentazione.

A livello teorico, la vigilanza per soggetti offre il vantaggio di definire chiaramente la suddivisione dei compiti e di facilitare l'esercizio dei controlli, favorendo una visione unitaria – e continuativa nel tempo – del soggetto vigilato; presenta, però, lo svantaggio di incentivare l'arbitraggio regolamentare e la possibile “cattura” del regolatore. Il caso dell'antiriciclaggio presenta, inoltre, una criticità specifica, ovvero: la mancata “assegnazione” di alcuni destinatari a specifiche Autorità di vigilanza.

Infatti, le ultime due categorie di destinatari formali (ovvero, alcuni operatori non finanziari *ex art. 3, comma 5*, e i prestatori di servizi di gioco, *ex art. 3, comma 6*) risultano “orfane” di Autorità di vigilanza specifiche e rimangano sottoposte “solo” generalmente e genericamente al controllo del Ministro dell'economia e delle finanze²⁶; del Ministero dell'economia e delle finanze²⁷, del Comitato di Sicurezza Finanziaria (*breviter*, CSF) preposto al suo interno²⁸; della Direzione nazionale

²⁶ Ai sensi dell'art. 4, il Ministro dell'economia e delle finanze: (i) è responsabile delle politiche di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario e economico per fini di riciclaggio dei proventi di attività criminose (comma 1) (ii) ogni anno presenta al Parlamento la relazione sullo stato dell'azione di prevenzione del riciclaggio elaborata dal CSF, allegando un rapporto predisposto dalla UIF sull'attività svolta dalla medesima nonché la relazione predisposta dalla Banca d'Italia in merito ai mezzi finanziari e alle risorse ad essa attribuite (comma 2); (iii) stabilisce, su proposta del CSF, l'esenzione dall'osservanza degli obblighi antiriciclaggio di taluni soggetti che esercitano, in modo occasionale o su scala limitata, un'attività finanziaria che implichi scarsi rischi di riciclaggio (comma 3).

²⁷ Ai sensi dell'art. 5, il Ministero dell'economia e delle finanze: (i) promuove la collaborazione e il raccordo tra le Autorità di vigilanza di settore, la UIF, la DIA, e l'NSPV e tra le amministrazioni e gli organismi interessati nonché tra i soggetti pubblici e il settore privato (comma 1); (ii) cura i rapporti con le istituzioni europee e gli organismi internazionali (comma 2); (iii) effettua proprie ispezioni, presso i soggetti obbligati (comma 3); e (iv) esercita il potere sanzionatorio (comma 4).

²⁸ Il CSF è stato originariamente istituito per combattere il terrorismo internazionale, con D.L. 12 ottobre 2001, n. 369, convertito con modificazioni, nella legge 14 dicembre 2001, n. 431. È un organismo competente nella strategia di contrasto del riciclaggio dei proventi illeciti (nonché del finanziamento del terrorismo, della proliferazione delle armi di distruzione di massa e dell'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale ai sensi del d.lgs. n. 109/2007). Il CSF è anche l'autorità italiana preposta all'attuazione delle misure di congelamento dei fondi e delle risorse economiche disposte, a livello internazionale, dalle Nazioni Unite, dall'Unione europea. Ai sensi dell'art 5, d.lgs. n. 231/2007, il CSF: (i) elabora

antimafia e antiterrorismo (*breviter*, DNAA)²⁹; del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza (*breviter*, NSPV)³⁰; della Direzione investigativa antimafia (*breviter*, DIA)³¹, nonché della UIF³²

l’analisi nazionale dei rischi di riciclaggio (comma 6, lett. a)); (ii) propone l’esenzione di taluni soggetti dall’osservanza degli obblighi antiriciclaggio (comma 6, lett. c)); (iii) formula pareri e proposte, e fornisce consulenza al Ministro dell’economia e delle finanze in materia di prevenzione del riciclaggio (comma 6, lett. d)); e (iv) ogni anno presenta al Ministro dell’economia e delle finanze, per successivo inoltro al Parlamento, la relazione contenente la valutazione dell’attività di prevenzione del riciclaggio (comma 7).

²⁹ Ai sensi dell’art. 8, comma 1, la DNAA: (i) riceve i dati attinenti alle segnalazioni di operazioni sospette, nonché i relativi dati anagrafici dei soggetti segnalati o collegati, tali informazioni provengono dalla UIF, per il tramite del NSPV, oppure per il tramite della DIA, qualora esse siano attinente alle segnalazioni relative alla criminalità organizzata. La trasmissione dei dati è strumentale alla verifica della loro eventuale attinenza a procedimenti giudiziari in corso (lett. a)); (ii) può richiedere ogni altro elemento informativo e di analisi che ritenga di proprio interesse (lett. a)); (iii) riceve dall’Agenzia delle dogane e dei monopoli tutti i dati e le informazioni necessari all’individuazione di possibili correlazioni tra flussi merceologici a rischio e flussi finanziari sospetti (lett. b)); (iv) fornisce alla UIF e all’Agenzia delle dogane e dei monopoli tempestivo riscontro in ordine all’utilità delle informazioni ricevute (lett. c)); e (v) può richiedere alla UIF l’analisi dei flussi finanziari ovvero analisi e studi su singole anomalie (lett. d)).

³⁰ Ai sensi dell’art. 9, l’NSPV: (i) esegue i controlli sull’osservanza delle disposizioni antiriciclaggio da parte dei soggetti obbligati non vigilati dalle Autorità di vigilanza di settore, nonché gli ulteriori controlli effettuati, in collaborazione con la UIF che ne richieda l’intervento a supporto dell’esercizio delle funzioni di propria competenza, (comma 1); (ii) può eseguire, previa intesa con le autorità di vigilanza di settore rispettivamente competenti, i controlli su alcuni soggetti obbligati (comma 1); (iii) effettua ispezioni e controlli anche con i poteri attribuiti al Corpo dalla normativa valutaria (comma 4. lett. a)); (iv) acquisisce, anche attraverso le ispezioni e i controlli dati e informazioni presso i soggetti obbligati (comma 4. lett. a-bis)); e (v) svolge gli approfondimenti investigativi delle informazioni ricevute e delle segnalazioni di operazioni sospette trasmesse dalla UIF (comma 4. lett. b)).

³¹ La DIA accerta e contesta, ovvero trasmette alle autorità di vigilanza di settore, le violazioni degli obblighi antiriciclaggio riscontrate nell’esercizio delle sue attribuzioni ed effettua gli approfondimenti investigativi, attinenti alla criminalità organizzata, delle informazioni ricevute e delle segnalazioni di operazioni sospette trasmesse dalla UIF (art. 9, comma 7).

³² Ai sensi dell’art. 6, la UIF: (i) riceve le segnalazioni di operazioni sospette e ne effettua l’analisi finanziaria (comma 4, lett. a)); (ii) analizza i flussi finanziari (comma 4, lett. b)); (iii) può sospendere, per un massimo di cinque giorni lavorativi, operazioni sospette, anche su richiesta del NSPV, della DIA e dell’autorità giudiziaria ovvero su richiesta di un’altra FIU, ove non ne derivi pregiudizio per il corso delle indagini (comma 4, lett. c)); (iv) emana istruzioni sui dati e le informazioni che de-

in via residuale, ma solo limitatamente all'obbligo di segnalazione³³. I destinatari non tradizionali risultano, quindi, tendenzialmente "liberi" dall'azione di controllo in merito ai rispettivi obblighi di identificazione e conservazione³⁴.

vono essere contenuti nelle segnalazioni di operazioni sospette e nelle comunicazioni oggettive, sulla relativa tempistica nonché sulle modalità di tutela della riservatezza dell'identità del segnalante (comma 4, lett. d); (v) emana e aggiorna periodicamente, previa presentazione al CSF, indicatori di anomalia (comma 4, lett. e); (vi) effettua, anche attraverso ispezioni, verifiche al fine di accertare il rispetto delle disposizioni in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio, con riguardo alle segnalazioni di operazioni sospette e ai casi di omessa segnalazione, nonché con riguardo alle comunicazioni alla UIF e ai casi di omissione delle medesime, anche avvalendosi della collaborazione del NSPV (comma 4, lett. f); (vii) accerta e contesta ovvero trasmette alle autorità di vigilanza di settore le violazioni degli obblighi antiriciclaggio di cui viene a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali (comma 4, lett. g); (viii) assicura la tempestiva trasmissione alla DNAA dei dati, delle informazioni e delle analisi (comma 4, lett. h)); (ix) svolge analisi e studi su singole anomalie, riferibili a ipotesi di riciclaggio su specifici settori dell'economia ritenuti a rischio, su categorie di strumenti di pagamento e su specifiche realtà economiche territoriali (comma 7, lett. a); (x) elabora e diffonde modelli e schemi rappresentativi di comportamenti anomali sul piano economico e finanziario riferibili a possibili attività di riciclaggio (comma 7, lett. b); e (xi) ogni anno trasmette al Ministro dell'economia e delle finanze, per il tramite del CSF, gli allegati alla relazione sullo stato dell'azione di prevenzione del riciclaggio ai fini della presentazione al Parlamento (comma 8).

³³ Si veda, *infra*, para 3.

³⁴ Se non per l'azione di controllo del NSPV che «nel quadro degli obiettivi e priorità strategiche individuati annualmente dal Ministro dell'economia e delle finanze ... esegue i controlli sull'osservanza delle disposizioni [antiriciclaggio] da parte dei soggetti obbligati non vigilati dalle Autorità di vigilanza di settore» (d.lgs. n. 231/2007, art. 9, comma 1). Nell'esercizio della vigilanza ispettiva, i militari in forza al NSPV si avvalgono anche dei poteri e delle facoltà riconosciuti ai funzionari del soppresso UIC nello svolgimento dell'attività ispettiva in materia valutaria, ai sensi dell'art. 26 del DPR 31 marzo 1988, n. 148 (TU delle norme di legge in materia valutaria). L'avvalimento della Guardia di Finanza (*breviter*, GdF) come supporto nell'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo è ormai un modello consolidato, come si rinviene, ad esempio, dal d.lgs. n. 19 marzo 2001, n. 68 che ha definito la GdF come «forza di polizia ad ordinamento militare con competenza generale in materia economica e finanziaria» (art. 1) e ne ha legittimato la funzione di collaborazione con gli organi istituzionali, le autorità indipendenti egli enti di pubblico interesse (art. 3, comma 1). La previsione è stata ribadita anche dall'art. 22, l. 28 dicembre 2005, n. 262. Tuttavia, occorre rilevare che quando il NSPV effettua controlli in collaborazione con la UIF, il testo normativo suggerisce che la portata del controllo è limitata all'osservanza del solo obbligo di segnalazione in quanto così è delimitata la portata della competenza ispettiva della UIF. Cfr. d.lgs. n. 231/2007, art. 9, comma 1 («[il NSPV esegue] gli ulteriori controlli effettuati, in collaborazione con la UIF che ne

In altre parole, a fronte dell'espansione delle categorie dei soggetti obbligati, la mancata espansione analoga del perimetro soggettivo dell'attività di vigilanza delle Autorità esistenti, ovvero la mancata istituzione di uno o più nuovi organismi di controllo, crea una corrispondenza troppo imperfetta tra i destinatari ed il controllo sull'adempimento (effettivo ed efficace) dei rispettivi obblighi. Tale mancanza di Autorità di vigilanza specifiche per gli operatori "non tradizionali" non può che suscitare dubbi in merito all'adeguato assolvimento degli obblighi antiriciclaggio a loro carico e, pertanto, in merito all'effettività complessiva del sistema di prevenzione.

3. La vigilanza residuale della UIF (e la funzione di *intelligence finanziaria*).

Come accennato, il d.lgs. n. 231/2007 indica anche la UIF come Autorità di vigilanza³⁵. Tuttavia, la funzione di vigilanza della UIF è residuale e "limitata" solo all'obbligo di segnalazione di operazioni sospette³⁶. La limitata portata di tale vigilanza esclude, quindi, dal perimetro di verifica della UIF, l'effettiva ottemperanza con gli altri obblighi antiriciclaggio (*i.e.*, l'obbligo di adeguata verifica; la sussistenza ed efficacia delle procedure interne eventualmente predisposte; l'adeguatezza del grado di consapevolezza e cultura dell'antiriciclaggio del destinatario). Tale vigilanza residuale, quindi, appare fisiologicamente inidonea a verificare (eventualmente, anche migliorare) l'effettività del sistema di prevenzione.

Invero, ciò non sorprende dato che – al di là dell'inclusione formale ad opera del d.lgs. n. 231/2007 – la UIF opera non (tanto) come Autorità di vigilanza, ma piuttosto come centro nazionale unico di: (i)

richieda l'intervento a supporto dell'esercizio delle funzioni di propria competenza») e d.lgs. n. 231/2007, art. 6, comma 4, lett. f), «[La UIF] effettua ... verifiche al fine di accertare il rispetto delle disposizioni in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio ..., con riguardo alle segnalazioni di operazioni sospette e ai casi di omessa segnalazione di operazioni sospette, nonché con riguardo alle comunicazioni alla UIF previste dal presente decreto e ai casi di omissione delle medesime, anche avvalendosi della collaborazione del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza») (enfasi aggiunta).

³⁵ L'art. 6 che la riguarda è inserito nel Capo II, dedicato a «Autorità, vigilanza e Pubbliche amministrazioni», cfr. *supra* nota 32.

³⁶ D.lgs. n. 231/2007, art. 6, comma 4, lett. f), *supra* nota 34.

aggregazione³⁷, (ii) analisi, e (iii) eventuale trasmissione agli organi investigativi delle informazioni derivanti dal tracciamento dei flussi finanziari³⁸.

Di queste, certamente la funzione di analisi economica è quella che maggiormente caratterizza l'attività della UIF. Tale analisi – che, non a caso, prende il nome di *intelligence* finanziaria – riguarda sia il tradizionale studio di eventuali anomalie riferibili a ipotesi di riciclaggio (relative a specifici settori economici o realtà territoriali)³⁹, sia l'analisi economico-finanziaria (a tratti innovativa) delle segnalazioni e/o

³⁷ Il carattere unico e nazionale della UIF (auspicato dalle Raccomandazioni del GAFI per tutte le FIUs) permette di convogliare tutte le segnalazioni e le altre informazioni rilevanti presso un'unica Unità, assicurando che nessuna informazione sfugga alla costruzione di un quadro unitario delle movimentazioni dei flussi di denaro. Inoltre, incaricare un'Unità non investigativa (ma amministrativa, come la UIF) alla ricezione delle segnalazioni sottolinea la diversa natura tra la segnalazione di operazione sospetta di riciclaggio e la denuncia di reato, in quanto la prima non è finalizzata (almeno nelle competenze della UIF) alla creazione di un quadro indiziario per la persecuzione di reati.

³⁸ Per quanto concerne la trasmissione delle segnalazioni (corredate da dati e relative analisi), il d.lgs. n. 231/2007 parrebbe distinguere tra l'inoltro alla DNAA *ex art. 6, comma 4, lett. h*) («tempestivo» e – sembrerebbe – *automatico*); e l'inoltro alla DIA e al NSPV *ex art. 40, comma 1, lett. d*) (che, invece, sembra sussistere solo nel caso in cui le operazioni presentino «un rischio di riciclaggio»). Benché di non facile lettura, la distinzione tra i due tipi di trasmissione (una automatica e l'altra soggetta ai risultati dell'analisi che ne evidenzino eventuali rischi di riciclaggio) sembra altresì confermata anche dalla collocazione delle disposizioni all'interno della normativa: la trasmissione alla DNAA specificatamente enumerata tra le «funzioni» della UIF (l'art. 6, ad essa specificatamente dedicato, non fa cenno a un'analogia trasmissione anche alla DIA e al NSPV); e la trasmissione alla DIA e al NSPV unicamente contenuta all'interno dell'art. 40, avente ad oggetto l'«Analisi e sviluppo della segnalazione». Tale scelta legislativa sembra confermare il carattere subordinato della seconda trasmissione all'emersione di un effettivo profilo di rischio. L'art. 40 menziona anche l'inoltro alla DNAA, ma – a confermarne una apparente differenziazione – lo colloca in una lettera diversa. Specificatamente, il già menzionato art. 40, comma 1, lett. d) riguarda la trasmissione alla DIA e al NSPV e l'art. 40, comma 1, lett. c) si riferisce, invece, alla trasmissione alla DNAA. In conclusione sul punto, sembra utile rilevare che sebbene la UIF, la DNAA, la DIA e il NSPV collaborino, tutti, nell'ambito della cooperazione internazionale (anche attraverso il reciproco scambio di informazioni), proprio in tale ambito, la normativa sembra ritagliare un ruolo più attivo per la DIA e il NSPV i quali «scambiano, anche direttamente, a condizioni di reciprocità ed in deroga all'obbligo del segreto d'ufficio, dati ed informazioni di polizia con omologhi organismi esteri e internazionali» (art. 13, comma 2).

³⁹ D.lgs. n. 231/2007, art. 6, comma 7, lett. a).

di tutte le informazioni rilavanti a fini antiriciclaggio⁴⁰. L'*intelligence* finanziaria, infatti, non si limita allo studio delle segnalazioni di operazione sospetta provenienti dai destinatari, ma va oltre, al fine di ricostruire – quanto più dettagliatamente possibile – la tracciabilità dei flussi sospetti.

È, infatti, la stessa UIF, sentito il CSF, a stabilire i criteri per l'approfondimento finanziario delle segnalazioni⁴¹. In particolare, la UIF, correla le informazioni contenute nelle segnalazioni con: (i) i risultati di precedenti studi e analisi; (ii) le ipotesi di operazioni sospette non segnalate di cui viene a conoscenza; (iii) i dati e informazioni contenuti in archivi propri; (iv) le informazioni comunicate dagli organi delle indagini, dalle Autorità di vigilanza di settore, dagli organismi di autoregolamentazione e dalle sue omologhe estere (c.d. *Financial intelligence units, breviter, FIUs*); (v) gli ulteriori elementi desumibili dagli archivi in possesso delle Autorità di vigilanza di settore (sulla base di protocolli di intesa); e (vi) gli elementi raccolti durante l'eventuale attività ispettiva⁴².

In altre parole, l'*intelligence* finanziaria ricostruisce le movimentazioni di denaro al fine di farne emergere la *tracciabilità*⁴³ attraverso la scomposizione e successiva (ri)composizione delle segnalazioni con *tutte* le informazioni disponibili. Sembra utile sottolineare che proprio tale analisi di *intelligence* finanziaria non solo caratterizza la funzione della UIF, ma ne marca anche l'originalità rispetto ad altre Autorità (anche di vigilanza). Infatti, assolvendo principalmente il compito di *intelligence* finanziaria, la UIF non *indaga*, né *vigila*, ma piuttosto (per) segue la tracciabilità del denaro. Si tratta, quindi, di una funzione onto-

⁴⁰ Ai sensi del d.lgs. n. 231/2007, art. 6, comma 6, lett. a), b) e c), nell'esercizio delle sue funzioni, la UIF: (i) si avvale dei dati contenuti nell'anagrafe dei conti e dei depositi e nell'anagrafe tributaria; (ii) ha accesso alle informazioni contenute nell'anagrafe immobiliare integrata; e (iii) ha accesso alle informazioni sul titolare effettivo di persone giuridiche e *trust* espressi, contenute in apposita sezione del Registro delle imprese.

⁴¹ D.lgs. n. 231/2007, art. 40, comma 1.

⁴² D.lgs. n. 231/2007, art. 40, comma 1, lett. a) e b).

⁴³ Sulla *tracciabilità* come principio guida del sistema di prevenzione del riciclaggio, e le sue assonanze e dissonanze con la *trasparenza*, principio guida del sistema di prevenzione della corruzione, sia consentito rinviare a C. NICOLOSI, *Anticorruzione e antiriciclaggio: spunti critici*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, 2, 1.

logicamente diversa sia da quella di polizia e dell'autorità giudiziaria, sia da quella di vigilanza tradizionale⁴⁴.

Invero, il carattere inedito di tale funzione di *intelligence* finanziaria sembra evocare un modello di vigilanza *sui generis*, che – non caso – è rimasto a lungo teorizzato, senza aver mai trovato (fino ad ora?) un'applicazione concreta. Si tratta della c.d. vigilanza *per funzioni*, fondata sulla premessa che le funzioni svolte dal sistema (come potrebbe, ad esempio, essere la riduzione delle asimmetrie informative e nel caso dell'antiriciclaggio, appunto, la tracciabilità) siano più stabili dei mercati e delle forme organizzative degli intermediari (su cui si basa, appunto la già ricordata “tradizionale” vigilanza per mercati o per soggetti).

Il modello di vigilanza per funzioni non va confuso con la più tradizionale vigilanza *per finalità* (anch'essa applicata nella pratica istituzionale⁴⁵). Infatti, nel modello per finalità, all'Autorità di vigilanza è affidato il perseguimento di uno specifico obiettivo (*i.e.*, stabilità, trasparenza, correttezza, etc.)⁴⁶. Nel caso specifico dell'antiriciclaggio, la

⁴⁴ Ciò sembra implicitamente confermato dal diritto internazionale. Il GAFI, infatti, dedica alle FIUs la Raccomandazione n. 26, mentre alle funzioni di «Regolamentazione e Vigilanza» sono dedicate Raccomandazioni diverse, ovvero: la Raccomandazione n. 26 (Regolamentazione e vigilanza delle istituzioni finanziarie), la Raccomandazione n. 27 (Poteri delle autorità di vigilanza) e la Raccomandazione n. 28 (Regolamentazione e vigilanza delle attività e delle professioni non-finanziarie designate).

⁴⁵ Come già accennato, il modello di vigilanza finanziaria si considera, adesso “misto” tra la vigilanza per soggetti e la vigilanza per finalità. Questo secondo modello rimane realizzato “integralmente” solo nel comparto dell’intermediazione mobiliare (la cui vigilanza è affidata alla CONSOB) e nell’applicazione della normativa a tutela della concorrenza (affidata all’Autorità garante per la concorrenza e il mercato), anche nel caso delle banche (dall’emanazione della l. n. 262/2005), seppure per le operazioni di concentrazione che coinvolgono intermediari creditizi, la Banca d’Italia mantiene alcune competenze.

⁴⁶ A livello teorico, tale modello garantisce parità concorrenziale anche in mercati caratterizzati dalla presenza di soggetti diversificati, senza incorrere nel pericolo di un'eccessiva proliferazione degli organismi di controllo. Presenta, altresì, il vantaggio di ridurre il pericolo di cattura e garantire una maggiore coerenza tra obiettivi e strumenti utilizzati. Il principale svantaggio è, invece, costituito dal potenziale emergere di conflitti di interesse tra Autorità (o obiettivi da esse perseguiti), nonché il pericolo che l’assegnazione delle competenze alle singole Autorità non sia univoca (ovvero un determinato controllo sia riconducibile a più finalità, portando alla sovrapposizione tra Autorità, duplicazione dei costi a carico della collettività e degli oneri per i soggetti vigilati) e onnicomprensiva (quando i controlli su alcune aree non siano

finalità corrisponderebbe (non alla *tracciabilità*, ma) alla *legalità* del sistema economico.

In conclusione sul punto, nonostante l'evidente difficoltà di tradurre le *funzioni in attività* da sottoporre concretamente a vigilanza, sembra possibile affermare che, nel caso dell'antiriciclaggio, la UIF – attraverso l'*attività di intelligence finanziaria* – sia precipuamente preposta alla *funzione della tracciabilità* dei flussi finanziari, al fine di isolare, ricostruire e far emergere quelli presumibilmente provenienti da reato. Dato, quindi, che la vigilanza della UIF è: residuale; limitata alla sola segnalazione; nonché precipuamente vocata alla tracciabilità, non può che risultare problematico che, a una platea estremamente ampia (e in continua espansione) di destinatari, non sempre corrispondano Autorità di vigilanza incaricate di verificarne l'effettiva *compliance* con i rispettivi obblighi antiriciclaggio.

4. Una vigilanza “a macchia di leopardo”

Anche considerando, specificatamente, le categorie di destinatari “associate” a specifiche Autorità di vigilanza (*i.e.*, tradizionali operatori finanziari e professionisti), risulta problematica la difformità dei compiti esercitabili dai (e degli strumenti di vigilanza disponibili ai) diversi organismi di controllo. Tale difformità dei compiti e degli strumenti, inevitabilmente, riverbera in ulteriori e significative inefficienze (*rectius*, ineffettività) del sistema antiriciclaggio nel suo complesso.

In particolare, appaiono estremamente pregnanti i poteri delle Autorità di vigilanza di settore (*in primis*, Banca d'Italia) che possono adoperare, a fini antiriciclaggio, l'intera gamma di strumenti disponibili nel corso della relativa ordinaria funzione di *regulation* (*e.g.*, emanare norme di livello secondario e disposizioni di attuazione della disciplina⁴⁷) e di vigilanza finanziaria (*e.g.*, richiedere informazioni ai

stati inquadrati nella sfera di competenza di nessuna Autorità, generando un vero e proprio vuoto di vigilanza).

⁴⁷ Ai sensi dell'art. 7, d.lgs. n. 231/2007, le Autorità di settore: (i) adottano, nei confronti dei soggetti rispettivamente vigilati, disposizioni di attuazione del decreto antiriciclaggio in materia di organizzazione, procedure e controlli interni e di adeguata verifica della clientela; (ii) verificano l'adeguatezza degli assetti organizzativi e procedurali dei soggetti obbligati rispettivamente vigilati; (iii) definiscono procedure e metodologie per la valutazione dei rischio di riciclaggio cui i destinatari rispettivamente vigilati sono esposti nell'esercizio della propria attività; e (iv) esercitano i

soggetti vigilati⁴⁸; compiere ispezioni⁴⁹, etc.)⁵⁰. La Banca d'Italia⁵¹, l'I-

poteri attribuiti dal decreto antiriciclaggio anche al fine di assicurare il rispetto delle norme tecniche di regolamentazione.

⁴⁸ C.d. vigilanza informativa. Le informazioni richieste possono riguardare: la condizione economica, patrimoniale e finanziaria; l'assetto proprietario; la struttura organizzativa; l'operatività nei confronti della clientela; etc. I flussi di comunicazione possono avere carattere regolare (c.d. segnalazioni periodiche) o essere richiesti in via episodica. I dati e le notizie raccolte sono utilizzati nella verifica formale delle rilevazioni contabili, la correttezza dei criteri di misurazione dei rischi, l'adeguatezza della struttura organizzativa, etc. In un'accezione più ampia, la vigilanza informativa comprende altresì tutti gli strumenti volti a sanare la strutturale situazione di assimmetria informativa presente in ogni scambio finanziario (per i quali, tuttavia, sembra più calzante parlare di *fair play regulation*, ovvero controlli di trasparenza e correttezza dei comportamenti).

⁴⁹ C.d. vigilanza ispettiva. Analogamente alle richieste di informazioni, anche le ispezioni possono avvenire periodicamente, oppure essere disposte sulla base delle informazioni fornite.

⁵⁰ Analogamente alla vigilanza finanziaria, anche quella antiriciclaggio si configura così, come una vigilanza “protettiva” (o preventiva), ovvero il cui impianto mira a prevenire situazioni di illegalità (caso riciclaggio) o di crisi degli intermediari (nel caso della vigilanza bancaria/finanziaria). Nell’ambito della vigilanza bancaria, i tradizionali interventi di vigilanza protettiva *ex ante* sono i sistemi di *early warning* e il credito di ultima istanza; mentre gli interventi *ex post* riguardano i sistemi di “risoluzione” e di assicurazione dei depositi. In generale, è possibile rintracciare, nell’attuale funzione di vigilanza bancaria, le caratteristiche peculiari dell’amministrazione del rischio, in quanto essa tende a: *procedimentalizzare* l’attività di monitoraggio e verifica delle misure precauzionali precedentemente adottate; *co-gestire* la prevenzione del rischio con gli enti privati; e valorizzare, altresì, la *riflessività* dell’amministrazione, in funzione della perfettibilità, coerenza, adeguatezza e proporzionalità delle misure. Sul diritto del rischio, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit.; Id., *The ‘reflexive’ Public Administration*, in *Diritto e società*, 2019, 1, 1; Id., *Introduzione. La regolazione giuridica del rischio*, in AA. Vv., *L’impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, a cura di R. MARTINO - F. ALICINO - A. BARONE, Milano, 2017, 263; R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit. Specificatamente sul diritto del rischio e la funzione di vigilanza bancaria, A. BARONE - G. DRAGO - C. NICOLOSI, *L’erompare della vigilanza bancaria europea*, in P.A. Persona e amministrazione, 2021, 1, 665 ss., spec. 686-691 e 702-707 (ora in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, a cura di A. BARONE - G. DRAGO, cit., 21); R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, cit.; A. BARONE, *Vigilanza bancaria e gestione del rischio*, in AA. Vv., *Il meccanismo unico di vigilanza*, a cura di A. MAGLIARI, cit., 191-202; e il contributo di A. BARONE, contenuto nel presente volume.

⁵¹ La Banca d’Italia ha adottato, tramite provvedimento, le *Disposizioni in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l’utilizzo degli intermediari a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo*, G.U. Serie Generale n. 83, 8 aprile 2019; che in particolare stabiliscono: (i) l’obbligo per gli

VASS⁵² e la CONSOB⁵³ hanno, infatti, imposto – con provvedimenti propri – una serie di misure organizzative e procedurali, che *de facto* costituiscono, per i soggetti obbligati rientranti nell’ambito della relativa vigilanza, obblighi ulteriori rispetto a quelli già imposti dalla normativa primaria.

Per contro, gli organismi di autoregolamentazione (oltre a essere responsabili della formazione e dell’aggiornamento, in ottica antiriciclaggio, dei propri iscritti e venire consultati ai fini dell’adozione e dell’aggiornamento degli indicatori di anomalia che li riguardano) possono “meramente” elaborare e aggiornare regole tecniche⁵⁴ e adottare misure

organi aziendali di definire e approvare una *policy* motivata che indichi le scelte del destinatario in materia di assetti organizzativi, procedure e controlli interni, adeguata verifica e conservazione dei dati; (ii) l’obbligo per le capogruppo di istituire una base informativa comune, e (iii) l’obbligo di condurre un esercizio di autovalutazione dei rischi riciclaggio per cui i destinatari trasmettono alla Banca d’Italia i risultati dell’esercizio di autovalutazione. Il provvedimento del 30 luglio 2019 recante *Disposizioni in materia di adeguata verifica della clientela per il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, G.U. Serie Generale n. 189, 13 agosto 2019. Il provvedimento del 4 febbraio 2020 concernente *Disposizioni in materia di adeguata verifica della clientela e di conservazione dei dati e delle informazioni per gli operatori non finanziari (ovvero coloro che esercitano l’attività di custodia e trasporto di denaro contante e di titoli o valori a mezzo di guardie particolari giurate) limitatamente al trattamento delle banconote in euro*. Il provvedimento del 24 marzo 2020, *Disposizioni per la conservazione e la messa a disposizione dei documenti, dei dati e delle informazioni per il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, G.U. Serie Generale n. 89, 3 aprile 2020.

⁵² L’IVASS, il 12 febbraio 2019, ha adottato il Regolamento 44, recante *Disposizioni attuative volte a prevenire l’utilizzo delle imprese di assicurazione e degli intermediari assicurativi a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo in materia di organizzazione, procedure e controlli interni di adeguata verifica della clientela*, G.U. n. 48 26 febbraio 2019. Il provvedimento IVASS n. 111 del 13 luglio 2021 introduce *Disposizioni circa procedure e assetti organizzativi a fini antiriciclaggio*.

⁵³ La CONSOB, con delibera n. 20570, in data 4 settembre 2018, ha adottato il *Regolamento recante disposizioni di attuazione del decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231 e successive modifiche ed integrazioni per i revisori legali e le società di revisione con incarichi di revisione su enti di interesse pubblico o su enti sottoposti a regime intermedio*, G.U. n. 214, 14 settembre 2018.

⁵⁴ Il Consiglio nazionale dei dotti commercialisti e degli esperti contabili (*breviter*, CNDCEC) ha approvato le relative regole tecniche nella seduta del 16 gennaio 2019. Il documento è stato aggiornato il 16 gennaio 2025. Il 22 maggio 2019, il CNDCEC aveva emanato le relative Linee guida. Il Consiglio nazionale del notariato ha pubblicato dieci «Regole Tecniche in materia di antiriciclaggio», il 16 ottobre 2018. Il Consiglio Nazionale dell’Ordine dei Consulenti del Lavoro ha approvato,

sanzionatorie in caso di inosservanza da parte dei propri iscritti⁵⁵. In altre parole, le difformità nei compiti e negli strumenti tra le Autorità antiriciclaggio parrebbero, grossomodo, ricalcare la tradizionale (per quanto, a tratti, desueta) distinzione tra «vigilanza» (riferibile alle Autorità del settore finanziario) e «controllo» (più opportunamente riconducibile agli organi di autoregolamentazione)⁵⁶.

con delibera n. 205 del 27 maggio 2022, le Regole tecniche degli organismi di autoregolamentazione in materia di procedure e metodologie di analisi e valutazione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo. Il Consiglio nazionale forense, il 20 settembre 2019, ha approvato le «Regole Tecniche in materia di procedure e metodologia di analisi e valutazione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, di controlli interni, di adeguata verifica, anche semplificata, della clientela e di conservazione». Per alcune osservazioni del Comando generale della Guardia di Finanza sulle regole tecniche antiriciclaggio emanate dagli organi professionali, V. VALLEFUOCO, *Antiriciclaggio, regole tecniche con effetti limitati*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 febbraio 2025, 34; V. GUNNELLA, *Le regole tecniche non sono «soft law»*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 febbraio 2025, 31.

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 11, gli organismi di autoregolamentazione: (i) elaborano e aggiornano, previo parere del CSF, regole tecniche in materia di procedure e metodologie di analisi e valutazione del rischio di riciclaggio cui i professionisti sono esposti nell'esercizio della propria attività, di controlli interni, di adeguata verifica, anche semplificata della clientela e di conservazione (comma 2); (ii) anche attraverso le proprie articolazioni territoriali, garantiscono l'adozione di misure idonee a sanzionare l'inosservanza di tali obblighi (comma 2); (iii) sono sentiti dalla UIF ai fini dell'adozione e dell'aggiornamento degli indicatori di anomalia che li riguardino (comma 2); (iv) sono responsabili della formazione e dell'aggiornamento dei propri iscritti in materia di politiche e strumenti di prevenzione del riciclaggio (comma 2); (v) applicano sanzioni disciplinari a fronte di violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime degli obblighi cui i propri iscritti sono assoggettati e delle relative disposizioni tecniche di attuazione e comunicano annualmente al Ministero dell'economia e delle finanze e al Ministero della giustizia i dati attinenti il numero dei procedimenti disciplinari avviati o conclusi dagli ordini territoriali (comma 3); (vi) possono ricevere le segnalazioni di operazioni sospette da parte dei propri iscritti, per il successivo inoltro alla UIF (comma 4); (vii) informano prontamente la UIF di situazioni, ritenute correlate a fattispecie di riciclaggio di cui vengono a conoscenza nell'esercizio della propria attività (comma 4); e (viii) pubblicano, dandone preventiva informazione al CSF, una relazione annuale contenente dati sulle misure sanzionatorie e disciplinari, nonché il numero di segnalazioni di operazioni sospette ricevute dall'organismo di autoregolamentazione, per il successivo inoltro alla UIF (comma 4-bis).

⁵⁶ *Supra*, nota 3. Sulla vigilanza, S. VALENTINI, *Vigilanza*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. XLVI, 1993, 707, 709; per una ricostruzione dei poteri amministrativi di vigilanza, V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959; F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965; sul tema dei controlli, M. DE BENEDETTO, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, cit.,

Anche la UIF è dotata di alcuni poteri e strumenti tipici della vigilanza prudenziale, in particolare il potere ispettivo (sebbene, come sopra detto, limitatamente all'adempimento dell'obbligo di segnalazione e della trasmissione delle comunicazioni⁵⁷) e il potere “protettivo” di sospendere operazioni sospette per un massimo di cinque giorni lavorativi⁵⁸. Sempre riguardo alle segnalazioni, la UIF elabora ed emana la normativa secondaria (tendenzialmente nella forma di «istruzioni») per la trasmissione dei dati aggregati da parte degli intermediari finanziari e la trasmissione delle comunicazioni da parte degli uffici pubblici⁵⁹.

U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in AA. Vv., *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, II, Milano, 1915, 608; M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1274; specificatamente nel contesto della lotta alla corruzione, A. MOLITERNI, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1, 191; sugli effetti negativi dei controlli in termini di costi per l'azione amministrativa, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 308; B.G. MATTARELLA, *I procedimenti*, in AA. Vv., *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2009, 275; Id., *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Astrid Rassegna*, 2019, 11. Sulla rilevanza del profilo sostanziale (rispetto a quello meramente formale) dell'efficacia dei controlli, S. CASSESE, *I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, in *Corr. giur.*, 1993, 229. Di recente, in tema di controlli, si rinvia alla sezione monografica della *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3.

⁵⁷ D.lgs. n. 231/2007, art. 6, comma 4, lett. f) («[La UIF] effettua, anche attraverso ispezioni, verifiche al fine di accertare il rispetto delle disposizioni in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio, con riguardo alle segnalazioni di operazioni sospette e ai casi di omessa segnalazione di operazioni sospette, nonché con riguardo alle comunicazioni alla UIF previste dal presente decreto e ai casi di omissione delle medesime, anche avvalendosi della collaborazione del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza») (enfasi aggiunta).

⁵⁸ D.lgs. n. 231/2007, art. 6, comma 4, lett. c), («[la UIF] può sospendere, per un massimo di cinque giorni lavorativi, operazioni sospette, anche su richiesta del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza, della Direzione investigativa antimafia e dell'autorità giudiziaria ovvero su richiesta di un'altra FIU, ove non ne derivi pregiudizio per il corso delle indagini. La UIF provvede a dare immediata notizia della sospensione all'autorità che ne ha fatto richiesta»).

⁵⁹ Le Istruzioni ad esempio indicano i dati e le informazioni che le segnalazioni devono contenere, la relativa tempistica e le modalità di tutela della riservatezza dell'identità del segnalante. Sul punto, nel parere n. 150/2019, il Garante per la protezione dei dati personali, ha sottolineato come l'art 6, comma 4, lett. d) del d.lgs. n. 231/2007 non contempli l'adozione di garanzie e misure in termini di protezione dei dati personali. Secondo il garante, una disposizione di siffatto tenore non appare conforme alla rinnovata disciplina europea in materia di protezione dei dati personali che al contrario impone agli Stati membri di prevedere un obbligo legale in capo a

Inoltre, la UIF predispone e aggiorna (adesso in via esclusiva⁶⁰) strumenti di ausilio, ovvero indicatori di anomalia e schemi di comportamento anomalo, che mirano ad “aiutare” i destinatari della normativa nella comprensione – prima ancora che nell’identificazione – del rischio riciclaggio⁶¹.

Le difformità nei poteri e negli strumenti delle varie Autorità creano una vigilanza antiriciclaggio “a macchia di leopardo” che favorisce la *disomogenea* ottemperanza degli obblighi antiriciclaggio da parte delle diverse categorie di destinatari. In altre parole, in termini di *effettività* del sistema, l’apparato di prevenzione appare pienamente sviluppato solo nei confronti dei destinatari finanziari tradizionali, mentre per tutti gli altri soggetti obbligati, il sistema dei controlli risulta frammentato, lacunoso e pericolosamente opaco.

Tali criticità esasperano, altresì, la tendenza del sistema di prevenzione a mantenersi tragicamente “bancocentrico” (nonostante il riciclaggio

titolari del trattamento. Secondo il garante della *privacy* occorre, quindi, introdurre una disposizione che preveda tra gli obblighi della UIF, anche quelli di individuare misure idonee a garantire la protezione dei dati personali nelle comunicazioni dei dati da parte di soggetti obbligati alla UIF nonché sulla tenuta e gli accessi alla banca dati.

⁶⁰ Prima della novella legislativa introdotta con il d.lgs. n. 90/2017, gli indicatori di anomalia erano emanati ed aggiornati dalle diverse Autorità, favorendo così un approccio differenziato in considerazione della vasta ed eterogenea platea di segnalanti. Così Banca d’Italia aveva adottato indicatori di anomalia diretti agli intermediari bancari e finanziari; il Ministero della giustizia aveva emanato indicatori per i professionisti (adottati con decreto del 16 aprile 2010); il Ministero dell’interno aveva emanato indicatori per gli operatori non finanziari (adottati con decreto del 17 febbraio 2011); il provvedimento della Banca d’Italia (delibera n. 61 del 30 gennaio 2013 conteneva gli indicatori di anomalia per le società di revisione e revisori legali con incarichi di revisione su enti di interesse pubblico e il D.M. del 25 settembre 2015 conteneva istruzioni e indicatori di anomalia per gli uffici della PA.

⁶¹ Gli indicatori di anomalia (d.lgs. n. 231/2007, art. 6, comma 7, lett. e)) e gli schemi di comportamento anomalo (d.lgs. n. 231/2007, art. 6, comma 7, lett., b)) consistono in fattispecie esemplificative di operatività, ovvero di comportamenti della clientela da ritenere astrattamente anomale o inusuali e, quindi, potenzialmente riconducibili a fatti illeciti. Sono diffusi al fine di ridurre i margini di incertezza connessi a valutazioni soggettive o comportamenti discrezionali, nonché per favorire il corretto ed omogeneo adempimento degli obblighi di segnalazione da parte dei soggetti obbligati. Tale attività di ausilio *a monte*, si affianca a un’attività di ausilio *a valle* con cui la UIF fornisce ai soggetti obbligati riscontro sull’esito delle segnalazioni, anche tenendo conto delle informazioni ricevute dal NSPV e dalla DIA. Gli indicatori di anomalia devono essere previamente presentati al CSF, ma non è richiesta una formale approvazione prima della loro adozione.

non sia più un fenomeno esclusivamente – e forse neanche prettamente – “bancario”), condannandolo, quindi, a *vedere gli alberi, ma non la foresta*⁶². Risulta, infatti, particolarmente critico che rimangano, di fatto, “liberi” da una vigilanza *efficiente* proprio gli operatori non convenzionali (*i.e.*, diversi da banche e istituti finanziari), fattore che certamente non può che favorire la scelta di riciclare denaro attraverso strumenti non tradizionali, rendendo, quindi, il fenomeno del riciclaggio – già difficile da riconoscere – ancora più insidioso da contrastare.

5. *Segue, l’(in)adempimento della PA degli obblighi antiriciclaggio.*

Specificata attenzione merita la PA che, come si accennava, è da considerarsi destinataria *ad hoc* di un obbligo di comunicazione alla UIF in merito alle operazioni sospette di riciclaggio, la cui importanza rileva per la prevenzione *non solo* del riciclaggio di denaro, *ma anche* del fenomeno della *maladministration*⁶³. I pubblici uffici non sono formalmente soggetti a *nessuna* Autorità di vigilanza a fini antiriciclaggio, come tra l’altro si evince dalla collocazione della PA all’interno del d.lgs. n. 231/2007; essa è, infatti, esclusa dal Capo del decreto dedicato ai destinatari (Capo I, art. 3), ma menzionata, invece, in uno specifico articolo (art. 10), all’interno del Capo II del decreto, dedicato specificatamente alle «Autorità, vigilanza e pubbliche amministrazioni».

Vero è che i controlli antiriciclaggio da disporre all’interno dei pubblici uffici potrebbero (dovrebbero?) ricadere genericamente nell’ambito del controllo della Corte dei conti (*ex art. 1, comma 2, d.lgs. n. 29 del*

⁶² Occorre constatare che, tragicamente “bancocentriche” appaiono anche le stesse Raccomandazioni del GAFI che “raccomandano” funzioni di controllo antiriciclaggio (e relativa vigilanza) solo nei confronti delle istituzioni finanziarie, Cfr., Raccomandazione GAFI n. 26, *Regolamentazione e vigilanza delle istituzioni finanziarie* («I Paesi devono garantire che *le istituzioni finanziarie* siano soggette a regolamentazione e controllo adeguati ed attuino efficacemente le Raccomandazioni GAFI. *Le autorità competenti e di vigilanza del settore finanziario* devono adottare misure legislative o regolamentari atte ad impedire a criminali e loro complici di detenere una partecipazione rilevante o di controllo nell’ambito di un’istituzione finanziaria, o esserne i titolari effettivi, o ricoprirvi una posizione direttiva...»), (enfasi aggiunta).

⁶³ Sulla *maladministration*, S. CASSESE, *Maladministration e suoi rimedi*, in *Foro. it*, 1992, 2. Specificatamente sugli obblighi antiriciclaggio della PA come strumento di prevenzione della *maladministration*, sia consentito rinviare a C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit., 52 ss.

1993)⁶⁴; ma, fino ad ora, tale controllo di gestione ha mancato di dare opportuna rilevanza alle misure antiriciclaggio; come – del resto – dimostra sia la modesta quantità, sia la scarsa qualità delle comunicazioni che la PA inoltra alla UIF.

A proposito della *quantità* delle comunicazioni, elemento significativo è proprio il *numero dei segnalanti*, ovvero il numero di pubblici uffici (solo 147⁶⁵) che, inscrivendosi al portale Infostat-UIF (unica modalità di trasmissione delle comunicazioni alla UIF⁶⁶), manifestano una *consapevolezza minima* del proprio ruolo nel sistema di contrasto al antiriciclaggio⁶⁷. Significativamente, dei 147 uffici registrati al portale, ben 112 (ovvero, il 76%) non ha mai effettuato una comunicazione, e non è, quindi, mai andata oltre tale (davvero minima) consapevolezza⁶⁸.

⁶⁴ Con riguardo ai controlli della Corte dei conti, E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 39; G. D'AURIA, *Le mutazioni dei controlli amministrativi della Corte dei conti: a un quarto di secolo da una storica riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 706.

⁶⁵ Questo e gli altri dati numerici riportati in questo paragrafo sono aggiornati al 30 settembre 2021 e sono estraibili dalla pubblicazione della UIF, *Le pubbliche amministrazioni nel sistema di prevenzione del riciclaggio*, Roma, 2022.

⁶⁶ L'iscrizione è condizione necessaria non solo per inviare le comunicazioni di operazioni sospette alla UIF, ma anche per consentire alla UIF di richiedere ulteriori informazioni sui fatti oggetto di analisi (*ex art. 40, d.lgs. n. 231/2007*).

⁶⁷ I pubblici uffici iscritti a Infostat-UIF sono passati da 2 (nel 2011) a 147 (al 30 settembre 2021). Tra le entità iscritte alcune sono state oggetto di processi di trasformazione nel corso degli anni. È il caso delle camere di commercio che – per effetto della progressiva attuazione del riordino varato con il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 219 – hanno subito alcuni significativi accorpamenti. Nel periodo 2018-2019, il *trend* di crescita ha manifestato una piccola accelerazione (*i.e.*, un aumento di 39 uffici iscritti), per poi ridimensionarsi (23 iscrizioni nel 2019-2020, e solo 18 iscrizioni nel 2020-30 settembre 2021). Gli uffici che hanno proceduto all'iscrizione al portale Infostat-UIF sono distribuiti, pur con differenze significative, su tutto il territorio nazionale; mentre, con riferimento al concreto invio di comunicazioni, espressione di una più fattiva adesione dei medesimi uffici al dispositivo antiriciclaggio, le differenziazioni risultano più marcate.

⁶⁸ Relativamente alle comunicazioni antiriciclaggio effettivamente inviate dalla PA, un (modesto) incremento è stato registrato a partire dal 2017: da 1 comunicazione (2007) a 106 (al 30 settembre 2021), portando così, a 422 il numero complessivo di segnalazioni che la PA ha trasmesso (dal 2007 al 30 settembre 2021). Le comunicazioni della PA hanno registrato un picco nel 2017 (70 comunicazioni) e nel 2021 (106 comunicazioni). Nell'arco temporale 2017-30 settembre 2021, è, quindi, pervenuto il 74% di quanto complessivamente trasmesso dal comparto. Analogamente a quanto osservato per le iscrizioni al portale Infostat-UIF, l'incremento si registra nel

Dal punto di vista della *qualità*, ovvero l'idoneità della comunicazione ad intercettare *effettivamente* operazioni di riciclaggio (come può evidenziare, ad esempio l'esito delle analisi condotte dalla UIF e/o l'interesse da parte degli organi investigativi), i dati sembrano, *prima facie*, incoraggianti. Tuttavia, va rilevato che molte comunicazioni sono *reactive*, ovvero trasmesse alla UIF a seguito della notizia di indagini penali a carico dei soggetti segnalati. Di conseguenza, nonostante l'apparente rilevanza, l'effettivo apporto informativo di gran parte delle comunicazioni risulta limitato alla mera condivisione (con la UIF) della presenza, tra le controparti dell'ufficio pubblico, di soggetti di interesse dell'autorità giudiziaria e/o coinvolti in accertamenti investigativi.

Al netto di queste comunicazioni, la percentuale delle comunicazioni di *reale* interesse investigativo si attesta su livelli decisamente inferiori, sebbene non del tutto irrilevanti (26%). Altro elemento significativo è la *tempestività* della comunicazione, *i.e.*, la velocità di reazione della comunicazione, evidenziata dal ritardo tra la sua trasmissione e la richiesta/esecuzione dell'operazione. Nonostante, infatti, non esistano disposizioni normative relative alla velocità di trasmissione delle comunicazioni, è chiaro che tempi di inoltro eccessivamente dilatati compromettano l'effettività del sistema di prevenzione. La tempistica della comunicazione della PA si attesta su un valore mediano di 147 giorni (tempi decisamente più dilatati rispetto a quelli espressi da altri comparti, ad esempio i 30 giorni registrati dal comparto banche e poste), ma – ancora una volta – con valori estremi molto significativi. Si rivela, infatti, che nel 15% dei casi, la trasmissione della comunicazione è avvenuta addirittura oltre 1.000 giorni dal compimento dell'operazione.

In merito a un'(eventuale?) Autorità di vigilanza antiriciclaggio specifica per la PA, va rilevato che l'ultimo Piano Nazionale Anticorruzione (*breviter*, PNA) dell'ANAC (dicembre 2022) esplicitamente include, per la prima volta, il riciclaggio tra i rischi che i vari pubblici uffici devono includere nei relativi Piani triennali di prevenzione della corru-

2018, ma da ultimo (2020-2021) il flusso segnaletico è sensibilmente cresciuto anche in conseguenza dell'ingente mole di risorse pubbliche a sostegno dell'economia in risposta all'emergenza sanitaria, profilo che lascerebbe presagire un ulteriore incremento allorché, al passaggio alla fase operativa del PNRR, si affianchi una più decisa collaborazione da parte dei pubblici uffici in ottica antiriciclaggio. Tuttavia, si registra una significativa difformità quantitativa delle comunicazioni inoltrate dai singoli segnalanti: il numero delle comunicazioni trasmesse si polarizza, infatti, in capo a uno o due enti, la cui attività segnaletica è sensibilmente superiore rispetto a quella media di tutti gli altri enti omologhi.

zione⁶⁹. Non è questa l'occasione di entrare nel merito delle assonanze tra il rischio riciclaggio e quello anticorruzione e la relativa possibilità (*rectius, opportunità?*) di integrare i rispettivi sistemi di prevenzione, considerazioni che seppur rilevanti esulano dall'obiettivo del presente contributo⁷⁰. Ciò che invece, si vuole sottolineare è che, poiché la 1.

⁶⁹ In particolare, il nuovo PNA identifica, quale ambito di gestione “congiunta” dei due rischi, l’identificazione del titolare effettivo (per la cui definizione, lo stesso PNA rinvia alle disposizioni del d.lgs. n. 231/2007) delle società che concorrono ad appalti pubblici.

⁷⁰ Tuttavia, si ritiene utile – anche in questa sede – dar conto del fatto che, *in termini di effettività* (o di ricerca della stessa), il nuovo PNA si presenta come un’interessante occasione di verifica della sua efficacia sostanziale. Le disposizioni del nuovo PNA, infatti, se realmente efficaci, dovranno portare a una più effettiva collaborazione della PA in ottica antiriciclaggio. Tuttavia risulterebbe significativo anche il caso contrario (ovvero quella di una continua “manchevole” collaborazione dei pubblici uffici in ottica antiriciclaggio), in quanto la sostanziale inefficacia dei piani triennali *in ottica antiriciclaggio* renderebbe lecito dubitare della loro reale effettività anche *in ottica anticorruzione*, evidenziando, quindi, la necessità di estendere la riflessione sull’effettività anche del sistema anticorruzione. Sul punto, è infatti, utile constatare che, nonostante la grande attenzione riservata negli ultimi anni alla lotta alla corruzione, l’implementazione dei relativi piani da parte delle PA non sempre si è rivelata efficace come ci si sarebbe aspettato dalla rilevanza (anche mediatica) dedicata alla necessità di una performante azione di contrasto. In particolare, la stessa ANAC ha condannato la prassi per cui i piani anticorruzione sono adottati in modo eccessivamente burocratico, secondo una riproduzione formalistica di quanto indicato nel PNA, senza un’adeguata mappatura dei rischi effettivi derivanti dalle peculiarità (operative, geografiche, etc.) dei singoli uffici, perdendo, quindi, di realistica e concreta efficacia. Al contrario, l’obiettivo che tali piani avrebbero dovuto perseguire (art. 1, comma 9, l. n. 190/2012) era quello della predisposizione di misure aderenti al contesto di riferimento, mediante l’individuazione delle attività e delle aree maggiormente esposte al rischio, anche potenzialmente distinte da quelle segnalate in via generale nel PNA, predisponendo misure di contrasto e di monitoraggio specifiche, valorizzando le logiche di differenziazione in relazione alle esigenze della singola amministrazione. Sul punto si rimanda al *Rapporto sullo stato di attuazione e la qualità dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche 2017-2019*, disponibile sul sito istituzionale dell’ANAC, nel quale si insiste sulla scarsa qualità dei piani triennali connessa alla mancata (o comunque, insufficiente) differenziazione degli indirizzi in base alle diverse specificità e caratteristiche delle amministrazioni («La complessità dell’analisi, unita alla carenza di competenze specifiche interne per la sua realizzazione, lo scarso coinvolgimento della struttura organizzativa e la propensione all’adempimento formale delle amministrazioni, sembrerebbero le cause sottostanti l’inadeguatezza della mappatura dei processi contenuta all’interno dei PTPC analizzati»), 8. Sulle assonanze e dissonanze tra antiriciclaggio e anticorruzione, sia consentito rinviare a C. NICOLOSI, *Anticorruzione e antiriciclaggio*, cit.

190/2012 conferisce all'ANAC poteri di vigilanza (art. 1, comma 2, lett. f) sull'effettiva applicazione ed efficacia delle misure preventive adottate dalle PA, non può essere escluso che l'inclusione del rischio riciclaggio nell'ultimo PNA possa segnare – in futuro – l'avvio di una specifica azione di vigilanza dell'ANAC anche in tema antiriciclaggio⁷¹.

6. Il nuovo pacchetto antiriciclaggio europeo: cosa (potrebbe) cambia(re).

Tratteggiato il contesto normativo *attuale*, è altresì opportuno valutare se e in che modo esso verrà modificato dal già menzionato pacchetto antiriciclaggio europeo, emanato il 31 maggio del 2024. La prima novità di cui occorre dar conto è, certamente, la prossima istituzione dell'*Anti-money laundering authority (breviter, AMLA)* che, ai sensi dell'art 107 del relativo Regolamento istitutivo, sarà pienamente operativa a partire dal 31 dicembre 2025⁷². All'AMLA saranno affidati pluri-mi fasci di funzioni.

In primis, la nuova Autorità europea avrà il compito di facilitare lo scambio di informazioni tra le varie Autorità degli Stati membri⁷³. In

⁷¹ In proposito, si segnala anche che all'ANAC è affidata un'inedita funzione di «vigilanza collaborativa» la cui estensione anche all'ambito dell'antiriciclaggio potrebbe – presumibilmente – contribuire alla comprensione (prima ancora della segnalazione) del fenomeno del riciclaggio da parte delle PA. La disposizione era già prevista dal previgente Codice dei contratti pubblici, art. 213, comma 3, lettera h), d.lgs. n. 50/2016, e “riconfermata” anche nel vigente Codice, art. 222, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, il quale (in continuità con la disposizione precedente) prevede che per affidamenti di particolare interesse, l'ANAC possa svolgere, previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, attività finalizzate a sostenerle nella predisposizione degli atti, nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara e nella fase di esecuzione del contratto. In argomento si rimanda alla Delibera ANAC del 20 giugno 2023, n. 269, *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici*. Si rimanda altresì (sebbene precedenti all'emanazione del vigente d.lgs. n. 36/2023) a E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e supporto alle stazioni appaltanti. La funzione «pedagogica» dell'ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 151; F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 805, 826 ss.

⁷² Specificatamente sull'AMLA, si rimanda al contributo di A. MAGLIARI, contenuto nel presente volume.

⁷³ Il miglioramento della cooperazione (incluso lo scambio di informazioni tra FIUs europee è invero un aspetto cruciale alla base della scelta di “europeizzare” la

particolare, l'AMLA avrà il compito di: monitorare il rischio riciclaggio nel mercato interno; istituire una banca dati centrale, e coordinare le FIUs e le Autorità di vigilanza del settore finanziario negli Stati membri⁷⁴. Nell'assolvimento di tali compiti – per lo più, appunto, di coordinamento – l'AMLA “prende in prestito”, dal sistema di vigilanza unico – con cui è stata precedentemente “europeizzata” la funzione di vigilanza bancaria⁷⁵ – alcune significative novità già adottate in quel contesto; in particolare: il potere di applicare il diritto nazionale di recepimento del diritto UE⁷⁶, e il potere di avocazione, seppure – sembrerebbe – in una versione più “timida” di quanto previsto nell'ambito della vigilanza⁷⁷.

funzione antiriciclaggio. La Commissione, infatti, aveva più volte rimarcato la sostanziale inadeguatezza delle FIUs come snodi del flusso informativo a fini antiriciclaggio, nonché l'incapacità di collaborare in modo adeguato con gli altri “partecipanti” al sistema di prevenzione. Si veda, Commissione UE, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council assessing the framework for cooperation between Financial Intelligence Units*, Bruxelles, 24 luglio 2019, COM(2019) 371 final; Commissione UE, *Commission staff working document on improving cooperation between EU Financial Intelligence units*, Bruxelles, 26 giugno 2017, SWD(2017). Sul punto, sia anche consentito rinviare a C. Nicolosi, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit., spec. 327 ss.

⁷⁴ Reg. istitutivo AMLA, art. 5(1).

⁷⁵ *Supra*, nota 25.

⁷⁶ Reg. istitutivo AMLA, art. 5(6) («Ai fini dell'assolvimento dei compiti che le sono attribuiti dal presente regolamento, l'Autorità applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il diritto dell'Unione applicabile sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, l'Autorità applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni»).

⁷⁷ Reg. istitutivo AMLA, art. 5(3), lett. c) («L'Autorità svolge i compiti seguenti nei confronti dei supervisori del settore finanziario: ... c) adotta, in risposta a una richiesta dei supervisori del settore finanziario affinché assuma la supervisione diretta o di propria iniziativa, misure adeguate in circostanze eccezionali che richiedono l'intervento dell'Autorità e relative alla conformità o all'esposizione al rischio dei soggetti obbligati non selezionati»). Cfr., Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, art. 6(5) lett. b) («allorché necessario per garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati, la BCE può decidere in qualsiasi momento, di propria iniziativa dopo essersi consultata con le autorità nazionali competenti o su richiesta di un'autorità nazionale competente, di esercitare direttamente tutti i pertinenti poteri per uno o più

Nonostante tali novità, questo primo fascio di funzioni colloca l'AMLA nel “solco tradizionale” delle agenzie europee, rendendo questa prima “europeizzazione” dell’antiriciclaggio significativamente meno “innovativa” rispetto al precedente affidamento alla Banca centrale europea (*breviter*, BCE) della funzione di vigilanza bancaria. L'AMLA, quindi, non appare (almeno allo stato attuale) idonea a divenire – per così dire – “la BCE dell’antiriciclaggio” e la ragione va probabilmente rintracciata proprio nella diversa base giuridica a fondamento delle “europeizzazioni” delle funzioni di vigilanza e antiriciclaggio.

Come noto, infatti, la BCE è un’«istituzione» europea, e le funzioni di vigilanza bancaria sono state affidate ad essa sulla base dell’art 127(6) TFUE che sancisce la possibilità di «affidare alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie». L'AMLA invece, essendo stata istituita – analogamente alle tradizionali agenzie europee – ai sensi dell’art 114 TFUE per il «ravvicinamento delle disposizioni nazionali che hanno per oggetto l’instaurazione ed il funzionamento del mercato interno», reca con sé i limiti all’esercizio del relativo potere discrezionale imposti dalla c.d. dottrina Meroni che, per quanto “ammorbidita” dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia⁷⁸, non sembra (ancora) in grado di far comodamente “fuoruscire” i poteri dell'AMLA da quelli – più o meno tradizionali – delle agenzie europee. In altre parole, nonostante talune significative novità, l'AMLA sembra collocarsi (ancora) nello schema tipico (sebbene innovato) del processo di *agencification* europeo, basato fondamentalmente

enti creditizi ..., ivi compreso il caso in cui è stata richiesta o ricevuta indirettamente l’assistenza finanziaria dal FESF o dal MES»).

⁷⁸ Si fa specificatamente riferimento alla sentenza della Corte Giust. UE, Grande Sezione, 22 gennaio 2014, C-270/12, *Regno Unito v. Parlamento*, c.d. caso vendite allo scoperto. In dottrina sull’eventuale (ri)definizione della dottrina Meroni, M. SIMONCINI, *Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell’UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria*, in AA. Vv., Atti del convegno *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, ora in *Nomos: le attualità nel diritto*; D. Foà, *I poteri di vigilanza dell’EBA nell’ambito del Regolamento MiCA. Una nuova “breccia” nella dottrina Meroni?*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2024; M. CHAMON, *The Empowerment of Agencies under the Meroni Doctrine and Article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v Parliament and Council (Short-selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism*, in *European Law Review*, vol. 39, 2014, 3, 380. Sia anche consentito rinviare a C. NICOLOSI, *Agencification ed equilibrio istituzionale europeo: brevi considerazioni sul “meccanismo di risoluzione unico”*, in *Federalismi.it*, 2017, 3.

sulla centralizzazione – sul piano nazionale – delle prerogative amministrative, e che, quindi presuppone capacità e qualità delle Autorità domestiche⁷⁹.

Un secondo fascio di funzioni affida all'AMLA compiti di vigilanza diretta, a fini antiriciclaggio, su un massimo di 40 enti creditizi e/o finanziari – c.d. soggetti obbligati selezionati – nei confronti dei quali, L'AMLA, in particolare, valuterà l'insieme delle politiche, delle procedure e dei controlli interni predisposti; potrà imporre obblighi specifici; applicare misure amministrative e irrogare sanzioni⁸⁰. Senza voler sminuire eccessivamente la rilevanza di tale vigilanza diretta, essa si rivela (almeno allo stato attuale) significativamente limitata, sia per il numero di operatori coinvolti (40 in tutta l'UE!), sia per la limitazione al “tradizionale” settore creditizio e finanziario.

Invero, ai fini del discorso sin qui portato avanti, le novità più rilevanti si rinvengono nei compiti affidati all'AMLA sul settore non finanziario, o – più precisamente – nei confronti delle Autorità di vigilanza nazionali sul settore non finanziario (che come sin qui esposto, allo stato attuale non sempre esistono). A tal proposito il resto del pacchetto antiriciclaggio europeo – specificatamente la Direttiva n. 2024/1640 – prevede che: (i) «[c]iascuno Stato membro nomina uno o più supervisori [antiriciclaggio] affinché *tutti i soggetti obbligati* stabiliti nel suo territorio ... siano sottoposti a un'adeguata ed efficace supervisione. A tal fine *ciascuno Stato membro nomina uno o più supervisori* incaricati di monitorare efficacemente l'osservanza, e di adottare le misure necessarie per garantirla, da parte dei soggetti obbligati...»⁸¹; (ii) «...gli Stati membri provvedono affinché i supervisori nazionali ... verific[hino] l'adeguatezza e l'attuazione delle politiche, delle procedure e dei controlli interni dei soggetti obbligati ..., nonché l'adeguatezza delle risorse umane assegnate allo svolgimento dei compiti [antiriciclaggio]...»⁸²; e (iii) la nomina del supervisore nazionale è prevista anche per la cate-

⁷⁹ Sul processo di *agencification*, E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002. In generale, sullo sviluppo dei modi di azione delle amministrazioni europee, ID, *L'evoluzione del sistema amministrativo europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 6, 681; C. FRANCHINI, *Le fasi e i caratteri del processo evolutivo dell'organizzazione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 2, 375; E. CHITI - C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

⁸⁰ Reg. istitutivo AMLA, art. 5(2).

⁸¹ Art. 37(1) (enfasi aggiunta).

⁸² Art. 37(5), lett. c).

goria dei «professionisti» già vigilati dai rispettivi organi di autoregolamentazione; in questo caso sarà, infatti, necessario designare un'autorità pubblica di supervisione antiriciclaggio che vigili sulle attività degli organi di autoregolamentazione⁸³.

Una volta istituiti tali «supervisori nazionali» che assicurino la vigilanza antiriciclaggio su «tutti i soggetti obbligati», l'AMLA svolgerà specifici compiti (invero, non particolarmente incisivi) nei confronti delle Autorità del settore non finanziario, tra cui: (i) indagare su potenziali violazioni e/o sulla mancata applicazione del diritto UE da parte delle Autorità nazionali sul settore non finanziario; (ii) formulare raccomandazioni su come sanare le violazioni individuate e (iii) segnalare le misure da adottare per rimediare o attenuare gli effetti della violazione⁸⁴.

Appare necessario rilevare – criticamente – che le disposizioni europee relative al settore non finanziario (inclusa la designazione di una specifica Autorità di vigilanza) non sembrano potersi applicare alla PA, in quanto essa non è designata quale soggetto destinatario di obblighi antiriciclaggio né ai sensi della normativa europea, né ai sensi di quella italiana (in cui, come detto, la PA rientra “solo” come destinatario *ad hoc*).

Tuttavia, relativamente al “restante” settore non finanziario, il combinato disposto delle previsioni in merito – da una parte – alla nomina di supervisori nazionali (anche non finanziari), e – dall’altra – ai compiti di supervisione che l'AMLA eserciterà sul settore non finanziario, *potrebbe* fungere da “pungolo” per l’istituzione di Autorità nazionali antiriciclaggio che vigilino effettivamente ed efficacemente su *tutti* i destinatari della normativa, anche su quelli operativi nel settore non finanziario (e attualmente “orfani” di Autorità di vigilanza specifiche).

Il condizionale è quanto mai d’obbligo in quanto trattasi di una direttiva, i cui precisi contorni saranno definiti solo in sede di recepimento, previsto in tempi non troppo brevi (entro il 10 luglio 2027). Cionondimeno, qualora davvero si arrivasse a istituire una siffatta rete di controlli e/o di Autorità di vigilanza, si arriverebbe, presumibilmente, a una “svolta” del sistema antiriciclaggio in direzione meno “bancocentrica” e (sempre presumibilmente) di maggiore effettività.

Nel frattempo, *the guardians remain unwatched!*

⁸³ Considerando 100.

⁸⁴ Reg. istitutivo AMLA, art. 5(4), lett. c).

Il sistema di supervisione antiriciclaggio nel prisma dell'integrazione amministrativa europea

di *Andrea Magliari*

SOMMARIO: 1. Introduzione: «in principio sono *le crisi*»; – 2. I “modelli” dell’integrazione amministrativa europea tra *path dependency* e differenziazione; – 3. L’Autorità europea per la lotta al riciclaggio e il sistema AML/CFT: i *macro*-fattori strutturali e funzionali; – 3.1. La creazione di una nuova autorità in luogo dell’estensione del mandato della BCE o dell’EBA; – 3.2. L’AMLA come autorità di vigilanza indipendente; – 3.3. Il parziale accentramento della funzione e il sistema europeo di supervisione AML/CFT; – 4. Il sistema di supervisione AML/CFT e il Meccanismo unico di vigilanza: analogie e differenze; – 5. Alcune criticità del sistema AML/CFT tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione.

1. Introduzione: «in principio sono *le crisi*»

Per chi guarda con attenzione e interesse agli sviluppi dell’integrazione amministrativa europea, il reg. UE n. 2024/1620 istitutivo dell’Autorità europea per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (AMLA)¹ rappresenta senza dubbio un nuovo e fecondo campo di indagine. Al di là delle numerose implicazioni settoriali e di dettaglio, esso offre un’ulteriore occasione per riflettere sulle forme e sui modi attraverso cui il diritto dell’Unione procede al graduale accentramento delle funzioni amministrative di regolazione e di vigilanza all’interno dello spazio giuridico europeo.

Il reg. UE n. 2024/1620 (d’ora in avanti, per brevità, anche “regolamento AMLA”) si situa all’interno di un più ampio pacchetto di ri-

¹ Reg. UE n. 2024/1620 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 maggio 2024 che istituisce l’Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo e che modifica i regg. UE nn. 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010.

forme² volto, d'un lato, a definire un quadro più stringente e uniforme di regole sostanziali in materia di contrasto al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo (nell'acronimo inglese AML/CFT) e, dall'altro, a rafforzare la vigilanza sul rispetto di tali regole attraverso il superamento di un assetto istituzionale fondato sulla mera armonizzazione delle discipline nazionali e sulla esclusiva attribuzione della funzione di vigilanza in capo alle autorità nazionali.

A muovere il legislatore europeo nel senso appena indicato è stata la constatazione del progressivo aumento delle attività finanziarie sospette e dei casi di riciclaggio e *cyber*-riciclaggio all'interno del mercato unico europeo³. La sempre più ampia libertà di circolazione dei capitali, unita alla debolezza e alla frammentazione del quadro regolatorio, hanno invero favorito l'utilizzo del circuito bancario-finanziario per operazioni di ripulitura di denaro di provenienza illecita, determinando una diffusa preoccupazione per l'integrità dei mercati e la stabilità finanziaria. A destare ulteriore preoccupazione sono stati i diversi provvedimenti di revoca della licenza bancaria adottati negli scorsi anni dalla BCE, a seguito dell'accertamento di gravi violazioni della disciplina antiriciclaggio da parte di enti creditizi dell'Eurozona⁴; infine, particolare allarme

² Per una prima analisi del tema, soprattutto, C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, Milano, 2023, spec. 306 ss.; T. FAVARO, *La torsione “acentratrice” della vigilanza antiriciclaggio: verso un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. bancario*, 2021, 1, 163; A. URBANI, *Verso la centralizzazione della supervisione antiriciclaggio?*, in *Riv. trim. dir. econom.*, suppl. al n. 1/2022, 172; V. DE FALCO, *La rete europea nel contrasto al riciclaggio di denaro. Le ragioni di una complessità*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 2022, 2, 249.

³ Come si evince, ad esempio, dal rapporto Europol, *From suspicion to action: Converting financial intelligence into greater operational impact*, 2017 o dal successivo rapporto Europol, *Speculazione pandemica: come i criminali sfruttano la crisi provocata dalla Covid-19*, 2020; nonché dalla Relazione speciale della Corte dei conti UE, *Gli sforzi dell'UE per contrastare il riciclaggio di denaro nel settore bancario sono frammentari e l'attuazione è insufficiente*, n. 13, luglio 2021. In dottrina, B. VOGEL, *Reinventing EU Anti-Money Laundering: Towards a Holistic Legal Framework*, in B. VOGEL - J.B. MAILLART (eds.), *National and International Anti Money Laundering Law*, Cambridge, 2020, 890; nonché A. URBANI, *Verso la centralizzazione della supervisione antiriciclaggio?*, cit., 173, ove si sottolinea la «duplice tendenza della criminalità da un lato ad assumere connotati sempre più transnazionali, dall'altro a sfruttare ai propri fini l'evoluzione tecnologica, costringendo quindi sia i regolatori che gli investigatori necessariamente a “inseguire” fenomeni nuovi: basti soltanto pensare alle sfide poste dalle criptoattività».

⁴ Si vedano, in particolare, i casi che hanno riguardato l'istituto di credito estone *Versobank* (su cui Trib. UE, 6 ottobre 2021, T-351/18 e T-584/18; Corte giust. UE,

ha destato la vicenda che, traendo origine proprio da alcune segnalazioni di omessa vigilanza su presunte attività di riciclaggio da parte delle autorità nazionali, ha contribuito a mettere in luce le gravi carenze della struttura di *governance* dell’Autorità bancaria europea (secondo il più diffuso acronimo inglese, EBA) e del sistema di vigilanza AML/CFT⁵.

Sono allora ancora una volta i fallimenti del mercato, amplificati dai fallimenti della regolazione, a innescare processi incrementali di *europeizzazione* delle regole e della loro attuazione in via amministrativa. Secondo un andamento ricorsivo, alle crisi sistemiche (in quanto capaci di propagarsi in altri ambiti settoriali e in tutto il mercato unico) l’Unione risponde uniformando la disciplina sostanziale e accentrandola la funzione di vigilanza nelle mani di organismi sovranazionali. È in fondo il metodo funzionalista, prefigurato dai padri fondatori, che alimenta un continuo effetto *spill over* e impone un progressivo ampliamento (orizzontale) dell’azione sovranazionale, in uno con l’approfondimento (verticale) delle sue tecniche di intervento. In quest’ottica – e non senza destare qualche perplessità – la centralizzazione delle competenze a livello europeo viene presentata, anche sotto il profilo del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, come l’unica risposta capace di colmare il disallineamento tra la progredita integrazione (economica) del mercato e l’assetto frammentato e disomogeneo della regolazione (giuridica) dei suoi possibili fallimenti.

Non pare perciò azzardato affermare che, nel peculiare modo di procedere dell’integrazione europea, «in principio sono le *crisi*»⁶: sono esse a dare avvio ai più significativi movimenti di riforma, a definirne

7 settembre 2023, C-803/21 P), la banca austriaca *Anglo Austrian Bank* (su cui Trib. UE, 22 giugno 2022, T-797/19; Corte giust. UE, 12 settembre 2024, C-579/22 P) e l’ente creditizio maltese *Pilatus Bank* (su cui Trib. UE, 2 febbraio 2022, T-27/19; Corte giust. UE, 8 febbraio 2024, C-256/22 P). Per un approfondimento sul punto, si v. L. MONGIELLO, in questo *Volume*.

⁵ Su tale vicenda si legga la *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione di recenti presunti casi di riciclaggio di denaro concernenti enti creditizi dell’UE del 2019*, oltre alla citata relazione della Corte dei conti UE, *Gli sforzi dell’UE per contrastare il riciclaggio di denaro*, cit., punto 78.

⁶ L’espressione qui impiegata trae evidentemente spunto dal noto insegnamento di M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in ID., *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, 719 ss., secondo il quale sono le funzioni a influenzare in modo determinante l’assetto organizzativo e strutturale della macchina amministrativa. Sulle crisi come motore dell’integrazione europea, S. CASSESE, *L’Europa vive di crisi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 779; Y. MÉNY, «*It’s Politics, Stupid!»: The hollowing out of Politics in Europe – and its Return, with a Vengeance*, in *Stato e mercato*, 2015, 3.

il senso e le traiettorie e, in definitiva, a imprimere le principali accelerazioni al processo “federativo” europeo. Nella prospettiva che qui maggiormente rileva sono invero i fallimenti sistemici di un mercato unico sempre più finanziarizzato⁷ a sollecitare risposte istituzionali che, facendosi largo tra gli stretti spazi consentiti dai Trattati, mirano a realizzare la massima uniformità delle regole e della loro attuazione in via amministrativa anche nel campo della lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

Muovendo da queste brevi considerazioni preliminari, il presente contributo si propone di esaminare il reg. UE 2024/1620, istitutivo dell’Autorità europea per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (AMLA) e del sistema di supervisione AML/CFT, al fine di fornire una prima – e forse parziale – risposta ai seguenti interrogativi. Posto l’obiettivo di assicurare una più efficace ed uniforme supervisione del rischio antiriciclaggio a livello europeo, in che modo l’Unione ha inteso realizzare l’accentramento della funzione? È possibile rinvenire qualche analogia tra il nuovo sistema di supervisione AML/CFT e altre figure organizzative dell’integrazione amministrativa europea? E, infine, quali criticità emergono da tale assetto?

Per rispondere a tali quesiti conviene premettere qualche rapida considerazione in merito ad alcune costanti che innervano i processi di accentramento delle funzioni amministrative a livello europeo (par. 2), per poi procedere a una sintetica ricostruzione dei principali elementi strutturali e funzionali che caratterizzano la nuova Autorità e il nuovo sistema di supervisione AML/CFT (par. 3). Alla luce di ciò – e con la necessaria avvertenza che trattasi di un’analisi ancora *in vitro*, prima della piena operatività del sistema⁸ – si tenterà di fornire una risposta agli interrogativi sollevati poc’anzi evidenziando analogie e differenze con altre figure dell’integrazione amministrativa europea (par. 4), e individuando alcune tra le principali criticità che caratterizzano il sistema di supervisione congegnato dal regolamento AMLA (par. 5).

⁷ Sulla finanziarizzazione dell’economia si legga, per tutti, la lucida analisi di L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011.

⁸ Stando a quanto riportato nel sito istituzionale dell’AMLA, quest’ultima sarà pienamente operativa, con assunzione di tutte le funzioni di supervisione, ivi inclusa quella diretta, solamente a partire dal 1° gennaio 2028.

2. I “modelli” dell’integrazione amministrativa europea tra *path dependency* e differenziazione

Gli interrogativi che animano questa indagine sembrano presupporre una assunzione di fondo, ossia che l’amministrazione europea sia “scomponibile” e “classificabile” in diversi *modelli* di integrazione, in figure organizzative agevolmente identificabili, connotate – ciascuna – dalla ricorrenza di alcuni elementi propri e peculiari. Eppure, guardando alla sempre più complessa realtà dell’amministrazione sovranazionale, non si può fare a meno di constatare come, attorno a una Commissione europea divenuta ormai il vero “baricentro” esecutivo dell’Unione, graviti una pluralità difficilmente ordinabile di autorità di diversa natura, investite di compiti eterogenei, che intrattengono con le omologhe amministrazioni nazionali rapporti organizzativi e funzionali di vario tipo e intensità. È la amministrazione europea «in briciole»⁹ descritta da molti e autorevoli commentatori; e si tratta, a ben vedere, di un dato ormai comune a tante esperienze nazionali ad amministrazione «disaggregata»¹⁰.

Nell’ordinamento giuridico europeo, d’altronde, i processi di messa in comune e accentramento della funzione risultano sovente l’esito della variabile combinazione di due dinamiche, tra loro antitetiche. Per un verso, l’Unione tende a riprodurre i modelli organizzativi e gli strumenti giuridici già utilmente sperimentati in altri ambiti settoriali (c.d. *path dependency*)¹¹). Per altro verso, alla volontà di seguire strade già battute si contrappone la necessità di tenere conto, caso per caso, di una serie di fattori “singolari”, che richiedono l’adozione di soluzioni *ad hoc*¹². Al di là del tema delle competenze di attribuzione – questione

⁹ L’espressione è tratta da F. DUPUY - J.-C. THOENIG, *L’Administration en miettes*, Paris, 1985. Mettono in luce il carattere frammentato e policentrico dell’amministrazione europea, *ex multis*, S. CASSESE, *L’Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 987; E. CHITI - C. FRANCHINI, *L’integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, 2017, spec. 173 ss.; A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L’integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Roma, 2018.

¹⁰ Per tutti, S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 471.

¹¹ K. DOPFER, *Toward a Theory of Economic Institutions: Synergies and Path Dependency*, in *Journal Ec. Issues*, 1991, 535.

¹² Sull’ordinamento comunitario come “adhocrazia”, S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 292.

che, nella prassi, risulta spesso superata dal largo ricorso all'art. 114 TFUE – si tratta, per lo più, di fattori metagiuridici, che riguardano i necessari e contingenti compromessi politici tra gli Stati, le specificità tecniche del settore oggetto di regolazione, i mezzi e le capacità concreteamente disponibili a livello sovranazionale, le pressioni provenienti dai mercati, nonché – più in generale – il contesto politico-economico di riferimento.

L'incontro di tali due tendenze spiega in buona sostanza il perché il diritto amministrativo europeo, pur utilizzando strumenti e figure organizzative che a mano a mano tendono a stabilizzarsi (i comitati, le agenzie, le reti, i sistemi amministrativi comuni, ecc.), finisce inmaneabilmente per dare vita a unioni amministrative settoriali estremamente variegate, ciascuna caratterizzata da un differente dosaggio dell'elemento sovranazionale e di quello nazionale, e dal ricorso a diverse tecniche di integrazione e coordinamento amministrativo¹³: nell'ordinamento europeo non esistono figure organizzative identiche; al punto che, nell'analisi delle singole esperienze settoriali, si ha la netta impressione di non bagnarsi mai nello stesso fiume.

Sebbene ciò crei un certo spaesamento nell'interprete, sembra nondimeno opportuno rifuggire tanto da un approccio che rinunci a priori a proporre una sistemazione concettuale delle molteplici realtà settoriali, quanto da un atteggiamento forzatamente classificatorio che tenti di inquadrare all'interno di modelli rigidi e predeterminati le eterogenee figure organizzative volta per volta elaborate dal legislatore. Se, cioè, la tassonomia tradizionale dei modelli di integrazione amministrazione europea (amministrazione diretta, indiretta, co-amministrazione) sembra ormai dispiegare un'efficacia euristica piuttosto limitata, si deve nondimeno constatare come, procedendo oltre le numerose e pur rilevanti micro-variazioni settoriali, sia possibile scorgere, in ciascuna “figura” dell'integrazione amministrativa europea, alcuni macro-fattori dotati di una autonoma rilevanza sistematica, elementi – cioè – capaci di incidere direttamente sulla natura e sulla conformazione dei poteri

¹³ L'espressione è di L. DE LUCIA, *Cooperazione e conflitto nell'unione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 13; Id., *Strumenti di cooperazione per l'esecuzione del diritto europeo*, in L. DE LUCIA - B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 186. In tema, più di recente, F. GIGLIONI, *La composizione dei sistemi amministrativi comuni*, in S. DEL GATTO - G. VESPERINI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2024, 159 ss.

attribuiti all'amministrazione sovranazionale, sul suo rapporto con gli organi politici, sul grado di accentramento della funzione e sul bilanciamento tra interesse sovranazionale e interessi nazionali realizzato a livello organizzativo e funzionale.

3. L'Autorità europea per la lotta al riciclaggio e il sistema AML/CFT: i macro-fattori strutturali e funzionali

Alle considerazioni poc'anzi svolte non pare sottrarsi la nuova Autorità europea per la lotta al riciclaggio e il connesso sistema integrato di supervisione AML/CFT. Già da una prima lettura, il regolamento istitutivo rivela, oltre ad alcuni profili originali e innovativi, anche numerose assonanze con altre e più recenti figure dell'integrazione amministrativa europea. Conviene, del resto, sin da subito precisare che la volontà delle istituzioni europee di ricalcare modelli preesistenti risultava già dal Piano d'azione della Commissione europea del 2020, in cui si suggeriva di prendere «esempio dalle riforme introdotte nel campo della regolamentazione e della vigilanza bancaria prudenziale», al fine di introdurre un sistema di vigilanza di elevata qualità, «basato su un *corpus* normativo armonizzato e su un organismo di vigilanza a livello dell'UE che operi in stretta cooperazione con le autorità nazionali competenti»¹⁴.

Nell'impossibilità di effettuare in questa sede un'analisi granulare del regolamento AMLA, ci si limiterà a mettere in evidenza alcuni di quei *macro-fattori* strutturali e funzionali che, nella prospettiva metodologica indicata in precedenza, ci paiono maggiormente in grado di definire le coordinate essenziali del nuovo sistema europeo di vigilanza antiriciclaggio, proiettandole nel quadro delle molteplici forme ed esperienze che attualmente costellano il diritto amministrativo dell'integrazione europea.

3.1. La creazione di una nuova autorità in luogo dell'estensione del mandato della BCE o dell'EBA

Si è osservato che l'accentramento della funzione determinata dal regolamento AMLA trova la sua principale ragion d'essere nella neces-

¹⁴ Comunicazione della Commissione europea contenente un *Piano d'azione per una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo* (2020/C 164/06).

sità di correggere le numerose carenze e divergenze riscontrate nelle modalità di applicazione della disciplina antiriciclaggio da parte delle autorità nazionali. Tra le diverse opzioni astrattamente percorribili, la soluzione prefigurata dalla Commissione europea – poi avallata dal Parlamento europeo e, infine, recepita nel regolamento AMLA – è stata quella di istituire una nuova agenzia europea e di attribuirle una serie di compiti e poteri di vigilanza, sulla scorta della clausola di armonizzazione del mercato di cui all'art. 114 TFUE¹⁵. Nonostante il rischio di tempi e costi più elevati, si è perciò preferito dare vita a un nuovo organismo sovranazionale *ad hoc*, anziché ampliare le competenze di autorità europee già operanti nel settore della *governance* finanziaria.

Seppur non esente da talune criticità, si tratta a ben vedere della soluzione più convincente. Si deve, infatti, segnalare come l'ipotesi di ampliare il mandato della BCE nella sua veste di autorità di vigilanza bancaria, includendovi la supervisione AML/CFT¹⁶, non sia mai stata realmente contemplata dalle istituzioni dell'Unione¹⁷. Seppur suggestiva, tale soluzione è probabilmente apparsa contraria alla lettera e allo spirito dell'art. 127(6) TFUE, là dove prevede che alla BCE possano essere attribuiti «compiti specifici in merito alle politiche che riguardano

¹⁵ Sull'art. 114 TFUE come base giuridica per l'istituzione delle agenzie europee e sulla sua interpretazione evolutiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia, *ex multis*, M. CHAMON, *EU Agencies. Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford, 2016, 141; C. TOVO, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, 2016, 142. In senso critico rispetto all'utilizzo dell'art. 114 come base giuridica “bonne à toute faire”, P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Market Supervision in the European Union. Integrated administration in constitutional context*, Leiden, 2015, p. 104 ss.; nonché – se si vuole – A. MAGLIARI, *La proposta di riforma delle Autorità europee di vigilanza finanziaria. Verso un ulteriore accentramento delle funzioni di vigilanza a livello sovranazionale: prospettive e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2018, 429 ss.

¹⁶ In favore di tale opzione si attesta T. FAVARO, *La torsione “accentratrice” della vigilanza antiriciclaggio: verso un nuovo paradigma*, cit., 193, in cui l'A. evidenzia lo stretto legame tra disciplina antiriciclaggio, vigilanza bancaria, stabilità finanziaria e politica monetaria, e ove si mettono in luce le possibili sinergie derivanti dall'attribuzione alla BCE della funzione di supervisione AML/CFT.

¹⁷ D'altronde, come già recitava il considerando 28 del reg. UE n. 1024/2013 (*breviter*, regolamento MUV), «[è] opportuno lasciare alle autorità nazionali i compiti di vigilanza non attribuiti alla BCE, in particolare (...) prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo». La stessa BCE, nel parere CON/2022/4 reso il 16 febbraio 2022, in merito alla proposta di regolamento istitutivo dell'AMLA, ha chiaramente escluso che alla BCE possano essere devoluti compiti di vigilanza AML/CFT.

dano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione». Ammesso (e non concesso) che la supervisione AML/CFT possa essere integralmente ricondotta alla funzione di vigilanza prudenziale¹⁸, sarebbe la espressa menzione della specificità dei compiti attribuibili alla BCE a giustificare un'interpretazione restrittiva dei trattati, in linea con quanto a suo tempo affermato dal Tribunale costituzionale tedesco¹⁹. Ma a impedire una estensione del mandato della BCE nel senso sopra indicato stanno, più probabilmente, due ulteriori considerazioni. Innanzitutto, deve rammentarsi che, anche in veste di autorità di vigilanza prudenziale, la BCE opera fondamentalmente nel quadro dell'Unione economica e monetaria e, dunque, per i soli paesi dell'Eurozona; viceversa, la vigilanza AML/CFT riguarda, nella sua essenza, l'intero mercato unico europeo e il suo corretto funzionamento. Inoltre, sul piano pratico, un forte ostacolo alla devoluzione di nuovi compiti di vigilanza alla BCE è rappresentato dal procedimento legislativo speciale prefigurato dal citato art. 127(6) TFUE, il quale – come noto – richiede una (allo stato assai difficile) approvazione del Consiglio all'unanimità.

L'alternativa concretamente vagliata dalle istituzioni dell'Unione è stata, invece, quella di estendere ulteriormente il mandato attribuito all'EBA in qualità di autorità di regolazione bancaria per tutto il mercato unico. Si ricorderà infatti che, con il reg. UE n. 2019/2175, il legislatore europeo aveva già affidato a quest'ultima «un ruolo guida di coordinamento e monitoraggio nel promuovere l'integrità, la trasparenza e la sicurezza nel sistema finanziario mediante l'adozione di misure volte a prevenire e contrastare il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo»²⁰. Nell'ottica di assicurare una maggiore convergenza delle

¹⁸ Vero è che il rischio AML/CFT assume un rilievo specifico ai fini della vigilanza prudenziale sugli enti creditizi (si pensi, in particolare, allo SREP, alla valutazione sui *Fit and Proper*, ovvero alla revoca dell'autorizzazione creditizia); ciò però non significa affatto che, per come è venuta evolvendosi più recentemente, l'intera disciplina AML/CFT si risolva e si esaurisca nel controllo prudenziale sui rischi assunti dalle istituzioni finanziarie.

¹⁹ BVerfG, sent. 30 luglio 2019 - 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, in cui – con riferimento al regolamento MUV, il Tribunale costituzionale tedesco ha affermato che il principio di attribuzione delle competenze impone una interpretazione restrittiva dell'art. 127(6) TFUE.

²⁰ Art. 9-bis, reg. UE n. 1093/2010 istitutivo dell'EBA, così come modificato dal reg. UE n. 2019/2175, e oggi ulteriormente emendato dal regolamento AMLA. Sul punto, G. LO SCHIAVO, *The Single Supervisory Mechanism (SSM) and the EU*

prassi di vigilanza, all'EBA era stato assegnato il compito di elaborare orientamenti e norme comuni, di prestare assistenza alle autorità competenti, di facilitare lo scambio e la raccolta di informazioni, e di assicurare lo stretto coordinamento con le autorità competenti. Sarebbe stato perciò naturale attendersi un ulteriore rafforzamento del suo mandato, anziché la creazione di una nuova agenzia europea. Eppure, secondo quanto è dato evincere dalla proposta di regolamento avanzata dalla Commissione, a incidere negativamente su tale opzione sarebbero state le significative criticità, da più parti registrate, in merito alla struttura organizzativa dell'EBA e ai suoi processi decisionali, oltre alla mancanza di adeguata esperienza e conoscenza di tale organismo in materia AML/CFT²¹.

L'argomentazione impiegata dalle istituzioni dell'Unione non sembra pienamente convincente, in quanto mette in ombra quella che, a ben vedere, appare la *ratio* più profonda della istituzione di una nuova autorità sovranazionale. Se infatti si può senz'altro concordare con i rilievi critici mossi alla struttura organizzativa dell'EBA (e, segnatamente, all'eccessivo peso attribuito agli interessi nazionali in seno ai procedimenti decisionali), non si vede perché tali profili non avrebbero potuto trovare idonea e definitiva soluzione in sede di modifica del reg. UE n. 1093/2010 e di contestuale attribuzione alla medesima autorità dei nuovi compiti di supervisione antiriciclaggio. Più probabilmente (*rectius*: a voler ricercare una più adeguata e convincente giustificazione), la ragione che ha portato all'istituzione di un'agenzia europea a sé stante, distinta dalle autorità che compongono il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) e dalla BCE, risiede nella constatazione secondo cui il fenomeno da combattere, pur utilizzando in larga misura il circuito bancario-finanziario, non si risolve in esso, ma coinvolge una platea decisamente più ampia ed eterogena di soggetti obbligati. Per

Anti-Money Laundering framework compared: governance, rules, challenges and opportunities, in *Journal of Banking Regulation*, 2022, 23, 91 ss.; nonché, in chiave critica, T. FAVARO, *op. cit.*, 189 ss.

²¹ Si v., in particolare, la posizione espressa dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 10 luglio 2020 in merito una politica integrata in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo (2021/C 371/12) e, nello stesso senso, la proposta di regolamento istitutivo dell'AMLA presentata dalla Commissione europea (COM(2021) 421), in cui si rileva come «gli effetti sinergici sarebbero molto limitati dato che l'ABE non dispone di esperienza nella supervisione diretta di soggetti e dovrebbe sviluppare le competenze pertinenti, non soltanto per il settore finanziario ma anche per quello non finanziario».

come evoluta nel corso degli ultimi anni, la funzione antiriciclaggio si è invero venuta gradualmente a sganciare dalla sola dimensione finanziaria, andando a riguardare l'attività di numerosi soggetti non finanziari, quali ad esempio i notai, gli avvocati, i commercialisti, le società di trasporto e custodia valori, le case da gioco, le agenzie immobiliari, i commercianti d'arte e di cose antiche, nonché i prestatori di servizi di cambio tra valute virtuali e valute legali²². L'aver così separato, anche da un punto di vista organizzativo, la funzione di supervisione AML/CFT dalla vigilanza bancario-finanziaria appare allora funzionale a promuovere il superamento di un sistema normativo incentrato sul riciclaggio bancario-finanziario e, in prospettiva, a guidare la graduale estensione degli obblighi AML/CFT a un novero sempre più ampio di soggetti²³, rispetto ai quali non è apparso né opportuno, né possibile replicare le medesime forme di vigilanza previste invece per gli intermediari finanziari.

D'altronde, non sembra nemmeno che tra la funzione di vigilanza prudenziale e quella di contrasto al riciclaggio vi sia una piena identità di interessi e obiettivi²⁴. Come chiarisce lo stesso regolamento AMLA,

²² Cfr., nel nostro ordinamento, l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina AML/CFT delineato dall'art. 3, d. lgs. 231/2007, ove si distinguono quattro diverse categorie di destinatari (soggetti obbligati): la prima comprende gli intermediari bancari e finanziari tradizionali; la seconda include gli "altri operatori finanziari"; la terza si riferisce ai "professionisti"; la quarta include una serie assai ampia ed eterogenea di operatori non finanziari. Sulle specificità del modello italiano, che include le pubbliche amministrazioni nel sistema di contrasto al riciclaggio, cfr. C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit., spec. 233.

²³ In tal senso appare orientato lo stesso Piano d'azione della Commissione, in precedenza richiamato, in cui si afferma che «i rischi di riciclaggio sono presenti sia all'interno che all'esterno del settore finanziario [...]. Per mettere in atto una vigilanza più efficace sarebbe necessario assegnare a un'autorità di vigilanza dell'UE in materia di AML/CFT un mandato per coprire fin dall'inizio tutte le aree a rischio, riconoscendo la gravità dei rischi incorsi da tutti i settori. Ciò garantirebbe all'autorità di vigilanza dell'UE di disporre fin dall'inizio di tutti gli strumenti necessari per armonizzare le pratiche all'interno dell'UE e garantire un elevato livello di vigilanza in tutti i settori».

²⁴ In questi termini, C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit., spec. 299, secondo la quale l'integrale inclusione della funzione antiriciclaggio all'interno della definizione di vigilanza prudenziale «non appare giustificabile, in quanto, seppur affini e strettamente connesse, le due funzioni rimangono, comunque, distinte». Sulla tradizionale connessione tra vigilanza prudenziale e disciplina antiriciclaggio, cfr. in particolare L. DONATO - D. MASIANDARO, *Criminalità e intermediazione finanziaria*, Roma, 1996; M. CONDEMI, *Uso illecito del sistema finanziario a*

la stabilità finanziaria è solo uno degli interessi pubblici protetti dalla disciplina antiriciclaggio, ma questo convive con altri obiettivi, di diversa natura, quali la tutela della legalità, della concorrenza e dell'integrità del mercato unico²⁵. Il che appare tanto più vero allorché si consideri la tendenza, appena segnalata, a concepire le condotte AML/CFT come un *rischio* riguardante il mercato nel suo insieme, non circoscritto – cioè – al solo rischio finanziario²⁶. Solamente in quest'ottica – che vede nel riciclaggio e nel finanziamento al terrorismo un (autonomo) rischio sistematico per il mercato unico – può invero giustificarsi il graduale ampliamento dei soggetti chiamati ad agire come presidi della legalità del mercato e, insieme, la loro inclusione all'interno del nuovo sistema europeo di supervisione AML/CFT.

3.2. L'AMLA come autorità di vigilanza indipendente

Si è detto che il legislatore dell'Unione ha preferito affidare la nuova funzione a un organismo sovranazionale istituito *ad hoc* e che tale organismo ha la forma giuridica di un'agenzia europea. In questi termini, il regolamento AMLA si pone in continuità con la prassi, ormai consolidata, di istituire soggetti giuridici dotati di autonoma personalità giuridica, distinti dalla Commissione europea, e di attribuire loro compiti e poteri amministrativi di varia natura in vista della corretta attuazione delle politiche dell'Unione. In questo senso, l'istituzione dell'AMLA

scopo di riciclaggio ed effetti monetari dell'attività criminale, in *Bancaria*, 1999, 42 ss.; A. URBANI, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Padova, 2005; nonché, più di recente, T. FAVARO, *La torsione "acentratrice" della vigilanza antiriciclaggio*, cit., *passim*. Sull'obiettivo della stabilità finanziaria nel quadro della vigilanza prudenziale cfr., per tutti, R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2023; ID., *Funzione di vigilanza bancaria e stabilità finanziaria*, in A. MAGLIARI (a cura di), *Il Meccanismo unico di vigilanza: un bilancio dopo i primi dieci anni*, Napoli, 2024, 9 ss.

²⁵ Sulla polivalenza funzionale della disciplina antiriciclaggio, *ex multis*, A. MINTO, *Le "canne al vento" della disciplina antiriciclaggio: brevi riflessioni a margine di alcune disposizioni del d.l. n. 78/2010*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2010, 4, 169; nonché A. URBANI, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, cit., 122.

²⁶ Sulla condivisibile riconduzione della disciplina AML/CFT al diritto del rischio, cfr. C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, cit., spec. 20 e 351, muovendo dall'impostazione teorica elaborata *in primis* da A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, e poi ulteriormente sviluppata da R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, 2020.

si pone senz'altro nel solco del ben noto processo di *agencification* dell'amministrazione europea²⁷.

Eppure, l'AMLA presenta alcuni caratteri specifici che valgono a differenziarla dalle agenzie europee tradizionali e ad avvicinarla ad altri soggetti (definiti, appunto, già sul piano nominalistico, come "Autorità") che popolano la *governance* dei mercati finanziari, ossia alle tre autorità europee che compongono il Sistema europeo di vigilanza sui mercati finanziari (EBA, ESMA ed EIOPA o, congiuntamente, ESA). Con queste ultime, l'AMLA condivide alcuni tratti peculiari che, già in passato, avevano indotto accorta dottrina a registrare una "trasformazione" del modello tradizionale di agenzia europea²⁸, in favore di un modello organizzativo "ibrido", connotato, in primo luogo, dalla indipendenza rispetto alle istituzioni politiche dell'Unione (ivi inclusa la Commissione) e, in secondo luogo, dalla capacità di adottare tanto decisioni individuali e vincolanti, quanto atti di natura regolamentare, connotati dalla spendita di poteri latamente discrezionali.

Sotto il primo profilo, il regolamento AMLA, pur non stabilendo espressamente l'indipendenza dell'Autorità in quanto tale²⁹, predica in

²⁷ La più compiuta ricostruzione del modello tradizionale di agenzia europea all'interno dell'amministrazione sovranazionale si deve a E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002; ma si v. altresì la sintesi offerta più di recente da C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Milano, 2018, 223.

²⁸ E. CHITI, *Le trasformazioni delle Agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 1, 57 ss.; Id., *An important part of the EU's institutional machinery: features, problems and perspectives of European agencies*, in *Common Market Law Rev.*, 2009, 5, 1422. La torsione o l'ibridazione del modello originario è ben evidenziata anche da M. SIMONCINI, *Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine. A Study on EU Agencies*, London, 2018; H. HOFMANN - A. MORINI, *Constitutional Aspects of the Pluralisation of the EU Executive through "Agencification"*, in *European Law Review*, 2012, 419. Sul tema si veda anche la diversa opinione di chi ritiene, non senza buone ragioni, che le Autorità di vigilanza non siano ascrivibili al modello dell'agenzia europea, bensì a quello (distinto) dell'autorità indipendente (in tal senso, per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle Autorità europee di vigilanza*, in M.P. CHITI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012, 137; nonché E. D'ALTERIO, *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2012, 828, secondo la quale «il requisito dell'indipendenza rappresenta la principale linea di confine tra il modello delle agenzie e quello delle autorità»).

²⁹ Non si riscontra, invero, una disposizione analoga a quella prevista all'art. 19, regolamento MUV, ai sensi del quale «[n]ell'assolvimento dei compiti ad esse attri-

modo pieno l'indipendenza della sua struttura organizzativa e, in particolare, dei suoi organi decisionali. Si stabilisce, cioè, che «nello svolgimento dei compiti che sono loro attribuiti dal presente regolamento [il presidente dell'Autorità, i membri del consiglio generale e i membri del comitato esecutivo] agiscono in piena indipendenza e nell'interesse generale dell'Unione nel suo insieme, senza chiedere né ricevere istruzioni da istituzioni, organi o organismi dell'Unione, da governi o da altri soggetti pubblici o privati»³⁰. Il requisito dell'indipendenza non assume solamente – come avviene per le agenzie europee tradizionali – il significato di una “schermatura” rispetto alle possibili interferenze provenienti dagli Stati membri (valendo, cioè, come garanzia di sovranazionalità dell'interesse perseguito) o dai soggetti regolati, ma viene a spiegare i propri effetti anche sul piano delle possibili interferenze provenienti dalle istituzioni politiche dell'Unione e, in particolare, dalla Commissione europea³¹. Non vi è – né può esservi – un rapporto di auxiliarietà e strumentalità tra l'agenzia europea e la Commissione, come invece comunemente avviene nelle agenzie europee di tipo tradizionale.

Facendo leva sul postulato dell'indipendenza dei componenti degli organi decisionali, il legislatore europeo si spinge inoltre a recidere il legame strutturale e funzionale sussistente tra i membri nazionali e le rispettive autorità nazionali di provenienza. La precisazione assume specifico rilievo in quanto, contrariamente a quanto avviene in altri sistemi amministrativi settoriali³², nel caso della supervisione AML/CFT il diritto europeo si limita a imporre il requisito dell'indipendenza alla

buiti dal presente regolamento, la BCE e le autorità nazionali competenti che operano nel quadro del MVU agiscono in modo indipendente».

³⁰ Artt. 59(1); 63(6); 68(2), regolamento AMLA. L'art. 59(2) aggiunge che «[n]é gli Stati membri, né le istituzioni, gli organi o gli organismi dell'Unione, né altri soggetti pubblici o privati cercano di influenzare i membri del consiglio generale nell'assolvimento dei loro compiti», mentre gli artt. 63(6) e 68(2), con formula parzialmente diversa, ulteriormente specificano che «Le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, i governi degli Stati membri e tutti gli altri soggetti pubblici o privati rispettano detta indipendenza».

³¹ S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 951. Con specifico riferimento all'indipendenza delle autorità di vigilanza finanziaria ci si permette di rinviare ad A. MAGLIARI, *L'indipendenza delle autorità di vigilanza finanziaria: le esigenze di uniformazione e l'uso (improprio) della soft law*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 419.

³² Si v., ad esempio, la rete europea della concorrenza (dir. 2019/1), il Meccanismo unico di vigilanza (art. 19, regolamento MUV), il Sistema europeo delle banche centrali (artt. 130, 282 TFUE e art. 7, Statuto Sebc e Bce).

sola autorità sovranazionale, senza prevedere analoghi vincoli in capo alle amministrazioni nazionali facenti parte del sistema³³. Sottraendo i componenti degli organi decisionali dell'AMLA dall'influenza delle autorità nazionali, il regolamento AMLA si prefigge perciò l'obiettivo di evitare un indebito condizionamento delle scelte rimesse all'Autorità europea da parte degli interessi nazionali potenzialmente introdotti all'interno dei procedimenti decisionali dalle rispettive amministrazioni domestiche.

Inoltre, rispetto alla struttura di *governance* delle tre ESA, vale la pena di osservare che, nel caso dell'AMLA, è stato introdotto un ulteriore accorgimento organizzativo preordinato ad assicurare una maggiore impermeabilizzazione delle scelte rispetto alla possibile interferenza degli interessi nazionali. Se nelle tre ESA il baricentro del potere decisionale risiede nel Consiglio delle autorità di vigilanza (vale a dire in seno all'organo in cui siedono le 27 autorità nazionali³⁴), nell'AMLA le decisioni più importanti sono attribuite alla competenza del Comitato esecutivo, un organo composto, oltre che dal Presidente dell'Autorità, da cinque membri scelti esclusivamente in base alle competenze e all'esperienza professionale, e individuati a seguito di una procedura di selezione aperta³⁵.

³³ Nella disciplina sostanziale si rinviene solamente un riferimento assai blando all'indipendenza delle autorità nazionali al considerando n. 84 della dir. UE 2024/1640, là dove afferma che «[g]li Stati membri dovrebbero assicurare una supervisione efficace, imparziale e basata sul rischio su tutti i soggetti obbligati, preferibilmente a opera delle autorità pubbliche per mezzo di un supervisore distinto e indipendente». In questo caso, tuttavia, il riferimento all'indipendenza non appare in grado di conformare in modo forte lo statuto di indipendenza dell'autorità nazionale, dovendosi interpretare piuttosto come necessità di assicurarne l'autonomia tecnico-scientifica e l'impermeabilità rispetto agli interessi dei mercati regolati dell'autorità, in conformità ai principi di imparzialità e trasparenza. Un vincolo più penetrante è posto, invece, in capo alle Unità di informazione finanziaria (FIU), rispetto alle quali l'art. 19 della dir. 2024/1640 impone che ciascuna FIU sia «autonoma e operativamente indipendente, il che significa che ha l'autorità e la capacità di svolgere liberamente le sue funzioni, compresa la capacità di decidere autonomamente di analizzare, richiedere e comunicare, conformemente al paragrafo 3, informazioni specifiche. È esente da indebite influenze o ingerenze politiche, governative o del settore».

³⁴ Sul punto, si veda altresì Commissione, *Report on the operation of the European Supervisory Authorities (ESAs)*, Brussels, 23 maggio 2022 - COM (2022) 228 final, ove si sottolinea come «the governance system of the ESAs, with decisions being taken by the 27 national supervisors, may still give too much prominence to national interests and occasionally produce sub-optimal results».

³⁵ Cfr., in particolare, l'art. 63, regolamento AMLA.

Sotto il secondo profilo, si deve invece evidenziare che l'AMLA è stata configurata come una vera e propria autorità di vigilanza, investita del potere di adottare, oltre a orientamenti e raccomandazioni³⁶, anche atti vincolanti a efficacia esterna, indirizzati ai soggetti vigilati ovvero alle autorità nazionali comprese nel sistema settoriale. L'Autorità può, cioè, adottare sia decisioni individuali nei confronti dei soggetti obbligati selezionati³⁷, quanto richieste o istruzioni rivolte alle amministrazioni nazionali³⁸. Sulla falsariga dell'ESMA³⁹, l'AMLA viene, in altri termini, a configurarsi alla stregua di una *enforcement authority*, titolare della potestà di dare diretta esecuzione alla normativa sostanziale attraverso l'esercizio di poteri autoritativi esercitabili direttamente nei confronti dei privati vigilati. L'Autorità dispone inoltre di poteri sostanzialmente regolamentari, essendo stata investita – al pari delle tre ESA – del compito di elaborare norme tecniche di regolamentazione e di attuazione da sottoporre alla Commissione europea ai fini

³⁶ Art. 54, regolamento AMLA, ai sensi del quale «[a]ll fine di istituire prassi di supervisione e relative alle FIU uniformi, efficienti ed efficaci, e per assicurare l'applicazione comune, uniforme e coerente del diritto dell'Unione, l'Autorità emana orientamenti e raccomandazioni rivolti alle autorità di supervisione, ai supervisori, alle FIU o ai soggetti obbligati».

³⁷ Come si avrà modo di chiarire meglio oltre (par. 3.3), nei confronti dei soggetti obbligati selezionati, l'AMLA può richiedere informazioni, può svolgere indagini generali ed ispezioni in loco (artt. 17-20), può adottare una ampia gamma di misure amministrative (art. 21) ovvero provvedimenti sanzionatori e penalità di mora (artt. 22 e 23).

³⁸ Nell'ambito della c.d. supervisione indiretta (cfr. *infra* par. 3.3) l'AMLA può emettere, nei confronti dei supervisori nazionali, richieste di azione ovvero istruzioni sulle misure da adottare nei confronti di soggetti obbligati non selezionati ai sensi del capo II, sezione 4 ovvero regolare, con effetto vincolante, le controversie tra i supervisori del settore finanziario (cfr. art. 6, par. 2, regolamento AMLA). Anche nei casi di supervisione diretta, l'AMLA può chiedere alle autorità nazionali, mediante istruzioni, di utilizzare i propri poteri in materia di AML/CFT, in virtù e in conformità delle condizioni stabilite dal diritto nazionale, qualora l'Autorità non disponga di tale potere (cfr. art. 6(1)(3), regolamento AMLA).

³⁹ Sulla cui evoluzione si veda, in particolare, M. LAMANDINI, *La vigilanza diretta dell'ESMA. Un modello per il futuro?*, in *Giur. Comm.*, 2016, 4, 448; E. HOWELL, *The evolution of ESMA and direct supervision: are there implications for EU supervisory governance?*, in *Common Market Law Rev.*, 2017, 54, 1027 ss.; nonché, più di recente, M. DE BELLIS, *La vigilanza sulla finanza privata*, in S. DEL GATTO - G. VESPERINI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo europeo*, cit., 363.

dell'adozione degli atti normativi di cui, rispettivamente, agli artt. 290 e 291 TFUE⁴⁰.

Così come per le tre ESA e, in particolare, per l'ESMA, lo svolgimento di tali attività presuppone la spendita di poteri tecnico-discrezionali. Nel caso dell'AMLA, peraltro, è verosimile attendersi che, oltre a valutazioni tecniche dal contenuto opinabile, l'esercizio delle competenze previste dal regolamento istitutivo coinvolga anche scelte discrezionali implicanti un vero e proprio bilanciamento tra diversi interessi. Il che, da un punto di vista istituzionale, pone una serie di problemi che, solo con formula riassuntiva e in modo parziale, possiamo ricondurre all'annosa questione del rispetto della dottrina Meroni sulla delega di poteri discrezionali⁴¹.

3.3. Il parziale accentramento della funzione e il sistema europeo di supervisione AML/CFT

Per quanto concerne l'esercizio della funzione di supervisione AML/CFT, il regolamento AMLA opera senza dubbio un accentramento, che è però (allo stato) limitato e parziale. Come è facilmente intuibile, il legislatore europeo non ha voluto determinare una devoluzione *tout court* di tutti compiti di vigilanza alla neoistituita AMLA; al contrario, il regolamento dà vita a un sistema amministrativo complesso, al quale

⁴⁰ Artt. 49-53, regolamento AMLA. Sul punto si deve constatare come, analogamente a quanto avviene nei regolamenti istitutivi delle tre ESA, anche in questo caso la Commissione disponga di uno spazio piuttosto limitato per poter emendare autonomamente il testo presentatole dall'AMLA, in quanto il regolamento istitutivo prevede sempre un meccanismo di coordinamento procedimentale tra la Commissione e l'Autorità ai fini dell'adozione dell'atto finale.

⁴¹ Si tratta, come noto, di un principio introdotto da Corte giust., 13 giugno 1958, causa 9-56, *Meroni c. Alta Autorità*, più volte riaffermato dal giudice europeo, secondo cui – in buona sostanza – le istituzioni possono delegare a soggetti diversi da quelli previsti dai trattati solo l'emanazione di atti di tipo esecutivo e non discrezionale. Il rigore di tale dottrina è stato, più di recente, temperato da Corte giust. UE, Grande sez., 22 gennaio 2014, causa C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio* (c.d. caso *ESMA-short selling*). Un'attenta analisi del principio, nella sua evoluzione storica, e nel suo significato attuale alla luce della sentenza ESMA, è fornita da M. CHAMON, *EU Agencies. Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, cit., 175 ss.; sulla sentenza *ESMA-short selling*, per tutti, M. DE BELLIS, *I poteri di intervento dell'Esma sulle vendite allo scoperto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 692 ss.

partecipano l'AMLA e, secondo geometrie variabili, le autorità nazionali volta per volta investite dei compiti di supervisione AML/CFT.

La tecnica è nota: invece di centralizzare l'intera funzione nelle mani di una sola autorità sovranazionale, si creano dei meccanismi stabili di connessione organizzativa e funzionale tra gli apparati amministrativi nazionali ed europei; il sistema si basa su precisi criteri di divisione del lavoro, su strumenti di collaborazione di varia natura e su un obbligo generale di cooperazione; l'obiettivo è quello di perseguire nel modo più efficace un interesse comune, di spessore sovranazionale, facendo lavorare insieme le autorità nazionali ed europee⁴². Al pari di altri sistemi amministrativi settoriali, poi, anche quello in esame riposa sulla compresenza di una pluralità di moduli esecutivi eterogenei, in cui si combinano diverse forme di integrazione e coordinamento tra il livello sovranazionale e quello nazionale⁴³.

Anche nel caso in questione, la divisione del lavoro si basa su un criterio soggettivo, dal momento che la distribuzione delle competenze tra l'AMLA e le autorità nazionali varia a seconda della natura e del profilo di rischio del soggetto sottoposto a vigilanza. Sulla scorta di tale criterio, risulta possibile identificare quattro diverse modalità di esercizio della funzione di supervisione all'interno del nuovo sistema AML/CFT⁴⁴.

In primo luogo, l'Autorità esercita compiti di supervisione diretta su alcuni soggetti obbligati (i soggetti obbligati *selezionati*⁴⁵), vale a dire su enti creditizi o finanziari che presentano un elevato profilo di ri-

⁴² Un'efficace sintesi di tali strumenti è fornita da L. DE LUCIA, *Strumenti di cooperazione per l'esecuzione del diritto europeo*, cit., 171; nonché, più di recente, da F. GIGLIONI, *La composizione dei sistemi amministrativi comuni*, cit., 159 ss.

⁴³ Ciò avviene, in particolare, per il MUV e il MUR, come nota F. GIGLIONI, *European Banking Union as a new Model of Administrative Integration?*, in E. CHITI, G. VESPERINI (eds.), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, Bologna, 2015, 146.

⁴⁴ A tal proposito, vi sarebbe peraltro da chiedersi se l'impiego del termine "supervisione", in luogo di "vigilanza", si debba a una mera traduzione della parola inglese "supervision" (tradotta, peraltro, in altri ambiti con "vigilanza", come ad esempio nel caso del regolamento MUV) ovvero assuma un significato particolare, denotando una diversa natura o finalità dell'attività amministrativa implicata. Più di recente, per una compiuta indagine circa il contenuto e la direzione della funzione di vigilanza, cfr. R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea*, cit., 19 ss., cui si rinvia anche per gli ampi richiami bibliografici.

⁴⁵ Per la cui definizione cfr. artt. 2(1)(2), 12 e 13, regolamento AMLA. Per la definizione di "soggetto obbligato" cfr. invece l'art. 3, reg. UE n. 2024/1624, del 31

schio⁴⁶. Rispetto a tali soggetti, l'AMLA è tenuta a verificare il rispetto degli obblighi loro applicabili, ad accertare se le politiche, le procedure e i controlli interni sono adeguati e, sulla base di tali revisioni, a imporre obblighi specifici, ad applicare misure amministrative o a irrogare sanzioni pecuniarie e penalità di mora⁴⁷. A questo scopo, l'Autorità è stata dotata di una vasta gamma di poteri di vigilanza informativa, ispettiva e regolamentare⁴⁸. Qui il regolamento AMLA determina una piena e ampia devoluzione di compiti e poteri dal livello nazionale a quello sovranazionale, realizzando un effettivo accentramento della funzione. Al contempo, si deve però precisare che la platea dei soggetti direttamente vigilati dall'AMLA rimane piuttosto ristretta, giacché il regolamento stesso prevede, in modo piuttosto discutibile, un tetto massimo di 40 soggetti selezionati⁴⁹.

In secondo luogo, rispetto ai soggetti obbligati che sono enti creditizi o finanziari, ma che presentano un livello di rischio più basso, la vigilanza diretta rimane in capo alle autorità nazionali. L'AMLA svolge qui una funzione di supervisione indiretta, poiché è incaricata di vigilare sulle autorità nazionali e sul modo in cui esse danno attuazione alla disciplina AML/CFT⁵⁰. In tal caso, l'Autorità europea contribuisce alla convergenza delle prassi di supervisione adottando, ad esempio, orientamenti e raccomandazioni; coordina gli scambi di personale e di informazioni tra i supervisori, e fornisce loro assistenza. Inoltre, essa svolge verifiche periodiche sull'operato delle amministrazioni nazionali e può richiedere a queste ultime di adottare le misure necessarie ad affrontare situazioni di grave e sistematica violazione da parte dei soggetti obbligati. In casi particolari, qualora il supervisore nazionale non si conformati alle richieste o alle istruzioni dell'AMLA, il regolamento prevede

maggio 2024, relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

⁴⁶ Sezione 3 (*Supervisione diretta di soggetti obbligati selezionati*) del Capo II del regolamento AMLA.

⁴⁷ Artt. 21-23.

⁴⁸ Artt. 17-20.

⁴⁹ Art. 13(2). Sulla scelta di limitare la supervisione diretta dell'AMLA, si veda l'opinione critica espressa dalla BCE nel citato parere relativo alla proposta di regolamento AMLA (CON/2022/4), in cui si mette altresì in luce l'elevato rischio reputazionale che potrebbe derivare per i soggetti sottoposti a supervisione diretta dalla pubblicazione degli esiti della selezione.

⁵⁰ Sezione 4 (*Supervisione indiretta di soggetti obbligati non selezionati*) del Capo II del regolamento AMLA.

un meccanismo di avocazione della competenza da parte dell'autorità sovranazionale, che viene però disposto, su richiesta dell'AMLA, dalla Commissione europea⁵¹. L'Autorità sovranazionale può poi regolare, con effetto vincolante, eventuali controversie insorte tra i supervisori del settore finanziario, anche nel contesto dei collegi di supervisione⁵².

Uno schema parzialmente diverso riguarda, in terzo luogo, i soggetti obbligati non finanziari. Anche qui la vigilanza diretta rimane in capo ai supervisori nazionali del settore non finanziario ovvero alle autorità pubbliche che sorvegliano gli organi di autoregolamentazione, mentre all'AMLA è attribuito un ruolo di supervisione indiretta⁵³. In questo caso, nondimeno, l'Autorità dispone di poteri meno incisivi rispetto all'ipotesi precedente. Può infatti svolgere verifiche *inter pares* sulle norme e prassi nazionali di vigilanza ed effettuare riesami periodici sull'adeguatezza delle risorse e dei poteri di cui dispongono i supervisori nazionali ma, in caso di violazioni, all'Autorità è consentito solamente di formulare raccomandazioni su come porre rimedio alle violazioni individuate. Qualora i destinatari non si conformino alla raccomandazione, l'Autorità non potrà attivare poteri sostitutivi o latamente sanzionatori, disponendo solo del potere di segnalare tale violazione alle altre autorità incluse nel sistema⁵⁴. Inoltre, in caso di disaccordo tra le autorità nazionali, l'AMLA potrà intervenire solamente nelle vesti di mediatore, eventualmente esprimendo un mero parere sulla possibile risoluzione della controversia, e non dispone – come avviene invece nell'ipotesi precedente – del potere di statuire sulla questione con una decisione vincolante per le parti in lite⁵⁵.

Da ultimo, l'AMLA è incaricata di garantire una cooperazione efficace e coerente tra le unità di informazione finanziaria (FIU), nel quadro di un meccanismo di sostegno e coordinamento⁵⁶. Rispetto all'attività svolta a livello decentrato dalle FIU stabilite in ciascuno Stato membro, l'Autorità si limita a stabilire criteri comuni per la selezione e la definizione delle priorità per la conduzione di analisi congiunte, a sviluppare

⁵¹ Art. 32.

⁵² Art. 33.

⁵³ Sezione 5 (*Sorveglianza del settore non finanziario*) del Capo II del regolamento AMLA.

⁵⁴ Artt. 5(4)(c) e 37.

⁵⁵ Artt. 5(4)(g) e 38.

⁵⁶ Sezione 6 (*Meccanismo di sostegno e coordinamento delle FIU*) del Capo II del regolamento AMLA.

metodi e procedure adeguati e, eventualmente, a istituire, organizzare e coordinare analisi congiunte. L'AMLA può poi effettuare verifiche *inter pares* rispetto alle attività svolte dalle FIU, al fine di rafforzarne la coerenza e l'efficacia ovvero di individuare le migliori pratiche; ha inoltre il compito di sviluppare e mettere loro a disposizione strumenti e servizi, come ad esempio strumenti informatici e di intelligenza artificiale, per potenziarne le capacità di analisi; può infine fornire assistenza alle FIU a seguito di richieste specifiche, quali le richieste di mediazione in caso di disaccordo. Si tratta, in definitiva, di un meccanismo di coordinamento prevalentemente “orizzontale” tra le autorità incluse nella rete, che non presuppone l'esercizio di poteri *lato sensu* gerarchici da parte dell'autorità sovranazionale, ma si basa per lo più su interventi volti a favorire una maggiore e più stretta cooperazione tra i vari “nodi” della rete in vista di una graduale convergenza delle prassi e dei metodi impiegati, a livello decentrato, dalle autorità domestiche.

4. Il sistema di supervisione AML/CFT e il Meccanismo unico di vigilanza: analogie e differenze

Quanto evidenziato nei paragrafi precedenti ci consente di svolgere alcune considerazioni di sintesi e di parziale risposta agli interrogativi posti in apertura. Emergono, invero, alcune significative analogie con il Meccanismo unico di vigilanza (MUV) e con quel peculiare modello di integrazione amministrativa⁵⁷.

Si deve infatti constatare come in entrambi i casi si dia vita a un modello organizzativo complesso, in cui, pur a fronte di una suddivisione delle competenze tra i due livelli, l'autorità sovranazionale è posta in posizione di supremazia funzionale, in quanto autorità «responsabile del funzionamento efficace e coerente del sistema»⁵⁸. All'interno dei due sistemi settoriali, l'autorità europea è chiamata a svolgere un ruolo di regia, di controllo e indirizzo sulle omologhe autorità nazionali. Le relazioni organizzative che si instaurano tra l'autorità centrale e le autorità nazionali si colorano, cioè, di alcuni elementi tipici della sovraor-

⁵⁷ Sul punto, *ex multis*, M.P. CHITI - V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018; R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2022; A. BARONE - G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, Roma, 2022; nonché – se si vuole – A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea*, Napoli, 2020.

⁵⁸ Così, l'art. 7(1), regolamento AMLA e l'art. 6(1), regolamento MUV.

dinazione-subordinazione, dando luogo a rapporti giuridici accostabili a quelli della gerarchia (in senso ampio) o, quantomeno, della direzione e controllo⁵⁹. Analogamente, del resto, «il carattere multilivello del sistema con tendenza centripeta sugli organi dell’Unione»⁶⁰. In entrambi i casi, poi, a fungere da “tessuto connettivo” tra le componenti del sistema stanno diversi meccanismi di cooperazione di carattere organizzativo, funzionale e procedimentale, oltre che il costante scambio di dati e informazioni.

Si aggiunga poi che entrambi i sistemi sono connotati in termini di complessiva indipendenza tanto rispetto agli Stati, quanto rispetto all’influenza (politica) delle istituzioni dell’Unione, e che ciò richiede l’appontamento di un solido regime di *accountability* volto a compensare l’affievolimento del controllo politico-democratico⁶¹.

Tanto per la BCE, quanto per l’AMLA, l’attività di vigilanza si estrinseca inoltre prevalentemente nell’esercizio di poteri di amministrazione attiva, a carattere autoritativo e provvidenziale, rivolti direttamente ai soggetti vigilati e in grado di incidere significativamente sui loro diritti fondamentali. Il che assume, tra le altre cose, uno specifico rilievo ai fini del sistema di tutele, procedurali e processuali, da apprestare in favore dei privati amministrati.

Ancora, entrambi i sistemi mostrano di sfumare i confini tra i due livelli istituzionali, e tra lo stesso diritto nazionale e diritto sovranazionale. La vigilanza diretta dell’AMLA è affidata a gruppi di supervisione congiunta⁶², composti da personale dell’Autorità e dei supervisori nazionali, analogamente a quanto avviene nel MUV; per l’esercizio dei propri compiti di vigilanza diretta, l’AMLA può chiedere, mediante

⁵⁹ Sulle relazioni organizzative che si instaurano nell’amministrazione comune europea e, con specifico riferimento al Meccanismo unico di vigilanza, cfr. in particolare F. D’ANGELO, *Pluralismo degli enti pubblici e collaborazione procedimentale. Per una rilettura delle relazioni organizzative nell’amministrazione complessa*, Torino, 2022, 88 ss.

⁶⁰ Così, rispetto al MUV, M.P. CHITI, *Conclusioni*, in A. MAGLIARI (a cura di), *Il Meccanismo unico di vigilanza: un bilancio dopo i primi dieci anni*, cit., 232.

⁶¹ Sul piano dell’*accountability* dell’AMLA rispetto alle istituzioni dell’Unione, cfr. quanto disposto dall’art. 84, regolamento AMLA, ove si prevede che l’Autorità «risponde al Parlamento europeo e al Consiglio dell’attuazione del presente regolamento. L’Autorità trasmette annualmente al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione una relazione sull’esecuzione dei compiti che le sono attribuiti dal presente regolamento».

⁶² Art. 16, regolamento AMLA.

istruzioni, alle autorità nazionali di utilizzare i propri poteri in virtù e in conformità del diritto nazionale, come accade anche nel MUV; viene poi per la prima volta riprodotto quel particolare meccanismo di applicazione accentrata dei diritti nazionali di recepimento delle direttive da parte dell'autorità sovranazionale⁶³, che aveva trovato origine nel regolamento MUV.

Anche nel nuovo sistema di supervisione AML/CFT, insomma, i paradigmi dell'amministrazione diretta e indiretta si rivelano, ormai, poco utili a rappresentare la complessità amministrativa che scaturisce dalle singole costruzioni settoriali. La stessa formula della coamministrazione⁶⁴, efficacemente impiegata in passato per abbracciare un fenomeno ampio di graduale messa in comune delle funzioni amministrative a livello sovranazionale, sembra mostrare i segni del tempo, rivelandosi oggi inidonea a fotografare la complessità e l'ibridazione delle diverse forme di integrazione amministrativa rinvenibili nel MUV e nel nuovo sistema AML/CFT⁶⁵.

Alla luce di tali considerazioni ci pare di poter dare una prima risposta positiva all'interrogativo che alcuni attenti interpreti, muovendo dalla constatazione della natura sezionale dell'unione bancaria europea, avevano sollevato in ordine alla replicabilità ed esportabilità in altri ambiti settoriali della figura organizzativa disegnata dal MUV⁶⁶.

⁶³ Art. 5(6), regolamento AMLA.

⁶⁴ C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993.

⁶⁵ Cfr., tra gli altri, F. GIGLIONI, *European Banking Union as a new Model of Administrative Integration?*, cit., 146; G. VESPERINI, *La crisi e le nuove amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 697, ove si osserva che «i meccanismi (o “sistemi”) non possono essere ridotti a una definizione unica, ma costituiscono, invece, modello di integrazione a sé, che deriva dalla diversa combinazione, al loro interno, di singole figure di integrazione». In questo senso, anche M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 225 ss. rileva che quello dell'unione bancaria è un modello di integrazione amministrativa innovativo, che sfugge all'inquadramento delle categorie tradizionali, in quanto non pienamente riconducibile ad altre formule quali la coamministrazione, all'integrazione decentrata, al concerto regolamentare o ai sistemi amministrativi comuni.

⁶⁶ L'interrogativo è posto, in particolare, da M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 295; nonché, più di recente, M.P. CHITI, *Conclusioni*, cit., 237, il quale si domanda se «L'Unione bancaria europea può uscire dal recinto suo proprio di ordinamento sezonale (espressione che uso in modo descrittivo) per fungere da riferimento generale per un'Unione europea che mostra sintomi di crisi?

Sebbene non possa dirsi, al momento, che quello dell'unione bancaria europea rappresenti un "modello generale" dell'integrazione amministrativa europea, ci pare invero difficile negare il forte condizionamento esercitato dal regolamento MUV sul regolamento istitutivo dell'AMLA. Quest'ultimo lo ricalca non solo nell'impianto di fondo (dato dalla bipartizione delle competenze in vigilanza diretta e indiretta, e dal ruolo di sintesi e di chiusura del sistema affidato all'autorità sovranazionale, posta in posizione di vertice), ma anche in numerosi istituti e in disposizioni di dettaglio (oltre agli esempi già richiamati, si pensi alla istituzione di una commissione amministrativa del riesame, ampiamente plasmata sull'ABoR della BCE).

Si conferma, cioè, quella tendenza alla *path dependency* segnalata in apertura, unita alla graduale emersione di figure organizzative complesse a forte trazione sovranazionale, connotate da uno statuto di indipendenza e da indubbi elementi di stampo federale⁶⁷, in cui l'autorità sovranazionale agisce nelle vesti di vera e propria *enforcement authority*. Comune ai due sistemi è, d'altronde, l'avvertita necessità di carattere funzionale di superare un assetto frammentato e disomogeneo e di assicurare, tramite l'accentrimento decisionale, una più efficace (in quanto, in premessa, unitaria) tutela di interessi pubblici di dimensione sovranazionale (la stabilità finanziaria e, insieme, la tutela del mercato unico)⁶⁸.

Al contempo, non possono essere nemmeno sottaciute alcune importanti differenze tra i due sistemi. Si tratta, a ben vedere, di profili rilevanti che impattano in modo significativo sulla natura e sulla latitudine dei poteri esercitabili dall'AMLA.

Diversa è, innanzitutto, la natura dell'autorità europea investita della funzione di regia all'interno del sistema: la BCE è un'istituzione dell'Unione, mentre l'AMLA è un'agenzia europea, un organismo dotato di personalità giuridica, ma privo di una diretta investitura costituzionale. La prima trova immediato fondamento nei trattati, i quali prevedono espressamente, al sopra citato art. 127(6) TFUE, la possibilità di conferirle poteri di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi;

È possibile utilizzare questo modello (che funziona in modo efficace ed efficiente) come banco di prova per soluzioni da progettare sul piano generale?».

⁶⁷ Sul punto, per tutti, A. PIERINI, *L'Unione Bancaria Europea come federalizing process. Una prospettiva di diritto comparato*, Milano, 2019, *passim*.

⁶⁸ In tal senso, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, cit., 225 ss., il quale scorge nell'unione bancaria un prototipo di «potere pubblico unificante».

la seconda è prevista invece solamente dal diritto derivato, ed è basata sulla clausola generale dell'art. 114 TFUE. Ne deriva una posizione di maggior debolezza istituzionale dell'AMLA, che si riverbera tanto sul piano della legittimazione politica, quanto su quello dei poteri esercitabili.

Dopo le tre ESA e il Comitato unico di risoluzione⁶⁹, anche l'istituzione dell'AMLA solleva perciò dubbi di non poco momento sulla conformità dei rispettivi atti istitutivi con le limitazioni derivanti dalla dottrina Meroni. A ben vedere, proprio tali autorità sollecitano una rinnovata riflessione attorno alla perdurante attualità e all'odierno contenuto di tale (ormai tralatizio) principio giurisprudenziale. Del resto, se è pur vero che il rigore del principio è stato in parte temperato dalla nota sentenza *ESMA-short selling*, si deve parimenti constatare come, più di recente, in un caso relativo ai poteri del Comitato unico di risoluzione, la Corte di giustizia sia tornata a ribadire che «l'equilibrio dei poteri, caratteristico della struttura istituzionale dell'Unione, costituisce una garanzia fondamentale accordata dai Trattati e che la delega di un ampio potere discrezionale [a un organismo dell'Unione] pregiudicherebbe tale garanzia, in quanto affiderebbe tale potere ad autorità diverse da quelle stabilite dai Trattati»⁷⁰.

Cercando di portare il discorso al di fuori della “gabbia” della dottrina Meroni e della sua (tuttora incerta) valenza⁷¹, è peraltro evidente che l'istituzione di un'autorità indipendente, dotata di poteri ampi e penetranti, implicanti esercizio di discrezionalità, non può non sollecitare una approfondita riflessione attorno alla necessaria e contestuale previsione di adeguati dispositivi di *accountability*, oltre che di idonee garanzie procedurali e giurisdizionali poste a tutela dei soggetti interessati dalla sua azione.

⁶⁹ Si sono interrogati sul punto, *ex ceteris*, L. GALLI, *Efficienza e legittimazione delle istituzioni pubbliche: il caso del SRB*, in *Riv. dir. bancario*, 5, 2016; C. NICOLOSI, *Agencification ed equilibrio istituzionale europeo: brevi considerazioni sul “meccanismo di risoluzione unico”*, in *Federalismi.it*, 3/2017.

⁷⁰ Corte giust. UE, sentenza del 18 giugno 2024, *Commissione europea c. Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno*, C-551/22 P, punto 72, in cui la Corte ha ribadito la portata e l'applicabilità della dottrina Meroni in relazione all'azione del Comitato unico di risoluzione.

⁷¹ Su tale prospettiva sia consentito rinviare a A. MAGLIARI, *Towards a “Procedural Legitimation” of EU Agencies? The Reform of the European Supervisory Authorities as a Case Study*, in M. CONTICELLI - M. DE BELLIS - G. DELLA CANANEA (eds.), *EU Executive Governance: Agencies and Procedures*, Torino, 2019, 171 ss.

Dalla diversa natura giuridica delle due autorità discende anche un minor grado di indipendenza dell'AMLA rispetto alla BCE. Se infatti quest'ultima trova un solido fondamento nei trattati, che ne giustifica una integrale sottrazione rispetto all'influenza delle istituzioni politiche, nel caso dell'AMLA permangono alcuni legami funzionali e procedimentali con la Commissione europea, come avviene ad esempio ai fini dell'esercizio dei poteri regolamentari o nelle ipotesi di avocazione della competenza, in cui l'intervento della Commissione assume il significato di assunzione di responsabilità politica di un atto inteso ad alterare la distribuzione delle competenze tra i due livelli istituzionali. Analogamente, come accennato in precedenza, anche le diverse amministrazioni nazionali che compongono il sistema AML/CFT non godono del medesimo statuto di indipendenza stabilito dal diritto dell'Unione per le autorità nazionali racchiuse nel Meccanismo unico di vigilanza.

Emerge, infine, anche una minore curvatura verticistica del sistema di supervisione AML/CFT. Invero, se la platea dei soggetti vigilati direttamente BCE è molto ampia (114 banche significative, che detengono quasi l'82% degli attivi bancari totali)⁷², quella dell'AMLA è piuttosto limitata, specie se raffrontata con la totalità dei soggetti sottoposti a supervisione e con le molte attribuzioni mantenute in capo alle autorità nazionali. Anche la c.d. vigilanza indiretta – quella esercitata sulle autorità nazionali e, dunque, solo di riflesso sui soggetti obbligati – sembra configurarsi in modo diverso nei due sistemi amministrativi qui a confronto. Si ricorderà infatti che la Corte di giustizia, nella sentenza *Landeskreditbank c. BCE*⁷³, aveva stabilito che anche la vigilanza sugli enti creditizi meno significativi (c.d. vigilanza indiretta) deve essere ricondotta all'interno di una competenza esclusiva della BCE, poiché in tal caso le autorità nazionali si limitano a dare attuazione in via decentrata alle decisioni assunte al centro dalla BCE. A prescindere dalla condivisibilità di tale lettura⁷⁴, non sembra in ogni caso possibile giungere alla medesima conclusione nel caso dell'AMLA e delle sue competenze di supervisione indiretta sulle autorità di supervisione finanziaria, né tantomeno sulle autorità di supervisione non finanziarie o delle FIU. In tali

⁷² Il dato è fornito dalla stessa BCE in riferimento al 20 dicembre 2024.

⁷³ Trib. UE, sent. 16 maggio 2017, *Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank c. BCE*, T-122/15, confermata in appello dalla Corte giust. UE, 8 maggio 2019, in C-450/17 P.

⁷⁴ Per una lettura critica di tale ricostruzione, sia permesso il rinvio ad A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea*, cit., 139 ss.

casi non pare affatto delinearsi un'ipotesi di accentrimento decisionale con mera devoluzione di compiti accessori di attuazione e assistenza alle amministrazioni nazionali. La c.d. vigilanza indiretta rimessa alle autorità nazionali appare, in tal senso, da inquadrare all'interno di una vera e propria ripartizione delle competenze tra i due livelli, in cui l'azione degli apparati nazionali, pur indirizzata e sorvegliata dall'autorità centrale nel quadro di una relazione di direzione e controllo, deve essere intesa come esercizio di potestà decisionali proprie, e non come mera attuazione decentrata di un potere deliberativo spettante solamente al centro. Rispetto alla sorveglianza sui soggetti obbligati non finanziari e rispetto all'azione di sostegno e coordinamento delle FIU, d'altronde, sembra sfumare ulteriormente la coloritura gerarchica generalmente impressa al sistema. Come già osservato, infatti, in queste ipotesi il rapporto che si viene a instaurare tra l'autorità sovranazionale e gli apparati nazionali rassomiglia molto di più a quello che contraddistingue l'attività di indirizzo e coordinamento svolta dalle tre ESA all'interno del SEVIF.

5. Alcune criticità del sistema AML/CFT tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione

Dalle considerazioni svolte in precedenza emergono alcuni rilevanti aspetti critici, dei quali pare opportuno rendere sinteticamente conto a conclusione dell'indagine.

Un primo problema riguarda il *corpus* di regole alle quali l'AMLA è chiamata a dare attuazione nello svolgimento dei compiti di supervisione. Come per la vigilanza finanziaria, anche nel caso in esame il processo di europeizzazione della funzione viene idealmente a poggiare su una incrementale uniformazione delle regole sostanziali. Opportunamente, invero, l'istituzione dell'AMLA è stata inclusa in un pacchetto più ampio di riforme che intervengono, tramite regolamenti e direttive di massima armonizzazione, a dettare norme tecniche e di dettaglio il più possibili uniformi all'interno del mercato unico europeo. Ben si comprende, invero, come il bisogno di uniformità delle regole sostanziali si faccia tanto più pressante quanto più si accentra l'esercizio della funzione amministrativa nelle mani di un'autorità sovranazionale investita della responsabilità del funzionamento efficace e coerente del sistema. Eppure, allo stato, permangono importanti differenze tra le di-

scipline nazionali⁷⁵ (specie rispetto ai soggetti non finanziari), e ciò si ripercuote negativamente sull'uniforme e coerente esercizio della funzione da parte non solo delle amministrazioni domestiche in via decentrata (o indiretta), ma anche della stessa AMLA in via accentratata (o diretta). Ciò in quanto, d'un lato, rende necessario il ricorso alle istruzioni indirizzate alle autorità nazionali e, dall'altro, in ragione del fatto che il sopra citato meccanismo di applicazione accentratata dei diritti nazionali da parte dell'AMLA consente una riemersione in sede sovranazionale delle differenze sostanziali riscontrabili nelle 27 normative nazionali.

Una seconda criticità riguarda la debole legittimazione dell'AMLA, la quale appare ulteriormente amplificata, d'un lato, dallo statuto di indipendenza e, dall'altro, dalla estensione e dalla natura dei poteri che le sono stati attribuiti. Come si è avuto modo di mettere in evidenza, non si tratta solamente di verificare la conformità del regolamento istitutivo con la già richiamata dottrina Meroni, ma di corroborare altresì l'azione della nuova autorità attraverso l'appontamento di un adeguato regime di *accountability*, tanto sul piano politico, quanto su quello procedurale.

In terzo luogo, dall'analisi condotta in precedenza emerge un elevato livello di complessità del sistema. Deve infatti osservarsi come alla pluralità di compiti assegnati all'AMLA corrispondano anche: *a*) una diversa platea di soggetti obbligati (finanziari e non, e con diversi profili di rischio); *b*) una diversa configurazione delle autorità di supervisione nazionali coinvolte nel sistema (autorità di vigilanza finanziaria o meno, autorità indipendenti o meno; organismi di natura pubblicistica o meno); *c*) un diverso *corpus* di regole sostanziali applicabili ai soggetti obbligati; *d*) una diversa configurazione delle forme di attuazione in via amministrativa della disciplina sostanziale europea e, di conseguenza, un diverso rapporto tra l'AMLA e le omologhe autorità domestiche.

A tutto ciò va ad aggiungersi un ulteriore fattore di potenziale criticità. Si è detto che (opportunamente) il legislatore europeo ha deciso di istituire una nuova e distinta autorità sovranazionale. Ciò idealmente consente di emancipare l'attività di supervisione AML/CFT dall'alveo della sola vigilanza prudenziale, andando a ricomprendere una platea molto più ampia di soggetti obbligati. Sul piano operativo, tuttavia, ciò

⁷⁵ Sul punto, in particolare, V. DE FALCO, *La rete europea nel contrasto al riciclaggio di denaro*, cit., 250 ss.; nonché A. ALLEGREZZA, *The proposed Anti-Money Laundering Authority, FIU cooperation, powers and exchanges of information. A critical assessment*, European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, 2022.

pone alla nuova autorità importanti sfide in termini di organizzazione interna, di reclutamento di personale specializzato, di affinamento di prassi e procedimenti di vigilanza, di progressiva acquisizione della necessaria *expertise* tecnico-giuridica, nonché di perfezionamento delle tecniche e degli strumenti di cooperazione e coordinamento con le autorità nazionali di supervisione. In quest'ottica, merita infine di essere segnalata la sfida riguardante la messa a punto di adeguati strumenti di cooperazione con gli altri attori sovranazionali a vario titolo coinvolti nell'attività di prevenzione e contrasto del rischio antiriciclaggio. Oltre che con le tre ESA e con la BCE – con le quali l'AMLA dovrà concludere un protocollo d'intesa⁷⁶ –, l'AMLA sarà invero tenuta a cooperare con OLAF, Europol, Eurojust e con la Procura europea⁷⁷, nonché con le omologhe autorità di paesi terzi, e con organismi internazionali⁷⁸. Con tutti questi soggetti, l'AMLA dovrà intessere una fitta trama di relazioni che coinvolgono, prima di tutto, la raccolta e lo scambio di informazioni, ai fini del coordinamento delle attività di accertamento, prevenzione e repressione degli illeciti AML/CFT a livello globale.

Siamo allora di fronte a una complicazione in larga parte necessitata e, forse, allo stato inevitabile. Al contempo, la complessità del nuovo sistema AML/CFT appare, sotto diversi aspetti, persino superiore a quella dell'unione bancaria e, in particolare, del Meccanismo unico di vigilanza. Ma se la direzione intrapresa dal legislatore europeo è quella del graduale accentramento della funzione antiriciclaggio in capo a una nuova autorità indipendente sovranazionale, non resta che augurarci che, come è riuscita a fare la BCE nel quadro del MUV, anche il nuovo sistema di supervisione guidato dall'AMLA riesca, col tempo, ad assicurare una più efficace lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo in seno al mercato unico europeo.

⁷⁶ Artt. 91 e 92(3), regolamento AMLA.

⁷⁷ Art. 94, regolamento AMLA.

⁷⁸ Art. 95, regolamento AMLA.

La comunicazione delle “operazioni sospette” di riciclaggio

di *Carmencita Guacci*

SOMMARIO: 1. Oggetto dell’indagine. – 2. La funzione di prevenzione del riciclaggio: “La comunicazione delle operazioni sospette” e la “segnalazione delle operazioni sospette”. – 3. Situazioni giuridiche soggettive della pubblica amministrazione e dei “c.d. soggetti obbligati”: dovere e obbligo. – 4. L’autovalutazione del rischio delle operazioni sospette: il presupposto della comunicazione e della segnalazione delle operazioni sospette. – 5. Gli indicatori di anomalia delle operazioni sospette di riciclaggio. – 6. L’indeterminatezza dell’espressione legislativa “operazioni sospette di riciclaggio”. – 7. La natura dell’attività posta in essere per l’individuazione, la valutazione e la comunicazione delle operazioni sospette sul piano teorico. – 8. La natura dell’attività posta in essere per l’individuazione, la valutazione e la comunicazione delle operazioni sospette sul piano dogmatico. – 9. La formula vaga e generica delle operazioni sospette di riciclaggio: concetti giuridici indeterminati e clausole generali. – 10. La qualificazione delle operazioni sospette di riciclaggio (presupposto per l’esercizio del potere amministrativo) come concetto giuridico indeterminato. – 11. Le azioni correttive: strumenti di verifica della legittimità dei comportamenti.

1. Oggetto dell’indagine

In Italia la normativa antiriciclaggio è disciplinata dal decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231¹, che recepisce a sua volta la direttiva europea 2018/843; il legislatore con tale decreto ha introdotto nell’ordinamento nazionale una serie di adempimenti antiriciclaggio allo scopo

¹ In argomento, v. ampiamente C. RUGGIERO, *La nuova disciplina dell’antiriciclaggio dopo il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231*, Torino, 2008, 113 ss.

di proteggere la stabilità e l'integrità del sistema economico e finanziario².

All'interno del predetto decreto legislativo non si rinviene alcuna norma repressiva in senso stretto; esso, infatti, contiene l'elencazione di una serie di obblighi per tutti quei soggetti che intervengono nella catena del valore di quelle operazioni che possono agevolare o dare luogo a fenomeni di riciclaggio³.

La normativa antiriciclaggio si pone a protezione dell'intera collettività, sicché il sistema antiriciclaggio si fonda sulla collaborazione attiva⁴ di molteplici categorie di soggetti che, in ragione del ruolo svolto nell'economia e nei mercati⁵, sono nelle condizioni di intercettare indebiti tentativi di infiltrazione o condizionamento⁶.

² Lo scopo dei modelli è di ridurre - in maniera significativa - il rischio di commissione dei reati, indirizzando in modo virtuoso i comportamenti dei dipendenti e collaboratori, attraverso l'introduzione di presidi di controllo e di monitoraggio.

³ Per una disamina R. RANIERI, *Antiriciclaggio tra doveri e notitiae criminis*, in *Giur. It.*, 2013, 10, 2132.

⁴ D.lgs. 231/2007, art. 3 (Principi generali), comma 1: «Le misure di cui al presente decreto si fondano anche sulla collaborazione attiva da parte dei destinatari delle disposizioni in esso previste, i quali adottano idonei e appropriati sistemi e procedure in materia di obblighi di adeguata verifica della clientela, di segnalazione delle operazioni sospette, di conservazione dei documenti, di controllo interno, di valutazione e di gestione del rischio, di garanzia dell'osservanza delle disposizioni pertinenti e di comunicazione per prevenire e impedire la realizzazione di operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Essi adempiono agli obblighi previsti avendo riguardo alle informazioni possedute o acquisite nell'ambito della propria attività istituzionale o professionale».

⁵ Tali soggetti si presentano come organi decentrati di collaborazione e "sensori" che operano sul territorio, il loro compito è quello di proteggere la legalità mediante l'individuazione di operazioni sospette o comunque condotte sintomatiche della contaminazione mafiosa.

⁶ F. DI VIZIO, *Il riciclaggio nella prospettiva penale ed in quella amministrativa. Definizioni di riciclaggio*, in *Quaderni dell'antiriciclaggio*, Roma, 2017, n. 8, 10; G. RODDI, *Manuale antiriciclaggio*, Milano, 2006, 39 ss.; Id., *La normativa antiriciclaggio*, Reggio Calabria, 2009, 16 ss.; C. LAURIA - A. MENGALI, *Codice delle norme antiriciclaggio ed antiusura. Commentato e corredata delle decisioni giurisprudenziali e dei pareri della Commissione Consultiva e del Comitato Legge 197/1991*, Roma, 1996, 276; U. FAVA - E. GRANATA, in AA.Vv., *Nuova guida agli adempimenti antiriciclaggio e antiusura. Manuale operativo per le banche, gli intermediari finanziari, i sindaci e gli amministratori*, Collana Abi Economia e Gestione. Guide e manuali, Roma, 1998, 11, p.te I, cap. 7, *Natura giuridica dell'attività bancaria, collaborazione passiva e attiva, esperienze operative*, 217 s. V. anche G. MAINOLFI, *Le transazioni sospette: controlli e adempimenti*, Roma, 2004, 265 ss.; U. MORERA, *Sul sospetto*

In particolare, il sistema di prevenzione⁷ del riciclaggio è governato, a livello centrale, da tre soggetti:

a) il Ministero dell’economia e delle finanze, che è responsabile delle politiche di prevenzione; b) il Comitato di Sicurezza finanziaria (CSF), che elabora l’analisi nazionale dei rischi e le strategie di contrasto; c) la UIF⁸ (Unità di Informazione Finanziaria per l’Italia) che riceve e analizza informazioni riguardanti ipotesi di riciclaggio.

La normativa antiriciclaggio dedica, rispetto alle precedenti legislazioni antiriciclaggio, un articolo *ad hoc* alla Pubblica Amministrazione. L’art. 10, rubricato “Pubbliche Amministrazioni”, al primo comma chiarisce che la nuova disciplina antiriciclaggio non si riferisce più *lato sensu* «a tutta la Pubblica Amministrazione», bensì solo a quegli uffici che svolgono compiti di amministrazione attiva o di controllo nei procedimenti indicati alle lettere a), b) e c), salvo disporre, al comma successivo, la possibilità, da parte del Comitato di sicurezza finanziaria, di individuare altri procedimenti per i quali sia opportuna l’applicazione degli obblighi di antiriciclaggio.

Pertanto, il decreto legislativo 231/2007, all’art. 1, comma 2, lett. h) - pur comprendendo una definizione ampia “di pubbliche amministrazioni”, che richiama la definizione contenuta nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e smi. - nel successivo art. 10 individua - all’interno del sistema di prevenzione del riciclaggio – una nozione ristretta di pubbliche amministrazioni⁹.

In altri termini, non tutte le amministrazioni rientranti nella definizione del testo unico sul pubblico impiego sono tenute al rispetto dei doveri¹⁰ di antiriciclaggio, quali l’attivazione dei tradizionali strumenti di responsabilità e controllo dell’azione amministrativa per la verifica

riciclaggio e sull’obbligo di segnalazione: un cambio di prospettiva significativo, in *Bancaria*, 2009, 1, 78 ss.

⁷ V. L. LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 201 ss.

⁸ Unità di Informazione finanziaria per l’Italia. Quaderni dell’antiriciclaggio, n.19: “Le pubbliche amministrazioni nel sistema di prevenzione del riciclaggio”, settembre 2022.

⁹ A. TADINI, *Obblighi antiriciclaggio nella PA: l’approccio basato sul rischio*, *Azienditalia*, 2016, 8-9, 766.

¹⁰ I. BORRELLO - I. COSENZA - M. DI RIENZO - V.M. DONINI - A. FERRARINI - R. LOSANTO, *I doveri antiriciclaggio della PA. Un’analisi empirica dei fattori abilitanti svolta nell’ambito della Comunità di pratica dei RPCT*, SNA, 2023.

della legittimità dei comportamenti, della correttezza delle decisioni, della corretta allocazione delle risorse economiche, del dovere di intercettare e comunicare prontamente anomalie e incoerenze in cui possa imbattersi una pubblica amministrazione nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali. Invero, sono tenute a prestare la propria collaborazione attiva solo un numero piuttosto ristretto di uffici individuati al comma 1 del suindicato articolo. In particolare, si tratta degli uffici delle pubbliche amministrazioni competenti allo svolgimento di compiti di amministrazione attiva o di controllo, nell'ambito di: a) procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti di autorizzazione o concessione; b) procedure di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, secondo le disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici; c) procedimenti di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzioni di vantaggi economici di qualunque genere a persone fisiche ed enti pubblici e privati.

Il fondamento della nuova legislazione, per ciò che concerne il ruolo della Pubblica Amministrazione nel presidio antiriciclaggio, è però il quarto comma dell'art. 10, dove, di fatto, gli uffici pubblici ritornano a quelli che erano gli obblighi previsti nella l. n. 197/1991, ovvero a svolgere un ruolo di cooperazione e non più di soggetto obbligato.

In effetti, a seguito di una lettura attenta della norma, si evince come le pubbliche amministrazioni non siano più tenute all'invio di segnalazioni di operazioni sospette, così come veniva ben indicato nel "vecchio" d.lgs. n. 231/2007, ma devono, con una scelta legislativa precisa, comunicare all'UIF i dati e le informazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale.

Pertanto, secondo le nuove disposizioni normative, gli uffici della pubblica amministrazione non rientrano più tra i soggetti obbligati all'invio delle segnalazioni di operazioni sospette. Dalla lettura della norma si evince che le pubbliche amministrazioni devono comunicare alla UIF i dati e le operazioni sospetti di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale.

Differenti difatti è anche la sanzione¹¹ prevista in caso di omessa comunicazione da parte degli uffici della pubblica amministrazione.

¹¹ In generale sulle sanzioni si rinvia a C. BEVILACQUA, *Le previsioni sanzionatorie della normativa antiriciclaggio*, in *Reati in materia economica*, a cura di A. ALESSANDRI, Torino, 2017, 377 ss.

L’art. 10 prevede per tali omissioni non più sanzioni amministrative bensì l’applicazione di responsabilità dirigenziali previste dall’art. 21 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – “Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”¹². Tuttavia, vi è il rischio che l’omessa comunicazione di operazioni sospette sia ritenuta essa stessa operazione sospetta.

2. La funzione di prevenzione del riciclaggio: “La comunicazione delle operazioni sospette” e la “segnalazione delle operazioni sospette”

La comunicazione e la segnalazione delle operazioni sospette rappresentano strumenti efficaci per prevenire e favorire la repressione dei reati legati al riciclaggio¹³ di fonti provenienti da attività illecite.

Tuttavia, né la segnalazione, né la comunicazione rappresentano una *notitia criminis* per il semplice fatto che con esse si rappresenta soltanto un ragionevole sospetto sull’operatività posta in essere da un cliente.

La normativa di prevenzione del riciclaggio è incentrata sul concetto di segnalazione di operazioni sospette, la cui rilevazione è affidata alla capacità dei segnalanti di individuare le operazioni e/o i comportamenti a rischio di riciclaggio.

¹² D.lgs. 165/2001, articolo 21 – Responsabilità dirigenziale: 1. I risultati negativi dell’attività amministrativa e della gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi, valutati con i sistemi e le garanzie determinati con i decreti legislativi di cui all’articolo 17 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni ed integrazioni, comportano per il dirigente interessato la revoca dell’incarico, adottata con le procedure previste dall’articolo 19, e la destinazione ad altro incarico, anche tra quelli di cui all’articolo 19, comma 10, presso la medesima amministrazione ovvero presso altra amministrazione che vi abbia interesse. 2. Nel caso di grave inosservanza delle direttive impartite dall’organo competente o di ripetuta valutazione negativa, ai sensi del comma 1, il dirigente, previa contestazione e contraddittorio, può essere escluso dal conferimento di ulteriori incarichi di livello dirigenziale corrispondente a quello revocato, per un periodo non inferiore a due anni. Nei casi di maggiore gravità, l’amministrazione può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi. 3. Restano ferme le disposizioni vigenti per il personale delle qualifiche dirigenziali delle Forze di polizia, delle carriere diplomatica e prefettizia e delle Forze armate.

¹³ F. DI VIZIO, *Il riciclaggio nella prospettiva penale ed in quella amministrativa*, in *Quaderni dell’antiriciclaggio*, febbraio 2023, n. 20.

In particolare, il legislatore individua un generale dovere di comunicazione sia in capo alle pubbliche amministrazioni che in capo a soggetti diversi, c.d. “soggetti obbligati”.

Le prime, per poter assolvere al loro dovere, sono tenute a nominare un responsabile antiriciclaggio (c.d. Gestore delle segnalazioni) al quale devono essere comunicati «dati e operazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengono a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale» e che li segnalerà in via riservata alla UIF.

I soggetti obbligati, invece, una volta che abbiano individuato i comportamenti a rischio di riciclaggio dei clienti/utenti, devono inviare, senza ritardo, una apposita segnalazione¹⁴.

Il legislatore ha scelto di specificare le procedure e i procedimenti nell'ambito dei quali trova applicazione il dovere di comunicazione alle UIF (art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 231/2007).

L'art. 10 del d.lgs. n. 231 del 2007, al comma 4, prevede che «Al fine di consentire lo svolgimento di analisi finanziarie mirate a far emergere fenomeni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, le pubbliche amministrazioni comunicano alla UIF dati e informazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale. La UIF, in apposite istruzioni, adottate sentito il Comitato di sicurezza finanziaria, individua i dati e le informazioni da trasmettere, le modalità e i termini della relativa comunicazione nonché gli indicatori per agevolare la rilevazione delle operazioni sospette». Dunque, l'art.10 attribuisce alle pubbliche amministrazioni il dovere di comunicare alla UIF le operazioni sospette di riciclaggio tramite il Gestore.

Stando al report pubblicato dalla Banca d'Italia le comunicazioni delle pubbliche amministrazioni si sono concentrate particolarmente nel periodo 2017-2021.

La maggior parte delle comunicazioni ricevute è stata effettuata dagli uffici centrali della Pubblica amministrazione (oltre il 75%)¹⁵, il 17%, invece, proviene da enti territoriali con comunicazioni accentrate su un numero molto ristretto di enti locali.

Gli adempimenti previsti dal d.lgs. n. 231/07, ai fini antiriciclaggio spettano anche ad altri soggetti denominati “qualificati”.

¹⁴ G. CASTALDI, *La disciplina italiana sulla segnalazione delle ipotesi di riciclaggio: principali novità e problematiche*, Rimini, 29 gennaio 2010.

¹⁵ Rapporti annuali redatti dall'UIF - Banca d'Italia, reperibili sul sito <https://uif.bancaditalia.it>, Newsletter 1/22.

L'art. 35 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231 impone ad un'ampia platea di soggetti (cd. "soggetti obbligati") – costituita da intermediari bancari¹⁶ e finanziari, da altri operatori finanziari¹⁷, da professionisti¹⁸ nell'esercizio della professione in forma individuale¹⁹, asso-

¹⁶ Secondo la giurisprudenza il dovere di segnalazione del responsabile della filiale bancaria non si esaurisce con la mera conoscenza soggettiva dei clienti e della liceità apparente delle operazioni finali. Egli è tenuto ad investigare l'origine e la provenienza del denaro contante utilizzato, applicando criteri oggettivi anche in base alle "Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette di riciclaggio" della Banca d'Italia. La valutazione *ex post* della liceità complessiva di un'operazione non esonera dall'obbligo di approfondimento sulle movimentazioni sospette a monte. Cfr. Cass. (ord.), 11 settembre 2024, n. 24396, in *Massima Redazionale*, 2024; Cass. (ord.), 25 luglio 2024, n. 20848, in *Massima Redazionale*, 2024.

¹⁷ I compiti dell'operatore bancario, secondo la normativa antiriciclaggio di provvedere alla segnalazione delle operazioni sospette laddove sia a conoscenza o nutra il sospetto che i beni oggetto delle transazioni provengano da attività criminosa, si esauriscono nel rilevamento di operazioni anomale e nella loro eventuale segnalazione come sospette. Non è richiesto che sia tenuto a vigilare sull'operatività complessiva del conto corrente, non sussistendo alcun onere di vigilanza generica della Banca sulla gestione in conto corrente del patrimonio sociale di un ente, compito spettante fondamentalmente agli organi sociali dello stesso. Cfr. Trib. Milano, 7 giugno 2023, n. 4778.

¹⁸ Tra i soggetti tenuti a segnalare si ravvisano, ad esempio, i notai e i commercialisti. Per una disamina si rinvia ai contributi di G. LAURINI, *Antiriciclaggio: il ruolo del notaio tra responsabilità e sanzioni*, in *Notariato*, 2024, 1, 5; A. PARROTTA, *Notaio: obblighi di adeguata verifica e identificazione del cliente*, in *Notariato*, 2019, 6, 600; G. NIGRO, *Antiriciclaggio: il commercialista deve segnalare l'abuso di contante della società*, in *Il quotidiano giuridico*, 13 febbraio 2024. Anche la giurisprudenza si è espressa sul punto affermando che «in presenza di sintomi di abnormità nel modus operandi della società il consulente è obbligato a segnalare le operazioni formalmente anomale all'autorità amministrativa a ciò preposta per consentirle di verificare se il ricorso frequente e ingiustificato al contante sia stato o meno finalizzato ad eludere le disposizioni dirette a prevenire e punire l'attività di riciclaggio e l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo». Cfr. Cass., 22 gennaio 2024, n. 2129. La riforma Cartabia introdotta dal d.lgs. 10 ottobre 2023, n. 149 ha previsto l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette a carico dell'aggiudicatario uniformando gli acquisti conseguenti ad esecuzione immobiliare a quelli di natura privatistica. M. IAPPELLI, *La dichiarazione c.d. antiriciclaggio nell'acquisto dell'immobile subastato nel procedimento esecutivo*, in *Esecuzione forzata*, 2024, 3, 652.

¹⁹ La giurisprudenza ha precisato quali sono i presupposti che fanno sorgere l'obbligo di segnalazione in capo a questi soggetti. In particolare, l'obbligo di segnalazione a carico del notaio scatta in presenza di operazioni sospette e anomale in base ai parametri oggettivi o soggettivi indicati dal decreto antiriciclaggio e non presuppone che il notaio abbia acquisito e che comunque sia in possesso di indizi circa la

ciata²⁰ o societaria²¹, da altri operatori non finanziari²², da prestatori di servizi di gioco, da società di gestione accentrata di strumenti finanziari e di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari (puntual-

provenienza del prezzo della compravendita da delitti di riciclaggio. In tal senso si è espressa, Cass. (ord.), 16 ottobre 2024, n. 26880, in *Quotidiano Giuridico*, 2024. È dai notai che proviene oltre l’80% delle segnalazioni di operazioni sospette cui sono tenuti i professionisti che rilevino indici di anomalia nelle operazioni compiute dalla clientela. Per un approfondimento si rinvia ai rapporti annuali redatti dall’UIF - Banca d’Italia, reperibili sul sito <https://uif.bancaditalia.it>.

²⁰ Tra i segnalatori vi sono anche gli avvocati. Il 20 settembre 2019, il Consiglio Nazionale Forense (“CNF”) ha emanato, dopo aver ottenuto il parere favorevole del Comitato di Sicurezza Finanziaria, ai sensi degli artt. 11, comma 2, e 16, comma 2, del d.lgs. 231/2017, le regole tecniche in materia di procedure e metodologie di analisi e valutazione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo cui gli avvocati sono esposti nell’esercizio della propria attività, di controlli interni, di adeguata verifica, anche semplificata, della clientela e di conservazione (le “Regole Tecniche”).

²¹ Come asserito dalla giurisprudenza in materia di sanzioni amministrative per violazione della disciplina antiriciclaggio, ai sensi dell’art. 3, comma 1, del d.l. n. 143 del 1991, conv. dalla legge n. 197 del 1991 sostituito dall’art. 1 del d.lgs. n. 153 del 1997 l’amministratore della società fiduciaria, quale “responsabile della dipendenza”, deve segnalare al “titolare dell’attività” (ossia all’organo direttivo della banca) ogni operazione che ritenga provenire da reati attinenti al riciclaggio sulla base di elementi oggettivi riferibili all’operazione stessa o alla capacità economica e all’attività del cliente, non essendo sufficiente, ai fini dell’esonero dall’obbligo di segnalazione, la mera conoscenza, da parte sua, dei soggetti coinvolti e della provenienza del denaro utilizzato. In tal senso, Cass., 8 agosto 2018, n. 20647.

²² Come espressamente previsto dalla giurisprudenza di legittimità «in tema di sanzioni amministrative per la violazione della normativa antiriciclaggio di cui all’art. 3 della l. n. 197 del 1991, *ratione temporis* applicabile, il responsabile della dipendenza è tenuto a segnalare al suo superiore, ogni operazione che lo induca a ritenerne che l’oggetto di essa possa provenire da reati attinenti al riciclaggio, effettuando un’ampia ed approfondita valutazione che gli impone, in presenza di elementi che denotano l’anomalia dell’operazione, un approfondimento la cui omissione non può essere giustificata dal richiamo alla conoscenza personale del soggetto che l’ha posta in essere, ma deve estendersi alla provenienza del danaro, oltre che all’effettiva qualità e capacità economica dell’autore delle operazioni, non essendo sufficiente la mera liceità dell’operazione finale ai fini del superamento della presunzione di irregolarità derivante dalla presenza degli indici di anomalia dettati dalla Banca d’Italia». Cfr. Cass. (ord.), 11 settembre 2024, n. 24396 (rv. 672288-01), in *CED Cassazione*, 2024. In altre parole, dalla lettura del *decisum* della Corte di Cassazione si evince che il responsabile della dipendenza ha un margine di discrezionalità più ridotto (come si avrà modo di chiarire più avanti), dovendo segnalare al suo superiore “ogni” operazione che lo “induca a ritenerne” che l’oggetto di essa “possa derivare” da reati attinenti al riciclaggio.

mente elencati all’art. 3) – di portare a conoscenza della UIF²³, mediante l’invio di una segnalazione di operazioni sospette, le operazioni per le quali «sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio²⁴ o di finanziamento del terrorismo o che comunque i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa»²⁵. Per gli enti creditizi e finanziari, inoltre, trovano diretta applicazione i regolamenti comunitari in vigore (Regolamento UE n. 267/2012 per l’Iran e Regolamento UE n. 1509/2007 per la Corea del Nord) e il Provvedimento del 27 maggio 2009 della Banca d’Italia²⁶ che estendono l’obbligo segnaletico²⁷ all’ulteriore ipotesi di sospetto di finanziamento di pro-

²³ Nel secondo semestre del 2023, stando alle statistiche pubblicate dalla Banca d’Italia, si è osservata una contrazione nel numero delle SOS ricevute (-10,4% rispetto al semestre corrispondente del 2022), prevalentemente indotta dalla diminuzione delle segnalazioni con rating basso e medio-basso, ridotte di circa un terzo. La flessione è sostanzialmente imputabile al comparto bancario e finanziario: in particolare a banche e Poste, IMEL e IP; in diminuzione anche il contributo dei soggetti che esercitano l’attività di custodia e trasporto di denaro contante o valori. Gli altri operatori del settore non finanziario hanno invece incrementato il loro apporto segnaletico, in particolare: notai e CNN, prestatori di servizi di gioco e uffici della pubblica amministrazione.

²⁴ G. TRAMONTANO - D. SERRA, *Antiriciclaggio, segnalazioni a perimetro allargato*, in *Guida ai Controlli Fiscali (Soluzioni 24 Fisco- Gruppo Sole 24 ore)*, 1 maggio 2016, n. 5, 28-31.

²⁵ Come affermato dalla giurisprudenza l’obbligo di segnalazione si fonda su di un giudizio obiettivo sulla idoneità di esse, valutati gli elementi oggettivi e soggettivi che la caratterizzano, a essere strumento di elusione delle disposizioni dirette a prevenire e punire l’attività di riciclaggio (Cfr. Cass. n. 20647 del 2018, in *Massima Redazionale*, 2018; Cass. n. 9089/2007, in *Massima Redazionale*, 2007).

²⁶ Sono state previste delle apposite Istruzioni operative per l’individuazione delle operazioni sospette della Banca d’Italia del 12 gennaio 2001 (c.d. Decalogo), in relazione agli indici di anomalia relativi a tutte le categorie di operazioni, le quali evidenziano il ricorso a tecniche di frazionamento dell’operazione, se volte a eludere gli obblighi di identificazione e registrazione (punto 1.2.), con riferimento a:

- frequenti operazioni per importi di poco inferiori al limite di registrazione, soprattutto se effettuate in contante o per il tramite di una pluralità di altri intermediari, laddove non giustificate dall’attività svolta dal cliente
- accensione di più libretti di deposito bancari o postali al portatore o di altri titoli equivalenti per importi di poco inferiori al limite di registrazione
- prelevamento di ingenti somme mediante richiesta non motivata di assegni circolari di importo di poco inferiore al limite di registrazione.

²⁷ La giurisprudenza di merito, ancora, asserisce che «L’obbligo di segnalazione delle operazioni sospette che grava in capo al funzionario di un istituto di credito

grammi di proliferazione di armi di distruzione di massa²⁸. È opportuno rammentare che, per quanto concerne l’obbligo di segnalazione a carico degli Istituti di credito, inizialmente veniva attribuito al dipendente della banca il mero obbligo di segnalare al titolare dell’attività le operazioni che ritenesse sospette. Infatti, è a quest’ultimo che veniva attribuito il potere valutativo²⁹, in quanto ritenuto maggiormente in grado di fornire una valutazione di più ampio respiro, che tenesse in debita considerazione anche elementi soggettivi inerenti al cliente, quali soprattutto la pregressa operatività del soggetto ed i suoi trascorsi rapporti con l’intermediario. Successivamente tale tesi è stata superata dalla considerazione della “necessità di una collaborazione attiva” tra operatore della banca e titolare dell’attività. Anche all’operatore deve, dunque, attribuirsi un potere valutativo o quantomeno di *screening* della condotta adottata dal

non si fonda sulla effettiva e completa conoscenza di un quadro indiziario di riciclaggio, ma può giustificarsi anche semplicemente sulla base di meri elementi di sospetto, connessi all’effettuazione di una pluralità di operazioni non giustificata dall’attività svolta da parte della persona, ovvero da parte di persone appartenenti allo stesso nucleo familiare o dipendenti e collaboratori di una stessa impresa e comunque da parte di inter-posta persona». Cfr. App. Roma, 6 maggio 2021, n. 3374, in *Redazione Giuffrè*, 2021.

²⁸ Cfr. in generale, Cass., 30 ottobre 2017, n. 25735, secondo la quale «in materia di sanzioni amministrative per violazione della disciplina antiriciclaggio, ai sensi dell’art. 3, D.L. n. 143 del 1991 il potere di valutare le segnalazioni e (se le ritenga fondate) di trasmetterle al questore spetta solo al titolare dell’attività e, dunque, all’organo direttivo della banca, mentre il responsabile della dipendenza deve segnalare al suo superiore ogni operazione che lo induca a ritenere che l’oggetto di essa possa provenire da reati attinenti al riciclaggio, sulla base di elementi oggettivi riferibili all’operazione stessa o alla capacità economica e all’attività del cliente. Di talché i direttori di banca, oltre ad una colpa per omesso controllo sui dipendenti, hanno anche una responsabilità diretta, con la conseguenza che nel caso in cui sia stata omessa la segnalazione di spostamenti di ingenti somme di denaro (anche operazioni non particolarmente sospette), i vertici di filiale dovranno pagare sanzioni amministrative in proprio ed in solido con l’istituto di credito».

²⁹ La giurisprudenza evidenziava che l’obbligo di segnalazione di operazioni bancarie in contanti, previsto dall’art. 1, comma 1, d.l. n. 143 del 1991, convertito in legge n. 197 del 1991, grava, ai sensi dell’art. 5, comma 2, del medesimo decreto, secondo l’espressa qualificazione normativa, sugli intermediari abilitati, ovvero gli intermediari impersonalmente considerati, quali ad esempio l’azienda di credito, e non il singolo funzionario o il cassiere addetto all’operazione. All’intermediario abilitato, dunque, viene attribuito il compito di valutare le singole condotte adottate dai clienti e, una volta individuate quelle sospette, di provvedere alla comunicazione. Sul punto si rinvia a Cass., 30 novembre 2016, n. 24435. La sentenza è reperibile su *Diritto&Giustizia*, 2016.

cliente, soprattutto in considerazione del fatto che l’operatore trovandosi a diretto contatto con il cliente, spesso, conosce meglio di ogni altro soggetto i movimenti di denaro da questi effettuati³⁰.

Come si desume dalla rubrica dell’art. 35, si tratta di un preciso obbligo che incombe sui soggetti privati che deve essere adempiuto senza ritardo (art. 35, comma 1).

Inoltre, allo scopo di prevenire in maniera più efficace i rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, i soggetti obbligati devono dotarsi di un “complesso organizzativo” e di controllo adeguato, nonché di strategie e funzioni idonee ad assicurare l’efficace prevenzione del riciclaggio. Deve, allora, essere attuata una vera e propria *policy*³¹ che comprenda appunto le procedure di controllo interno, i metodi per la conservazione dei dati e qualunque altra azione necessaria affinché la normativa antiriciclaggio possa essere effettivamente rispettata.

Ne deriva che il cardine dell’attività di collaborazione antiriciclaggio va individuato nella struttura accentrata, che ciascun intermediario deve individuare al proprio interno, al quale spetta il compito di verifica e controllo sulle condotte. Il contenuto delle segnalazioni di operazioni sospette è definito dalla UIF (art. 6, comma 4, lett. d) con proprie Istruzioni, emanate con Provvedimento del 4 maggio 2011³². Si rammenta che la trasmissione delle segnalazioni alla UIF avviene in via telematica, tramite il portale Internet Infostat - UIF³³, previa registrazione e abilitazione del segnalante al sistema, secondo le modalità indicate nella sezione “Modalità di accesso al portale Infostat-UIF”. Dunque, in

³⁰ Sul punto si rinvia a A. BARBAZZA, *La segnalazione di operazioni sospette nel panorama giurisprudenziale: il difficile punto di equilibrio fra la visione oggettiva della Corte di Cassazione e quella maggiormente personalistica dei Giudici di merito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 2, 231, nota a Tribunale Udine, 17 gennaio 2012, n. 57.

³¹ Sul punto si rinvia allo scritto di S. GALMARINI, *I “nuovi” presidi organizzativi antiriciclaggio per gli intermediari*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 12 giugno 2018.

³² Con due comunicazioni del 16 aprile 2020 e dell’11 febbraio 2021 la UIF ha richiamato l’attenzione dei soggetti obbligati sui nuovi fattori di rischio connessi alla pandemia, in particolare sulla possibile infiltrazione della criminalità organizzata nei confronti delle sovvenzioni erogate dallo Stato per far fronte al blocco economico dovuto ai vari lockdown. Nei comunicati, infatti, veniva evidenziato come i provvedimenti legislativi di emergenza fossero stati presi di mira per un utilizzo illecito, tra cui, ad esempio, l’uso illegittimo di detrazioni fiscali riconosciute dallo Stato e dall’eventuale natura fittizia dei relativi crediti fiscali.

³³ G. ARCELLA - M. MANENTE, *Le criptovalute e le loro contraddizioni: tra rischi di opacità e di eccessiva trasparenza*, in *Notariato*, 2020, 1, 23.

presenza di elementi che fanno sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio, i soggetti obbligati sono tenuti a effettuare la segnalazione. La segnalazione è una mera attività comunicativa che, se realizzata in buona fede e per le finalità previste dalla normativa, non costituisce violazione di eventuali restrizioni alla comunicazione di informazioni imposte in sede contrattuale o da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e non comporta responsabilità di alcun tipo (art. 35, comma 4).

L'adempimento degli obblighi di segnalazione di operazioni sospette è presidiato da garanzie di riservatezza e di anonimato del segnalante³⁴. L'obiettivo è, dunque, quello di proteggere i soggetti coinvolti nel corso del procedimento, in caso contrario, qualora non fosse garantito l'anonimato del segnalante si rischierebbe di vanificare l'intera procedura di segnalazione. I soggetti coinvolti, infatti, per il timore di conseguenze pregiudizievoli, finirebbero per omettere di segnalare le "operazioni sospette"³⁵.

In considerazione del fatto che la segnalazione, così come la comunicazione delle operazioni sospette, viene effettuata nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, è opportuno predisporre un apposito piano di tutela delle persone coinvolte. In particolare, il legislatore prevede che: a) i soggetti obbligati e gli ordini professio-

³⁴ Le persone che effettuano la segnalazione, se per un verso sono obbligate a non dare comunicazioni inerenti alle segnalazioni di operazioni sospette (art. 39), per altro verso, sono tutelate quanto alla riservatezza della propria identità, mediante "tutte le misure idonee" (art. 38). Cfr. Cons. Stato, 5 ottobre 2020, n. 5815, in *Massima Redazionale*, 2020. In altri termini è tutelata la riservatezza dell'identità del segnalante e della segnalazione: nessuno deve rivelarne l'identità al fine di evitare che per timore i soggetti non provvedano più alla segnalazione.

³⁵ Parimenti deve essere tutelata anche l'identità del soggetto segnalato, che deve rimanere anonima fino a quando non si sia concluso il procedimento. Per una disamina generale sulla tutela del segnalante si rinvia allo scritto di A. FRIGNANI, *Il whistleblowing in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. comm.*, 2019, 3, 393 ss. F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, 475 ss. In giurisprudenza, invece, si afferma che «sul regime, ad esempio, di tutela dei dipendenti pubblici che segnalano illeciti (c.d. whistleblowers), non si richiede che la segnalazione delle condotte illecite venga effettuata nell'interesse della sola amministrazione e le tutele previste avverso gli atti ritorsivi ivi previste si applicano anche quando l'interesse all'integrità della p.a. coincide o si accompagna con l'interesse privato del segnalante». Cfr. T.A.R. Lazio Roma, 7 gennaio 2023, n. 236, in *Quotidiano Giuridico*, 2023.

nali che ricevono le segnalazioni dai propri iscritti sono obbligati ad adottare misure volte ad assicurare la massima riservatezza dell’identità delle persone che effettuano la segnalazione (art. 38, commi 1 e 2); b) la segnalazione inoltrata deve essere priva di qualsiasi riferimento al nominativo della persona fisica segnalante (art. 36, comma 6 e art. 37 commi 2 e 3); c) gli organi investigativi sono tenuti ad omettere, nelle denunce eventualmente trasmesse all’autorità giudiziaria, l’identità delle persone fisiche e degli altri soggetti obbligati che hanno inviato la segnalazione (art. 38, comma 4); d) l’autorità giudiziaria può richiedere l’identità del segnalante solo con decreto motivato, quando lo ritenga indispensabile ai fini dell’accertamento dei reati per i quali si procede (art. 38, comma 3).

Come più volte affermato dalla giurisprudenza, l’obbligo di segnalazione delle operazioni sospette nasce dall’operazione stessa, pertanto, non è richiesta né la certezza che sia stato commesso un reato a monte, né la sussistenza della finalità di riciclaggio dell’operazione.

Ne deriva che la segnalazione deve essere fatta sulla base di un giudizio obiettivo sull’idoneità delle operazioni a eludere le disposizioni dirette a prevenire e punire “attività di riciclaggio”³⁶.

La normativa distingue tra “segnalazioni di operazioni sospette”, che devono essere inviate alla UIF dai privati (art. 35), e “comunicazione di operazioni sospette” (art. 10), che devono essere inviate dalla pubblica amministrazione³⁷. Tuttavia, questa differenza terminologica è soltanto nominalistica ed ha la finalità, dal punto di vista funzionale, di sottolineare il fatto che gli uffici della pubblica amministrazione non rientrano nel novero dei soggetti obbligati. In altri termini, dal punto di vista sostanziale, comunicazione e segnalazione hanno il medesimo contenuto e sono trattate nel medesimo modo dalla UIF

³⁶ Cfr. Cass. (ord.), 14 novembre 2024, n. 29391, in *Massima Redazionale*, 2024;

³⁷ Tuttavia, questa differenza terminologica è funzionale unicamente a sottolineare il fatto che gli uffici della pubblica amministrazione non rientrano nel novero dei soggetti obbligati. Nella sostanza, comunicazione e segnalazioni hanno il medesimo contenuto e sono trattate nel medesimo modo dalla UIF. Cfr. M. DI RIENZO - A. FERRARINI, *Un viaggio tra i fenomeni che mettono a rischio l’integrità*, in *Azienditalia*, 2024, 4, 605; ID., *Viaggio nel mondo dei codici di comportamento della PA: istruzioni per l’uso — Pro patria mori? Dovere di collaborazione e tutela del whistleblower nell’art. 8 del Codice di Comportamento dei Dipendenti pubblici*, in *Azienditalia*, 2022, 7, 1310. Inizio moduloFine modulo

3. Situazioni giuridiche soggettive della pubblica amministrazione e dei “c.d. soggetti obbligati”: dovere e obbligo.

Alla comprensione dell'intera problematica in esame, apporta un contributo considerevole l'individuazione della natura delle situazioni giuridiche soggettive che fanno capo alla pubblica amministrazione e ai soggetti obbligati nella normativa antiriciclaggio.

Mentre non ci sono dubbi sulla natura della situazione giuridica soggettiva che incombe sui “soggetti obbligati” ai sensi dell’art. 35 del d.lgs. n. 231 del 2007 - dal momento che il legislatore espressamente la qualifica come un obbligo - del pari non si ha analoga chiarezza, nella previsione normativa di cui all’art 10 del d.lgs. n. 231/2007³⁸, sulla natura della situazione giuridica soggettiva di cui è titolare la pubblica amministrazione nell’esercizio della sua funzione³⁹ preventiva in materia di riciclaggio. A tal proposito, si pone il problema se si tratti di un obbligo o di un dovere. Anche se il legislatore non la qualifica espresamente come un obbligo e/o dovere, la natura della predetta situazione giuridica si desume implicitamente dal richiamo espresso che il comma 6 del predetto articolo fa alla norma⁴⁰ del testo unico in materia di pubblico impiego, che prevede la responsabilità del dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall’amministrazione. Il riferimento normativo alla responsabilità dirigenziale fa propendere per la sussistenza di un dovere di provvedere atteso che nessuna conseguenza giuridica è prevista nel caso in cui la pubblica amministrazione, mediante il Gestore antiriciclaggio non provveda alla segnalazione delle operazioni sospette. In teoria sussisterebbe un generale dovere di collaborazione in capo alla pubblica amministrazione che si manifesta mediante i classici strumenti di controllo e di vigilanza e che potrebbe sortire dei maggiori risultati sul piano concreto, prevedendo un analogo

³⁸ Appare incontestabile che l’attività preventiva del rischio-riciclaggio richiede una valutazione di comportamenti tenuti da soggetti estranei all’ente, mentre i modelli organizzativi sono invece improntati a un’autovalutazione interna.

³⁹ C. NICOLOSI, *Funzione amministrativa e rischio riciclaggio*, in *P.a. Persona e Amministrazione, riviste giuridiche sull’Amministrazione e l’Economia*, 2023, n.1 vol. XII, 368.

⁴⁰ Art. 21, comma 1-bis del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

dovere anche in capo ai singoli dipendenti, con la previsione di una sanzione disciplinare nel caso di inosservanza dei compiti assegnati⁴¹.

4. L’autovalutazione del rischio delle operazioni sospette: il presupposto della comunicazione e della segnalazione delle operazioni sospette

La segnalazione di operazioni sospette, come si è innanzi evidenziato, non costituisce notizia di reato, ma piuttosto rappresenta una forma di collaborazione dell’amministrazione nei confronti degli organi deputati ad accertare, ed eventualmente reprimere, determinati illeciti. La collaborazione attiva, tuttavia, non può di per sé bloccare l’attività amministrativa. Pertanto, se durante lo svolgimento dell’istruttoria emergono, oltre al mero sospetto, profili di reato, il responsabile del procedimento è legittimato ad adottare il diniego del provvedimento e a denunciare il fatto all’autorità giudiziaria. In tal senso, lo strumento di rilevazione e analisi dei sospetti svolge un ruolo di ausilio all’azione amministrativa.

La segnalazione di operazioni sospette, dunque, è un atto discrezionale del soggetto segnalante che procederà a comunicare l’operazione qualora, attraverso un ragionamento logico deduttivo, emerga il sospetto di riciclaggio o finanziamento del terrorismo⁴².

Il presupposto dell’attività comunicativa, sia per le pubbliche amministrazioni, che per i soggetti obbligati, è “l’autovalutazione del rischio”. Un dovere, quello dell’autovalutazione⁴³, che può essere defi-

⁴¹ Nella determinazione della sanzione amministrativa per omessa segnalazione di operazioni sospette ai sensi dell’art. 58 del d.lgs. n. 231 del 2007 la Corte deve tener conto degli elementi oggettivi e soggettivi della violazione. È illegittima la determinazione della sanzione che non consideri correttamente la gravità delle operazioni sospette, calcolandone erroneamente l’ammontare in maniera sproporzionata. Cfr. Cass. (ord.), 29 luglio 2024, n. 21112, in *Massima redazionale*, 2024.

⁴² L. RAPONI, *I soggetti destinatari di specifici obblighi antiriciclaggio e i relativi illeciti*, in *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*, a cura di C. BERNASCONI - F. GIUNTA, Milano, 2011, 85; B. BANDIERA, *La segnalazione delle operazioni sospette da parte dei professionisti*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 6 luglio 2011.

⁴³ Ad esempio, ciò che si richiede agli avvocati è una corretta calibrazione dell’attività di controllo della clientela e dell’operazione e/o servizio richiesto, sia in sede della c.d. “autovalutazione dei rischi” che di “adeguata verifica della clientela”, al grado di rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo sussistente caso per caso. Sul punto si rinvia allo scritto di S. GALMARINI, *Antiriciclaggio: arrivano le Regole Tecniche per gli avvocati*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 23 ottobre 2019.

nito prodromico e funzionale all'adempimento dei più generali doveri di antiriciclaggio, in particolare di quello della comunicazione delle operazioni sospette.

Per quanto riguarda l'attività di prevenzione di competenza della pubblica amministrazione va osservato che ogni operatore pubblico è chiamato a censire i rischi, a delineare una mappatura che serva a capire in concreto a quali di essi è esposto e come prevenirne il verificarsi, a dotarsi di assetti organizzativi, di procedure e di controlli idonei a tale gestione. È compito dell'operatore attivare i tradizionali strumenti di responsabilità e di controllo dell'azione amministrativa, per la verifica della legittimità dei comportamenti, dell'economicità della gestione pubblica, della correttezza delle decisioni e, infine, della corretta allocazione delle risorse. A questi doveri si aggiunge anche quello di intercettare e comunicare prontamente anomalie, incoerenze, criticità in cui possa imbattersi la pubblica amministrazione nello svolgimento delle proprie attività istituzionali. Il dovere di comunicazione si concretizza, dunque, «quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso e che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o che, comunque, i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa». Si impone, pertanto, un giudizio obiettivo sull'idoneità di tali operazioni a eludere le disposizioni antiriciclaggio⁴⁴. Dunque, a legittimare la segnalazione è sufficiente il sospetto che il soggetto con cui l'amministrazione si relaziona risulti coinvolto in attività illecite o possa sfruttare per scopi illeciti il rapporto con la pubblica amministrazione.

I motivi del sospetto e le operazioni rilevate devono essere descritti in maniera chiara e completa, al fine di procedere alla comunicazione alla UIF⁴⁵, prima, e agli organi investigativi, dopo, che hanno il compi-

⁴⁴ Cass., 29 aprile 2024, n. 11440; Cass., 8 agosto 2018, n. 20647; Cass., 10 aprile 2007, n. 8699; Cass. 10 aprile 2007, n. 8699.

⁴⁵ Effettuata la comunicazione, la UIF procede all'analisi finanziaria, finalizzata a selezionare, anche attraverso la ricostruzione dell'origine e della destinazione dei fondi, attività sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo per agevolare e orientare la successiva attività investigativa e giudiziaria, finalizzata all'accertamento dei reati. Alla UIF, dunque, spetta il compito di accertare l'esistenza del *fumus boni iuris* inerente alla comunicazione. Considerata la non esaustività dell'elenco di indicatori di anomalia ciascun operatore, relativamente al proprio ambito di attività, è tenuto in ogni caso ad effettuare la segnalazione al Gestore ogni qualvolta sappia o

to di svolgere tutti gli approfondimenti utili a contrastare le eventuali attività criminali.

Nel caso di specie il “sospetto” di un’operazione, secondo il disegno del decreto antiriciclaggio, dovrebbe essere il frutto di una valutazione compiuta sulla base di elementi soggettivi. Il processo valutativo, sicuramente non semplice e di immediata attuazione, si fonda sul cosiddetto “approccio basato sul rischio”⁴⁶, ovvero sull’analisi e sul confronto di quegli elementi che, acquisiti dall’ufficio nell’ambito dell’attività svolta, riguardano le caratteristiche sia dell’operazione (soprattutto con riferimento al settore d’attività), sia della persona fisica e giuridica, a cui la stessa è riferita.

5. Gli indicatori di anomalia delle operazioni sospette di riciclaggio

In tale cornice, si rilevano particolarmente importanti i cd. indicatori di anomalia⁴⁷, aventi il compito di individuare i comportamenti rischio-

abbia ragionevole motivo di ritenere che sia stato compiuto o tentato il compimento di operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

⁴⁶ Una prima ricostruzione sistematica del diritto del rischio si deve a A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, 109 ss., seguita da R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, 2020.

⁴⁷ Fattispecie di comportamenti anomali, finalizzati ad agevolare la valutazione, da parte dei segnalanti, degli eventuali profili di sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo contenuti nel Decreto ministeriale del 25 settembre 2015 e richiamati nel provvedimento UIF del 23 aprile 2018. Di recente la UIF ha adottato un nuovo provvedimento recante gli Indicatori di Anomalia del 12 maggio 2023 e allegato: applicabile dal 1° gennaio 2024.

Indicatori di anomalia: Decreto del Ministro dell’Interno del 25 settembre 2015, “Determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l’individuazione delle operazioni sospette di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo da parte degli uffici della pubblica amministrazione”; Provvedimento della Banca d’Italia del 30 gennaio 2013, “Indicatori di anomalia per le società di revisione e revisori legali con incarichi di revisione su enti di interesse pubblico”; Decreto del Ministero dell’Interno del 27 aprile 2012, “Modificazione del decreto 17 febbraio 2011 di determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l’individuazione delle operazioni sospette di riciclaggio da parte di talune categorie di operatori non finanziari”; Decreto del Ministero dell’Interno del 17 febbraio 2011, “Determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l’individuazione di operazioni sospette di riciclaggio da parte di talune categorie di operatori non finanziari”; Decreto del Ministero della Giustizia del 16 aprile 2010, “Determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l’individuazione di operazioni sospette di riciclaggio da parte di talune categorie di professionisti e dei revisori contabili”; Delibera n. 616 del 24 agosto 2010 della Banca d’Italia, “Provvedimento recante gli indicatori di anomalia per gli inter-

si da tener presente al fine dell'adempimento del dovere di comunicazione⁴⁸.

Gli indicatori di anomalia⁴⁹ consistono in un elenco di comportamenti della clientela da ritenere atipici e potenzialmente indicativi di intenti di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. L'elencazione ha natura meramente esemplificativa, come si desume dal tenore della relativa disposizione.

Si tratta sostanzialmente di istruzioni volte ad agevolare gli operatori, le quali da un lato non esauriscono le ipotesi possibili di operazioni sospette e dall'altro non costituiscono il necessario presupposto, perché l'operazione debba essere segnalata.

Ne deriva che la mera ricorrenza di comportamenti descritti nell'indicatore non è motivo di per sé sufficiente per la segnalazione di operazioni sospette, così come l'assenza di indicatori può non essere di per sé sufficiente a escludere che l'operazione sia sospetta.

La loro funzione è di ridurre quindi i margini di incertezza conseguenti a valutazioni soggettive o a comportamenti discrezionali.

mediari”; Provvedimento del 27 maggio 2009, “Indicazioni operative per l'esercizio di controlli rafforzati contro il finanziamento dei programmi di proliferazione di armi di distruzione di massa”.

Recentemente, infine, la UIF ha pubblicato lo Studio n. 23 della serie *Quaderni dell'antiriciclaggio* dal titolo “*Corruption risk indicators in public procurement: A proposal using Italian open data*” con l'obiettivo di incrementare la trasparenza e l'integrità negli appalti pubblici.

L'Autorità – dopo aver rilevato che alcuni settori degli appalti (ad es. settori speciali e forniture di prodotti) presentano un elevato rischio corruttivo e che esiste una correlazione tra il rischio corruttivo e le imprese potenzialmente prossime a contesti di criminalità organizzata – ha proposto una metodologia basata su 12 indicatori di rischio che, attraverso l'aggregazione di dati, permette di quantificare il rischio di corruzione nelle gare pubbliche italiane e individuare potenziali condotte corruttive. Gli indicatori, calcolati per le gare pubblicate in Italia tra gennaio 2018 e giugno 2023, non solo aiutano a valutare il rischio di corruzione in ogni singola gara con la possibilità di calcolare un indice di rischio complessivo per ogni aggiudicazione, ma offrono anche un supporto nel monitoraggio degli appalti e nelle attività di antiriciclaggio e di investigazione.

⁴⁸ A. SERGIACOMO, *Frodi fiscali internazionali, i nuovi indicatori antiriciclaggio*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 9 maggio 2012.

⁴⁹ Sulla differenza tra “anomalia” e “sospetto”, nonché sul meccanismo di segnalazione, v. R. RAZZANTE, *Osservazioni sul nuovo regime di segnalazione delle operazioni sospette ai sensi del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 153*, in *Dir. Banca*, 1998, 1.

Quanto detto non sta a significare che essi si sostituiscano *in toto* al funzionario “gestore”⁵⁰, al quale la struttura pubblica assegna il delicato compito della valutazione, ma la loro funzione è quella di supportarlo, riducendo i margini d’incertezza, sempre presenti in ogni valutazione soggettiva.

Pertanto, proprio al fine di agevolare l’attività di valutazione del soggetto obbligato in merito al profilo di sospetto, l’Unità di Informazione Finanzia ha elaborato gli indicatori di anomalia, così da ridurre le incertezze derivanti da valutazioni soggettive e discrezionali del soggetto obbligato.

Tuttavia, questi indici, pur costituendo un ausilio importante, non rappresentano un riferimento sufficiente ai fini dell’adempimento dell’obbligo di segnalazione.

Al contrario, si tratta di uno strumento operativo da utilizzare caso per caso: l’assenza nel caso concreto di indicatori non toglie l’onere di segnalazione, nel caso in cui l’operatore abbia motivo di considerarla sospetta; né la presenza di un indice di anomalia comporta automaticamente che un’operazione sia valutata a rischio riciclaggio. Si tratta sostanzialmente di istruzioni che operano in funzione di sussidio.

Ne deriva che la mera ricorrenza di comportamenti descritti nell’indicatore non è motivo di per sé sufficiente per la segnalazione di operazioni sospette, così come l’assenza di indicatori può non essere di per sé sufficiente a escludere che l’operazione sia sospetta⁵¹.

Il 12 maggio 2023 la UIF ha emanato il provvedimento recante gli indicatori di anomalia con efficacia dal 1 gennaio 2024. Esso contiene 34 indicatori di anomalia, ciascuno dei quali articolato in sub-indici, che costituiscono esemplificazioni dell’indicatore di riferimento.

⁵⁰ Al “gestore” spetta primariamente il compito di definire le procedure valutative, procedure che, al pari di quelle già previste per gli altri soggetti obbligati, devono assicurare efficacia, omogeneità dei comportamenti, riservatezza, tracciabilità della decisione, e, soprattutto, tempestività nell’inoltro della segnalazione, che, vale la pena di rammentarlo, può anche riguardare operazioni non effettuate proprio perché già “*ab origine*” sprovviste dei necessari requisiti (ad esempio, il rigetto della domanda di partecipazione ad una gara d’appalto presentata da un’impresa priva dei necessari requisiti tecnico-finanziari). Sul punto si rinvia allo scritto di A. TADINI, *Obblighi antiriciclaggio nella PA: l’approccio basato sul rischio*, in *Azienditalia*, 2016, 8-9, 766. Più in generale, invece, si rinvia allo scritto di V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell’equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Contr. Impr.*, 2024, 3, 586.

⁵¹ Cfr. Cass., 14 novembre 2024, n. 29391, in *Massima Redazionale*, 2024.

Gli indicatori evidenziano operazioni soggettivamente ed oggettivamente sospette: essi ed i relativi sub-indici devono essere selezionati da parte dei soggetti obbligati alla luce della concreta attività svolta⁵².

Per quanto riguarda l'autovalutazione del rischio essa non deve tradursi in una attività di investigazione al di fuori del perimetro delle attività e delle competenze proprie di ciascuno, né del pari può comportare rallentamenti o interruzioni dell'attività amministrativa, ovvero comprometterne l'efficacia e l'efficienza.

Gli uffici pubblici dovrebbero effettuare la valutazione del rischio utilizzando tutte le informazioni e i documenti di cui essi dispongono, in ragione dello svolgimento delle proprie funzioni istituzionali, focalizzando la propria attenzione su eventuali anomalie, che inducono a considerare una determinata operazione come sospetta.

Sebbene occupino un posto rilevante per orientare i soggetti preposti alla valutazione delle operazioni, gli indicatori e gli schemi di anomalia, come sopra accennato, non hanno carattere esaustivo, né sono tassativi, anche in considerazione della continua evoluzione delle modalità di svolgimento delle operazioni.

L'obiettivo di tali indici è deflazionare le comunicazioni, circoscrivendo l'attività di antiriciclaggio alle operazioni con una potenzialità lesiva maggiore, che si desume, appunto, dalla compatibilità con i predetti indicatori⁵³.

Tuttavia, l'emissione degli indicatori di anomalia costituisce una svolta nel rapporto pubblica amministrazione e antiriciclaggio, in quanto viene rafforzato il ruolo e la funzione del “potere pubblico” nella prevenzione dell'utilizzo del sistema economico a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

6. L'indeterminatezza dell'espressione legislativa “operazioni sospette di riciclaggio”

L'adempimento del dovere di comunicare le operazioni sospette di riciclaggio viene pregiudicato dalla genericità e dalla vaghezza dell'e-

⁵² Essi sono reperibili su <https://uif.bancaditalia.it/normativa/norm-indicatori-anomalia/provvedimento> della UIF 12 maggio 2023.

⁵³ Altre indicazioni sono contenute nella circolare del 15 settembre 2023, n. 27. Per un commento alla circolare si rinvia a M. Rossi, *Titolare effettivo e segnalazione di operazioni sospette dopo la circolare n. 27/2023*, in *Azienditalia*, 2024, 1, 7; V. ZAMPAGLIONE - G.A.M. TRIMARCHI, *Verifica antiriciclaggio tra obbligatorietà e ragionevolezza*, in *Notariato*, 2019, 6, 581.

spressione legislativa “operazioni sospette” di riciclaggio che non consente ai funzionari di individuare con certezza quali siano le operazioni da segnalare⁵⁴.

L'esigenza di chiarezza normativa, del resto, è stata avvertita dallo stesso legislatore, che ha cercato di specificare cosa si intenda per “operazione sospette” nella lettera dell'art. 35 del decreto Antiriciclaggio, che disciplina l'obbligo di segnalazione previsto per i “soggetti obbligati”. La disposizione prevede che questi ultimi (comprese le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 10) invino senza ritardo una segnalazione alla UIF «quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o che comunque i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa». Dunque, il punto di partenza è la genericità della terminologia utilizzata dal legislatore.

L'indeterminatezza semantica della fattispecie è un fenomeno che coinvolge l'intero ordinamento giuridico e che nell'ambito del diritto amministrativo viene ricondotta, tradizionalmente, alla categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato o a quella delle clausole generali. L'utilizzo di tali concetti attiene ad una tecnica legislativa che non descrive la fattispecie in maniera tassativa, ma rinvia, per la loro determinazione, all'attività dell'interprete. Nel diritto amministrativo, l'interprete del concetto giuridico indeterminato è la pubblica amministrazione in prima battuta, e il giudice amministrativo, in seconda. Infatti, il concetto giuridico indeterminato deve essere, in primo luogo, interpretato ed applicato dalla pubblica amministrazione e, solo even-

⁵⁴ Sulla diversità strutturale delle norme “vaghe” o elastiche, cfr. F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 7. Per un approfondimento, E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Encycl. dir. - Annali*, Milano, 2012, vol. V, 183 ss.; Id., *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4/2004, 581 ss.; Id., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003; Id., *Orientamenti della Cassazione sul controllo delle clausole generali, con particolare riguardo alla giusta causa di licenziamento*, in *Foro it.*, 2003, I, 1845 ss.; Id., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell'ordinamento*, ivi, 1999, I, 3558 ss.

Secondo E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'AMICO, Milano, 2017, 690 ss., «la disposizione che contempla una clausola generale non enuncia quindi una norma in senso proprio, ma un ideale di norma» o «idea-limite», dalla quale attingere per l'identificazione della “norma individuale”.

tualmente e comunque successivamente, dal giudice amministrativo chiamato a sindacare l'esercizio del potere⁵⁵.

Invero, la *ratio* di tale scelta è stata quella di consentire alla pubblica amministrazione di decidere attraverso l'esercizio di un potere valutativo a maglie larghe. Il sospetto di riciclaggio viene inteso dal legislatore in senso ampio sulla base delle caratteristiche, dell'entità, della natura delle operazioni, del loro collegamento o frazionamento o di altra circostanza conosciuta, in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui l'operazione è riferita.

La funzione della utilizzazione di una formula di tal fatta è quella di conferire alla pubblica amministrazione un potere valutativo più ampio di quello che viene normalmente attribuito in caso di fattispecie normative analitiche.

Tuttavia, il legislatore incorre in una contraddizione data dal fatto che, prima demanda alla pubblica amministrazione il compito di specificare le operazioni sospette, per adeguarle alla mutevolezza della realtà e, poi, dall'altra, fissa le linee guida ovvero gli indicatori di anomalia che devono servire per l'individuazione delle operazioni e dei comportamenti sospetti di riciclaggio. L'emanaione di linee guida da parte di un soggetto giuridico diverso dalle amministrazioni preposte allo svolgimento del dovere di comunicazione ingessa il potere di queste ultime, vale a dire lo tipizza in maniera tale da operare contro l'obiettivo perseguito dal legislatore.

Sono due scelte che contrastano tra di loro anche se sembrano potersi conciliare. Per l'esattezza contrastano sul piano dogmatico; invece, sul piano pratico, sembrano potersi conciliare solo se la pubblica amministrazione compia, con autonomia di giudizio, la sua valutazione, concependo le linee guida, non come disposizioni rigide, ma come indicazioni di massima e come un ausilio da prendere in considerazione ai fini dell'accertamento del sospetto stesso.

La complessità del giudizio volto a individuare l'operazione sospetta è aggravata dal fatto che il legislatore ha posto a base dell'obbligo e

⁵⁵ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, 97 ss., il quale rileva la differenza con il diritto civile ove è il giudice civile ad attuare la clausola generale (altra categoria giuridica che ruota attorno all'indeterminatezza del testo della norma), traendo la regola del caso concreto. Mentre nel diritto amministrativo «spetta anzitutto all'amministrazione interpretare e applicare tale concetto».

del dovere di comunicazione e di segnalazione non una operazione di riciclaggio certa e provata, bensì una operazione sospetta. Il sospetto è qualcosa molto di meno di una prova e di un indizio. Esso integra l’astratta possibilità che una operazione sia finalizzata al riciclaggio, non la probabilità che lo sia. Si ha prova rappresentativa di un fatto quando da un fatto noto si ricava per rappresentazione l’esistenza del fatto da provare. La prova consente di avere certezza del fatto da provare. Si ha indizio o prova critica, invece, quando da un fatto provato (la circostanza indiziante) si ricava l’esistenza di un ulteriore fatto da provare. Il collegamento fra la circostanza indiziante e il fatto da provare è costituito da una inferenza basata su di una massima di esperienza o su di una legge scientifica⁵⁶. La decisione di ancorare l’obbligo e il dovere di comunicazione e di segnalazione a un mero sospetto e non a una prova o a un indizio amplia notevolmente la platea delle operazioni suscettibili di essere comunicate e segnalate, rendendo la relativa nozione ancora più vaga e indeterminata.

7. La natura dell’attività posta in essere per l’individuazione, la valutazione e la comunicazione delle operazioni sospette sul piano teorico

È opportuno fare chiarezza sulla natura dell’attività che gli uffici della pubblica amministrazione devono porre in essere per l’individuazione, la qualificazione, la valutazione e la comunicazione delle operazioni sospette⁵⁷. La norma di cui all’art.10, comma 4, del decreto antiriciclaggio pone a fondamento del dovere di comunicazione l’esercizio di un potere valutativo piuttosto ampio in capo alla pubblica amministrazione, in ragione della formula vaga e generica utilizzata dal legislatore.

Il “sospetto” di riciclaggio viene inteso dal legislatore in senso ampio, sulla base delle caratteristiche, dell’entità, della natura delle operazioni, del loro collegamento o frazionamento o da ogni altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate dall’ufficio pubblico,

⁵⁶ P. TONIN - C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2024, 249 ss., e *ivi*, indicazioni bibliografiche.

⁵⁷ R.RAZZANTE, *La normativa antiriciclaggio in Italia*, Torino, 1999, 27; L. STAROLA, *Istruzioni UIF sulle segnalazioni di operazioni sospette: analisi, dubbi e perplessità*, in *Corr. trib.*, 2011, 120; Di Dio, *Reati tributari e segnalazioni per operazioni sospette: evoluzione normativa e risvolti investigativi*, in *Fisco*, 2011, 5003; F. GIAVAZZI, *La “lotta” al riciclaggio nel contesto societario: incoerenze normative e aporie prasseologiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 769.

tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui l'operazione è riferita⁵⁸.

Decisamente importante è il momento in cui gli uffici svolgono l'attività istruttoria, è proprio durante lo svolgimento della fase più importante del procedimento che l'amministrazione procede ad acclarare la situazione di fatto esistente. La ricostruzione del fatto, da un lato, consente all'amministrazione di articolare la propria azione sulla realtà oggettiva, dall'altro, rappresenta la cornice nel cui ambito si collocheranno gli interessi da comparare.

La comunicazione delle operazioni e dei comportamenti sospetti di riciclaggio non deve essere intesa come una mera attività cognitiva e informativa, ma deve essere il risultato di un processo valutativo che il funzionario è chiamato a svolgere durante l'espletamento della attività istruttoria e tenendo conto degli elementi soggettivi e oggettivi delle fattispecie concrete sottoposte al suo esame. Tutte le informazioni acquisite vanno poi comunicate al gestore o a una struttura organizzativa all'interno dell'amministrazione, cui spetta il compito di valutare ed eventualmente trasmettere alla UIF le informazioni ricevute.

La valutazione deve essere attenta e approfondita. Le valutazioni compiute dagli uffici pubblici alla luce dei dati e delle informazioni acquisiti nello svolgimento dei procedimenti amministrativi vanno ad alimentare il patrimonio informativo dell'UIF e costituiscono oggetto di analisi e di sviluppo. Insomma, i dati raccolti dimostrano come la funzione in chiave di antiriciclaggio, che la pubblica amministrazione è chiamata a svolgere, è nelle mani degli uffici amministrativi.

Il problema di fondo è che l'attività valutativa non è ancorata ad una facile e chiara individuazione dei comportamenti che possono essere considerati "sospetti" e, dunque, potrebbe divenire attuale il pericolo

⁵⁸ Assumono rilevanza, tutte le circostanze «conosciute in ragione delle funzioni esercitate» e da ogni altro dato a disposizione dei segnalanti, «tenendo conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto». Cfr. M. CASTELLANETA - C. LICINI, *Osservatorio europeo e internazionale - Consiglio UE- Riciclaggio*, in *Notariato*, 2024, 4, 423; A. TADINI, *Obblighi antiriciclaggio nella PA: l'approccio basato sul rischio*, in *Azienditalia*, 2016, 8-9, 766; A. BARBAZZO, *La segnalazione di operazioni sospette nel panorama giurisprudenziale: il difficile punto di equilibrio fra la visione oggettiva della Corte di Cassazione e quella maggiormente personalistica dei Giudici di merito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 2, 231, nota a Tribunale Udine, 17 gennaio 2012, n.57; E. AMODIO - C.M. LICINI - R. DANOVY - C. COCUZZA - G.G. BELLAVIA, *La nuova normativa antiriciclaggio e le professioni*, Milano, 2008.

che siano classificati come sospetti anche atti e operazioni del tutto estranei al rischio del riciclaggio.

Sebbene manchi una disposizione in tal senso, è necessario ottemperare alla comunicazione senza ritardo o comunque in un termine ragionevole, in modo da consentire all’UIF., prima, e agli Organi investigativi (Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza e Direzione investigativa antimafia), dopo, di svolgere tutti gli approfondimenti utili a contrastare le eventuali attività criminali rilevate⁵⁹.

Effettuata la comunicazione, la UIF procede all’analisi finanziaria, finalizzata a selezionare, anche attraverso la ricostruzione dell’origine e della destinazione dei fondi, attività sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, per agevolare e orientare la successiva attività investigativa e giudiziaria, finalizzata all’accertamento dei reati. Alla UIF., dunque, spetta il compito di accertare l’esistenza del *fumus boni iuris* inerente alla comunicazione.

Ogni comunicazione, pertanto, è funzionale ad innescare una attività di indagine nei confronti del soggetto la cui condotta appaia sospetta e deve essere supportata da una descrizione chiara e dettagliata delle operazioni rilevate, nonché di una adeguata motivazione dalla quale sia desumibile l’*iter* logico-giuridico che ha condotto la pubblica amministrazione a sospettare dell’operazione come collegata a riciclaggio o finanziamento del terrorismo⁶⁰.

La comunicazione, dunque, è strumentale all’attivazione di un procedimento di controllo sul soggetto che ha tenuto la “condotta sospetta”. Tuttavia, la provenienza della comunicazione *de qua* da parte di una pubblica amministrazione esclude che possa trattarsi di una denuncia di fatti penalmente rilevanti, né tantomeno essere ritenuta notizia di reato.

⁵⁹ Secondo la giurisprudenza di legittimità occorre prendere in esame ogni singola condotta per la quale sussiste l’evidenza, in quel momento, degli estremi dell’illecito contestato. La comunicazione deve essere effettuata senza ritardo. Cfr. Cass., 8 agosto 2018, n. 20647, in *Giustizia Civile Massimario*, 2018.

⁶⁰ Le Pubbliche Amministrazioni provvedono ad effettuare la comunicazione telematicamente, tramite il portale INFOSTAT-UIF della Banca d’Italia e previa adesione al sistema di comunicazione on-line.

L’amministrazione può riferirsi anche ad una precedente comunicazione avente ad oggetto una condotta diversa addebitabile allo stesso soggetto. Ciò al fine di far accettare un eventuale collegamento tra le condotte.

8. La natura dell'attività posta in essere per l'individuazione, la valutazione e la comunicazione delle operazioni sospette sul piano dogmatico

Dalla lettura dell'art. 10 del decreto antiriciclaggio, tuttavia, la natura soggettiva della valutazione di cosa costituisca sospetto di riciclaggio viene messa in discussione sul piano dogmatico.

Il legislatore, infatti, calibra il tiro, introducendo un sistema di rilevazione oggettiva delle operazioni e dei comportamenti da qualificare come sospetti dal momento che demanda alla UIF, con il supporto del Comitato di sicurezza finanziario, il compito di individuare gli indicatori per agevolare la rilevazione delle operazioni sospette da parte degli uffici. In altri termini, le operazioni connotate da anomalie oggettive secondo gli indicatori individuati dovrebbero essere considerate sospette e, pertanto, comunicate alla UIF Il dovere di comunicazione sembra, dunque, caratterizzato per avere natura completamente oggettiva ed essere, pertanto, del tutto scuro da una valutazione discrezionale in merito alle motivazioni sottese alla realizzazione delle operazioni stesse.

Il legislatore restringe l'autonomia di giudizio della pubblica amministrazione, prevedendo una discrezionalità limitatissima in ordine alla decisione di inoltrare le segnalazioni. Nell'ambito di questo stretto ambito di giudizio, quindi, il potere valutativo dell'amministrazione sarebbe ristretto a un mero riscontro della compatibilità tra l'operazione posta in essere e gli "indici di anomalia" predisposti dalla Banca d'Italia.

In realtà, le due scelte legislative, come abbiamo precedentemente detto, non sono contraddittorie, ma convergono sul piano pratico in un'unica direzione. I veri autori e protagonisti del dovere di comunicazione non sono le pubbliche amministrazioni, ma i singoli funzionari, responsabili dell'istruttoria che diventano gli unici interpreti della espressione generica utilizzata dal legislatore. Spetta loro, anche sulla base di un giudizio valoriale del tutto soggettivo, scegliere e catalogare un'operazione sospetta di riciclaggio. Del resto, la caratteristica della formula legislativa "vaga e indeterminata" consente non solo all'ordinamento giuridico di adeguarsi alle specificità del caso concreto, all'evoluzione della realtà e del sistema giuridico in generale, ma è anche un sistema per inserire nel mondo giuridico giudizi di valore che vengono da altri impianti disciplinari.

La clausola generale devolve all'interprete il potere di concretizzare il contenuto sulla base di un'autonoma attività valutativa che deve esse-

re svolta nel rispetto del principio di legalità, ma soprattutto nel rispetto del principio di ragionevolezza.

Un importante supporto al personale degli uffici, per l’elaborazione del loro giudizio valutativo volto alla individuazione di un’operazione sospetta, potrebbe consistere nel prevedere attività formative e di supporto presso le numerose amministrazioni presenti su tutto il territorio nazionale. Occorrerebbe una attività formativa specifica e professionalizzante per migliorare la competenza dello staff dedicato al compito dell’attività comunicativa interna, incentivando anche un confronto dialettico interno aperto e costruttivo sul tema della collaborazione attiva⁶¹. La prima criticità di fondo è l’incertezza e la genericità del contenuto normativo.

Inoltre, il sistema antiriciclaggio è contraddistinto da una marcata tendenza della norma legislativa a trasferire in capo alla stessa amministrazione (il CSF Comitato di sicurezza finanziario, art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 231/2007, organo del MEF) il compito di stabilire le linee guida per la mappatura e la valutazione del rischio riciclaggio.

Tutto ciò sembra mettere in discussione il principio della separazione dei poteri a tutto vantaggio del potere esecutivo. Nel caso di specie il legislatore non utilizza una strategia diretta ad esempio distribuendo

⁶¹ A tal proposito è stata avviata una indagine/analisi empirica dei fattori abilitanti svolta nell’ambito della Comunità di pratica degli RPCT. Il gruppo di lavoro (la Scuola Nazionale della pubblica amministrazione e la UIF), partendo dai modelli organizzativi adottati dai soggetti obbligati del settore finanziario e dall’esperienza diretta presso altre pubbliche amministrazioni, ha identificato un set di fattori abilitanti riferibili ad otto aree tematiche: Capitale umano, sociale, e tecnologico, organizzazione rendicontazione, riconoscimento degli organi di indirizzo assistenza e networking tra le istituzioni. La scheda con i fattori citati è stata inviata ai Gestori di 23 pubbliche amministrazioni prima delle interviste che si sono concentrate non tanto sull’insieme dei fattori abilitanti considerati utili sul piano teorico, ma su quelli che, nella concreta esperienza, hanno avuto un ruolo fondamentale per l’invio delle comunicazioni di operazioni sospette. Al termine dell’intervista a cui sono stati sottoposti i gestori è emerso che solo un ristretto numero di fattori abilitanti è stato ritenuto indispensabile. In particolare, le preferenze espresse dai Gestori concernono: a) la collaborazione con gli uffici che gestiscono processi a rischio; b) la collaborazione tra presidi antiriciclaggio e altri obiettivi istituzionali; c) il terzo fattore, invece, sono le competenze dei soggetti coinvolti nella filiera interna della comunicazione e del personale responsabile di sviluppare e inviare le comunicazioni.

La ricerca o meglio l’individuazione dei fattori che possono abilitare le amministrazioni a riconoscere e a segnalare le operazioni sospette consentirebbero alla pubblica amministrazione di partecipare attivamente alla prevenzione del riciclaggio.

l'esercizio di una stessa funzione amministrativa fra varie amministrazioni, bensì utilizza una tecnica legislativa indiretta devolvendo a una amministrazione il potere di scegliere la strategia legislativa di configurazione del potere e di determinare la stessa⁶².

9. La formula vaga e generica delle operazioni sospette di riciclaggio: concetti giuridici indeterminati e clausole generali

La locuzione “operazioni sospette di riciclaggio” è una formula vaga e generica, che riecheggia la tecnica dei concetti giuridici indeterminati e quella delle clausole generali⁶³.

I concetti giuridici indeterminati e le clausole generali sono in un rapporto simbiotico perché hanno in comune una locuzione vaga e indeterminata. L’elemento della vaghezza e dell’indeterminatezza⁶⁴ della norma accomuna diversi istituti e ne fa oggetto di una problematica di ordine generale, nell’ambito della quale sono confluiti i principi giuridici, le norme penali in bianco, l’elemento normativo giuridico, i concetti giuridici indeterminati e le clausole generali. Tutti i predetti fenomeni attengono al mondo della produzione giuridica.

In particolare, per quanto concerne i concetti giuridici indeterminati e le clausole generali, la dottrina ha approfondito diversi aspetti, soffermandosi anche sul tema della loro autonomia dogmatica. Infatti,

⁶² S. PERONGINI *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentale*, in *P.A. Persona e amministrazione*, fasc. n. 1/2018.

⁶³ N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, (1967), in *Jus*, 1967, 74 ss.; F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 87 ss.; M. TARUFFO, *Note su “Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali”* di Federico Roselli, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984, 328 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.* 1984, 539 ss., 571; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, 631 ss., 653; A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Politica del diritto*, 1988, 655.

L. NIVARRA, *Introduzione a J.W. HEDEMANN, La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, Pisa, 2022, 9-45; A. GAMBARO, *Clausole generali in relazione ai principi e ai valori*, in R. LENER - M. RABITTI - F. SARTORI, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto dell’economia*, Torino, 2024, 19 ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milano 2010, 77 ss.

⁶⁴ In tema cfr., recentemente, L. BENVENUTI, *Postfazione. La discrezionalità amministrativa nella lente dei suoi interpreti*, in *La discrezionalità amministrativa*, nuova edizione, Pisa, 2023, 261 ss.

secondo una parte della dottrina⁶⁵, i concetti giuridici indeterminati e le clausole generali costituiscono un unico fenomeno; secondo altri⁶⁶, invece, si tratta di due nozioni nettamente distinte; infine, secondo altri ancora⁶⁷, fra di loro intercorrerebbe solo una labile differenza⁶⁸.

Appare opportuno premettere che il legislatore, quando utilizza concetti giuridici indeterminati e clausole generali nelle disposizioni volte a disciplinare rapporti di diritto amministrativo, impiega consapevolmente una tecnica normativa per disciplinare il potere amministrativo, in maniera tale da modulare la prescrizione provvidenziale così come avviene con le disposizioni che danno luogo a un provvedimento vincolato, a un provvedimento discrezionale, a un provvedimento a discrezionalità tecnica ecc. ecc.

Il legislatore può ricorrere a più di un tipo di strategia per configurare il potere amministrativo⁶⁹. Esso può farlo in via diretta oppure può devolvere tale funzione ad altro soggetto ossia ad una o più amministrazioni. Secondo tale tesi, il potere di porre le strategie di configurazione del potere amministrativo non può competere alla stessa amministrazione, perché – diversamente – ne risulterebbe violato il principio di legalità dell’azione amministrativa, con la conseguenza di riservarle ambiti di sovranità che oggi non sono più compatibili con l’assetto costituzionale. Questo implica due conseguenze. Innanzi tut-

⁶⁵ S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss. L’autore mette in evidenza che i concetti giuridici indeterminati erano prima noti come concetti indeterminati, ma che ad un certo punto dalla dottrina tedesca vennero definiti giuridici proprio perché erano sindacabili dal giudice amministrativo. L’applicazione dei concetti giuridici indeterminati, con l’emanazione del provvedimento relativo, era sindacabile dal giudice amministrativo; l’equivalenza terminologica tra clausole generali e concetti giuridici indeterminati è sostenuta da M. CLARICH, in M. CLARICH - M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 40 ss. Si vedano i rilievi critici all’uso indistinto di L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell’attività amministrativa*, Napoli, 2018, 33 ss., 44.

⁶⁶ Sul versante amministrativo, riguardo al tentativo di distinzione, soprattutto fra clausole generali, concetti giuridici indeterminati e norme in bianco, Cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005, 39 ss.

⁶⁷ Cfr., V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 74 ss., sulla distinzione fra principi e clausole generali.

⁶⁸ S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2025, 995 ss.

⁶⁹ S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvidenziale*, in *P. A. Persona e Amministrazione*, 2018, 65.

to, nello Stato costituzionale di diritto la pubblica amministrazione è titolare solo di quei poteri che le sono stati conferiti dal legislatore. Non hanno legittimità costituzionale i poteri impliciti, poteri presunti o poteri taciti. In secondo luogo, le strategie legislative non possono concretarsi nella devoluzione di un potere valutativo così ampio da non incontrare limite alcuno e da sottrarre l'azione amministrativa al sindacato giurisdizionale⁷⁰. Pertanto, le figure succitate vanno considerate in tale prospettiva.

Analoghe considerazioni vanno compiute anche per quanto concerne il potere - dovere delle amministrazioni di comunicare e segnalare le operazioni sospette di riciclaggio. In detta ipotesi il principio di legalità evita che l'esercizio del potere si traduca nella violazione del principio di tipicità, di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità. Infatti, occorre considerare che la comunicazione e la segnalazione espongono l'autore della operazione sospettata a una pluralità di sanzioni amministrative e penali, con evidenti risvolti di natura economica.

I concetti giuridici indeterminati (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*) hanno trovato un primo riconoscimento nell'ordinamento tedesco⁷¹, ma sono stati approfonditi anche dalla dottrina italiana. *Ab origine*, la dottrina tedesca⁷² riteneva che i concetti indeterminati fossero espressione del potere discrezionale della pubblica amministrazione. Tale ricostru-

⁷⁰ S PERONGINI *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvidenziale*, in *P. A. Persona e Amministrazione*, 2018, 65.

⁷¹ Per una prospettiva comparata, nel sistema tedesco, si rinvia a W. SCHULZ, *Beurteilungsspielraume als Wissensproblem – am Beispiel der Regulierungsverwaltung*, in *Rechtswissenschaft*, 3, 2012, 330 ss; W.R. SCHENKE, *Vervaltungsprozessrecht*, München, 2009; JAN S. OSTER, *The scope of judicial review in the german and U.S. Administrative Legal System*, in *German Law Journal*, 9, 2008, 1267 ss.; H. SCHULZEFIELITS, *Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung*, in *Verwaltungskontrolle*, a cura di SCHMIDT-ABMANN E., HOFFMANN-RIEM W., Baden-Baden, 2001, 219 ss; E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Tübingen, 2001; H.H. RUPP, *Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff und kein Ende*, in *Festschrift für Wolfgang Zeider*, I, Berlin-New York, 1987; H. SOELL, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, Heidelberg, 1973; W- JELLINEK, *Gesets Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913; F. TEZNER, *Zur Lehre von den freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Wien, 1888.

⁷² EDMUND BERNATZIK, *Rechtsprechung Und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien*, Manz, 1886.

zione, però, limitava il sindacato giurisdizionale che non poteva avere ad oggetto la discrezionalità amministrativa⁷³.

Al fine di ampliare il controllo giurisdizionale anche a tali “formule generiche”, essi sono stati definiti non più come concetti indeterminati, ma come concetti giuridici indeterminati (*Rechtsbegriffe*)⁷⁴. A seguito di tale cambio di prospettiva, i concetti giuridici indeterminati sono stati considerati come una tecnica di configurazione del potere alternativa e differente da quella relativa al potere discrezionale.

La profonda influenza esercitata dal diritto tedesco ha determinato il dilagare della teoria dei concetti giuridici indeterminati anche in altri ordinamenti. La dottrina italiana ha seguito un percorso alternativo. Infatti, essa ha elaborato e sviluppato la categoria della discrezionalità tecnica nel tentativo di delimitare, nell’ambito dei giudizi valutativi dell’amministrazione, un’area da sottoporre al sindacato di legittimità del giudice⁷⁵. Ciò nonostante, anche la dottrina italiana ha evocato la nozione di concetti giuridici indeterminati⁷⁶. Si è di recente evidenziato

⁷³ A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 65 ss., 67 ss.; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. SCOCA - F.A. ROVERSI MONACO - G. MORBIDELLI, Torino, 2017, 55.

⁷⁴ F. TEZNER, *Zur lebre von freien Ermessen als grund zur Unzustandigkeit der Verwaltungsgerichte*, Vienna, 1988.

⁷⁵ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 292 ss.; S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2025, 987 ss.

⁷⁶ Per la dottrina italiana sui concetti giuridici indeterminati, si vedano F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967, 244 ss., 248 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 19 ss., 150 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 77 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 475 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 303 ss., 310 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 347 ss.; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 136 ss.; S. COGNETTI, *Profilo sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993, 41 ss., 69 ss., 246 ss.; D. DE PRETIS *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995, 44 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 220 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa*, Germania – Austria – Italia, Trento, 2004, 15 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 458 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pra-*

che «il legislatore può allocare i concetti giuridici indeterminati, per conferire un potere amministrativo e per disciplinarne l'esercizio, nella parte della disposizione legislativa che costituisce la fatispecie (o parte ipotetica) oppure nella parte che costituisce la statuzione (o parte deputata alla previsione degli effetti).

L'allocazione dei concetti giuridici indeterminati all'interno della disposizione normativa non è un dato indifferente; al contrario, è un elemento che incide, come si vedrà meglio più innanzi, sulla natura del giudizio valutativo devoluto all'amministrazione e, in generale, all'interprete.

Tendenzialmente, i concetti giuridici indeterminati vengono utilizzati dal legislatore per delineare i presupposti che legittimano l'esercizio del potere. Tuttavia, non mancano i casi in cui essi riguardano la sfera degli effetti.

Il ruolo assolto dai concetti giuridici indeterminati, nella fatispecie astratta che configura il potere, tendenzialmente è quello volto a precisare i presupposti per l'esercizio del potere, ma non mancano casi in cui essi sono allocati sul versante degli effetti»⁷⁷.

I concetti giuridici indeterminati, nell'ordinamento spagnolo⁷⁸, sono stati qualificati come concetti la cui formulazione *es más abstracta e*

tico, azione amministrativa ed illegalità utile, Torino, 2006, 362 ss.; S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2025, 981 ss.

⁷⁷ S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2025, 988.

⁷⁸ Cfr. I. ARA PINILLA, *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*, in *Anuario de filosofía del derecho*, n. 21, 111, 2004; M.M. MACHICADO, *Son conceptos indeterminados, arbitrarios o barbarismos jurídicos en la constitución política del estado, las condiciones generales de acceso al servicio público?*, in *Revista Jurídica Derecho*, Vol. 8, n. 11, 2019, 32-52; D. SESIN, *Teoría de los conceptos jurídicos indeterminadosdificultades y estrategias para facilitar el control judicial*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2014, 9, 203-221; N. RUIZ PALAZUELOS, *Vueltas con los conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial*, in *Revista española de derecho administrativo*, 196, 2019, 143-166; B. RIERA RIBAS, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la nueva Ley General Tributaria*, in *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 265, 2005, 33-98; M.D. CABELLO FERNÁNDEZ, *La interpretación de las normas y los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2003, 6, 247-251; R.E. BOCALEGRA SIERRA - A.J. HUERGO LORA, *Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidadsu confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar*, in *Revista española de derecho administrativo*, n. 111, 2001, 405-428.

*imprecisa*⁷⁹, e a essi è stata attribuita la natura di “limite al potere discrezionale della pubblica amministrazione”⁸⁰, secondo alcuni al pari di quanto ritenuto dall’ordinamento tedesco⁸¹. La discrezionalità è intesa come «la atribución de la Administración por la ley de una cierta libertad de decisión a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto»⁸².

Il sistema spagnolo⁸³ li esalta, in quanto, essendo concetti dai confini applicativi incerti, sono idonei, ad adattarsi al tempo e ai cambiamenti sociali, senza che si renda necessario, volta per volta, procedere a una modifica della legge⁸⁴.

Il nostro ordinamento⁸⁵ li considera come l’esito di una tecnica legislativa in base alla quale per individuare la fattispecie produttiva di effetti giuridici occorre procedere successivamente a una valutazione⁸⁶.

⁷⁹ N. B. MARTÍN, *La concreción de l’interès (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad de la mediación familiar*, in *Anuario de la facultad de derecho*, 2017, 10, 1-42.

⁸⁰ Per una disamina sui concetti giuridici indeterminati quali limite esterno al potere discrezionale si rinvia a B. DEI CAS, *El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad*, in *Revista de derecho*, Año 7, 2008, n. 14, 71-86.

⁸¹ Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, 2024.

⁸² J. CÓRDOBA ORTEGA - L.M. ARGÜELLO ROJAS, *Los conceptos Jurídicos indeterminados, la discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia contencioso administrativa costarricense*, in *Revista de ciencias jurídicas*, 2020, 153, 107-144.

⁸³ S. ALVAREZ GENDIN, *Tratado general de Derecho Administrativo*, Bosh, Barcelona, 4 Volumenes, 1958-1977; J.M. BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, I, Madrid, I.E.A.L. 4 ed., Madrid, 1983.

⁸⁴ M. SEGURA ORTEGA, *Sobre la utilidad y función de los conceptos jurídicos indeterminados*, in *Conceptos multidimensionales del derecho* / coord. por I. VARELA CASTRO; M. PAZ GARCÍA RUBIO (DIR.), J. JOAN MORESO (dir.), 2020, 649-666; J.I. MARTÍNEZ ESTAY, *Los conceptos jurídicos indeterminados en el lenguaje constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 2019, 105, 161-196.

⁸⁵ N. BOBBIO, *Contributo ad un dizionario giuridico*, Torino, 1999; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1187; ID. *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993.

⁸⁶ R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 20/2019, 6; L.R. PERFETTI, *Merito, discrezionalità, giurisdizione. Osservazioni sul fragile equilibrio tra diritti e potere nella costruzione teorica di Vittorio Ottaviano*, in *Dir. amm.*, 2024, 2, 411; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013.

La norma contenente concetti giuridici indeterminati demanda all'interprete il compito di attuare un'attività interpretativa⁸⁷.

La loro funzione è quella di conferire natura dinamica all'ordinamento giuridico che resta attuale, nonostante il trascorrere del tempo⁸⁸. Il legislatore ricorrendo ai concetti giuridici indeterminati attribuisce all'interprete "uno spazio di valutazione" che si espleta attraverso l'individuazione della fattispecie concreta da ricondurre a quella astratta⁸⁹, mediante, appunto, un intervento successivo. Spetterebbe, allora, all'amministrazione il compito di specificare la fattispecie di riferimento⁹⁰, attraverso il potere di concretizzazione. In tal senso, il potere amministrativo⁹¹ viene investito di una funzione "valutativa".

Nel nostro ordinamento vi sono molteplici esempi di norme contenenti concetti giuridici indeterminati, a partire dalla Carta Costituzionale, la quale all'art. 41 Cost. fa riferimento alla "utilità sociale" quale limite alla libertà di iniziativa economica privata⁹². Tali concetti sono

⁸⁷ La sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati costituisce un'attività intellettiva ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa (Cfr. Cons. Stato, 31 maggio 2023, n. 5345).

⁸⁸ Da ciò deriva un'evidente espansione dei poteri del giudice. Cfr. F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 2, 261. La legge ha una limitata capacità di adattamento alla realtà. I concetti giuridici indeterminati, invece, consentono alla norma di essere sempre attuale. Ancora sui concetti giuridici indeterminati si rinvia a N. PAOLANTONIO, *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, in *Dir. amm.*, 2024, 2, 513; D. MENDOLA, *Principio di proporzionalità e verifiche fiscali: ricadute sul consenso alle attività istruttoria e sull'estensione a terzi delle indagini bancarie*, in *Innovazione e Diritto, Quarterly Review of tax and Economic Law*, 2024, 1, 73 ss.

⁸⁹ Si tratta di una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa. In tal senso si è espressa, Cons. Stato, 5 dicembre 2022, n. 10624, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2023, 1, I, 135.

⁹⁰ L'applicazione di clausole generali attraverso la qualificazione dei fatti costituisce - analogamente all'uso di potestà discrezionali nel bilanciamento fra interessi - una modalità autonoma di esercizio del potere amministrativo, ne consegue che il controllo giurisdizionale su tale esercizio comporta interferenze tra poteri, rispetto a cui si pone l'esigenza di prestabilire limiti e confini.

⁹¹ Sul potere amministrativo, in una prospettiva comparata si rinvia a L. DUGUIT, *Traité de droit Constitutionnel*, 3 ed., 3 vols, Paris, 1927-1930; G. VEDEL - P. DEVOLVÈ, *Droit Administratif*, 8 Ed. Themis, Puf, Paris, 1982; J. RIVERO, *Droit Administratif*, 10 ed. Dalloz, Paris, 1983; M. WALINE, *Droit Administratif*, 9 ed. Sirey, Paris, 1963.

⁹² Il nostro ordinamento conosce diverse tipologie di concetti giuridici indeterminati. Si pensi a quelli attinenti all'attività mercaturiale, come, ad esempio, l'abuso

utilizzati anche nel diritto penale⁹³, in quello civile e, appunto, in quello amministrativo⁹⁴: si pensi alle formule di “necessità ed urgenza”, “particolare rilevanza storica ed artistica”, “sevizi essenziali”, “anomalia dell’offerta” e “gravi illeciti professionali” (in tema di appalto)⁹⁵ che lasciano all’interprete uno *spatium deliberandi*⁹⁶.

Nel diritto amministrativo, attraverso questa tecnica legislativa, il legislatore conferisce un ampio spazio di valutazione alla pubblica amministrazione. Infatti, accanto alla valutazione propria del potere di discrezionalità amministrativa, vi è il potere di determinarsi sulla scorta di una disposizione che presenta al suo interno un concetto giuridico indeterminato⁹⁷.

Nel primo caso, quando la pubblica amministrazione esercita un potere discrezionale, formula un giudizio valutativo nuovo rispetto a quanto è astrattamente previsto dalla norma attributiva del potere.

Quando la norma attribuisce alla pubblica amministrazione un potere discrezionale le affida la tutela di un determinato interesse pubblico astratto. La sua scelta finale sarà, poi, orientata dall’interesse pubblico concreto ossia dall’interesse che risulta dal confronto nel procedimento amministrativo di tutti gli interessi in gioco, pubblici e privati, primari e secondari, emergenti nella specifica situazione concreta. L’esercizio dell’attività proceduralizzata consente alla pubblica amministrazione di individuare il concreto interesse pubblico da tutelare. L’attività comparativa discrezionale non può essere sindacata dal giudice.

Nel secondo caso, invece, l’apporto creativo della pubblica amministrazione avviene grazie all’utilizzo volontario e consapevole, da parte del legislatore, di formule vaghe e indeterminate ovvero della categoria

di posizione dominante oppure al riferimento all’ “interesse del minore”. A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, 631.

⁹³ In generale si rinvia a S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 229.

⁹⁴ Il legislatore rinuncia a vincolare a monte le scelte che a valle l’amministrazione deve adottare. G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell’amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2011, 133-190.

⁹⁵ Per un’analisi comparata si rinvia a M.Y. FERNANDEZ GARCIA, *El concepto jurídico indeterminado de “servicio esencial” en la Constitución española*» in *Revista de Administración Pública*, 170, 2006, 325-338.

⁹⁶ L’ordinamento spagnolo definisce questo *spatium deliberandi* come una “zona de penumbra”.

⁹⁷ M. SADDEMI, *La vaghezza nelle norme attributive del potere amministrativo. Analisi giuridica e linguistica*, tesi di dottorato dell’Università di Pavia, 2018, 123.

mutuata dalla dottrina austriaca e tedesca dei concetti giuridici indeterminati⁹⁸. È evidente l'intento di conferire alla pubblica amministrazione, destinataria primaria della norma, il compito di porre in essere un'attività intellettuiva volta a concretizzarne il significato della disposizione legislativa. I concetti giuridici indeterminati costituiscono presupposti normativi della fattispecie di potere dalla cui concretizzazione dipende la misura del confine del potere pubblico, nonché la correttezza dell'azione amministrativa. I concetti indeterminati costituiscono elementi imprecisi, elastici, ma comunque elementi che attengono alla fattispecie di potere, sicché la loro determinazione si sostanzia in un'attività di mera attuazione della legge, ossia in un'attività interpretativa e non discrezionale.

Le clausole generali⁹⁹, invece, sono un fenomeno noto e risalente nel tempo, presente in tutti i rami dell'ordinamento giuridico¹⁰⁰, soprattutto

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Sulle clausole generali si vedano F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 87 ss.; M. TARUFFO, *Note su "Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali"* di Federico Roselli, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984, 328 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539-571; A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 403 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 5-19; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 21-30; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 97 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709-733; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 1-20; P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1-8; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, 373-386, specie 373-377; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 9-63; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, (1967), in *Jus*, 1967, 74 ss.; N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 35 ss.; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, 631ss., 653; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standard*, in *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, a cura di P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 311 ss., 344; G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, 426ss., 461; M. TARUFFO, *Prefazione a E. Fabiani, Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, 2003, I ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.Vv., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Princìpi fondamentali*, t. I, Napoli, 2007, 429 ss.

¹⁰⁰ A titolo esemplificativo, fra gli scritti di diritto penale, si vedano D. CASTRONUOVO, *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*,

nel diritto civile, che abbonda di clausole generali come ad esempio la buona fede.

In generale, esse non sono considerate da tutti positivamente perché si tratta di una tipologia di normativa che non è proprio in assonanza con il nostro Stato di diritto, caratterizzato dalla presenza di principi costituzionali, che operano nei confronti della pubblica amministrazione, ma che investono i diversi rami del diritto.

La clausola generale, nel caso del diritto amministrativo, devolve alla pubblica amministrazione e al giudice amministrativo il potere di concretizzare il contenuto, vale a dire di specificarne il contenuto¹⁰¹.

La vaghezza e l’indeterminatezza¹⁰² della clausola generale consente di applicarla a una pluralità di condotte, di fatto, è proprio ciò che la contraddistingue dalla prescrizione legislativa che fa riferimento a un caso singolo.

Nel diritto amministrativo – come pure nel diritto costituzionale e in quello sovrnazionale –, l’interpretazione della clausola generale spetta in prima battuta alla pubblica amministrazione e solo successivamente al giudice. Di conseguenza, il giudice amministrativo si trova di fronte

in *Diritto & quest. pubbl.*, 2018, 11 ss., D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 477. Fra gli scritti di diritto amministrativo, si vedano A. ANGELETTI, *L’eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012, 1223 ss.; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss.; L.R. PERFETTI, Per una teoria delle clausole generali in relazione all’esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell’equità, in *Giur.it.*, 2012, 1213 ss., G. SALA, *Le clausole generali nell’età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.* 2012, 1191 ss. Fra gli scritti di diritto costituzionale, si vedano A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Politica del diritto*, 1988, 655 ss.; F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una prima mappa concettuale*, in *Forum di quaderni cost.*, 2009, 1 ss.; F. PEDRINI, *Clausole, generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quaderni cost.* 2012, 285 ss.; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, 27 ss.; F. PEDRINI, *Contro le clausole generali (san phrase). Precauzioni per l’uso d’una categoria dottrinale ancora troppo vaga*, in *Riv. AIC.*, 2015, 2017, 1 ss.; F. PEDRINI, *Ancora sulle “clausole generali”*. Teoria, meta-teoria metodologia di una categoria dottrinale problematica, in *Diritto & quest. pubbl.*, 2018, 107 ss.

¹⁰¹ M. RAMAJOLI, *Standard valutativi e interpretazione tassativizzante delle clausole generali*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. sc. giur.*, 2024, 2, 4 ss. del dattiloscritto.

¹⁰² Per E. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. It.*, 2011, 1718 ss., le clausole generali garantiscono “l’eterna giovinezza” del diritto.

non a un terreno vergine da interpretare tramite un'attività d'integrazione valutativa, bensì ad apprezzamenti già operati dall'autorità amministrativa decidente. Il rischio connesso al loro impiego e alla loro diffusione è stato sempre quello di ampliare oltre misura i margini valutativi e decisionali dell'interprete, con conseguente soggettivismo¹⁰³¹⁰⁴e incremento della funzione creatrice del giudice. Una parte della dottrina formula una espressa valutazione negativa sulla loro presenza nell'ordinamento, ritenendole espressione della crisi del rapporto di reciproca implicazione fra ordine, certezza, limiti esterni e limiti interni del potere¹⁰⁵.

Pertanto, la relatività e la soggettività delle interpretazioni delle clausole generali trascinano con sé anche la questione del grado di deferenza del giudice nei confronti delle valutazioni, previamente compiute dall'amministrazione, di integrazione e completamento della norma giuridica contenente una clausola generale¹⁰⁶. In altri termini, le clausole generali pubblicistiche creano un problema di separazione tra poteri dello Stato, di limiti e confini degli uni rispetto agli altri e, in definitiva, di equilibrio tra gli stessi.

Il contenuto indeterminato e vago consente al giudice di fare riferimento, nella sua attività di concretizzazione e di specificazione della clausola generale, ai giudizi di valore.

Secondo alcuni le clausole generali sono un polmone, una finestra che consentono non solo all'ordinamento giuridico di adeguarsi alle specificità del caso concreto, all'evoluzione della realtà e del sistema giuridico in generale, ma sono anche un sistema per inserire nel mondo giuridico giudizi di valore che vengono da altri impianti disciplinari.

¹⁰³ M. RAMAJOLI, *Standard valutativi e interpretazione tassativizzante delle clausole generali*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. sc. giur.*, 2024, 2, 4 ss. del dattiloscritto.

¹⁰⁴

¹⁰⁵ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 99.

¹⁰⁶ M. CLARICH, in M. CLARICH - M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 40 ss.; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss.

10. La qualificazione delle operazioni sospette di riciclaggio (presupposto per l'esercizio del potere amministrativo) come concetto giuridico indeterminato

La locuzione “operazione sospetta di riciclaggio” è una formula vaga e indeterminata con la quale il legislatore indica il presupposto dell’esercizio del potere. Pertanto, essa può essere classificata come un concetto giuridico indeterminato e una clausola generale, se si accoglie la tesi che concetto giuridico indeterminato e clausola generale siano la stessa cosa¹⁰⁷; invece, va qualificata come concetto giuridico indeterminato se si aderisce alla tesi secondo la quale si tratti di due categorie diverse, contraddistinte da una flebile differenza che risiederebbe nel fatto che nei concetti giuridici indeterminati la locuzione indeterminata designa i presupposti per l’esercizio del potere amministrativo¹⁰⁸. Quest’ultima tesi, senza nulla togliere alla rilevanza delle diverse opinioni, appare convincente, con la conseguenza che si può affermare di essere in presenza di un concetto giuridico indeterminato.

La concretizzazione e specificazione della locuzione normativa avviene sulla scorta di una attività interpretativa, analogamente a quanto avviene per tutti i concetti giuridici indeterminati e tutte le clausole generali. Il giudizio valutativo relativo si articola, in un primo momento, acclarando i presupposti fattuali, e in una seconda fase provvedendo alla loro qualificazione, sulla scorta degli ordinari criteri ermeneutici.

Pertanto, l’amministrazione sarà onerata del compimento di una complessa attività valutativa finalizzata a definire la portata del significato “operazione sospetta di riciclaggio”. L’amministrazione dovrà porre in essere un’adeguata istruttoria e dovrà darne atto con una congrua motivazione. In particolare, la pubblica amministrazione dovrà dare contezza del procedimento logico che la induce a ritenere integrati, alla luce delle circostanze concrete, i presupposti normativi per l’esercizio del relativo potere amministrativo.

¹⁰⁷ M. CLARICH, M. RAMAJOLI *Diritto amministrativo e clausole generali*, 2021, 12, 32 ss.; M. RAMAJOLI, *Le clausole generali nel pensiero scientifico di Stefano Cognetti, ovvero il triangolo tra legge, amministrazione e giudice*, in *Scritti in onore di S. Cognetti*, Torino, 2025, 55.

¹⁰⁸ S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2024, 995 ss.

La formula “operazioni sospette”, rientra, dunque, nel novero dei “concetti giuridici indeterminati” idonei a consentire di specificare la fattispecie concreta mediante una valutazione *ex post*.

Non esiste uno *standard* di operazioni sospette sicché si tratterebbe di una formula del tutto inidonea a fondare un parametro univoco di valutazione: per tale ragione, si sostiene che sussista un *vulnus* al principio di determinatezza, tassatività, etc.

Si è, dunque, ancora alla ricerca dei confini applicativi delle operazioni sospette, sicché le singole condotte devono essere valutate caso per caso non potendo rientrare in categorie precostituite¹⁰⁹. La natura dinamica della norma si presta ad una interpretazione integrativa da parte della pubblica amministrazione con conseguente rischio di diminuzione di tutele verso i cittadini che si troverebbero coinvolti in procedimenti di controllo, senza che vi sia alcun collegamento tra le operazioni da essi poste in essere e fattispecie penalmente rilevanti¹¹⁰.

Dalla lettura della normativa si desume che il legislatore devolve alla pubblica amministrazione il compito di individuare¹¹¹, in concreto, quali operazioni possano essere qualificate come “sospette”.

La norma non tipizza gli elementi costitutivi della fattispecie, ma si limita a dettare un concetto suscettibile di interpretazione.

Le operazioni sospette, allora, potrebbero essere comprese in qualunque categoria fenomenica lasciando l’interessato in balia di una decisione “arbitraria” della pubblica amministrazione¹¹².

L’attribuzione di un potere amministrativo sulla base di concetti giuridici indeterminati¹¹³ solleva il problema della conformità della norma al principio di tipicità, di tassatività e di prevedibilità.

¹⁰⁹ La determinazione della fattispecie viene, allora, lasciata alla valutazione intuitiva dell’interprete.

¹¹⁰ L’intera disciplina antiriciclaggio è connotata da profili di indeterminatezza sia quanto alle direttive europee sia quanto alle norme interne che le recepiscono, contengono elementi di indeterminatezza e genericità. Le fattispecie considerate non vengono efficacemente definite, sebbene anche le norme in materia di lotta al riciclaggio devono rispettare i principi di legalità e di proporzionalità.

¹¹¹ È necessario che i diversi soggetti coinvolti nel percorso di identificazione, sviluppo e segnalazione delle operazioni sospette siano consapevoli del proprio ruolo ed abbiano competenze adeguate. In tal senso, M. DI RIENZO - A. FERRARINI, *Un viaggio tra i fenomeni che mettono a rischio l’integrità*, in *Azienditalia*, 2024, 4, 605.

¹¹² Attesa l’ampiezza con cui la norma definisce la condotta, qualunque comportamento, valutato *ex post*, potrebbe rientrarvi.

¹¹³ E. FERRERRO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 3/2014, Napoli, 2024, 22; M. TRIMARCHI, *Concetti*

Appare incontrovertibile, infatti, che il cittadino debba essere in grado di conoscere *ex se*, se una determinata condotta rientri o meno tra quelle lecite, in caso contrario, verrebbero violati i principi di legalità, determinatezza¹¹⁴ e chiarezza nella predeterminazione degli elementi costitutivi degli illeciti, principi che costituiscono un fondamentale baluardo contro le violazioni della libertà degli individui.

Verrebbero di conseguenza violati anche i principi di riserva di legge e certezza del diritto che connotano qualunque procedimento a carattere sanzionatorio¹¹⁵.

Come noto, la certezza del diritto¹¹⁶ implica la conoscenza preventiva delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui fondata sul contenuto delle disposizioni normative¹¹⁷.

giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo, in *Diritto e processo amministrativo*, quaderni, 43, Napoli; M. CLARICH, *Indeterminatezza delle norme e principio di legalità*, in *Diritto e processo amministrativo*, quaderni, 43, Napoli, 7; M. RAMAJOLI, *Principio della separazione dei poteri, indeterminatezza delle norme e standards valutativi*, in *Diritto e processo amministrativo*, quaderni, 43, Napoli, 19; L.R. PERFETTI, *Sull’interesse pubblico come concetto vago che compone la fattispecie attributiva del potere e la necessità di superare la sua indeterminatezza*, in *Diritto e processo amministrativo*, quaderni, 43, Napoli, 47; M. DE BENEDETTO, *Indeterminatezza delle regole ed effettività dell’azione amministrativa*, in *Diritto e processo amministrativo*, quaderni, 43, Napoli, 67; F. FOLLIERI, *Gli standards valutativi tra regole di comportamento e regole di validità*, in *Diritto e processo amministrativo*, quaderni, 43, Napoli, 101; V. FANTI, *Il sindacato giudiziario sulle scelte discrezionali attraverso la proporzionalità*, in *Diritto e processo amministrativo*, quaderni, 43, Napoli, 119; A. MOLITERNI, *Il sindacato giudiziario sulle valutazioni tecniche dell’amministrazione (tra mito e realtà)*, in *Diritto e processo amministrativo*, quaderni, 43, Napoli, 139; F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Diritto e processo amministrativo*, quaderni, 43, Napoli, 181; H. EHMKE, “*Discrezionalità*” e “*Concetto giuridico indeterminato*” nel diritto amministrativo, 2011, Napoli, 42.

¹¹⁴ Il principio di determinatezza assicura a chiunque “una percezione sufficientemente chiara ed immediata dei possibili profili di illecitità penale della propria condotta”. Cfr. Cass., 25 luglio 2023, n. 32319.

¹¹⁵ I principi predetti impongono una chiarezza assoluta del precetto normativo che positivizza la condotta vietata e la relativa sanzione, affinché sia comprensibile, senza incertezze, la condotta vietata e le esatte conseguenze della sua realizzazione, così evitando l’indiscriminato arbitrio dell’organo giudicante di fronte a precetti normativi ambigui ed incerti. I predetti principi operano in ragione del principio di derivazione comunitaria della certezza del diritto.

¹¹⁶ Cfr M. WEBER, *Economia e società* (1922), trad. it., Ed. Comunità, Milano 1968, I, 161, 294, 336.

¹¹⁷ In generale si rinvia a G. DORIA, *La “dissolvenza” del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in *Riv. dir. civ.* 2019, 1, 50.

Segnatamente, affinché la norma possa avere anche una forza intimidatrice è necessario che le operazioni sospette siano indicate con chiarezza in modo tale che il destinatario sia posto nella condizione di conoscerne il contenuto, evitando così di incorrere nella condotta illecita descritta dalla norma.

La disposizione, dunque, lascia indeterminato il presupposto oggettivo, da cui consegue una indeterminatezza anche del presupposto soggettivo che sono i due elementi costitutivi di una condotta illecita.

Il lato oscuro della disciplina in esame rischia di far diventare la condotta adottata dall'interessato “non punibile”, proprio a causa della indeterminatezza del preceitto.

Se, dunque, tali sanzioni hanno come obiettivo quello di punire il contravventore¹¹⁸, allora devono soggiacere a tutti i principi previsti in tema di sanzioni.

Si può, tuttavia, asserire che la sanzione amministrativa in materia di antiriciclaggio dovrà necessariamente qualificarsi sostanzialmente penale, sia perché quando l'infrazione lede l'interesse dell'intera collettività, oltrepassando il rapporto tra P.A. e amministrato, la relativa sanzione avrà riflessi sulla collettività e sarà dunque di tipo penale, sia perché per i giudici della Corte costituzionale le sanzioni amministrative pecuniarie di cui alla legge 24 novembre 1989 sono un tipico esempio di sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale¹¹⁹.

Ne deriva che, se l'obbligo è chiaramente percepito, in quanto contenuto in una norma chiara, esso potrà essere correttamente rispettato; di converso una norma ambigua rischia solo di essere oggetto di errori nella sua attuazione e di esporre i soggetti interessati a responsabilità¹²⁰.

La vaghezza pone l'interprete da un lato nella difficoltà di ricondurre nell'alveo delle operazioni sospette alcune fattispecie *borderline*, dall'altro potrebbe verificarsi il rischio di far rientrare nell'alveo delle operazioni sospette, condotte lecite, sotponendo l'interessato ad un controllo ingiustificato, con conseguente inutile dispendio di risorse da parte della stessa pubblica amministrazione.

¹¹⁸ Le sanzioni amministrative punitive, che si applicano anche alle fattispecie di lotta al riciclaggio, sono previste dalla l. 24 novembre 1981, n. 689.

¹¹⁹ Sul punto si rinvia a Corte Cost., 04 giugno 2010, n. 196.

¹²⁰ Una legge oscura è, infatti, il presupposto di un'applicazione diseguale della legge. Sul punto si rinvia a G. URBANO, *La legge “oscura” e il potere amministrativo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2024, 3, 623.

Senza poi dimenticare che l’interprete, non essendo delineato il perimetro applicativo della fattispecie, potrebbe trovarsi nel dubbio se considerare o meno una operazione come “sospetta”, incorrendo in sanzioni per omessa comunicazione.

L’indeterminatezza della norma¹²¹ se da un lato assicura che il diritto sia sempre “attuale”, dall’altro aumenta la diffidenza dei cittadini verso il legislatore e verso la pubblica amministrazione chiamata a svolgere una funzione definitoria della fattispecie. L’obiettivo della disciplina antiriciclaggio dovrebbe, invero, essere anche quello di ridurre il contenzioso, ma la genericità della locuzione rischia, invece, di incrementare l’attività giurisdizionale.

La soluzione al problema può essere rinvenuta collocando la locuzione “operazione sospetta di riciclaggio” nel contesto della disciplina penalistica. Il riciclaggio rinviene una disciplina specifica nei reati di cui agli artt. 648 bis e 648 ter c.p.

Siffatte norme indicano gli elementi costitutivi della relativa fattispecie penale e rappresentano un elemento di riferimento per la ricostruzione della nozione in esame. A quanto precede va aggiunto che gli artt. 648-bis e 648-ter c.p. vanno combinati con l’art. 56 c.p., che disciplina il reato tentativo stabilendo che si ha reato tentato quando si compiono “atti idonei diretti in modo non equivoco”. L’utilizzo dell’espressione “operazione sospetta” esclude che con essa il legislatore abbia voluto fare riferimento a una condotta che integri gli estremi del tentativo di riciclaggio. Il sospetto, infatti, è qualche cosa di meno del tentativo. Ne consegue che ogni tentativo di riciclaggio costituirà una “operazione sospetta”, ma il tentativo di riciclaggio non esaurirà tutta la gamma delle operazioni sospette.

Ciò nonostante, l’art. 56 c.p. può costituire ancora un parametro di riferimento per enucleare la nozione in esame. Se la nozione di “sospetto” concerne una condotta prodromica alla realizzazione di un delitto tentato, vale a dire definisce una condotta che è qualche cosa di meno di quella necessaria a integrare un tentativo; se il sospetto configura una condotta che è qualche cosa di meno di “atti idonei diretti in modo

¹²¹ Si potrebbe parlare di crisi del sistema gerarchico, in favore di un sistema composto da fonti eterogenee nel quale ogni fonte contribuisce alla produzione di norme giuridiche. Sulla “crisi della legge” si rinvia a F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 2, 261; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 61; N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Firenze, 2021, 61.

non equivoco”, si avrà “operazione sospetta” lì dove si sia in presenza di “atti idonei” a commettere il reato di riciclaggio. L’atto idoneo a commettere un reato di riciclaggio rappresenta elemento idoneo e sufficiente a configurare una “operazione sospetta di riciclaggio”.

In definitiva, il primo elemento costitutivo del reato tentato di riciclaggio appare idoneo a conferire alla nozione di “operazione sospetta di riciclaggio” tipicità, tassatività e prevedibilità.

In tal modo, si potrà evitare ogni soggettivismo.

L’auspicio è che, in questo modo, vengano superate le criticità dovute alla indeterminatezza della norma, fissando delle regole procedurali e sostanziali per l’istituto delle comunicazioni di operazioni sospette. Solo così sarà possibile una efficace cooperazione attiva da parte della pubblica amministrazione nella lotta al riciclaggio. In questo modo sarà possibile superare l’assoluta vaghezza del dato normativo, che giustifica la ritrosia da parte degli operatori incaricati a provvedere alla comunicazione.

Sulla base di tale premessa emerge un pieno controllo sulla concretizzazione di tali concetti giuridici indeterminati. In particolare, attraverso lo strumento dell’eccesso di potere, in specie del difetto di motivazione e del difetto dei presupposti, i giudici amministrativi giudicano, alla luce delle concrete circostanze fattuali, la correttezza di tale attività intellettuativa.

11. Le azioni correttive: strumenti di verifica della legittimità dei comportamenti

La disciplina della “comunicazione delle operazioni sospette” non è, tuttavia, esente da criticità.

Si avverte, *in primis*, l’esigenza di chiarire ed arricchire la disciplina legislativa anche mediante l’indicazione di un termine perentorio entro cui inviare la comunicazione, al fine di indurre i soggetti tenuti ad effettuarla a provvedervi celermente. Nel silenzio della legge, invece, ogni soggetto incaricato di effettuare la comunicazione può valutare “discrezionalmente” quando effettuarla con il rischio che venga inviata quando la condotta illecita sia già stata adottata. Sarebbe opportuno, invece, armonizzare la disciplina antiriciclaggio prevedendo un termine unico per l’invio di comunicazioni/segnalazioni valido per tutti i destinatari dell’obbligo di comunicazione.

Al fine di efficientare l’azione della Pubblica Amministrazione, sarebbe opportuna, inoltre, una standardizzazione del contenuto delle co-

municazioni, dotando ogni amministrazione di uno schema analitico a cui conformarsi¹²².

La mancanza di un modello unico di comunicazione genera confusione in capo ai soggetti incaricati, che non sanno quali informazioni siano necessarie ai fini dell’attivazione del controllo da parte dell’UIF con il rischio di dovere integrare la comunicazione *ex post*¹²³. A quanto risulta da una stima degli ultimi anni, le comunicazioni della PA sono talmente poche, da risultare irrilevanti. Nel primo semestre del 2023, ad esempio, la UIF ha ricevuto 77.693 segnalazioni di operazioni sospette, ma di queste solo 156 sono state inviate dalla Pubblica Amministrazione: lo 0,2% del totale¹²⁴.

Non è esente da criticità neppure la disciplina relativa agli indici di anomalia. Essi, infatti, sono dettati da normative secondarie o provvedimenti direttoriali, talvolta anche contrastanti tra loro (con conseguente frammentazione dell’ordinamento giuridico), esponendo l’interprete ad una totale incertezza normativa e assoggettandolo al potere di valutazione dell’organo.

Verrebbe, allora, violato il principio di riserva di legge (artt. 23 e 25, comma 2, Cost.)¹²⁵, in forza del quale la legge primaria deve indicare gli elementi idonei ad individuare con certezza la condotta vietata, non potendosi delegare l’individuazione della condotta vietata a fonti secondarie¹²⁶.

A queste ultime, infatti, è assicurato uno spazio di operatività circoscritto agli elementi di “dettaglio” della fattispecie, mentre la definizione degli elementi essenziali spetta alla legge ordinaria.

Ne deriverebbe, infatti, l’attribuzione, alle fonti secondarie, di un potere di innovare l’ordinamento giuridico, di fatto spettante alle fonti primarie.

¹²² Occorre la minuta descrizione di tutte le informazioni che devono comporre la segnalazione.

¹²³ Il provvedimento dell’UIF del 2018 contiene una serie di indicazioni da inserire nella comunicazione, ma pur sempre generiche e contenute in una fonte secondaria (il provvedimento UIF) e non primaria.

¹²⁴ UIF - Unità d’Informazione Finanziaria, *Quaderni dell’antiriciclaggio - Collana Dati statistici*, 1, 2023.

¹²⁵ G. M. ANTONELLI, *Le sanzioni amministrativa in materia di antiriciclaggio, in Notariato*, 2024, 1, 24.

¹²⁶ L’agente viene, pertanto, assoggettato all’arbitrio puro dell’organo sanzionatore, il quale avrà una facoltà puramente discrezionale nell’individuare le operazioni sospette.

La *ratio* della riserva di legge, inoltre, è quella di assicurare una scelta ponderata che rispetti i principi di rappresentatività e democraticità che sono alla base di uno Stato democratico.

Infine, l'indeterminatezza della formula utilizzata dal legislatore costituisce infatti un vulnus per la partecipazione democratica dei cittadini i quali, non riuscendo a comprendere il significato del testo normativo, si sentono esclusi dalle scelte legislative che vengono percepite come prerogativa dei tecnici e delle istituzioni. Questa situazione determina la nascita di un deficit di fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni.

Interferenze tra vigilanza antiriciclaggio e bancaria, principio di *ne bis in idem* e diritto alla buona amministrazione

di *Marco Cappai*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Statuto “penale” di alcune sanzioni amministrative in materia di vigilanza bancaria e AML/CFT. – 3. Il diritto vivente in materia di *ne bis in idem*: i cc.dd. criteri *Menci*. – 4. L’applicazione dei cc.dd. criteri *Menci* alle ipotesi di *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo derivanti da sovrapposizioni in materia di vigilanza bancaria e AML/CFT. – 5. Dal *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione.

1. Introduzione

Nonostante i nessi tra antiriciclaggio e lotta al finanziamento del terrorismo (AML/CFT) e supervisione prudenziale sugli enti creditizi fosse stato colto almeno sin dal 1980¹, il Regolamento istitutivo del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) non ha trasferito alla Banca centrale europea (BCE) attribuzioni in materia di AML/CFT, lasciando tali compiti alle Autorità nazionali².

Eppure, il “rischio riciclaggio” non è affatto estraneo alla disciplina prudenziale, data l’intima (e intuitiva) relazione sussistente tra questo fenomeno e la stabilità finanziaria: la raccolta di denaro sporco causata dalla strutturale inadeguatezza dei presidi interni di controllo è una vicenda suscettibile di intaccare, su larga scala, la solidità delle riserve³.

¹ Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa adottata il 27 giugno 1980, recante “*Misure contro il trasferimento e la custodia di fondi di origine criminale*” [R (80)10].

² Cons. 28 Reg. (UE) n. 1024/2013.

³ In senso critico, N. DI GABRIELE, *Il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo nella prospettiva della supervisione prudenziale*, in AA. Vv. *La Vigilanza*

Più in generale, per usare le parole della Banca d’Italia, in ambito bancario sussiste un «rischio attuale o prospettico di perdite derivanti dalle ripercussioni, anche reputazionali, di attività di riciclaggio»⁴. Per tale ragione, il rispetto degli obblighi AML/CFT è «palesemente rilevante nel contesto della vigilanza prudenziale, in quanto l’utilizzo del sistema finanziario ai fini di riciclaggio del denaro può minacciare la stabilità, l’integrità e a reputazione di detto sistema del mercato unico»⁵.

Significativamente, la IV Direttiva AML ha previsto, sin dal 2015, il potere di revoca o sospensione dell’autorizzazione bancaria in caso di infrazioni gravi della normativa antiriciclaggio da parte del soggetto obbligato-ente creditizio⁶, introducendo inoltre, per i profili pecuniari, limiti edittali specifici (e più elevati) per il caso in cui le violazioni della disciplina antiriciclaggio siano imputabili, appunto, a “un ente creditizio”⁷.

Come ben illustrato in alcuni recenti studi⁸, entrambe le aree di vigilanza si propongono di realizzare, in alleanza con i soggetti obbligati, un’articolata forma di co-gestione del rischio⁹.

Non è una coincidenza che, dal punto di vista del *design* istituzionale, i due ambiti abbiano seguito una ideale linea di convergenza, con l’istituzione, nel 2024, di un’Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (AMLA)¹⁰ che è stata investita – pur con

prudenziale della BCE. Potere pubblico e sistema bancario, a cura di A. BARONE - G. DRAGO, Roma, 2022, 115, ove si legge: «Una lunga serie di scandali, molti dei quali di natura transnazionale, ha reso di assoluta evidenza che: (i) l’efficace contrasto del crimine passa attraverso l’intercettazione dei fondi provenienza illecita; (ii) la stabilità del singolo ente creditizio e del sistema finanziario nella sua interezza dipendono dalla capacità di ostacolare l’accesso a operatori criminali».

⁴ Banca d’Italia, Circolare 17 dicembre 2013, n. 285 (agg. n. 39 del 12 luglio 2022, All. A).

⁵ Tribunale Ue, Sez. IX, 6 ottobre 2021, T-351/18 e T-584/18, *Versobank e Ukrselhosprom PCF LLC c. BCE*, § 185.

⁶ Art. 59, § 2, lett. c) Dir. (UE) n. 849/2015.

⁷ *Ivi*, art. 59, § 3.

⁸ R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2023; C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e Pubblica Amministrazione*, Padova, 2023.

⁹ Per un inquadramento generale, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; AA. Vv., *Risk Management in Public Administration*, a cura di K. RACZKOWSKI, Cham, 2017.

¹⁰ Reg. (UE) n. 1620/2024.

alcune rilevanti differenze¹¹ – di un ruolo di vertice non dissimile da quello assunto dalla BCE nel primo pilastro dell’Unione bancaria.

Muovendo dalle descritte interferenze sostanziali e assonanze istituzionali, il presente contributo si propone di verificare se può trovare spazio, e se sì in che misura, la garanzia del *ne bis in idem* sancita, a livello sovranazionale, dagli artt. 54 CAAS, 50 CDFUE e 4, Prot. 7 CEDU di fronte a sovrapposizioni intersetoriali nei due ambiti qui considerati.

È bene precisare che il contributo si sofferma unicamente sulla componente latamente prudenziale della vigilanza antiriciclaggio e di contrasto al finanziamento del terrorismo (AML/CFT). Esso si appunta, cioè, su quella serie di adempimenti che, nei confronti dei soggetti obbligati, si traducono in oneri di collaborazione passiva (politiche/procedure/controlli interni; adeguata verifica della clientela; conservazione di dati e informazioni relativi a rapporti continuativi) e di collaborazione attiva (segnalazione di operazioni sospette) con l’AMLA e le competenti Autorità nazionali.

Non è centrale ai fini del discorso, invece, il sostegno amministrativo fornito, tramite le *financial intelligence unit* (cc.dd. FIU), alla repressione del crimine a opera del giudice penale inquirente e giudicante.

In sintesi, l’indagine ruota attorno a tutte quelle attività che ricadono sotto il cappello operativo del Consiglio generale dell’AMLA nella sua “composizione di supervisione”¹², lasciando volutamente in secondo piano le attribuzioni che trovano nel Consiglio generale nella “composizione FIU”¹³ il proprio vertice.

2. Statuto “penale” di alcune sanzioni amministrative in materia di vigilanza bancaria e AML/CFT

La prima domanda che occorre necessariamente porsi attiene al presupposto applicativo della garanzia del *ne bis in idem*: si deve cioè stabilire se alcune delle sanzioni e misure amministrative della vigilanza bancaria e AML possano qualificarsi come sostanzialmente penali agli

¹¹ La differenza più rilevante sta nel fatto che l’AMLA – a differenza della BCE, il cui potenziamento di poteri non ha messo in discussione il ruolo dell’Autorità bancaria europea (ABE), istituita con Reg. (UE) n. 1093/2010 – è titolare di poteri di (supporto alla funzione di) *rule-making* (comb. disp. artt. 5, § 1 e 6, § 4 Reg. (UE) n. 1620/2024).

¹² Art. 57, § 2 Reg. (UE) n. 1620/2024.

¹³ Art. 57, § 3 Reg. (UE) n. 1620/2024.

effetti dei criteri *Engel*¹⁴. Solo in questo caso, infatti, sarà possibile evocare la garanzia.

In linea generale può osservarsi che i due settori oggetto di indagine sono dotati di un impianto sanzionatorio tendenzialmente simmetrico. Entrambe le discipline contemplano sanzioni pecuniarie e misure amministrative che possono essere imposte, in combinazione o in alternativa, dalla BCE¹⁵ o dall'AMLA¹⁶, in caso di vigilanza diretta, o dalle Autorità nazionali competenti (ANC), nei restanti casi¹⁷. Su istruzione della BCE o dell'AMLA, le ANC avviano inoltre procedimenti sanzionatori anche nei confronti di soggetti sottoposti a vigilanza diretta, nella misura in cui vengano in rilievo violazioni del diritto europeo non direttamente applicabile o debbano essere inflitte sanzioni nei confronti di persone fisiche. Tanto nella vigilanza bancaria quanto in quella AML, infine, gli Stati membri restano liberi di criminalizzare le violazioni più gravi¹⁸.

¹⁴ In base ai cc.dd. criteri *Engel* (Corte Edu, Grande Camera, 23 novembre 1976, *Engel e al. c. Paesi Bassi*, ricc. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, §§ 81-82), rientrano nella *matière pénale ex art. 6 CEDU* non solo i) le sanzioni qualificate espressamente come tali nel diritto interno, ma anche tutte le misure che comunque ii) hanno natura intrinseca di norma incriminatrice (“*the very nature of the offence*”), come si evince da una serie di parametri (finalità general-preventiva di repressione/dissuasione; stigma; ecc.); iii) denotano un coefficiente di gravità, inteso come *malum infliggibile, elevato* (“*degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring*”). Tali criteri sono alternativi e non cumulativi. Quando, però, è dubbio che uno di questi sia pienamente soddisfatto, la Corte propende per un loro impiego cumulativo (si veda in proposito Corte Edu, Sez II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e al. c. Italia*, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, § 94).

¹⁵ Artt. 18 e 16, § 2 Reg. (UE) n. 1024/2013. In argomento, M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative bancarie nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Banca impr. soc.*, 2014, 2, 333 ss.; A. PERIN, *I poteri sanzionatori della Bce in materia di vigilanza prudenziale*, in AA.Vv., *La Vigilanza prudenziale della BCE* cit., 253 ss.

¹⁶ Artt. 21, § 2 e 22 Reg. (UE) n. 1620/2024.

¹⁷ Artt. 65 ss. Dir. (UE) n. 36/2013; artt. 53 e 55 Dir. (UE) n. 1640/2024.

¹⁸ In ambito bancario, v. art. 65, § 1 Dir. (UE) n. 36/2013 e, a livello nazionale, art. 144 TUB, che abilita la Banca d'Italia a imporre sanzioni amministrative, in concorso, talvolta, con il giudice penale (cfr., ad es., comb. disp. art. 2638 c.c. – “*Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*” – e 25-ter d. lgs. n. 231/2001). In ambito antiriciclaggio, cfr. art. 53, § 2 Dir. (UE) n. 1640/2024 e art. 55 d. lgs. n. 231/2007. Per una panoramica sulle fattispecie criminose in materia, v. R. RAZZANTE, *Riciclaggio e reati connessi. Applicazioni giurisprudenziali e di vigilanza*, Milano, 2023.

Non v'è dubbio che molte di queste forme di intervento soddisfino i criteri *Engel*, con conseguente applicabilità, nei loro confronti, del divieto di *bis in idem*.

Del resto, l'intreccio di livelli (nazionale ed europeo) e di tipologie di intervento (misure amministrative; sanzioni amministrative; sanzioni penali) ha già indotto la dottrina a interrogarsi sullo spazio di applicazione del principio all'interno dei settori di interesse¹⁹. E tale conclusione deve ritenersi *a fortiori* valida nella prospettiva (non infra-settoriale, bensì) inter-settoriale adottata nel presente scritto, che si concentra sull'inosservanza di obblighi "prudenziali" rilevanti in ambito bancario e AML/CFT.

3. Il diritto vivente in materia di *ne bis in idem*: i cc.dd. criteri *Menci*

Come noto, il principio di *ne bis in idem* impedisce di sottoporre lo stesso soggetto a un nuovo procedimento o processo se, per lo stesso fatto, egli è già stato assolto o condannato con sentenza definitiva (o, nel caso di sanzioni amministrative di natura "sostanzialmente penale", con provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile o confermato con sentenza passata in giudicato)²⁰.

Nel tempo, la portata del principio si è allargata. Per un verso, in forza dei criteri *Engel* il divieto è stato esteso anche in ambito amministrativo²¹; per altro verso, le Corti europee hanno accolto, con l'iniziale

¹⁹ In ambito bancario, B. VAN BOCKEL, *The Single Supervisory Mechanism Regulation: Questions of ne bis in idem and implications for the further integration of the system of fundamental rights protection in the EU*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, 24(2), 194 ss.; V. FELISATTI, *Sanctioning Powers of the European Central Bank and the Ne Bis In Idem Principle within the Single Supervisory Mechanism*, in *European Criminal Law Review*, 2018, 8(3), 378 ss.; M. DONINI, *Il nodo gordiano della vigilanza bancaria. Aspetti problematici del rapporto tra sanzioni penali e amministrative*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2023, 1-2, 23 ss.

²⁰ Per un'analisi del principio in prospettiva penale e amministrativa, cfr., rispettivamente, A.F. TRIPOLDI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino, 2023 e M. CAPPALI, *Dal ne bis in idem europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione. Un itinerario di studio*, Napoli, 2023.

²¹ Cfr., per citare un caso di interesse nazionale, Corte Edu, II, 2014, *Grande Stevens* cit.

eccezione del diritto della concorrenza²², una nozione fattuale di *idem* (*idem factum*), che considera ininfluente la qualificazione giuridica del comportamento fornita dal legislatore (*idem crimen*) e identifica la medesimezza ognqualvolta vi sia «identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro»²³.

L'espansione della garanzia ha conosciuto una significativa battuta d'arresto con il parziale *revirement* della Corte di Strasburgo nel caso *A & B c. Norvegia*²⁴. Qui la Corte ha ritenuto che di fronte a procedimenti sanzionatori paralleli o successivi, ma comunque in grado di assicurare una “*sufficiently close connection in substance and time*”, non è integrata la condizione del *bis*²⁵, con conseguente inapplicabilità del divieto di cui all'art. 4, Protocollo 7 CEDU. È stato osservato che, così facendo, la Corte Edu si è orientata verso una dimensione di pura minimizzazione dell'impatto della duplicazione penalmente rilevante sull'inculpato, ponendo in secondo piano l'origine procedurale dell'istituto. Il che determinerebbe, secondo gli osservatori, una trasmutazione del *ne bis in idem* da garanzia processuale a rimedio di diritto sostanziale²⁶, come

²² Corte di giustizia, Sez. V, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland*, C-204/00 P e a., § 338; Grande Sezione, 14 febbraio 2012, C-17/10, *Toshiba*, §§ 81-83 e 97; Sez. VIII, 25 febbraio 2021, *Slovak Telekom*, C-857/19, § 45.

²³ Corte di giustizia, Sez. II, 9 marzo 2006, *Van Esbroek*, C-436/04, § 36.

²⁴ Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, ricc. nn. 24130/11 e 29758/11, su cui R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, 10, 3809 ss.

²⁵ Per un commento critico, S. MIRANDOLA - G. LASAGNI, *The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law*, in *Eucrim*, 2019, 2, 126 ss.

²⁶ F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 7,, 953; G. DE AMICIS - P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, 2017, 2, 486; A. MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem. Un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2017, 12, 4578 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 314 (nonché Id., F. MAZZACUVA, *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e smarrimento della dimensione processuale*, in *Giur. comm.*, 2020, 4, 940 ss.); A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 1064; F. PEPE, *La Corte Costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, 2, 523; G. AGRIFOGLIO, *Autonomia ordinamentale e pluralismo giuridico: il divieto ne bis*

posto in luce anche in alcune pronunce della Corte di cassazione²⁷.

Il “nuovo corso” inaugurato nel 2016 dalla Corte di Strasburgo ha fornito al Giudice di Lussemburgo la sponda per rivedere i propri orientamenti.

E così, nelle sentenze gemelle sui casi *Menci*²⁸, *Garlsson*²⁹, e *Di Puma-Zecca*³⁰, pur dopo aver confermato la propria giurisprudenza sul concetto di “stesso fatto”, ribadendo che l’unico criterio compatibile con la Carta è quello che guarda alla condotta materiale (*idem factum*)³¹, la Corte di giustizia ha introdotto una valvola di sfogo, fondando questo momento di flessibilità sulla c.d. *general limitation clause* di cui all’art. 52, § 1 CDFUE³². In particolare, il convergere di due procedimenti

in idem, *tra Engel criteria e principio di proporzionalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 2, 455 ss.; E. BASILE, *Il “doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, 1, 129 ss.; N. MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2019, 2, 62 ss. e, più ampiamente, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d’insieme*, Milano, 2020; C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 135 ss.; M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Società*, n. 5/2019, 533 ss.

²⁷ Secondo Corte di cassazione., Sez. V pen., 16 luglio 2018, n. 45829, § 3.3.4.b., la sentenza *A & B c. Norvegia* ha mutato “profondamente la natura del ne bis in idem convenzionale, che varia da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancor prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a garanzia di tipo sostanziale”.

²⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, §§ 41-64.

²⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson*, C-537/16, §§ 42-62.

³⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Di Puma-Zecca*, C-596/16 e C-597/16, §§ 38-40.

³¹ Corte di giustizia, GS, *Menci*, C-524/15 cit., § 35; *Garlsson*, C-537/16 cit., § 37.

³² “Eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. Cfr. K. LENARTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, 8(3), 375 ss.; S.A. DE VRIES, *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According*

sanzionatori sullo stesso fatto materiale è oggi tollerato, per gli effetti dell'art. 50 CDFUE, se sono cumulativamente rispettate tre condizioni:

- 1) la possibilità di persecuzione multipla è essere prevista dalla legge;
- 2) ciascun procedimento persegue una distinta finalità di interesse generale;
- 3) è rispettato il principio di proporzionalità.

A sua volta, la terza condizione si articola in tre sotto-condizioni, parimenti cumulative. In particolare:

- a) la duplicazione deve essere prevedibile;
- b) i due procedimenti devono essere condotti assicurando una “*connessione temporale e materiale sufficientemente stretta*”;
- c) infine, nell'evenienza in cui entrambi i procedimenti si concludessero con l'inflizione di una sanzione, la seconda pena deve tener conto della prima.

Come si vede, la rotta argomentativa tenuta dalla Corte di giustizia è diversa da quella proposta dalla Corte Edu, ma il risultato finale è simile negli esiti: anche nel diritto sanzionatorio europeo la garanzia del *ne bis in idem* viene oggi dispensata con flessibilità³³.

to the European Court of Justice, in *Utrecht Law Review*, 2013, 9(1), 169 ss.; M. BRKAN - S. IMAMOVIĆ, *Article 52: Twenty-Eight Shades of Interpretation?*, in AA. Vv., *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, a cura di M. BOBEK - J. ADAMS-PRASSL, Londra, 2020, 421 ss.; O. SCARCELLO, *Preserving the 'Essence' of Fundamental Rights under Article 52(1) of the Charter: A Sisyphean Task?*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, 16(4), 647 ss.

³³ In commento, v. E. BINDI - A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, 207 ss.; F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem*, cit., 949 ss.; A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 286 ss.; M. MERSINI, *Applicazione ed evoluzione del principio del ne bis in idem: il revirement della Corte EDU e il decisum della Corte di Giustizia nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate e a. (C-537/16) e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16)*, in *Riv. reg. mer.*, 2018, 1, 140 ss.; S. STACCA, *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 6, 748 ss.; M. VETZO, *The Past, Present and Future of the Ne Bis in Idem Dialogue Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma*, in *Review of European Administrative Law*, 2018, 55(11) 55 ss.; E. DESANA, *Ne bis in idem: l'infinito dialogo fra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, 2019, 2, 348 ss.

Le tre sentenze gemelle del 2018 concernevano ipotesi di doppio binario sanzionatorio: nei giudizi di rinvio, cioè, lo stesso fatto era stato oggetto di attenzioni sia amministrative che penali all'interno del medesimo Stato.

Sprigionando l'ampio potenziale applicativo dell'art. 50 CDFUE, nelle decisioni del 2022 sui casi *bpost*³⁴ e *Nordzucker*³⁵ la Grande Sezione ha adottato il medesimo criterio anche a fronte di sovrapposizioni intersettoriali, nel primo caso, e transnazionali, nel secondo³⁶. Entrambe le fattispecie – si noti – concernevano ipotesi di *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo, nel senso che le sovrapposizioni in rilievo erano interamente governate dal diritto amministrativo europeo.

I cc.dd. criteri *Menci* sono stati in seguito ribaditi nella sentenza del 2023 sul caso *Volkswagen*³⁷ e, da ultimo, nella sentenza del 2025 sul caso *Engie*³⁸.

³⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, 22 marzo 2022, *bPost*, C-117/20, §§ 33-35.

³⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, 22 marzo 2022, *Nordzucker*, C-151/20, §§ 38-40.

³⁶ Per un commento alle due pronunce gemelle, si vedano P. VAN CLEYNENBREUGEL, *BPost and Nordzucker: Searching for the Essence of Ne Bis in Idem in European Union Law: ECJ 22 March 2022, Case C-117/20, BPost v Autorité belge de la concurrence Case C-151/20, Bundeswettbewerbsbehörde v Nordzucker AG e.a.*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, 18(2), 357 ss.; S. SCHIAVONE, *La nozione di "idem" nel dialogo tra Corti: un unico criterio per una tutela effettiva, anche in materia di concorrenza*, in *Cass. pen.*, 2022, 7-8, 2826 ss.; A. BUENO ARMIJO, *Carácter procedimental del non bis in idem en la Unión Europea*, in *Revista de Administración Pública*, 2022, 218, 171 ss.; M. CAPPALI - G. COLANGELO, *The Long Road to a Unified Test for the European Ne Bis In Idem Principle*, in *European Public Law*, 2022, 28(4), 487 ss.; B. ZELGER, *The Principle of ne bis in idem in EU competition law: The beginning of a new era after the ECJ's decisions in bpost and Nordzucker?*, in *Common Market Law Review*, 2022, 60(1), 239 ss. Per un commento specifico sulla decisione *Nordzucker*, si veda K. DOBOSZ, *The Housekeeping of the Court of Justice: the ne bis in idem Principle and the Territorial Scope of NCA Decisions*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2022, 15(26), 157 ss.

³⁷ Corte di giustizia, Sez. I, 14 settembre 2023, *Volkswagen Group Italia e Volkswagen Aktiengesellschaft*, C-27/22, § 88.

³⁸ Corte di giustizia, Sez. III, *Engie România SA c. Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei*, C-205/23, § 60.

4. L'applicazione dei cc.dd. criteri *Menci* alle ipotesi di *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo derivanti da sovrapposizioni in materia di vigilanza bancaria e AML/CFT

Illustrate le interferenze sostanziali e istituzionali tra vigilanza bancaria e vigilanza AML/CFT, chiarito che alcune delle misure di *enforcement* previste in queste discipline possono qualificarsi come “penali” in senso convenzionale e ripercorsa l’evoluzione del principio di *ne bis in idem* nella giurisprudenza delle Corti europee, è dunque possibile chiedersi se – nel vigente quadro normativo – sussistono margini per applicare con successo i cc.dd. criteri *Menci* alle sovrapposizioni inter-settoriali oggetto di indagine.

Per rispondere a questa domanda si muoverà dalle suggestioni emergenti dalla prima letteratura intervenuta sul tema, analizzando parzialmente lo scenario di doppio binario sanzionatorio infra-settoriale (procedimento penale + procedimento sanzionatorio amministrativo) e quello di *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo inter-settoriale (due procedimenti sanzionatori formalmente amministrativi ma nella sostanza qualificabili come “penali”, agli effetti della CEDU).

Ancorché il presente contributo si concentri unicamente sul secondo scenario, il raffronto con il primo appare comunque utile, poiché in grado di far emergere le profonde differenze che dividono i due ambiti. Differenze che – si vedrà – potrebbero giustificare il raggiungimento di conclusioni parzialmente diverse nei due contesti³⁹.

Il primo contributo interessa solo collateralmente il tema oggetto di indagine, affrontando la questione dei rapporti tra procura europea (EPPO) e AMLA in composizione FIU⁴⁰. Nondimeno, questo studio pone una questione di metodo centrale che, come tale, merita di essere qui considerata.

Ricordato che l’AMLA è tenuta a comunicare senza indebito ritardo alla Procura europea qualsiasi condotta criminosa in relazione alla quale essa potrebbe esercitare le proprie competenze, e constatato che, successivamente alla trasmissione della suddetta comunicazione, l’EPPO non dispone di strumenti per sollecitare la collaborazione dell’AMLA,

³⁹ *Infra* § 4.

⁴⁰ L. DE MATTEIS - A. SALEM, *Prospettive per la futura cooperazione tra Anti-money laundering Authority (AMLA), Procura europea e Procure nazionali*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2024, 3, 789 ss. Il contributo è a firma del Capo del Servizio Giuridico della Procura europea e di un Assistente giuridico del medesimo Ufficio.

gli Autori pongono in luce come, in difetto di una chiara base giuridica di fonte legislativa, non potrebbe essere l'accordo di lavoro previsto dall'art. 94, § 2 del Regolamento AMLA a introdurre una simile disciplina⁴¹.

Queste notazioni – piuttosto specifiche e non direttamente esportabili nel contesto indagato – possono essere lette come corollario di un principio più generale: il potere giudiziario e il potere amministrativo sono strutturalmente e funzionalmente separati e solo il legislatore, apprestando dei congegni di raccordo normativo espressi, può porli stabilmente in contatto. Nella maggior parte dei casi, il legislatore europeo si limita a creare meccanismi di scambio di informazioni riservate tra i due poteri⁴². In taluni casi, il legislatore sovranazionale fa qualcosa di più, ad esempio ponendo in capo all'Autorità giudiziaria designata come ANC l'obbligo di non pronunciare sentenze in contrasto con le precedenti decisioni della Commissione europea⁴³. In tutti questi casi è sempre e solo il diritto positivo a regolare i rapporti tra i due ambiti.

Il secondo contributo dottrinale di cui deve darsi conto assume particolare rilevanza in questa sede, in quanto affronta *ex professo* (anche) il tema della sovrapposizione di poteri amministrativi nella vigilanza ban-

⁴¹ Ai sensi della citata previsione del Reg. (UE) n. 1620/2024 “*L'A[MLA] stabilisce e mantiene una stretta relazione con l'OLAF, Europol, Eurojust e la Procura europea. A tal fine, l'Autorità conclude accordi di lavoro separati con l'OLAF, Europol, Eurojust e la Procura europea che stabiliscono i dettagli della loro cooperazione. Tale rapporto mira in particolare a garantire lo scambio di informazioni e tendenze operative e strategiche in relazione alle minacce di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo cui è esposta l'Unione*”.

⁴² Ai sensi dell'art. 27, § 8 del Reg. (UE) n. 1620/2024, “*l'Autorità si rivolge alle autorità nazionali competenti ai fini della promozione dell'azione penale se, nello svolgimento delle proprie funzioni ..., constata gravi indizi della possibile esistenza di fatti che possono costituire reato. Inoltre, l'Autorità si astiene dall'irrogare sanzioni pecuniarie o penalità di mora laddove una sentenza di assoluzione o condanna a fronte di fatti identici o sostanzialmente analoghi sia passata in giudicato in seguito ad un'azione penale di diritto interno*”.

Ai sensi dell'art. 136 del Regolamento della BCE n. 468/2014 (c.d. Reg. quadro MVU) “*se, nel corso dell'espletamento dei propri compiti ..., la BCE ha motivo di sospettare che possa essere stato commesso un illecito penale, richiede all'ANC di riferimento di deferire la questione alle autorità competenti per le indagini e l'eventuale procedimento penale, in conformità al diritto nazionale*” (cfr., in tema, Decisione BCE n. 1162/2016, in cui si disciplina il trattamento delle richieste di informazioni che il Giudice penale trasmette alla BCE o alle ANC).

⁴³ Art. 16 Reg. (CE) n. 1/2003.

caria e AML/CFT, proprio al fine di saggiare lo spazio di applicazione del divieto di *bis in idem*⁴⁴.

Nell'affrontare una tipologia di sovrapposizione specifica, l'Autrice esprime una preoccupazione che appare in perfetta sintonia con la posizione sopra illustrata per prima. In particolare, prendendo atto del fatto che il diritto secondario si limita a prevedere scambi reciproci di informazioni tra autorità di vigilanza bancaria e AML/CFT, mentre è privo di “*hard rules*” per coordinare le risposte di *enforcement* convergenti, si trae la conclusione che, in caso di sovrapposizioni procedurali nei confronti del medesimo soggetto e sullo stesso fatto, i cc.dd. criteri *Menci* non sarebbero con ogni probabilità soddisfatti in questo contesto ordinamentale e la *general limitation clause* di cui all'art. 52, § 1 della Carta resterebbe, di conseguenza, inoperante.

5. Dal *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione

Occorre a questo punto domandarsi se le differenze tra gli scenari esaminati (doppio binario sanzionatorio vs. *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo) non possano legittimare l'interprete a ricercare, limitatamente alla seconda casistica, interamente coperta dal diritto amministrativo, soluzioni ulteriori.

⁴⁴ A. KARAGIANNI, *Ne bis in idem at the intersection between prudential and AML/CFT supervision*, in *Review of European Administrative Law*, 2024, 17(2), 7 ss. Cfr. in partic. 30, ove si porta l'esempio della revoca o sospensione dell'autorizzazione bancaria in conseguenza di una violazione grave della disciplina antiriciclaggio (artt. 56, § 2, lett. f) della Dir. (UE) n. 1640/2024 e 21, § 2, lett. g) Reg. (UE) n. 1620/2024). L'esempio viene affrontato in via cautelativa, a prescindere cioè dalla effettiva riconducibilità della misura amministrativa della sospensione o revoca dell'autorizzazione bancaria – di esclusiva competenza della BCE (art. 14, § 5 Reg. (UE) n. 1024/2013) – a una “pena” ex art. 6, § 1 CEDU (la giurisprudenza europea si è orientata in senso negativo sul punto, sottolineando la prevalente funzione preventiva della misura amministrativa in questione: in commento, v. L. MONGIELLO, *La revoca dell'autorizzazione bancaria per gravi violazioni della disciplina antiriciclaggio* in questo Volume, nonché D. ANDRACCHIO, «*Pluteunomìa. La vigilanza bancaria europea alla prova della supervisione antiriciclaggio*», in *Federalismi*, 2024, 24, 1 ss.). L'Autrice conclude l'analisi interrogandosi sulla capacità suppletiva del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, § 3 TUE, ritenuto tuttavia insufficiente ad assicurare la certezza del diritto (p. 37).

Per sciogliere il quesito occorre preliminarmente porsi un’ulteriore domanda: quanto diritto amministrativo generale c’è nei cc.dd. criteri *Menci*?

Già solo il porsi un interrogativo del genere disvela l’adesione alla posizione dottrinale di quanti non ravvisano una strutturale incompatibilità tra potestà punitiva della p.A. e cura dell’interesse pubblico, intravedendo nella funzione sanzionatoria, specie se esercitata da Autorità indipendenti, margini di discrezionalità, amministrativa e tecnica⁴⁵. Non solo, dunque, reazione, in negativo, alla violazione di un precezzo, ma anche modellazione attiva, in positivo, dell’interesse pubblico curato. Vuoi perché la legge non lo prefigura interamente; vuoi perché, pure se si attribuisse contenuto vincolato al potere sanzionatorio, comunque l’attività autoritativa, necessaria perché si produca l’effetto voluto dalla legge, resterebbe funzionale al perseguimento dell’interesse pubblico di cui l’Amministrazione procedente è portatrice. Se così è, nella sanzione amministrativa logica penalistica e logica amministrativistica non sono mutualmente escludenti, ma si integrano a vicenda (c.d. tesi concorrente). L’accoglimento di questa impostazione consente di concludere che, nella sanzione amministrativa, le garanzie penalistiche si impongono solo in quanto più favorevoli, valendo, per il resto, (anche) le regole generali del diritto amministrativo⁴⁶.

Una volta inquadrata in questi termini la potestà punitiva della p.A. è possibile verificare se le condizioni che, in forza della giurisprudenza *Menci*, rendono legittimo il cumulo di procedimenti (e, eventualmente, di sanzioni) evidenzia delle affinità con istituti o principi propri del diritto amministrativo generale.

Da questo punto di vista può osservarsi che molti dei criteri stabiliti nella giurisprudenza *Menci* sembrano rimandare a un principio generale (e, al contempo, diritto fondamentale) del diritto amministrativo europeo: il diritto alla “buona amministrazione” sancito dall’art. 41 CDFUE⁴⁷.

⁴⁵ F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 1, 79 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2016, 67: “non sussiste[rebbe] un contrasto tra punire ed amministrare, ossia tra l’infingere una sanzione a seguito della violazione di un precezzo e la cura in concreto di un interesse pubblico”;

⁴⁶ M. CAPPAI, *Dal ne bis in idem europeo di diritto amministrativo*, cit., 89 ss.

⁴⁷ LORD MILLETT, *The Right to Good Administration in European Law*, in *Public Law*, 2002, 47, 309 ss.; A. ZITO, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nel-*

Come intuibile, dei procedimenti amministrativi che vengono avviati in rapida successione temporale per tutelare interessi pubblici complementari previamente individuati dalla legge e che cerchino di minimizzare le attività investigative per lo sesso fatto, tenendo eventualmente conto delle sanzioni già irrogate da altre Autorità, realizzano i sotto-principi di tempestività, proporzionalità, efficienza e protezione del legittimo affidamento che sono ricompresi nella nozione, generale, di buona amministrazione⁴⁸.

Se ne può trarre la conclusione preliminare che – a differenza degli scenari di doppio binario sanzionatorio, in cui l’assenza di meccanismi legislativi di coordinamento tra potere giudiziario e potere amministrativo determina, *ex se*, l’impossibilità di ritenere soddisfatti i cc.dd. criteri *Menci* – nelle ipotesi di *ne bis in idem* europeo di diritto ammini-

la Carta europea dei diritti fondamentali e nell’ordinamento interno, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, 2-3, 425 ss.; D.-U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2005, 3-4, 819 ss; S. CASSESE, *L’ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Napoli, 2007; J. WAKEFIELD, *The Right To Good Administration*, Alphen aan den Rijn, 2007; E. LANZA, *The Right to Good Administration in the European Union: Roots, Rationes and Enforcement in Antitrust Case-Law*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, 2008, 1-2, 479 ss.; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008; H.P. NEHL, *Good Administration as Procedural Right and/or General Principle?*, in *Legal Challenges in EU Administrative Law*, a cura di H.C.H. Hofmann - A.H. Türk, Cheltenham, 2009, 322 ss.; L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell’interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2010, 3-4, 789 ss.; M. TRIMARCHI, *L’art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell’attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 3, 537 ss.; R. BOUSTA, *Who Said There is a ‘Right to Good Administration’? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Public Law*, 2013, 19, 481 ss. (e, prima, *Id.*, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L’Harmattan, Parigi, 2010); H.C.H. HOFMANN - B.C. MIHAESCU, *The Relation Between the Charter’s Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, 9(1), 73 ss.; P. CRAIG, *Right to Good Administration*, in *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, a cura di S. Peers - T. Hervey - J. Kenner - A. Ward, Londra, 2014, 1069 ss.; P. LEINO-SANDBERG, *Efficiency, Citizens and Administrative Culture. The Politics of Good Administration in the EU*, in *European Public Law*, 2014, 20(4), 681 ss.; E.N. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell’autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 5, 824 ss.

⁴⁸ M. CAPPALI, *Dal ne bis in idem europeo di diritto amministrativo*, cit., 329 ss.

strativo, in cui vengono in gioco due o più procedimenti formalmente amministrativi, la risposta può essere diversa se, in accoglimento della c.d. tesi concorrente, si accetta di ricercare soluzioni aggiuntive nel diritto amministrativo generale.

A prima lettura, il tentativo di risolvere il problema del coordinamento amministrativo attraverso un principio storicamente etereo, vago e di difficile giustiziabilità come la buona amministrazione potrebbe esser letto come rinuncia ad affrontare seriamente il problema.

A uno sguardo più attento, però, potrebbero individuarsi alcuni argomenti a favore di un più deciso impiego del canone di buona amministrazione nel contesto che ci occupa.

In primo luogo, il diritto a una buona amministrazione codificato dall'art. 41 della Carta si rivolge all'individuo, non al pubblico potere. Questa prospettiva rovesciata consente di attribuire profondità alla relazione amministrativa, facendo convergere verso un unico baricentro un reticolo di rapporti altrimenti solo orizzontali tra Amministrazioni⁴⁹. In particolare, la tesi qui avanzata è che, nel momento in cui il legislatore instaura stabili e qualificati canali di dialogo tra Autorità amministrative, anche se appartenenti a diversi sistemi di vigilanza, la facoltà, per i pubblici poteri coinvolti, di avvalersi delle informazioni relative a un determinato soggetto, legittimino quello stesso soggetto a pretendere che la buona amministrazione sia erogata, nei suoi confronti, dal complesso delle Amministrazioni che si giovano di quella sinergia. Potere e diritto fondamentale, cioè, devono camminare di pari passo. Se così è, allora, le Autorità amministrative che, per volere legislativo, condividono strumenti di indagine e patrimonio informativo, non possono *sic et simpliciter* addurre di non poter meglio coordinare le proprie attività in difetto di indicazioni normative espresse.

In secondo luogo, e per le medesime ragioni, l'art. 41 CDFUE potrebbe offrire la base giuridica per legittimare (e anzi prescrivere) l'adozione di decisioni o orientamenti congiunti, protocolli di intesa, accordi di lavoro, o altri strumenti di coordinamento comunque diretti a disciplinare aspetti procedurali e sostanziali come le tempistiche di avvio del procedimento collegato, nonché i criteri (che devono essere oggettivi, misurabili e prestabiliti) per far sì che l'eventuale cumulo sanzionatorio sia proporzionato non solo sulla carta, ma anche nella pratica⁵⁰. Nella medesima logica, lo stesso art. 41 CDFUE potrebbe fungere da para-

⁴⁹ *Ivi*, 323 ss.

⁵⁰ *Ivi*, 362 ss.

metro “costituzionale” per sindacare la legittimità dei meccanismi di coordinamento inter-amministrativo disciplinati nel diritto secondario o, in mancanza, nella prassi amministrativa.

In terzo luogo, il rivolgersi a un canone dell’azione amministrativa generale dispensa l’interprete da defatiganti discussioni circa la qualificazione giuridica, penale o meno, delle sanzioni e misure amministrative di vigilanza⁵¹. Tale diversa prospettiva, dunque, consente all’interprete di non confrontarsi con orientamenti di retroguardia⁵². Se – in ossequio alla c.d. tesi concorrente – si ragiona nel solco dell’art. 41 CDFUE, il soddisfacimento dei criteri *Engel* diviene circostanza non decisiva: siamo in presenza di provvedimenti amministrativi limitativi, cui deve applicarsi *ab origine* il dovere di buona amministrazione, a prescindere dal successivo materializzarsi, spesso non prevedibile *ex ante*, di una situazione di *bis in idem*.

In quarto e ultimo luogo, il diritto alla buona amministrazione opera una sintesi solidaristica tra le ragioni di protezione dell’individuo e quelle, solo apparentemente confliggenti, dell’efficienza amministrativa. Nell’impostazione accolta dall’art. 41, infatti, anche queste ultime sono a ben vedere proiettate a individui e, segnatamente, ai soggetti terzi che vantano un interesse all’adozione e alla conservazione del provvedimento amministrativo (multipolare) di vigilanza. Il timore di incorrere in un vizio (postumo) di invalidità del provvedimento amministrativo sorto legittimo, vedendo così vanificare sforzi investigativi e di risorse, finanziarie e umane, impegnate nei procedimenti sanzionatori di vigilanza, dovrebbe compulsare la p.A. ad anticipare il problema, adottando sin dal primo momento quegli accorgimenti procedurali che, oltre a essere espressivi del canone di buona amministrazione, potrebbero un domani essere evocati, nell’ipotesi di eccepito *ne bis in idem*, quali fattori suscettibili di positiva valutazione (anche) alla luce dei cc.dd. criteri *Menci*⁵³.

⁵¹ *Ivi*, 298-299.

⁵² La giurisprudenza nazionale di legittimità tende ad esempio a sottrarre le sanzioni in materia di controlli interni deficitari e di inosservanza dei cc.dd. requisiti *fit & proper*, irrogate dalla Banca d’Italia ai sensi dell’art. 144 TUB, dal campo di applicazione dell’art. 6, § 1 CEDU, con conseguente inapplicabilità, allora, anche della garanzia di *ne bis in idem*: v, tra le molte, Corte di cassazione, Sez.II civ., 24 febbraio 2016, n. 3656 e 11 settembre 2024, n. 2340.

⁵³ Così M. CAPPAL, *Dal ne bis in idem europeo di diritto amministrativo*, cit., 403-404, ove si aggiunge che “per una fortunata eterogenesi dei fini la giurisprudenza sul *ne bis in idem* funge così da *stress-test* per la buona amministrazione, costrin-

Da ultimo, pure il richiamo, nella disciplina AML/CFT, del principio di *ne bis in idem* in considerando meramente programmatici e privi di qualsiasi portata precettiva sembra tradire la chiara volontà politica di scaricare a valle il problema del coordinamento⁵⁴.

Tornando dal generale al particolare, è ora possibile concludere.

Non sembra impossibile immaginare una gestione dei procedimenti di vigilanza AML/CFT e bancaria rispondente al canone di buona amministrazione, nei termini appena divisati. I numerosi punti di contatto tra le due aree di vigilanza potrebbero anzi offrire un terreno particolarmente fecondo per sperimentare le potenzialità della proposta teorica. Solo per fare alcuni esempi, basti pensare che gli interessi pubblici protetti sono genuinamente complementari; ad oggi, le ANC coinvolte nella vigilanza sono, in tutti gli Stati membri con l'eccezione della Spagna, coincidenti per i due ambiti e le Autorità di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi vantano un solido *expertise* in materia⁵⁵; la legislazione settoriale prevede sistemi condivisi per l'archiviazione delle informazioni, consultabili in via riservata anche da Autorità extra-settoriali, e fissa la durata massima della loro conservazione⁵⁶. Ancor più esplicitamente, nel Regolamento istitutivo dell'AMLA si precisa che, «al fine di migliorare la supervisione intersetoriale e promuovere una migliore cooperazione tra le autorità di vigilanza prudenziale e i supervisori AML/CFT, l'Autorità dovrebbe ... stabilire relazioni di cooperazione con le autorità competenti per la vigilanza prudenziale dei soggetti obbligati del settore finanziario», comprese la BCE e le ANC designate

gendo di fatto il principio ad assumere fattezze più compiute rispetto a quelle sin qui mostrate”.

⁵⁴ Cfr. ad es. cons. 31 Reg. (UE) n. 1620/2024: «Nell'eventualità di violazioni gravi, ripetute o sistematiche, l'Autorità dovrebbe sempre irrogare sanzioni pecunarie. Tali sanzioni dovrebbero essere proporzionate e dissuasive, dovrebbero avere un effetto punitivo e deterrente, e dovrebbero rispettare il principio del *ne bis in idem*».

⁵⁵ Cfr. Rapporto EBA “*On NCAS' approaches to the supervision of banks with respect to anti-money laundering and countering the financing of terrorism (Round 4 – 2023/24)*”, EBA/REP/2024/25, dicembre 2024.

⁵⁶ Cons. 18 e art. 11, § 7 Reg. (UE) n. 1620/2024. In particolare, l'art. 11 istituisce e disciplina la “*Banca dati centrale AML/CFT*”. Nella logica della buona amministrazione qui esplorata, peraltro, alcuni aspetti del coordinamento potrebbero essere potenziati rispetto a quanto prefigura il diritto secondario. Ad esempio, si potrebbe prescrivere alle ANC di registrare nella banca dati non solo “*le misure amministrative applicate e le sanzioni pecuniarie irrogate durante la supervisione dei singoli soggetti obbligati in risposta alle violazioni dei requisiti in materia di AML/CFT*” (art. 11, § 2, lett. c), ma anche i procedimenti amministrativi in corso per i medesimi profili.

nell'ambito del secondo e terzo pilastro dell'Unione bancaria⁵⁷. Non servirebbe molto, dunque, per aggiungere quel pezzo di strada che consente di creare un ponte tra gli artt. 50 e 41 della Carta.

⁵⁷ Cons. 79 Reg. (UE) n. 1620/2024.

La vigilanza prudenziale e antiriciclaggio degli enti creditizi: due insiemi complementari o due insiemi che si intersecano?

di *Nico Di Gabriele**

Fino ad un passato relativamente prossimo, l'accertamento del rispetto dei principi di sana e prudente gestione da parte delle banche era condotto a livello euro-unitario seguendo un approccio fondato – implicitamente – sull'assunto che il rischio di crimine finanziario fosse esterno al perimetro della vigilanza prudenziale. Pertanto, la relazione tra la vigilanza bancaria e quella anti-riciclaggio nell'Unione europea si poteva descrivere – fatta eccezione per taluni Stati membri tra cui l'Italia – in termini di occasionale intersezione, mutuando un concetto della teoria degli insiemi. Spesso le occasioni di intersezione si presentavano dopo l'emersione di gravi carenze, magari evidenziate dalle autorità di stati terzi.

Tale approccio appariva già allora non pienamente coerente con il dettato dell'articolo 76(1) della Direttiva 2013/36 (CRD) il quale richiede «la gestione, la sorveglianza e l'attenuazione dei rischi ai quali l'ente è o potrebbe essere esposto». Invero i sostenitori dell'approccio – da me definito dell'intersezione occasionale – facevano leva sul fatto che in assenza di una definizione eurounitaria di “vigilanza prudenziale”, si potesse affermare che quest'ultima avesse un perimetro di responsabilità parziale rispetto al complesso dei rischi cui gli enti creditizi erano e sono esposti.

Gli elementi invocati a sostegno di codesta posizione sono che:

- le direttive antiriciclaggio si rivolgono a un novero di soggetti obbligati assai più ampio dei soli intermediari bancari e imprese di investimento, cui, invece, sono rivolte la CRR¹ e la CRD;

* N. Di Gabriele è Senior Team Lead della Banca Centrale Europea. Le opinioni espresse dall'Autore sono riferibili esclusivamente all'autore e non impegnano necessariamente la Banca Centrale Europea e/o la Banca d'Italia.

- la vigilanza anti-riciclaggio² persegue l'obiettivo di proteggere il sistema finanziario dalla contaminazione a mezzo di risorse di provenienza illecita, mentre la vigilanza prudenziale persegue gli obiettivi della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati e della stabilità del sistema finanziario;
- né la CRR, né la CRD fino alla IV versione stabilivano esplicativi requisiti in capo agli intermediari per fronteggiare il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Qualcuno si è spinto persino ad affermare che vi fossero sinergie limitate con la vigilanza prudenziale: in particolare si argomentava che combinando presso la stessa autorità i due mandati, sarebbe stato necessario elaborare una strategia di supervisione diversa in ragione dell'impossibilità di avere un'univoca metodologia per la classificazione dell'esposizione al rischio dei soggetti vigilati nei due ambiti, e di conseguenza, l'esigenza di adottare due diversi approcci di supervisione che richiedono anche personale con ben differenze competenze. Si forniranno di seguito alcune evidenze fattuali che depongono in senso contrario.

Per esempio, il considerando 2 della Direttiva 2005/60/CE del 26 ottobre 2005 (AMLD III)³ menziona che «La solidità, l'integrità e la stabilità degli enti creditizi e finanziari, nonché la fiducia nel sistema finanziario nel suo complesso, potrebbero essere gravemente compromesse dagli sforzi compiuti dai criminali e dai loro complici per mascherare l'origine dei proventi di attività criminose». Il considerando 8 pone in evidenza che «sfruttare il sistema finanziario per trasferire fondi di provenienza criminosa o anche denaro pulito a scopo di finanziamento del terrorismo minaccia chiaramente l'integrità, il funzionamento regolare, la reputazione e la stabilità di tale sistema». Si appalesa come il perseguimento dell'obiettivo della stabilità finanziaria sia comune ai due mandati di vigilanza e che il legislatore eurounitario lo avesse stabilito già venti anni fa. Poiché la stabilità finanziaria discende dalla solidità e dalla fiducia del pubblico negli intermediari a livello individuale è necessario assicurarne la sana e prudente gestione. Atteso che

¹ Regolamento (UE) 575/2013.

² Per vigilanza anti-riciclaggio si intende quella competente anche in materia di contrasto al finanziamento del terrorismo.

³ Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo.

per le banche il rischio di essere esposte ad abusi da parte di operatori criminali è connaturato all'attività d'impresa (e in ragione di ciò i primi obblighi anti-riciclaggio si rivolgevano solo alle banche) appare inverosimile affermare che se ne possa garantire la sana e prudente gestione prescindendo dalla valutazione della loro conformità agli obblighi di prevenzione dell'attività finanziaria illecita. Mi pare che si possa trarre una conferma di questo assunto dalle sentenze della Corte di Giustizia UE emanate il 7 settembre 2023 (paragrafo 97)⁴ e il 12 settembre 2023 (paragrafi 42-48)⁵. Infatti, se la Corte ribadisce la competenza esclusiva della BCE alla revoca della licenza bancaria a prescindere dallo status dell'ente creditizio (significativo ovvero meno significativo) *a fortiori ratione* la stessa BCE è competente a decidere se i fatti constituenti violazione della normativa anti-riciclaggio pro-tempore vigente (come accertati dall'autorità AML nazionale nei casi di specie) giustifichino la revoca della licenza bancaria.

La ragionevolezza dell'affidamento dei due mandati di supervisione alla stessa autorità sembra confermato dalle scelte della pressoché totalità degli Stati membri. Si citano in proposito: Francia, Germania, Paesi Bassi, Portogallo, Belgio, Grecia, Irlanda. Una conferma dell'appetibilità dell'approccio sinergico viene dall'osservazione di quelle che sono le pratiche presso i paesi membri del Gruppo dei 20: fatta eccezione per il Regno Unito, in tutti gli altri la supervisione prudenziale e quella AML sono incardinate presso la stessa autorità.

Tale situazione appare coerente con il dettato dei "Principi fondamentali per una effettiva supervisione bancaria" emanati nel 2006 dal Comitato di Basilea sulla Supervisione Bancaria (BCBS). Secondo tali Principi, i requisiti in materia AML sono ricompresi nell'ambito della categoria "Norme e requisiti prudenziali". Il BCBS riferisce di essere consapevole che «in alcune giurisdizioni, altre autorità, come l'unità di informazione finanziaria, anziché l'autorità di vigilanza bancaria, potrebbero avere la competenza principale per valutare la conformità con le leggi e i regolamenti in materia di attività illecite presso le banche, come frodi, riciclaggio e finanziamento del terrorismo». Da ciò si desume che il BCBS ammette la separazione dei compiti di vigilanza prudenziale e anti-riciclaggio, ma che ciò non è la norma per il BCBS,

⁴ Versobank AS v. ECB, caso C-803/21 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CJ0803>

⁵ Anglo Austrian AAB AG v. ECB, caso C-579/22 P <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022CJ0579>

semmai l’eccezione. Va inoltre considerato che il citato documento del BCBS annovera tra i requisiti essenziali del principio 15 – “Sistema di gestione dei rischi” – la previsione che l’autorità di supervisione (e non c’è nessun dubbio si tratti dell’autorità di vigilanza prudenziale) verifichi che: (a) gli enti creditizi abbiano politiche e processi per gestire tutti i rischi rilevanti, (b) il consiglio di amministrazione e l’alta dirigenza dell’ente creditizio ottengano sufficienti informazioni e comprendano la natura e il livello dei rischi assunti dall’ente. Si comprende ora da quale fonte il legislatore eurounitario ha tratto indicazione per il novelato dell’articolo 76(1) della CRD menzionato in apertura.⁶

Da ultimo si osserva come i Principi fondamentali per una efficacia supervisione bancaria sono stati emanati precedentemente alla revisione del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE). Infatti, la prima versione dei principi del BCBS risale al 5 ottobre 2006, mentre il Trattato di Lisbona che ha emendato il TFUE è stato sottoscritto il 13 dicembre 2007. Pertanto, il concetto di vigilanza prudenziale cui il TFUE fa riferimento dovrebbe coincidere con i principi del BCBS cui gli Stati membri e l’Unione europea hanno dichiarato di volere essere conformi.

A questo punto è opportuno ricordare che diverse delle più gravi crisi di enti creditizi europei dell’ultimo decennio sono state originate da inadeguate condotte in tema di anti-riciclaggio; non si può conseguentemente non cogliere la rilevanza del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo (ML/FT) per la stabilità delle banche e la salute del sistema finanziario nel suo complesso. All’uopo si considerino le crisi finanziarie che hanno colpito la Repubblica di San Marino nel 2009 e la Moldavia nel 2014 le quali sono state causate da una contaminazione su larga scala dei loro sistemi bancari da parte di capitali illeciti.

Dopo questa digressione è opportuno domandarsi se l’accentramento dei due mandati presso la stessa autorità sia funzionale solo alla conformità ai principi del BCBS oppure se sia supportato anche da riscontri in termini di efficacia della vigilanza ed economicità dei processi sia per i supervisori che per i soggetti vigilati. Il tema dell’economicità per i vigilati è di grande attualità, poiché le banche significative nell’area

⁶ «Gli Stati membri assicurano che l’organo di gestione approvi e riesamini periodicamente le strategie e le politiche riguardanti l’assunzione, la gestione, la sorveglianza e l’attenuazione dei rischi ai quali l’ente è o potrebbe essere esposto, compresi quelli derivanti dal contesto macroeconomico nel quale esso opera, in relazione alla fase del ciclo economico.»

euro al momento sono già tenute a sostenere i costi diretti della supervisione di due soggetti distinti, la BCE e il Comitato Unico di Risoluzione (*Single Resolution Board – SRB*). In un futuro prossimo, quelle selezionate per la vigilanza diretta dovranno pagare anche per i costi di funzionamento dell’Autorità Europea Antiriciclaggio (AMLA). Per dare una misura dell’ordine di grandezza dei costi in narrazione, si osservi che i costi di supervisione BCE pagati dalle banche significative sono stati pari a EUR 526 milioni nel 2024 - in aumento di EUR 102 milioni rispetto al 2019, mentre quelli dello SRB sono saliti a quota EUR 112 con incremento del 63% nello stesso periodo.

Gli Stati Uniti sono il paese ideale cui guardare per compiere una valutazione sul tema dell’efficienza derivante dall’integrazione delle funzioni vigilanza poiché le autorità americane forniscono una esaustiva informativa sulle misure correttive imposte alle banche anche quando non si traducono nell’applicazione di sanzioni pecuniarie.

Sebbene gli USA abbiano un’architettura del sistema di supervisione bancaria alquanto frastagliata con la presenza di ben tre autorità a livello federale – FED⁷, OCC⁸ e FDIC⁹ – a cui si aggiungono le 50 autorità di vigilanza a livello di singolo Stato, il mandato di vigilanza di ciascuna autorità è pieno. Si tratta di una supervisione di tipo olistico. E le conseguenze della supervisione olistica sono evidenti; per esempio, la FDIC tra il 1 gennaio 2014 e l’8 novembre 2024 ha emanato misure correttive nei confronti di 393 banche e di queste 71 sono collegate anche a carenze AML, con una incidenza del 18% sul totale. Soprattutto in riferimento ad intermediari medio-piccoli si nota che le carenze rilevate sono di tipo trasversale (inadeguatezza dell’organo amministrativo, sistema di gestione dei rischi deficitario) e pertanto le violazioni delle norme AML sono accompagnate da non conformità alla disciplina in materia di sana

⁷ *Federal Reserve Board of Governors.*

⁸ *Office of the Comptroller of the Currency is an independent branch of the U.S. Department of the Treasury, charters, regulates, and supervises all national banks and federal savings associations as well as federal branches and agencies of foreign banks.*

⁹ *The Federal Deposit Insurance Corporation is the primary federal regulator of banks that are chartered by the states that do not join the Federal Reserve System. In addition, the FDIC is the back-up supervisor for the remaining insured banks and savings associations. The FDIC also examines banks for compliance with consumer protection laws and for compliance with the Community Reinvestment Act, which requires banks to help meet the credit needs of the communities they were chartered to serve.*

e prudente gestione del processo creditizio, prudente pianificazione dei fabbisogni di capitale e/o di gestione del rischio di liquidità.

Vi è un esempio su tutti che vale la pena citare: *THREAD BANK* (Tennessee). La FDIC il 21 maggio 2024 gli ha imposto di predisporre: un piano strategico, un piano economico, adeguare il sistema dei controlli interni e un programma di conformità alla normativa AML/CFT, nonché un sistema di monitoraggio per una linea di *business* innovativa “*Loan as a Service*” connessa alla *partnership* che la banca ha con imprese c.d. *FinTech*. Da ultimo, ma non per importanza, alla banca è stato imposto di rivedere le procedure di gestione della liquidità. Senza scendere troppo nei dettagli del caso specifico, fronteggiare un caso simile a quello appena descritto richiederebbe nell’Unione Europea, anche dopo l’avvio dell’operatività di AMLA, il coordinamento dell’azione dell’autorità di vigilanza bancaria, di quella AML e probabilmente di quella competente ai sensi del Regolamento sulla resilienza operativa digitale (DORA).¹⁰

Il fatto che le carenze nel sistema di governo aziendale siano alla base di una assunzione eccessiva di rischi sia finanziari sia non finanziari non è una peculiarità delle banche americane. Infatti, a giugno 2024 il vice-presidente del Consiglio di Supervisione Bancaria della BCE, nell’annunciare la pubblicazione in consultazione¹¹ della nuova Guida sul governo aziendale e la cultura del rischio, ha notato che «*failing banks are typically badly run. In supervision we see all too often that the root cause of banks’ vulnerabilities is their governance and risk culture*».

Probabilmente il riconoscimento di tale nesso causale è stato il fattore che più di ogni altro aveva spinto il legislatore eurounitario ad approvare prima la riforma della CRD introducendo obblighi di scambio informativo tra vigilanza prudenziale, AML ed Autorità Bancaria Europea (ABE) in circostanze ben specifiche e poi, dopo una lunga attesa, il c.d. *Single Rule Book AML* che attribuisce all’AMLA un ruolo per certi versi simile a quello che la BCE ha nell’ambito del Meccanismo Unico di Vigilanza (*Single Supervisory Mechanism - SSM*).¹²

¹⁰ Regolamento (Ue) 2022/2554 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario.

¹¹ Si consulti il sito: https://www.bankingsupervision.europa.eu/framework/legal-framework/public-consultations/html/governance_and_risk_culture.en.html

¹² Il Legislatore con la revisione delle direttive AML e CRD ha proceduto ad un progressivo cambiamento di approccio: in particolare la CRD 5 (2019/878 del

Sebbene non rientri nello scopo del presente intervento trattare il tema del *Single Rule Book AML*, è opportuno notare come nell'analisi di impatto – predisposta a luglio 2021 - che accompagnava la proposta della Commissione, si adduce, tra le ragioni che sconsigliano di conferire la vigilanza diretta AML all'ABE, il fatto che vi sarebbero limitate

20/5/2019) prevede una accresciuta e ben delineata rilevanza del rischio ML/TF nell'ambito della vigilanza prudenziale e richiede alle autorità prudenziali di svolgere «un ruolo importante nell'individuare e sanzionare le carenze» (considerando 20). Infatti, la direttiva 2019/878 prevede interventi su tre fronti: obblighi di scambio informativo tra le autorità, comprese le unità di informazione finanziaria, verifica sugli esponenti aziendali e «inclu[dere] in maniera costante le preoccupazioni relative» all'AML nel processo di revisione e valutazione prudenziale (SREP). È, in particolare, previsto che se nell'ambito dello SREP si riscontrano «motivi ragionevoli per sospettare che, in relazione ad un ente, sia in corso o abbia avuto luogo un'operazione o un tentativo di [ML/TF], o sussista un rischio maggiore di» tali delitti, l'autorità di vigilanza prudenziale informa sia l'ABE sia l'autorità AML. Inoltre, è stabilito che in caso di «potenziale aumento del rischio [ML/TF]» l'autorità di vigilanza prudenziale e quella AML «collaborano e trasmettono immediatamente la loro valutazione comune all'ABE».

Il nuovo dispositivo della CRD contiene puntuali riferimenti agli elementi SREP nei quali l'esposizione al rischio ML/TF è suscettibile di appalesarsi: «dispositivi di governance, modello imprenditoriale» e attività. L'art. 97(6) precisa che l'autorità di vigilanza prudenziale «adotta, se del caso, misure in conformità» ai poteri previsti dalla direttiva stessa. l'ABE in ottemperanza al mandato conferito dalla CRD V ha rivisto le linee guida sullo SREP che sono entrate in vigore dal I gennaio 2023. Esse prescrivono che l'autorità prudenziale tra gli altri:

- monitori in maniera regolare indicatori di rischio relativi al rischio ML/TF (titolo 3, § 66 lettera f);
- valuti la significatività dei depositi, impieghi, ricavi e reddito provenienti da stati terzi ad alto rischio ML/TF;
- accerti che il complessivo sistema di governo aziendale «comprend[a] la gestione del rischio ML/TF» (titolo 5, § 146), che l'organo amministrativo (collegialmente e a livello di singoli membri) abbia adeguata conoscenza ed esperienza con riferimento a detto rischio, nonché che di tale rischio si tenga conto nella definizione della strategia aziendale (titolo 5, § 147);
- accerti che il rischio ML/TF sia considerato nell'ambito dei processi creditizi;
- nel valutare il livello di ambizione dei piani di sviluppo e l'aggressività del sistema di remunerazione variabile tenga conto degli obiettivi di acquisizione di clientela ad alto rischio ML/TF, dell'attività in Paesi ad alto rischio nonché dell'offerta di prodotti e servizi ad accresciuto rischio;
- presti attenzione all'esposizione al rischio ML/TF a prescindere dalla dimensione aziendale e dalla solidità finanziaria. Infatti, anche enti solidi e con buona reputazione possono essere vulnerabili, così pure quelli che sono particolarmente abili nell'acquisire nuova clientela, specialmente sul canale digitale (titolo 6, § 307).

sinergie poiché tale autorità non ha esperienza di supervisione diretta e dovrebbe pertanto svilupparla *ad hoc*. Se la ragione per escludere l'opzione ABE è la mancanza di esperienza di supervisione, è lecito domandarsi perché l'analisi di impatto non abbia esaminato l'opportunità di conferire la supervisione AML sugli enti creditizi significativi alla BCE.

Il tema della pregressa esperienza non appare essere menzionato sempre in modo coerente nell'ambito delle proposte legislative. Infatti, non vi è traccia di una simile considerazione sulla mancanza di esperienza di supervisione diretta nell'analisi di impatto redatta pochi mesi prima – settembre 2020 – a supporto della proposta di regolamento sui mercati in cripto-attività (cd. MiCAR) che, invece, prevede il conferimento all'ABE della vigilanza diretta sugli emittenti significativi di *stablecoins*. Anche in questo ambito l'ABE non aveva esperienza.

Dopo aver attraversato virtualmente l'Oceano Atlantico, consentimi di concludere parlando del viaggio che il nostro legislatore ha fatto fare all'approccio di supervisione nell'Unione. Come avevo detto in apertura, fino alla CRD IV si poteva parlare di una intersezione occasionale tra vigilanza bancaria e AML; per effetto del combinato disposto delle riforme legislative siamo giunti, o meglio giungeremo con AMLA, a quelli che potremo definire due insiemi complementari. Da qui a 5 anni, ritengo, vi sarà l'opportunità per un'analisi retrospettiva per accertare se il nuovo assetto basato sul coordinato svolgimento della vigilanza bancaria e AML, sarà riuscito ad assicurare in modo efficace ed efficiente la sana e prudente gestione degli enti creditizi. Da economista, non posso, non porre enfasi sul fatto che l'obiettivo dell'efficienza dovrebbe essere validamente perseguito al pari di quello dell'efficacia altrimenti ne deriverebbero negative conseguenze circa la competitività del sistema bancario della UE.

La revoca dell'autorizzazione bancaria per gravi violazioni della disciplina antiriciclaggio

di *Luigi Mongiello*

SOMMARIO: 1 La vigilanza bancaria e la disciplina di AML/CFT. – 2. I principi espressi dalla giurisprudenza europea. – 3. Conclusioni.

1. La vigilanza bancaria e la disciplina di AML/CFT

La revoca dell'autorizzazione bancaria per il venir meno dei presupposti che ne giustificano il rilascio è uno dei punti di contatto tra la vigilanza bancaria e la disciplina antiriciclaggio e di contrasto al finanziamento delle organizzazioni terroristiche (AML/CFT)¹. Il tema, oggetto

¹ Invero, sebbene la vigilanza prudenziale e la prevenzione del riciclaggio di denaro siano parte di meccanismi diversi, da un punto di vista macroeconomico esse risultano profondamente collegate. In argomento, C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, Milano, 2023, 295-296, ha evidenziato che «non si può non rilevare una stretta affinità tra vigilanza prudenziale e controllo pubblico sui presidi antiriciclaggio. Il rischio riciclaggio, infatti, non è rilevante solo ai fini del generale perseguimento della *legalità*, ma piuttosto concorre anche (seppur indirettamente) al fine ultimo della vigilanza prudenziale, ovvero alla *stabilità*. Se, infatti, è pacifico che uno degli obiettivi della vigilanza prudenziale è la *stabilità microeconomica* degli enti vigilati, certo non può sfuggire la stretta connessione (*rectius*, il nesso di causalità) tra danno reputazionale derivante dal coinvolgimento in episodi di riciclaggio di denaro e la stabilità (anche finanziaria) dell'ente colpevole (più o meno inconsapevolmente) e, quindi, in definitiva del sistema finanziario nella sua interezza, ovvero la *stabilità macroeconomica*, specialmente se il rischio di coinvolgimento in episodi di riciclaggio viene percepito come sistemico piuttosto che isolato. Da questo punto di vista, quindi, la vigilanza prudenziale non può non tener conto del rischio riciclaggio negli enti bancari e creditizi.».

È proprio a causa del collegamento tra vigilanza prudenziale e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo (AML/CFT) che in molti paesi dell'Unione (tra cui l'Italia) le autorità che partecipano all'esercizio della prima funzione sono le stesse che supervisionano il rispetto della disciplina di AML/CFT; per un'analisi approfondita di queste interazioni, v. N. DI GABRIELE, *Il rischio di riciclaggio*

di note ed interessanti sentenze della giurisprudenza europea, presenta vari profili, ma il mio intervento verte esclusivamente sulla questione della competenza e sul significato che in questo ambito assume il principio di proporzionalità.

Prima dell'istituzione dell'AMLA la prevenzione del riciclaggio del denaro e del finanziamento delle organizzazioni terroristiche era demandata in gran parte alle autorità nazionali competenti, chiamate a supervisionare e vigilare sull'osservanza degli obblighi antiriciclaggio e ad adottare le sanzioni nel caso di violazioni². Che la vigilanza antiriciclaggio fosse appannaggio quasi esclusivo dei singoli Stati risultava dalla direttiva 36 del 2013, che lasciava in capo alle autorità nazionali i compiti non attribuiti alla BCE, in particolare quelli di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio del denaro e finanziamento del terrorismo. La direttiva contemplava la possibilità che le autorità competenti revocassero l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria qualora fossero accertate delle gravi violazioni della disciplina antiriciclaggio, ma non individuava specificamente tali autorità: si poteva pensare, allora, che si trattasse delle stesse autorità nazionali antiriciclaggio³.

Una simile interpretazione è stata messa in discussione con l'entrata in vigore del regolamento istitutivo del meccanismo unico di vigilanza bancaria. Invero, il Regolamento non prevede espressamente la figura della revoca dell'autorizzazione per violazione delle norme di prevenzione del riciclaggio di denaro, ma conferisce in generale alla BCE la competenza esclusiva a rilasciare e revocare l'autorizzazione bancaria⁴.

e di finanziamento del terrorismo nella prospettiva della supervisione prudenziale, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale europea*, a cura di A. BARONE - G. DRAGO, Roma, 2022, 115-120.

Sul tema della revoca dell'autorizzazione bancaria per violazioni della disciplina di AML/CFT, cfr. D. ANDRACCHIO, «*Pluteunomia. La vigilanza bancaria europea alla prova della supervisione antiriciclaggio*, in *federalismi.it*, 2024, 24, 1 ss.

² V. M. MACCHIA, *Vigilanza bancaria e paradigmi di integrazione amministrativa europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2, 2024, 359 ss.

³ Ed infatti, all'art. 67 la direttiva sanciva espressamente la revocabilità dell'autorizzazione bancaria a seguito di violazioni accertate della disciplina di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; tuttavia, tale potestà, ai sensi dell'art. 18 risultava attribuita a non meglio identificate "autorità competenti".

⁴ In dottrina è stato evidenziato che quest'ultima competenza costituirebbe un potere di autotutela amministrativa. Cfr. M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018, 116. La revoca, invero, «in quanto atto di ritiro, è un provvedimento a contenuto negativo finalizzato alla eliminazione di una situazione

Secondo l'interpretazione della giurisprudenza europea⁵, tale competenza, proprio in quanto generale, non può ritenersi limitata ad alcune ragioni che impongono la revoca: comprenderebbe quindi anche il caso in cui la stessa sia disposta per la violazione degli obblighi di antiriciclaggio e di prevenzione del finanziamento delle organizzazioni terroristiche. Infatti, per usare le parole del Tribunale UE, chiamato a pronunciarsi in merito alla nota vicenda di *Versobank*, tale violazione è «palesemente rilevante nel contesto della vigilanza prudenziale, in quanto, come sottolineano i considerando 1 e 2 della direttiva 2005/60, l'utilizzo del sistema finanziario ai fini di riciclaggio del denaro può minacciare la stabilità, l'integrità e la reputazione di detto sistema del mercato unico»⁶. Per affermare la competenza della BCE non serve quindi una norma che esplicitamente preveda la revoca dell'autorizzazione per violazioni accertate della disciplina antiriciclaggio: l'intervento della BCE in tale ipotesi si giustifica in quanto vi è rischio per la stabilità del

soggettiva preesistente, attraverso un riesame dell'atto e del contesto giuridico e fattuale in cui quest'ultimo è inserito, emanato nell'esercizio del medesimo potere che ha portato all'adozione dell'atto ritirato. La revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia, in particolare, è un provvedimento estintivo «ordinato ad un interesse pubblico specifico alla non ulteriore permanenza» del provvedimento, in cui la BCE nell'esercizio della funzione di vigilanza del mercato bancario effettua un giudizio discrezionale sulla permanenza dei presupposti di fatto e di diritto che giustificano il mantenimento del titolo autorizzatorio». Tale potestà, tuttavia, risulta condizionata al «previo esperimento dei rimedi interni di competenza dei regolatori locali», di modo da garantire la «partecipazione attiva delle autorità domestiche competenti».

Sul contributo della Banca d'Italia alla procedura di revoca dell'autorizzazione bancaria, v. P. MONTEGIOVE - L. PANCI - G.D. BARILLÀ, *Le c.d. "common procedures": acquisto di partecipazioni nel capitale delle banche, autorizzazione all'attività bancaria, revoca della stessa*, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale europea*, a cura di A. BARONE - G. DRAGO, cit., 221-223.

Più in generale, per i compiti ed i poteri della BCE nell'ambito della vigilanza prudenziale, v. A. BARONE - G. DRAGO - C. NICOLOSI, *L'irrompere della vigilanza prudenziale europea*, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale europea*, a cura di A. BARONE - G. DRAGO, cit., 31-34.

⁵ Avverso le misure prudenziali della BCE è infatti garantita la tutela giurisdizionale presso gli organi di giustizia dell'Unione europea. In argomento, M. TRIMARCHI - G. PARISI, *La tutela giurisdizionale avverso gli atti di vigilanza in ambito Mvu*, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale europea*, a cura di A. BARONE - G. DRAGO, cit., 311-324; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020, 273 ss.

⁶ Trib. UE, 6 ottobre 2021, T-351/18 e T-584/18, *Versobank, Ukrselhosprom PCF LLC c. BCE*, punto 185.

sistema finanziario nel suo intero⁷. Del resto, la grande crisi iniziata nel 2007, una delle principali ragioni per cui è stato istituito il meccanismo unico di vigilanza, ha dimostrato la facilità con cui eventuali criticità di un ente possono comunicarsi a tutto il mercato⁸.

Sembra importante osservare che il riconoscimento in capo alla BCE della competenza a revocare l'autorizzazione in caso di violazione della disciplina antiriciclaggio non implica che la BCE sia titolare di ulteriori competenze in materia di antiriciclaggio e di contrasto al finanziamento del terrorismo⁹. Le autorità nazionali e la nuova istituita AMLA

⁷ Ma vi è di più, poiché come si è visto, l'art. 67 della direttiva 36 del 2013 prevede espressamente la revoca dell'autorizzazione bancaria per gravi violazioni della disciplina antiriciclaggio e di contrasto al finanziamento del terrorismo. Invero, come sottolineato dai giudici del Tribunale UE, «Il fatto che il testo dell'articolo 18 della direttiva 2013/36 menzioni ancora la competenza delle autorità nazionali di vigilanza a revocare l'autorizzazione non è idoneo a rimettere in discussione la volontà del legislatore dell'Unione, quale risulta dalle disposizioni del regolamento MVU di base attualmente in vigore. Infatti, se pure gli Stati membri rimangono competenti per l'attuazione delle disposizioni in materia di AML/CFT, come espressamente previsto dal considerando 28 del regolamento MVU di base, la BCE è competente in via esclusiva alla revoca dell'autorizzazione, per tutti gli enti creditizi, indipendentemente dalla loro rilevanza, anche quando essa si basi, come nella specie, sui motivi di cui all'articolo 67, paragrafo 1, lettere d), e) e o), della direttiva 2013/36, al quale rinvia l'articolo 18 di tale direttiva, in quanto l'articolo 14, paragrafo 5, di detto regolamento stabilisce quale condizione per la revoca dell'autorizzazione l'esistenza di uno o più motivi che giustifichino la revoca ai sensi dell'articolo 18 della menzionata direttiva. Pertanto, le ricorrenti non possono fondamentalmente rimettere in discussione per tale motivo la competenza della BCE ad adottare la decisione del 17 luglio 2018.».

⁸ R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2, 2024, 329: «È stato dimostrato, infatti, che i fattori di rischio presenti nel mercato del credito sono capaci di produrre esternalità negative fra le varie componenti del sistema economico (c.d. effetto contagio) e che tali rischi sarebbero stati acuiti dalla debolezza delle Istituzioni, dalla frammentazione nell'esercizio dei poteri pubblici di controllo del mercato, nonché e soprattutto, dalla incompiutezza stessa dell'Unione economica e monetaria europea.». Cfr. M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 3-8; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea*, cit., 33 ss.; A. BARONE - G. DRAGO - C. NICOLOSI, *L'irrompere della vigilanza prudenziale europea*, cit., 21-23.

⁹ E questo non soltanto perché le fonti derivate dell'Unione attribuiscono tali funzioni alle autorità nazionali competenti, ovvero alla nuova istituita AMLA, ma anche (e soprattutto) perché la base giuridica scelta per l'adozione del meccanismo unico di vigilanza è il paragrafo 6 dell'art. 127 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, il quale «previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea» riconosce al Consiglio la facoltà di «affidare alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza pru-

continuano infatti a supervisionare sul rispetto delle disposizioni, e nel caso in cui accertino violazioni, possono adottare misure sanzionatorie. Oltre a questo, però, possono sollecitare la BCE a revocare l'autorizzazione bancaria, qualora ne ravvisino l'opportunità. In tal caso alla banca centrale spetta l'ultima parola circa il bilanciamento degli interessi in gioco e la proporzionalità della misura rispetto alle violazioni accertate (sul punto, le sentenze sui casi *Versobank*, *Anglo-Austrian Bank* e *Pilatus Bank* risultano ricche di indicazioni), fermo restando la facoltà di avviare d'ufficio il procedimento soprattutto per gli enti significativi, sottoposti alla sua vigilanza diretta.

2. I principi espressi dalla giurisprudenza europea

La revoca dell'autorizzazione, visto il suo carattere intrusivo, è sottoposta al principio di proporzionalità, quindi deve superare il vaglio dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto, in quanto gli obiettivi perseguiti non devono poter essere soddisfatti adeguatamente da altre soluzioni meno invasive¹⁰.

Alla luce della giurisprudenza si è rivelato di particolare interesse il profilo dell'idoneità a ripristinare la legalità violata. In proposito, il Tribunale dell'Unione europea ha ritenuto che la revoca può essere disposta anche se le violazioni accertate sono risalenti nel tempo e non più

denziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione.», senza nulla statuire in merito a competenze di AML/CFT.

Sul punto, C. NICOLOSI, *op. cit.*, 299, è dell'avviso che nonostante la «stretta connessione funzionale tra le due funzioni di vigilanza prudenziale e controllo sui presidi antiriciclaggio», sarebbe inopportuno includere il contrasto al riciclaggio all'interno della «definizione giuridica di vigilanza prudenziale». Un discorso analogo è probabilmente valido per la prevenzione del finanziamento del terrorismo.

Sulla base giuridica del meccanismo unico di vigilanza A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea*, cit., 56 ss.; A. BARONE - G. DRAGO - C. NICOLOSI, *L'irrompere della vigilanza prudenziale europea*, cit., 25-26.

¹⁰ Sul principio di proporzionalità nell'attività amministrativa, *ex multis*, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

Per un approfondimento sul principio di proporzionalità in ambito europeo, v. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione europea)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 6, 2019, 907-931.

attuali, qualora siano ritenute gravi, ripetute e rivelatrici della volontà di non allinearsi alla disciplina antiriciclaggio. Ciò vale altresì qualora sia intervenuta la prescrizione delle violazioni accertate.

Una simile impostazione si spiega alla luce della funzione della revoca: essa è una misura prudenziale, non sanzionatoria¹¹, sicché il decorso del tempo non fa scolorire le inadempienze passate, le quali comunque minano la fiducia del sistema nei confronti dell'ente coinvolto¹². Inoltre, come afferma la BCE, se si ammettesse la prescrittibilità delle violazioni, si finirebbe per legare l'adozione di una misura prudenziale ai tempi del procedimento amministrativo, rendendo necessarie nuove ed attuali trasgressioni al fine di revocare l'autorizzazione ad un ente le cui gravi responsabilità siano già state accertate¹³.

¹¹ Invero, sebbene l'intrusività della revoca possa per certi versi farla sembrare una misura sanzionatoria, al punto che nella stessa giurisprudenza europea si utilizza, forse impropriamente, il termine “sanzionare” (v. Trib. UE, 6 ottobre 2021, T-351/18 e T-584/18, *Versobank, Ukrselhosprom PCF LLC c. BCE*, punto 316), tale natura risulta esclusa dalla medesima sentenza (e dalle altre in argomento): al punto 323, infatti, i giudici europei affermano che «Per quel che riguarda, poi, le sanzioni o ammende, si deve constatare, al pari della BCE, che le sanzioni pecuniarie amministrative non rientrano tra le misure prudenziali che la BCE avrebbe potuto valutare come alternative alla revoca dell'autorizzazione.», con ciò distinguendo nettamente tra misure prudenziali e misure sanzionatorie.

¹² Trib. UE, 22 giugno 2022, T-797/19, *Anglo Austrian AAB AG Belegging-Maatschappij “Far-East” BV c. BCE*, punti 134-136.

¹³ Trib. UE, 22 giugno 2022, T-797/19, *Anglo Austrian AAB AG Belegging-Maatschappij “Far-East” BV c. BCE*, punti 69-71: «Inoltre, un ente creditizio non può far valere l'eventuale prescrizione delle gravi violazioni di cui è stato dichiarato responsabile in una decisione amministrativa per dimostrare di non essere stato dichiarato responsabile di simili violazioni ai fini della revoca della sua autorizzazione. Infatti, a partire dal momento in cui una decisione che accerta una violazione diventa definitiva, la questione della prescrizione dei fatti all'origine di detta decisione non si pone più. Pertanto, nulla impedisce alla BCE di prendere in considerazione tale decisione definitiva ai fini della revoca dell'autorizzazione. Del resto, l'interpretazione sostenuta dalla AAB Bank, secondo cui una decisione definitiva che accerta una violazione non potrebbe essere presa in considerazione in caso di prescrizione dei fatti costitutivi di tale violazione, porterebbe a far dipendere la possibilità di revocare un'autorizzazione in caso di gravi violazioni dalla durata del procedimento amministrativo conclusosi con l'accertamento di tali violazioni o dalla durata del procedimento amministrativo conclusosi con la decisione di revoca dell'autorizzazione e, pertanto, nel rimettere in discussione l'effetto utile dell'articolo 14, paragrafo 5, del regolamento n. 1024/2013.»; punti 134-136: «l'argomento della AAB Bank non può essere accolto. Infatti, l'interpretazione secondo cui violazioni passate o che sono state attenuate non potrebbero giustificare una revoca dell'autorizzazione non risulta

Tali considerazioni si rinvengono specialmente nella motivazione della revoca dell'autorizzazione di *Versobank* adottata dalla BCE e ritenuta legittima dal Tribunale UE, che fa riferimento agli obiettivi della dissuasione e prevenzione generale rispetto alla reiterazione delle violazioni nei mercati finanziari¹⁴. Ai fini della prevenzione generale, le condotte accertate, se gravi e reiterate, devono essere represse con la revoca dell'autorizzazione: non rileva la loro attualità, poiché, a prescindere dal decorso del tempo, esse pregiudicano definitivamente la fiducia che il sistema deve nutrire nei confronti dell'ente creditizio. La natura prudenziale della revoca emerge anche dal fatto che le violazioni non devono essere accertate necessariamente in sede giurisdizionale, essendo sufficiente l'accertamento procedimentale dell'autorità competente¹⁵. La natura prudenziale, inoltre, è a fondamento dell'ori-

né dal testo dell'articolo 67, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2013/36 né dall'articolo 70, paragrafo 4, del BWG. Inoltre, una siffatta interpretazione rimetterebbe in discussione l'obiettivo della salvaguardia del sistema bancario europeo, in quanto consentirebbe agli enti creditizi che non si siano dotati dei dispositivi di governance richiesti dalle autorità competenti di proseguire le loro attività finché le autorità competenti non dimostrino nuovamente di aver commesso nuove violazioni».

¹⁴ Trib. UE, 6 ottobre 2021, T-351/18 e T-584/18, *Versobank, Ukrselhosprom PCF LLC c. BCE*, punto 328: «l'adozione da parte della BCE del provvedimento di revoca dell'autorizzazione nel caso di specie persegua anche un obiettivo di dissuasione, di «prevenzione generale» della reiterazione sul mercato dei servizi finanziari di comportamenti quali le violazioni della normativa in materia di AML/CFT.».

¹⁵ Trib. UE, 22 giugno 2022, T-797/19, *Anglo Austrian AAB AG, Belegging-Maatschappij "Far-East" BV c. BCE*, punti 44-48: «per quanto riguarda la natura della decisione che accerta la violazione, nell'ipotesi in cui l'accertamento e la sanzione della violazione delle disposizioni di cui trattasi rientri nella competenza di un'autorità amministrativa, ritenere, come sostiene la AAB Bank, che la commissione di gravi violazioni contro tali disposizioni possa essere accertata solo mediante decisioni giurisdizionali aventi autorità di cosa giudicata equivarrebbe a far dipendere l'applicazione dell'articolo 31, paragrafo 3, secondo comma, del FM-GwG e dell'articolo 34, paragrafi 2 e 3, del FM-GwG dalla scelta dell'ente interessato di proporre o meno un ricorso contro le decisioni di tale autorità. In secondo luogo, dalla giurisprudenza relativa agli atti delle istituzioni dell'Unione europea risulta che una decisione che non è stata impugnata dal destinatario entro i termini diventa definitiva nei suoi confronti (v., in tal senso, sentenze del 12 ottobre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse*/Commissione, T-474/04, EU:T:2007:306, punto 37, e dell'8 maggio 2019, Lucchini/Commissione, T-185/18, non pubblicata, EU:T:2019:298, punto 38). Dalla giurisprudenza relativa agli atti delle istituzioni dell'Unione risulta anche che la colpevolezza di una persona accusata di una violazione può essere considerata definitivamente accertata quando la decisione che constata tale violazione è divenuta definitiva (v., in tal senso, sentenza del 12 ottobre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle*

tamento della giurisprudenza europea secondo cui la proporzionalità della revoca non deve essere valutata tenendo in considerazione la cominazione di sanzioni ulteriori da parte delle autorità preposte al contrasto del riciclaggio, dal momento che lo scopo perseguito con la prima non è quello sanzionatorio in senso stretto¹⁶.

Tuttavia, il profilo da cui emerge più nettamente la natura prudenziale della revoca dell'autorizzazione bancaria è forse quello della possibilità di procedervi anche qualora ad essere coinvolto non sia direttamente l'ente, ma un suo azionista di maggioranza. Questo emerge paradigmaticamente nella revoca dell'autorizzazione di *Pilatus Bank*, avvenuta a seguito del comunicato stampa delle autorità americane circa il rinvio a giudizio per reati finanziari dell'azionista di maggioranza e di fatto controllore dell'ente creditizio¹⁷. Poiché lo scopo perseguito con la revoca dell'autorizzazione è quello di prevenire i rischi per il mercato, la BCE ha ritenuto che fatti relativi ad una persona fisica, qualora ella sia strettamente riconducibile all'ente supervisionato, pregiudicano l'immagine di quest'ultimo nei confronti del sistema, dal momento che i requisiti di onorabilità degli azionisti di maggioranza sono espressamente volti a garantire indirettamente la fiducia nei confronti della banca per il tramite della reputazione delle persone che la controllano¹⁸.

Prozesse/Commissione, T-474/04, EU:T:2007:306, punto 76). [...] Un ente creditizio può quindi essere dichiarato responsabile di gravi violazioni ai sensi dell'articolo 34, paragrafi 2 e 3, del FM-GwG, letto alla luce dell'articolo 67, paragrafo 1, lettera o), della direttiva 2013/36, sul fondamento di decisioni amministrative.».

¹⁶ Trib. UE, 6 ottobre 2021, T-351/18 e T-584/18, Versobank, Ukrselhosprom PCF LLC c. BCE, punti 318-321.

¹⁷ Trib. UE, 2 febbraio 2022, T-27/19, Pilatus Bank plc, Pilatus Holding Ltd., c. BCE.

¹⁸ Trib. UE, 2 febbraio 2022, T-27/19, Pilatus Bank plc, Pilatus Holding Ltd., c. BCE, punti 72-80: «Ne consegue che un'autorizzazione all'accesso alle attività di un ente creditizio può essere revocata dalle autorità competenti se, tenendo conto della necessità di garantire una gestione sana e prudente di tale ente e di garantire la tutela e la solidità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro, dette autorità non sono soddisfatte dell'idoneità degli azionisti o dei soci che possono esercitare un'influenza su tale ente, in particolare a causa della loro mancanza di onorabilità. [...] È importante ricordare inoltre che la valutazione dell'onorabilità degli azionisti degli enti creditizi mira a garantire una gestione sana e prudente di tali enti, ad assicurare che la proprietà di un ente creditizio rimanga sempre idonea e solida sotto il profilo finanziario e, in tal modo, a garantire la tutela e la solidità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro (considerando 16, 17 e 22 del regolamento 1024/2013). Orbene, la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla normativa in cui rientra l'articolo 23, paragrafo 1, della direttiva 2013/36 dipen-

Per queste medesime ragioni, i giudici europei hanno respinto la censura dei ricorrenti relativa al mancato rispetto della presunzione di innocenza del soggetto indagato¹⁹. La BCE, non essendo deputata a sanzionare persone fisiche, ma ad assicurare la stabilità del sistema bancario, non è chiamata ad accertare i fatti al fine di attribuire una responsabilità personale²⁰. La vigilanza prudenziale, come espressamente sostenuto dalla banca centrale, necessita di una prospettiva lungimirante²¹, consapevole della dipendenza dei mercati finanziari dalla fiducia del pubblico nei confronti degli operatori qualificati. In questa ottica l'atto di imputazione del soggetto che detiene il controllo indiretto dell'ente è idoneo a far sorgere dubbi circa la prudente e sana gestione dello stesso, sebbene la sua responsabilità non sia stata concretamente accertata.

I giudici europei hanno così avallato l'impostazione della BCE, confermando la natura prudenziale della revoca, sebbene forse nel caso di specie fosse discutibile il rispetto del principio di proporzionalità, con particolare riferimento alla necessità di ricorrere alla misura prudenziale più estrema per reagire a condotte presunte, prive di riscontro giurisdizionale o procedimentale.

de strettamente dalla fiducia del pubblico e degli operatori del mercato bancario nei confronti degli enti creditizi. La perdita di una siffatta fiducia può comportare infatti una perdita di finanziamento per tali istituti e generare così un rischio non solo per l'ente in questione, ma per il sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro.».

¹⁹ Trib. UE, 2 febbraio 2022, T-27/19, *Pilatus Bank plc, Pilatus Holding Ltd.*, c. BCE, punti 194-208.

²⁰ Trib. UE, 2 febbraio 2022, T-27/19, *Pilatus Bank plc, Pilatus Holding Ltd.*, c. BCE, punti 204-205: «A tal riguardo, occorre sottolineare che la vigilanza prudenziale, che mira ad assicurare la sana gestione degli enti creditizi e la tutela della solidità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro, persegue obiettivi diversi dagli obiettivi delle azioni penali, le quali mirano a sanzionare comportamenti puniti dalla legge. Pertanto, l'elemento più importante da prendere in considerazione non è la fondatezza delle accuse contenute nell'atto di imputazione di cui trattasi, in merito alla quale la BCE non ha preso posizione, bensì le conseguenze di detti procedimenti sulla reputazione della prima ricorrente e del suo azionista unico nonché sulla solidità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro.».

²¹ Trib. UE, 2 febbraio 2022, T-27/19, *Pilatus Bank plc, Pilatus Holding Ltd.*, c. BCE, punto 90.

3. Conclusioni

In conclusione, l’istituto della revoca dell’autorizzazione bancaria per violazione delle norme antiriciclaggio riflette taluni caratteri generali del meccanismo unico di vigilanza.

La disciplina della revoca per violazione delle norme antiriciclaggio, infatti, presenta tutte le caratteristiche dei procedimenti compositi e della coamministrazione che la dottrina riscontra come una costante della funzione di vigilanza in generale, la quale per un verso prevede la titolarità della funzione in capo a un organo di vertice (la BCE), ma al contempo la partecipazione di più attori, i quali possono fornire il loro apporto procedimentale secondo le rispettive competenze²².

²² In argomento, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 13-14. Riferendosi all’unione bancaria in generale, di cui il meccanismo unico di vigilanza rappresenta un pilastro, l’A. sostiene che essa rappresenta «una figura giuridica di composizione amministrativa dai caratteri originali: è una “cogestione”, ossia un sistema unico a trazione sovranazionale. [...] Nell’unione bancaria le autorità domestiche non partecipano ad una struttura organizzativa finalizzata alla realizzazione di interessi europei, bensì prendono parte ad un sistema comune che viene a sostituire integralmente l’apparato nazionale. [...] Se si guarda all’unione bancaria, in altre parole, non sembra più corretto affermare che vi sia una netta distinzione tra amministrazione europea e amministrazione domestica, dal momento che le stesse si vengono a fondere insieme, formando un unico apparato, in cui vige viceversa l’opposto principio della indistinzione.».

Del resto lo stesso procedimento di revoca dell’autorizzazione bancaria risulta improntato alla “cogestione” tra autorità nazionali e BCE: come si è visto *supra*, l’adozione della misura risulta subordinata al previo esaurimento dei rimedi previsti dai regolatori locali.

Una simile impostazione è probabilmente dovuta alla rapidità con cui è stata realizzata l’unione bancaria. Sul punto, cfr. A. MAGLIARI, *I primi dieci anni di un meccanismo «complesso»*, in *Il meccanismo unico di vigilanza. Un bilancio dopo i primi dieci anni*, a cura di Id., Napoli, 2024, 2-4: «Nel giro di pochissimo tempo, la BCE si è dotata di una struttura organizzativa complessa e articolata; pur in un contesto di forte instabilità, si è trovata a imparare il «mestiere» in fretta, grazie – specie nella primissima fase – agli apporti di esperienze e competenze delle autorità nazionali. Le autorità di vigilanza nazionali, da parte loro, hanno dovuto improvvisamente abdicare all’esercizio esclusivo della funzione, trasferendo parte essenziale dei propri compiti alla BCE, e instaurando con essa una fitta trama di relazioni sul piano organizzativo, operativo e procedimentale. [...] Non deve perciò stupire che, in questi dieci anni, la BCE sia divenuta «un gigante», ma con i piedi in parte legati, e in parte di argilla, che per camminare necessita dell’appoggio, del supporto costante e imprescindibile, delle autorità di vigilanza nazionali facenti parte del sistema amministrativo comune.».

In questo quadro l'autorità di vertice rimane titolare esclusivo del potere discrezionale di revocare l'autorizzazione bancaria ogniqualvolta sia accertata una situazione di fatto idonea a pregiudicare la fiducia del mercato nei confronti dell'ente responsabile, direttamente o indirettamente, tramite le persone fisiche che lo governano.

Per un'analisi approfondita della formula organizzativa del meccanismo unico di vigilanza e dei rispettivi ruoli svolti dall'autorità di vertice e dalle autorità decentrate, v. Id, *Vigilanza bancaria e integrazione europea*, cit., 109-170.

TERZA SESSIONE

**Stabilità sistemica, intelligenza artificiale e rischio
ambientale nell'attività della BCE**

Il procedimento di vigilanza bancaria e i sistemi di IA: tra garanzie procedurali ed efficienza della decisione

di *Maria Cristina Cavallaro*

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema: cenni sulla nozione di vigilanza bancaria. – 2. La vigilanza bancaria come funzione e le garanzie procedurali. – 3. L’uso degli strumenti di IA: chi fa cosa. – 4. Brevi considerazioni conclusive: vigilare sull’IA?

1. Inquadramento del tema: cenni sulla nozione di vigilanza bancaria

Per potere ragionare sull’uso di sistemi di Intelligenza Artificiale nell’esercizio della attività di vigilanza bancaria, si rende necessaria una riflessione su alcune questioni fondamentali.

Innanzitutto, attraverso una breve evoluzione storica della nozione in esame, occorre individuare i tratti salienti della funzione di vigilanza bancaria della Banca Centrale Europea e la sua riconduzione alla categoria della funzione amministrativa; in secondo luogo, c’è da considerare la applicabilità alla funzione così individuata di alcune tra le più tipiche garanzie procedurali, contenute nella l. n. 241 del 1990; occorre infine domandarsi se, nel caso in cui la BCE utilizzi sistemi di IA, ovvero laddove la procedura sia automatizzata, le richiamate garanzie procedurali siano altrettanto rispettate e soddisfatte.

In aggiunta a tali questioni, deve poi sottolinearsi una circostanza del tutto peculiare che riguarda l’uso dei sistemi di IA nell’ambito dell’attività di vigilanza, in generale, e della vigilanza bancaria della BCE e delle Autorità nazionali, in particolare, che sposta il *focus* della riflessione dal *soggetto* che vigila e che usa i modelli di IA, all’*oggetto* della vigilanza. In altre parole, nel caso che ci interessa, non sembra essere rilevante solo l’uso dei sistemi di IA da parte della BCE (nel senso che le riflessioni da fare sul punto non sarebbero granché diverse da quanto dottrina e giurisprudenza hanno già osservato sull’uso di

tali sistemi da parte dell'autorità pubblica); quanto piuttosto il modo in cui il soggetto che deve esercitare la funzione di vigilanza possa garantire la funzione medesima, laddove si tratti di vigilare su altri soggetti (nella specie, gli enti creditizi), che a loro volta utilizzano i sistemi di IA.

In sintesi: può la BCE assicurare la propria funzione di vigilanza nei confronti degli enti creditizi che fanno uso di sistemi di IA? E dunque, estremizzando i termini del discorso: è possibile vigilare sull'uso di sistemi di IA?

Come si diceva, a questo interrogativo di fondo si può provare a dare risposta dopo aver percorso, sia pure sinteticamente, le tappe del ragionamento prima richiamate.

L'attività bancaria ha vissuto una profonda trasformazione nel corso del tempo.

Secondo l'art. 47 Costituzione, «La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito».

L'ordinamento antecedente alla Carta costituzionale, e che ha resistito alla sua entrata in vigore, si fondava sulla legge bancaria del 1936, adottata in risposta alla grave crisi degli anni Trenta. Nel disegno della legge del '36, la struttura fortemente dirigistica del sistema bancario assegna alle autorità di vertice ampi poteri discrezionali, orientati a conformare il mercato e ad assicurare che fossero perseguiti finalità di politica economica (c.d. vigilanza strutturale)¹. A partire da questa concezione dell'attività bancaria, che nel rispetto del richiamato art. 47 Cost. diviene funzionale alla raccolta del risparmio e all'esercizio del credito, Massimo Severo Giannini sviluppa la nota teoria dell'ordinamento sezionale del credito: ordinamento fondato su una propria struttura organizzativa e altrettanta autonomia concettuale, caratterizzato dalla specializzazione funzionale degli enti creditizi e dalla suddivisione tra mercati locali e mercato nazionale².

Negli anni Novanta dello scorso secolo, l'adozione del T.U. del 1993 rappresenta l'esito di un processo di trasformazione, che si caratterizza essenzialmente per due fattori significativi.

¹ M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, 2019, 32.

² M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi d'interesse pubblico* (1949), ora in *Scritti*, III, Milano, 2003, 57 ss.

Da un lato, la limitazione del potere della Banca d'Italia nell'accesso al mercato dei singoli enti creditizi, per cui le relative valutazioni, prima rimesse a scelte di carattere discrezionale, vengono ancorate a parametri più tecnici e oggettivi. Dall'altro lato, in coerenza con le direttive europee in materia creditizia e nella prospettiva di aprire il settore bancario alla concorrenza, si afferma che l'attività bancaria ha «carattere di impresa», ugualmente riallacciandosi, in tal modo, al dettato costituzionale, ma, stavolta, alla libertà di iniziativa economica (art. 41, 1° comma Cost.): con la conseguenza che lo svolgimento dell'attività bancaria costituisce l'esercizio di un diritto costituzionalmente protetto.

Il modello prescelto è quello della banca universale, che non si limita a raccogliere risparmio ed erogare il credito, ma che opera nel mercato finanziario. In tale sistema, l'autorità di vigilanza non esercita più il potere di autorizzare l'accesso nel mercato bancario, ma conserva per lo più poteri di controllo tecnico. Il Testo unico segna la fine della vigilanza strutturale, che era volta a conformare il mercato del credito, mantenendo unicamente una forma di vigilanza micro-prudenziale, che ha l'obiettivo della sana e prudente gestione dell'ente creditizio: la banca è pensata come un'impresa, che opera all'interno di un mercato concorrenziale.

Questo sistema bancario, che ha caratterizzato la maggior parte dei paesi europei, si trova ad affrontare la crisi dei primi anni 2000, che ha posto in evidenza l'inadeguatezza del modello di vigilanza prescelto e ha segnato l'avvio di un processo di revisione del sistema, finalizzato alla creazione di un nuovo modello di vigilanza bancaria, centrato, in particolare, sul rafforzamento della vigilanza prudenziale, la cui disciplina è contenuta nel Regolamento UE, n. 1092/2010.

All'esito del processo di riforma, attraversato anche dall'ulteriore crisi del 2013-14, nella quale la crisi finanziaria si trasforma in *crisi sovrana*, mettendo a rischio la stabilità dell'unione monetaria³, viene adottato il Regolamento UE, n. 1024/2013 con il quale si istituisce il Meccanismo Unico di Vigilanza, divenuto poi operativo nel 2014.

Il MVU affida alla Banca Centrale Europea e alle autorità di vigilanza nazionali la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi, mentre in capo alle autorità di vigilanza nazionali rimangono la regolamentazione e il

³ A. BARONE - G. DRAGO - C. NICOLOSI, *L'erompere della vigilanza prudenziale europea*, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, Roma, a cura di A. BARONE - G. DRAGO, 2022, 21.

controllo sulle banche, in merito alle altre le materie, dalla trasparenza, all'antiriciclaggio, all'usura. Secondo la Corte di Giustizia, il quadro normativo delineato dal Regolamento europeo implica una *verticalizzazione* delle competenze, nel senso che alla BCE spetta anche la competenza in materia di vigilanza microprudenziale nei confronti di tutti gli enti creditizi, mentre le autorità nazionali esercitano funzioni di vigilanza, non in forza di un autonomo ambito di competenza, ma attraverso una “attuazione decentrata” di poteri e attività che rientrano nella competenza esclusiva della BCE⁴.

2. La vigilanza bancaria come funzione e le garanzie procedurali

Rispetto al quadro storico sinteticamente tracciato, la modifica più importante è sicuramente rappresentata dalla introduzione della vigilanza macroprudenziale, attraverso la quale controllare il rischio sistematico, ossia «un rischio di perturbazione del sistema finanziario che può avere gravi conseguenze negative per il mercato interno e l'economia reale»⁵. Gli obiettivi principali della vigilanza macroprudenziale possono essere sintetizzati nella esigenza di controllare e verificare le condizioni di salute delle banche, soprattutto per evitare che una eventuale crisi si estenda alle altre banche, senza che ciò si traduca a un ritorno alla vigilanza strutturale.

L’idea di fondo è quella di assicurare un equilibrio complessivo del mercato del credito, al fine di scongiurarne i rischi sistematici: la prospettiva, dunque, è quella di garantire la stabilità⁶.

In questo scenario, nonostante sia innegabile l’abbandono dell’antica logica dirigistica e il superamento della vigilanza strutturale, sembra tuttavia altrettanto evidente che la vigilanza macroprudenziale possa essere qualificata come funzione, della quale è possibile individuarne i tratti essenziali.

In primo luogo, il soggetto: è la Banca Centrale Europea, istituita con il Trattato di Maastricht del 1992, ma operativa alla fine degli anni Novanta dello scorso secolo con compiti di politica monetaria, il sog-

⁴ Corte Giust. UE, 8 maggio 2019, *Landeskreditbank*, in argomento M. DE BEL-LIS, *La costruzione giurisprudenziale dell'unione bancaria tra consolidamento e garanzie: un bilancio a dieci anni*, in *Il meccanismo unico di vigilanza: un bilancio dopo i primi dieci anni*, a cura di A. MAGLIARI, Napoli, 2024, 71.

⁵ Art. 2 reg. UE 1092/2010.

⁶ R. COSTI, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in *Banca, impr., soc.*, 2019, 183.

getto a cui il MVU affida l'ulteriore compito di esercitare e assicurare la vigilanza sugli enti creditizi degli Stati membri.

Inoltre, l'ordinamento europeo (già sommariamente richiamato) e la disciplina interna (a partire dal d.lgs. 180/2015) individuano i poteri che la BCE, in coordinamento con la Banca d'Italia, può esercitare nei confronti delle singole banche: poteri di vigilanza in senso stretto, cui si aggiungono poteri ispettivi, autorizzatori, regolamentari e sanzionatori.

Infine, l'interesse alla stabilità finanziaria può essere qualificato come l'interesse pubblico che l'autorità di vigilanza tende a perseguire. Si tratta di un interesse che, proprio in ragione della logica prudenziale che connota l'intera funzione di vigilanza, risponde a un approccio preventivo, coerente e conforme al principio della precauzione finanziaria⁷. In tal modo, il *rischio* diventa il criterio attraverso cui rileggere i compiti e i poteri della BCE⁸.

In considerazione di ciò, l'ulteriore elemento che deriva dalla qualificazione dell'attività di vigilanza in termini di funzione si manifesta nella necessità del sindacato giurisdizionale⁹. Anche se, va detto, il Consiglio di Stato ha affermato che l'attività di vigilanza in materia bancaria implica l'apprezzamento di concetti giuridici indeterminati, riconducibile alla categoria delle valutazioni tecniche complesse. In particolare, si tratta, secondo il giudice amministrativo, di un «particolare tipo di giudizi implicanti l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto – definiti nella loro consistenza storica o naturalistica – in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che non hanno il carattere di leggi scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili», che nel caso della vigilanza bancaria hanno carattere prevalentemente economico. Seguendo tale ragionamento, conclude il giudice, «in tali valutazioni complesse è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e quello della ponderazione dell'interesse pubblico e, più in generale, la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario, a ciò conseguendo, in base all'im-

⁷ R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria e stabilità finanziaria*, in A. MAGLIARI (a cura di), *op. cit.*, 9.

⁸ A. BARONE, *Vigilanza bancaria e gestione del rischio*, in A. MAGLIARI (a cura di), *op. cit.*, 191.

⁹ Cfr. ancora A. BARONE, *op. cit.*, 191.

postazione tradizionale, il riconoscimento di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione»¹⁰.

Sembra così generarsi una sorta di circolo vizioso, giacché, da un lato, l'ampio margine di discrezionalità che connota, oggi, la funzione di vigilanza prudenziale richiama l'attenzione sulla necessità di un sindacato giudiziario, che assicuri l'effettività e l'esaustività della tutela; dall'altro lato, proprio tale margine di apprezzamento discrezionale induce il giudice a ritenere che l'autorità di vigilanza si muova in uno spazio ad essa riservato.

Ad ogni modo, fermo restando il ruolo della banca come impresa, che si muove in un mercato regolato, non c'è dubbio che l'attività di vigilanza prudenziale della BCE debba assumere i tratti della funzione, finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico della stabilità economica e dei mercati finanziari. Si tratta di una «funzione elastica», come è stata definita, che racchiude una pluralità di compiti ed è in stretto rapporto con la complessità del sistema economico¹¹.

In ambito nazionale, l'interpretazione secondo cui l'attività di vigilanza debba essere intesa come funzione sembra confermata. Ad esempio, secondo l'art. 20 del d.lgs. 180/2015¹², la Banca d'Italia pronuncia la risoluzione della banca in crisi quando accerta «la sussistenza dell'interesse pubblico», per cui la risoluzione è «necessaria e proporzionata» per conseguire: a) la continuità delle funzioni essenziali della banca; b) la stabilità finanziaria; c) il contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche; d) la tutela dei depositanti protetti dai sistemi di garanzia; e la liquidazione coatta amministrativa non consentirebbe di realizzare questi obiettivi nella stessa misura¹³. Già prima del 2015, l'art. 4 comma 3 T.U.B. (d. lgs. 385 del 1993) prevedeva che: «La Banca d'Italia, fermi restando i diversi termini fissati da disposizioni di legge,

¹⁰ Cons. Stato, 19 luglio 2022, n. 6254.

¹¹ Parla della funzione di vigilanza bancaria in termini di «funzione elastica», R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria e stabilità finanziaria*, cit., ma più in generale v. ID., *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2023.

¹² L'art. 2 del medesimo d.lgs. prevede che «La Banca d'Italia svolge le funzioni ed esercita i poteri disciplinati dal presente decreto in qualità di autorità di risoluzione nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 2».

¹³ Per realizzare il risanamento di una banca, considerato appunto come interesse pubblico, una volta adottato un provvedimento di risoluzione, può intervenire anche il finanziamento pubblico, purché sia accompagnato da un assorbimento, sia pure parziale, delle perdite da parte degli azionisti e dei creditori: cfr. R. COSTI, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, cit.

stabilisce i termini per provvedere, individua il responsabile del procedimento, indica i motivi delle decisioni e pubblica i provvedimenti aventi carattere generale. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241».

Sembra poi ragionevole estendere le garanzie della legge n. 241/90 anche alla gran parte delle procedure svolte dalla BCE, le quali, assai spesso, implicano forme di co-amministrazione tra la stessa Banca centrale e le Autorità nazionali competenti (*id est*, la Banca d'Italia), la cui struttura è assai simile a quella del procedimento amministrativo: c'è infatti un'istanza, che genera l'avvio della procedura; c'è una fase istruttoria, nel corso della quale l'autorità nazionale competente accerta la sussistenza dei requisiti necessari, comunicando alla BCE le informazioni utili; c'è un tempo entro il quale occorre rilasciare il provvedimento richiesto; c'è la decisione finale¹⁴.

In questo scenario, è possibile scorgere procedimenti di natura autorizzatoria, e dunque ampliativi (tra cui ad esempio i procedimenti per il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, per il rilascio del c.d. passaporto unico); procedimenti che potrebbero definirsi di secondo grado, aventi cioè a oggetto una precedente decisione (ad esempio, la revoca dell'autorizzazione bancaria); procedimenti sanzionatori, così denominati anche in sede europea; procedimenti finalizzati ad accettare alcune circostanze (come, ad esempio, i procedimenti volti ad accettare i criteri per la classificazione dei soggetti vigilati come significativi).

Come si diceva, alla tipologia di procedimenti sommariamente richiamati, è possibile applicare le garanzie procedurali contenute nella legge 241 del 1990, sia pure avuto riguardo alle peculiarità dei poteri dell'autorità di vigilanza e del loro impatto sui delicati equilibri del sistema economico. Così, ad esempio, secondo la giurisprudenza amministrativa, nel caso di procedimenti ispettivi dell'autorità nazionale di vigilanza, la comunicazione di avvio del procedimento risulterebbe «incompatibile con la necessità di garantire l'efficacia delle misure adottate, di evitare la prosecuzione delle attività irregolari e, allo stesso tempo, la diffusione del panico tra i correntisti e i depositanti che si sarebbe potuto produrre nell'ipotesi di circolazione di notizie su una ge-

¹⁴ In argomento, si rinvia a quanto osservato in M.C. CAVALLARO, *Le funzioni di vigilanza della Bce e i principi generali della legge n. 241/1990*, in *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea*, a cura di A. BARONE - G. DRAGO, cit., 295.

nerica apertura di un procedimento per l'adozione di misure restrittive nei confronti dell'istituto»¹⁵.

Per altro verso, il principio partecipativo è particolarmente avvertito nei procedimenti qualificabili come procedimenti di secondo grado, ovvero in quelli sanzionatori: in tal caso, assume rilevanza in termini di garanzia del contraddittorio e dunque come principio del *giusto procedimento*, secondo cui la decisione dell'autorità pubblica deve essere preceduta da un giusto e adeguato procedimento amministrativo.

Anche la giurisprudenza europea sottolinea l'importanza delle garanzie procedurali: dall'obbligo di motivazione, al diritto a essere sentiti (che rimanda ancora una volta al principio del contraddittorio in sede procedimentale). Per fare un esempio, nel caso Crédit agricole, per la prima volta una sanzione disposta dalla BCE nel contesto del MVU è stata dichiarata illegittima, per violazione dell'obbligo di motivazione, in quanto la decisione non spiegava la metodologia utilizzata per la determinazione della sanzione¹⁶.

3. L'uso degli strumenti di IA: chi fa cosa

Nel quadro così tracciato, l'ulteriore questione da tenere in considerazione attiene all'uso dei sistemi di IA.

In generale, lo sviluppo dei complessi modelli di IA deve la sua crescita esponenziale a due fattori fondamentali: da un lato, il progressivo aumento della capacità di calcolo computazionale, che si accompagna, dall'altro lato, a una significativa espansione della quantità e della qualità dei dati oggi disponibili e accessibili. In altri termini, oggi le macchine sono in grado di attingere e acquisire una enorme quantità di dati, gran parte dei quali sono in possesso delle amministrazioni pubbliche, che poi sono in grado di incamerare e sviluppare, fornendo utili e significativi risultati, rilevanti in termini di efficienza.

Di fronte alla possibilità, ormai diffusa che l'autorità pubblica utilizzi sistemi di IA, occorre assicurare la connessa *garanzia di un giusto procedimento tecnologico*: nel caso della funzione di vigilanza bancaria, tale garanzia deve essere assicurata dalla BCE, ma anche dall'autorità nazionale. Ciò vuol dire che l'uso dei sistemi di IA da parte delle richiamate autorità di vigilanza deve essere presidiato dai principi ormai comunemente accolti: principio di non esclusività della decisione

¹⁵ T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 16 gennaio 2020, n. 513.

¹⁶ Trib. UE, 8 luglio 2020, n. 576.

algoritmica, principio di non discriminazione nella impostazione del modello e nella definizione degli *input*, principio di trasparenza, per dirne solo alcuni dei più rilevanti¹⁷.

Al netto delle questioni fondamentali legate all'uso dei sistemi di IA da parte di una amministrazione pubblica (o di un soggetto che esercita una funzione pubblica), occorre anche verificare quali sistemi di IA possono essere utilizzati dai soggetti che operano nel sistema bancario.

Per dirla in termini assai sintetici, si tratta di verificare *chi fa cosa*.

Con riguardo alla BCE, la stessa ha manifestato l'intenzione di utilizzare alcuni modelli linguistici di grandi dimensioni molto simili a Chat GPT per vari scopi, tra i quali ci sarebbe la preparazione di sintesi da utilizzare nel processo decisionale. La BCE utilizza inoltre l'intelligenza artificiale per tradurre documenti nelle lingue degli Stati membri. Ma non solo: il contributo dell'intelligenza artificiale potrebbe servire a rendere più comprensibili i report pubblici della BCE ed analizzare la documentazione che proviene dalle banche. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale serve ad analizzare e comprendere meglio la dinamica dei prezzi e la loro fluttuazione.

Nell'ambito della funzione di vigilanza, si rende necessaria l'analisi e lo studio di un'ampia gamma di documenti. Per riuscire a raccogliere tutte queste informazioni e gestirle al meglio, è stata creata un'apposita piattaforma dal nome Athena, che semplifica e accelera l'accesso alle informazioni¹⁸. La BCE ha anche iniziato a considerare l'applicazione dell'IA per migliorare l'efficienza e l'efficacia di alcuni processi decisionali. In altri termini, poiché l'IA permette di analizzare grandi quantità di dati in tempi ridotti, i sistemi di IA potrebbero consentire alla BCE di analizzare dati complessi con significativa precisione, permettendo anche di individuare eventuali anomalie o rischi.

Dagli esempi riportati, nel complesso, sembra che al momento l'uso di sistemi di IA da parte della BCE sia per lo più finalizzato ad assicurare un significativo supporto rispetto alle decisioni che dovranno essere poi assunte dall'organo di vigilanza. Ma si stima un impatto significativo dell'IA, sulla stabilità finanziaria (perché, ad esempio, l'adozione

¹⁷ Su tali questioni la bibliografia è ormai molto ampia: si rimanda, anche per i richiami ivi contenuti, a M.C. CAVALLARO - G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019, 16.

¹⁸ J.E. POPOWICZ, *Artificial Intelligence Initiative: European Central Bank*, in *centralbanking.com*.

diffusa dell'IA potrebbe incrementare «i comportamenti di gregge»), ovvero sulla politica monetaria (incidente, ad esempio, sull'inflazione, sia nella direzione di un contenimento dei costi, come nel caso della possibile sostituzione del lavoro umano, sia nel senso di un rialzo, come nel caso dei costi energetici)¹⁹.

Per altro verso, i modelli di IA sono utilizzati anche dalle autorità nazionali di vigilanza.

Ad esempio, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia nel Regolamento sul trattamento dei dati personali nella gestione degli esposti, «gli esposti, che in ingenti quantità vengono quotidianamente trasmessi alle diverse Filiali della Banca d'Italia dislocate sul territorio, sono solitamente costituiti da voluminosi documenti, di varia natura e genere», con la conseguenza che «l'uso di strumenti di IA e tecnologie correlate, nell'attività di analisi degli esposti consente di estrarre concetti e ricorrenze e di connettere informazioni contenute nei diversi documenti»²⁰.

Infine, i soggetti interessati all'uso di strumenti di IA sono i singoli enti creditizi, sottoposti, a loro volta alla vigilanza della BCE e delle Autorità nazionali.

¹⁹ Sul punto P. CIPOLLINE, *Intelligenza artificiale: la prospettiva della Banca centrale*, in ecb.europa.eu.

²⁰ Regolamento concernente il trattamento dei dati personali effettuato dalla Banca d'Italia nell'ambito della gestione degli esposti riguardanti la trasparenza delle condizioni contrattuali, la correttezza dei rapporti tra intermediari e clienti e i diritti e gli obblighi delle parti nella prestazione dei servizi di pagamento, del 22/3/2022, che al punto (ii), precisa: «l'uso di tecniche di IA è quindi esclusivamente preordinato ad effettuare un'analisi dell'andamento spazio-temporale relativo al diffondersi di fattispecie ricorrenti o potenzialmente anomale negli esposti. Tale attività non implica pertanto alcuna forma di profilazione o predizione di comportamenti né delle persone fisiche mittenti/esponenti o dei terzi citati negli esposti, né delle persone fisiche che a vario titolo possono essere coinvolte nella vicenda, anche in qualità di soggetti svolgenti funzione di amministrazione, direzione e controllo nell'organizzazione dell'intermediario segnalato ovvero operanti in rapporto di mandato, lavoro o collaborazione con l'intermediario stesso. Dai risultati dell'analisi non derivano conseguenze sanzionatorie o decisioni automatiche su persone fisiche». Tra l'altro, lo stesso Regolamento precisa che «l'attività di gestione degli esposti nel suo complesso risponde ad una finalità di interesse pubblico rilevante consistente nello svolgimento di compiti di controllo sugli intermediari vigilati, in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali, correttezza dei rapporti con la clientela e di diritti e obblighi delle parti nella prestazione di servizi di pagamento».

In questo caso, una prima ipotesi di utilizzo dell'IA riguarda la possibilità di personalizzare maggiormente la relazione con cliente, per cui sono spesso utilizzate sono le *chatbots* per consentire forme di interazioni con la clientela. Ovvero, i sistemi di IA possono generare l'elaborazione di programmi di fidelizzazione, anche attraverso servizi su misura per specifiche tipologie di clienti.

Ma c'è di più. L'IA viene progressivamente impiegata in tutte le fasi del processo del credito: ormai da tempo, le banche si affidano ai sistemi di IA per il *rating* dei clienti, e dunque per valutare la probabilità che gli stessi riescano a rimborsare un prestito entro i termini concordati. I sistemi di IA vengono utilizzati per il calcolo dello *score creditizio*, cioè per stimare la capacità di solvibilità del cliente, che è condizione necessaria per valutare la concessione del prestito o l'accesso ai prodotti finanziari. Esistono poi sistemi che consentono di elaborare il processo di determinazione del prezzo dei prodotti e dei servizi finanziari.

A fronte di un quadro così variegato e articolato di sistemi di IA, che indubbiamente consentono di rendere più efficienti le attività che ne sono interessate, non mancano, com'è noto, i profili critici. In termini generali, è stato osservato che uno degli aspetti più complessi, e al tempo stesso più preoccupanti, legati all'uso di sistemi di IA nell'attività bancaria, ma non solo, è l'*incertezza*: le soluzioni basate su modelli di IA possono produrre risultati «non utili o non corretti», ovvero, nella misura in cui si fondano sull'inferenza statistica, possono non disporre di una quantità o qualità di dati adeguati e sufficienti «per derivare conoscenza»²¹.

4. Brevi considerazioni conclusive: vigilare sull'IA?

Nel dicembre del 2021, la BCE ha esitato un Parere sul Regolamento dell'UE in tema di Intelligenza artificiale, meglio noto come *AI Act*, in relazione ai compiti della BCE relativi alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi²².

Com'è noto, il Regolamento in discorso ha una impostazione fortemente ancorata alla potenzialità di rischio dei sistemi di IA: per cui

²¹ F. FEDERICO, *Rapporto 2/2021 – L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di Banca d'Italia*, in *BioLaw journal*, 202, 4.

²² Parere BCE 29 dicembre 2021, relativo a una proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (CON/2021/40).

tanto più elevata è la capacità dei sistemi di IA di costituire un rischio per i diritti fondamentali (salute, sicurezza, difesa), tanto più difficile (se non vietata) è la sua immissione nel mercato.

La BCE riconosce la crescente importanza dell'innovazione che è possibile assicurare attraverso i sistemi di IA nel settore bancario e sostiene fermamente la necessità di garantire la piena attuazione del Regolamento, attraverso la collaborazione degli enti creditizi per quanto riguarda i rischi e i requisiti prudenziali. Tuttavia, in merito ai sistemi di IA ad alto rischio forniti o utilizzati dagli enti creditizi, la stessa BCE ritiene che siano necessarie ulteriori indicazioni per chiarire le aspettative di vigilanza, per quanto riguarda gli obblighi della *governance* interna.

Al tempo stesso, si sottolinea la necessità di un chiarimento circa il ruolo della BCE con riguardo alle competenze di vigilanza prudenziale, in termini generali, e altresì con riguardo alla vigilanza del mercato, che dia coerenza ai contenuti della proposta di regolamento in relazione all'assolvimento dei compiti della BCE ai sensi del Trattato.

In effetti, relativamente alla vigilanza del mercato, la stessa BCE chiarisce che questa non ha come finalità la solidità degli enti creditizi, ma tende a garantire la tutela degli interessi dei singoli: e non c'è dubbio che, come osservato nel parere, tali interessi «potrebbero essere potenzialmente colpiti da sistemi di IA abusivi», sicché occorrerebbe accertare che tali sistemi «soddisfino i requisiti necessari per garantire un elevato livello di protezione di interessi pubblici quali la salute e la sicurezza delle persone». Ed è in tal senso che si invita il legislatore a chiarire che la proposta di Regolamento non intende assegnare alla BCE nuovi compiti, oltre a quelli previsti dell'MVU.

Analogamente, con specifico riguardo ai compiti di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, la BCE osserva che è necessario chiarire «fino a che punto diversi elementi della valutazione della conformità potrebbero non essere di natura prudenziale, nella misura in cui riguardano in larga parte la valutazione tecnica dei sistemi di IA per salvaguardare la salute e la sicurezza delle persone e garantire il rispetto dei diritti fondamentali riducendo al minimo il rischio di processi errati o distorti assistiti dall'IA». Per fare un esempio: «la maggior parte delle attività di *credit scoring* che utilizzano sistemi di IA sarebbe automaticamente soggetta ai requisiti minimi orizzontali imposti ai sistemi di IA ad alto rischio». Ma, precisa la BCE, «la valutazione della conformità dei sistemi di IA forniti dagli enti creditizi per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche o stabilire il loro merito di credito fa parte di un controllo interno *ex ante* effettuato dall'ente creditizio». In

altri termini, anche in tal caso, non spetta alla BCE il potere di vigilare sull'uso di sistemi di IA da parte degli enti creditizi, perché si tradurrebbe in un ulteriore compito, non previsto dal Trattato.

In conclusione, (anche se la BCE introduce tale considerazione tra le osservazioni generali di apertura del Parere) «data la crescente importanza dell'IA, si invita il legislatore dell'Unione a considerare in futuro la possibilità di istituire un'autorità indipendente per l'IA a livello dell'Unione, responsabile dell'applicazione armonizzata della proposta di regolamento in tutto il mercato unico per quanto riguarda questioni specifiche in materia di salute, sicurezza e diritti fondamentali». Proposta formulata anche dalla dottrina, che ha sottolineato la necessità di una *responsabilizzazione etica della società digitale*, che deve passare attraverso una regolazione necessaria finalizzata alla garanzia dei diritti fondamentali, sino a immaginare un garante che potrebbe essere una Autorità della Società Digitale²³.

C'è un interrogativo di fondo, che affiora dalle considerazioni svolte, ma soprattutto dal conspicuo dibattito intorno a questi temi, e che riguarda le conseguenze dell'Intelligenza Artificiale e la capacità dell'uomo di governarne gli sviluppi: nella consapevolezza che le opinioni sul punto sono profondamente diverse e le soluzioni da immaginare non sono semplici, né immediate. E, dunque, la domanda rischia di non avere una risposta.

Nel citato parere, la BCE manifesta la difficoltà di esercitare un controllo sui sistemi di intelligenza artificiale, nella prospettiva delineata dalla proposta di regolamento, in considerazione del fatto che per poter garantire «la qualità dei set di dati utilizzati», è necessario acquisire «la documentazione tecnica e la conservazione delle registrazioni, la trasparenza e la fornitura di informazioni agli utenti, la sorveglianza umana e la robustezza, l'accuratezza e la cibersicurezza» al fine di «attenuare efficacemente i rischi per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali».

Qualche tempo fa, la Corte di cassazione ha affermato che, poiché «in tema di trattamento di dati personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato», non può ritenersi validamente prestato il consenso al trattamento dei dati profilati da una piattaforma informatica, la quale elabora i dati raccolti con un sistema di calcolo

²³ A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *Anal. giur. dell'ec.*, 2019, 47.

basato su un algoritmo, «ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati»: il che significa che la conoscibilità dell'algoritmo è sostanzialmente preclusa²⁴.

Ma allora, nonostante le previsioni normative²⁵ e gli orientamenti della giurisprudenza²⁶ in merito ai principi di trasparenza e di non discriminazione nell'uso di sistemi di IA; nonostante le riflessioni della dottrina sulla necessaria *riserva di umanità* nella decisione algoritmica²⁷, viene da chiedersi quanto effettivamente tali principi possano trovare concreta applicazione. Quanto, ad esempio, in tema di mercato del credito, il decisore umano possa discostarsi dall'esito dell'algoritmo per il calcolo dello *score creditizio*, rinvenendo un possibile errore nella valutazione della capacità di solvibilità del cliente, ai fini della concessione del prestito: o quanto, invece, lo stesso decisore non preferisca adeguarsi a quel risultato, pur se ritenuto non del tutto ragionevole.

Il fenomeno è quello della “convenienza pratica” che induce il decisore umano a far propri gli esiti dell'algoritmo²⁸.

Tutto ciò probabilmente ci pone di fronte a nuova “religione del tecnicismo” alla quale aderiscono ancora oggi “grandi masse di popoli industrializzati”, per riprendere la nota espressione di Schmitt²⁹. Il tecnicismo di allora (ma, oggi, lo stesso si potrebbe dire dei sistemi di IA) costituisce un “centro di riferimento” dove il conflitto amico/nemico è sospeso: perché «i problemi puramente tecnici hanno qualcosa di sere-

²⁴ Cass. civ., 25 maggio 2021, n. 14381.

²⁵ Già il Reg. UE n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, il cui art. 22, comma 1, prescrive che «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»; oggi l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 36 del 2023), enuncia espressamente i principi di trasparenza, non discriminazione algoritmica e non esclusività della decisione.

²⁶ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, 4 febbraio 2020, n. 881.

²⁷ Il riferimento è al noto volume di G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova, 2023.

²⁸ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1.

²⁹ C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Le categorie del politico*, trad. it. P. Schiera, Bologna, 1972, 167.

namente concreto; essi conoscono soluzioni plausibili ed è comprensibile che si pensi di salvarsi dalla problematicità inestricabile di tutte le altre sfere (questioni teologiche, metafisiche, morali e anche economiche) ricorrendo al tecnicismo»³⁰.

³⁰ C. SCHMITT, *op. cit.*, 178.

Le procedure di coamministrazione di vigilanza bancaria: sfide attuali nella prospettiva dell'intelligenza artificiale

di *Vera Fanti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Procedimento di vigilanza diretta sui soggetti significativi. – 3. I procedimenti di coamministrazione. – 3.1. *Il procedimento di autorizzazione delle acquisizioni di partecipazioni qualificate.* – 3.2. *Un nuovo modello organizzativo basato sulla collaborazione.* – 4. Le implicazioni dell'intelligenza artificiale sulla stabilità dei mercati finanziari: nuove prospettive e possibili rischi.

1. Premessa

La crisi economico-finanziaria globale del 2008 ha evidenziato le vulnerabilità del sistema bancario europeo, svelando lacune significative nella supervisione e nella gestione del rischio¹. In risposta a tali sfide, l'Unione Europea ha intrapreso un processo di riforma volto a rafforzare l'integrazione e la stabilità del settore bancario, il che ha portato a un progressivo espandersi degli obiettivi perseguiti dalla Banca centrale europea (BCE)². Una tappa fondamentale di questo processo è consistita nell'istituzione del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU), sancito dal regolamento UE n. 1024/2013, la cui peculiarità regolativa deriva dall'avere centralizzato la funzione di vigilanza in capo a un

¹ La prima teorizzazione giuridica del diritto del rischio si deve ad A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006. Sul diritto del rischio, in relazione alla funzione di vigilanza bancaria, cfr. A. BARONE-G. DRAGO-C. NICOLOSI, *L'eromperere della vigilanza bancaria europea*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2021, 1, 665 ss.; R. D'AGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistematica*, Napoli, 2022, *passim*; A. BARONE, *Vigilanza bancaria e gestione del rischio*, in *Il meccanismo unico di vigilanza. Un bilancio dopo i primi dieci anni*, a cura di A. Magliari, Napoli, 2024, 191-202.

² Su tale profilo, cfr. C. NICOLOSI, *L'inverdimento della vigilanza della BCE*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2025, 2, 457 ss.

network (nel senso di soggetto unico che unisce varie esperienze e potenzialità) privo di personalità giuridica, composto insieme dalla Banca centrale europea e dalle autorità nazionali competenti (ANC) degli Stati membri partecipanti³. Tale regolamento ha attribuito alla BCE compiti specifici in materia di vigilanza prudenziale⁴, con l'obiettivo di garantire la sicurezza e la solidità del sistema bancario europeo, garantire una vigilanza coerente e uniforme, nonché accrescere l'integrazione e la stabilità finanziaria⁵. Questi obiettivi sono stati individuati per rispondere all'esigenza di prevenire il rischio di crisi sistemica e di garantire la stabilità finanziaria dell'Unione Economica e Monetaria⁶. Il meccanismo di vigilanza unico, quindi, ha rappresentato e continua a rappresentare un passaggio essenziale verso una maggiore integrazione finanziaria nell'UE, costituendo uno strumento innovativo e determinante per la stabilità e la resilienza dell'Unione economica e monetaria.

Per meglio definire i confini tra i poteri della BCE e delle autorità nazionali competenti, la Banca centrale europea il 16 aprile 2014 ha

³ Il sistema di vigilanza bancaria europeo inaugurato con il MUV ha trovato un fondamento normativo nell'art. 127, par. 6, del TFUE, il che ha permesso di ampliare le funzioni della BCE, senza intervenire direttamente con modifiche ai Trattati. Critico rispetto a tale soluzione G. NAPOLITANO, *La risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria. Verso l'Unione bancaria*, in *Banca e borsa*, 2012, 6, 747 ss. Sull'impatto di tale riforma, si veda A. MAGLIARI, *I primi dieci anni di un meccanismo «complesso»*, in *Il meccanismo unico di vigilanza. Un bilancio dopo i primi dieci anni*, cit., 1 ss.

⁴ In generale, sulla funzione di vigilanza prudenziale, cfr., per tutti, C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, Bologna, 2020. Con specifico riguardo ai profili amministrativistici, cfr. M.P. CHITI-V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea*, Napoli, 2020. Più di recente, si veda C. NICOLOSI, *La vigilanza prudenziale e i modelli di integrazione amministrativa europea: dall'agencification a un unicum sovranazionale*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 4, 1-18; A. BARONE-G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, Roma, 2022; R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea*, cit.

⁵ R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, 2, 324 ss.

⁶ Particolarmente significativa è l'attività di prevenzione e vigilanza rispetto al rischio di riciclaggio, in ragione della stretta connessione tra il danno reputazionale che deriva dal coinvolgimento in episodi di riciclaggio di denaro e la stabilità (anche finanziaria), in particolare dell'ente colpevole, ma in generale anche del sistema finanziario nella sua interezza. Sulla questione, C. NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione*, Milano, 2023, 295 ss.

emanato il *Framework Regulation* (Regolamento UE n. 468/2014), in attuazione dell'articolo 4, paragrafo 3, dell'articolo 6 e dell'articolo 33, paragrafo 2 del Regolamento (UE) n. 1024/2013. Esso stabilisce un quadro di cooperazione tra la BCE e le ANC, definendo le procedure operative per l'esercizio dei compiti di vigilanza prudenziale. Il Regolamento quadro non incide sui compiti di vigilanza non attribuiti alla BCE, che restano di competenza delle autorità nazionali, ma enfatizza il principio della cooperazione tra la BCE e le ANC, riconoscendo l'importanza decisiva di un approccio integrato e coordinato all'interno della vigilanza bancaria europea. Da un lato, le ANC sono responsabili dell'esecuzione pratica delle attività di vigilanza, dall'altro, la BCE fornisce orientamenti strategici e supervisione generale. Un particolare modello di cooperazione che mira a garantire un'efficace supervisione del sistema bancario europeo, rispettando sia le specificità nazionali, sia tutelando la complessiva stabilità finanziaria.

Nell'ambito del predetto procedimento amministrativo di supervisione bancaria rientrano, peraltro, tutte le procedure di vigilanza di competenza diretta ed esclusiva della BCE, ai sensi dell'art. 2, par. 1, n. 24 del regolamento UE n. 468/2014, c.d. regolamento quadro⁷.

Ebbene, tra le principali procedure di adozione di decisioni di vigilanza da parte della BCE, si segnalano i procedimenti di vigilanza diretta sui soggetti significativi e le procedure di coamministrazione, o c.d. procedimenti composti, ossia procedimento in cui rileva l'esercizio congiunto dei poteri di vigilanza da parte della BCE e delle ANC. Si tratta di procedimenti in cui congiuntamente sono protagonisti le amministrazioni nazionali e quelle comunitarie e che esprimono una situazione di contitolarità della funzione amministrativa tra i due livelli operativi⁸. Questa impostazione ha lo scopo precipuo di garantire la stabilità

⁷ Secondo R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, cit., 340, «i molteplici compiti e le funzioni attribuite alla BCE nell'ambito del MUV (si leggano in particolare gli artt. 4, 5 e 6 del Reg. UE n. 1024/2013), nonché la definizione stessa di procedimento (europeo) di vigilanza bancaria presente nell'art. 2, par. 1, n. 24) del Regolamento UE n. 468/2014 di attuazione del Regolamento sul MUV, lasciano intendere che la funzione di vigilanza bancaria sia una funzione unitaria sebbene complessa».

⁸ C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993, 218. Sull'argomento, cfr., anche G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, a cura di M.P. Chiti-G. Greco, II, Milano, 2007, 978.

finanziaria dell'area dell'euro, assicurando che le banche di rilevanza sistemica siano sottoposte a un controllo centralizzato e uniforme.

I procedimenti sopra indicati – ovvero i procedimenti di vigilanza diretta sui soggetti significativi e le procedure di coamministrazione – sono disciplinati rispettivamente, nella parte VI e V del regolamento quadro (regolamento UE n. 468/2014).

2. Procedimento di vigilanza diretta sui soggetti significativi

Preliminarmente, appare opportuno ricordare che per soggetto vigilato significativo, ai sensi dell'art. 39 del regolamento quadro, si intende il soggetto che risponde ad uno qualsiasi dei criteri di seguito indicati⁹. In primo luogo, il criterio delle dimensioni, ovvero la soglia dimensionale, che, ai sensi dell'art. 50 del medesimo regolamento, si verifica quando il valore totale delle attività supera i 30 miliardi di euro. Di poi, il criterio dell'importanza per l'economia dell'Unione o di qualsiasi Stato membro partecipante, disciplinato negli artt. da 56 a 58; il criterio delle attività transfrontaliere, ai sensi degli artt. 59 e 60, ovvero quando il valore totale delle attività è superiore a 5 miliardi di euro e il rapporto tra le attività o passività transfrontaliere del soggetto vigilato significativo e le sue attività o passività totali è superiore al 20%. Ed ancora, il criterio dell'assistenza finanziaria pubblica diretta da parte del Meccanismo europeo di stabilità (MES), ai sensi degli artt. da 61 a 64; e, infine, il criterio relativo al fatto che il soggetto vigilato sia uno dei tre enti creditizi più significativi in uno Stato membro partecipante (artt. 65 e 66).

In relazione agli intermediari significativi, la BCE esercita numerosi poteri, finalizzati a garantire una vigilanza efficace e tempestiva, preve-

⁹ Ricorda G. DRAGO, *La regolazione del mercato bancario europeo ad opera della banca centrale europea*, in P.A. Persona e amministrazione, 2024, 2, 390, come la c.d. *Framework regulation*, integrativo del *SSM Regulation*, stabilisce «le regole del gioco», di carattere sia procedurali che organizzativi per l'esercizio della vigilanza bancaria in Europa. In particolare «a) indica le strutture deputate all'esercizio della funzione di vigilanza (*Joint Supervisory Team*, JST); b) fissa principi importanti per regolare i rapporti tra BCE e *National Competent Authority* (NCA), quale il principio di leale collaborazione; c) regola alcuni istituti dei procedimenti amministrativi di supervisione, quale il diritto di accesso, l'obbligo di motivazione delle decisioni BCE; d) delinea le caratteristiche dei soggetti “significativi” che ricadono conseguentemente nella competenza diretta della supervisione BCE».

nendo rischi sistematici e assicurando la stabilità del sistema bancario¹⁰. All'interno di tali prerogative si evidenziano, tra l'altro, il potere di concedere o revocare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria; il compito di autorizzare l'apertura di succursali o la prestazione di servizi transfrontalieri; il potere di valutare le acquisizioni di partecipazioni che potrebbero influire sul controllo di un ente creditizio; il potere di supervisione dei requisiti prudenziali, ovvero il compito di verificare, da parte della BCE, il rispetto dei requisiti patrimoniali, di liquidità e di *governance*, svolgendo tutte le indagini necessarie sugli istituti di credito, chiedendo l'esibizione di documenti, esaminando libri e registri contabili e pretendendo spiegazioni scritte e orali pertinenti o organizzando audizioni; il potere di imporre agli enti creditizi di adottare le misure necessarie per affrontare i problemi di salvaguardia della stabilità finanziaria; il potere della BCE di poter condurre ispezioni presso gli enti creditizi, e, da ultimo, il potere di irrogare sanzioni, sulla base di quanto prevede l'art. 132, par. 3 TFUE, secondo cui «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 adottate».

Tali poteri divengono peculiari strumenti di integrazione amministrativa a livello organizzativo che s'instaura fra BCE e ANC, rappresentante una specificità di questa procedura di vigilanza¹¹: essa si caratterizza per la sua periodicità, in termini assai stringenti, espletata da gruppi di vigilanza congiunti, ovvero da unità funzionali miste composte da funzionari appartenenti sia alla BCE, sia alle ANC coinvolte nella procedura di vigilanza. Infatti, la BCE nelle procedure di vigilanza bancaria sugli intermediari significativi si avvale della cooperazione delle autorità nazionali, cui spettano attività non solo di preparazione, ma anche di attuazione degli atti riguardanti i compiti di vigilanza prudenziale, secondo le istruzioni fornite dalla stessa BCE (art. 6, par. 3).

¹⁰ Infatti, «la BCE è l'autorità competente, per gli Stati membri partecipanti, ad assolvere i compiti microprudenziali nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico (MVU) nei confronti di enti creditizi significativi: pertanto essa ha tutti i poteri e gli obblighi che il pertinente diritto dell'Unione conferisce alle autorità competenti, compresi quelli di specificare come conformarsi a disposizioni legislative che lasciano margini di elasticità (i.e. "opzioni" e "discrezionalità")»: così, G. DRAGO, *La regolazione del mercato bancario europeo ad opera della banca centrale europea*, cit., 390.

¹¹ A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2019, 14 ss.

Lo schema istituito dal Regolamento 1024/2013 si discosta da quello classico precedente dell'attuazione indiretta del diritto europeo¹², rimesso tradizionalmente agli Stati nazionali e ai relativi apparati¹³: ciò in quanto risultano oggi attribuiti alla BCE significativi poteri amministrativi che danno luogo a provvedimenti unilaterali che possono incidere direttamente sulle situazioni giuridiche soggettive dei soggetti vigilati. Evoluzione di notevole rilievo, questa, in quanto il precedente assetto del sistema europeo di vigilanza finanziaria microprudenziale, introdotto nel 2010, era incentrato su tre autorità di settore (Eba, Esma, Eiopa), titolari di specifiche competenze di regolamentazione, indirizzo e coordinamento delle autorità nazionali; si trattava, in altri termini, di un assetto che si risolveva sostanzialmente in una accentuata esiguità dei contenuti delle decisioni indirizzate agli intermediari finanziari¹⁴, esiguità giudicata diffusamente inadeguata e, come tale, da superare.

Nel mutato contesto attuale, la BCE e le altre autorità nazionali, con i propri atti, talora di portata sostanzialmente afflittiva, incidono direttamente sulle situazioni giuridiche dei soggetti vigilati; si tratta, in alcune ipotesi, di stabilire e prevedere limitazioni addirittura a diritti fondamentali, tutelati a livello nazionale e sovranazionale, quali il diritto di proprietà, la libertà di impresa, la libertà di domicilio e la segretezza delle comunicazioni, anche sotto il profilo dell'incidenza sull'andamento dei mercati di attività ispettive e di indagine, di irrogazione di sanzioni amministrative, di restrizione di determinate attività o di revoca dell'autorizzazione all'esercizio del credito.

Il profilo della riforma, che enfatizza caratteristiche tutto sommato autoritarie, comporta specularmente la necessità di assicurare adeguate garanzie al privato nei confronti delle attività della BCE e delle ANC: garanzie che non sempre appaiono pienamente soddisfacenti, in quanto

¹² M. TRIMARCHI, *Giudice europeo e giudice nazionale nella tutela avverso gli atti della BCE in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi*, in *Metamorfosi del diritto amministrativo. Liber Amicorum per Nino Longobardi*, Napoli, 2023, 430.

¹³ M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, *op. cit.*, 31.

¹⁴ A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020, 35, il quale ricorda come nel “pilastro microprudenziale operano tre autorità europee di vigilanza finanziaria – la European Banking Authority (EBA), la European Securities Markets Authority (ESMA) e la European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), rispettivamente operanti nel settore bancario, mobiliare e assicurativo – mentre in quello macroprudenziale è stato istituito un nuovo organismo, privo di personalità giuridica, investito della vigilanza sull'intero sistema finanziario, lo European Systemic Risk Board (ESRB)”.

sovente esigenze di celerità e segretezza dei procedimenti di vigilanza, a fronte di situazioni eccezionali ed emergenziali, possono imporre limitazioni temporanee e, addirittura, sacrifici delle garanzie partecipative dei soggetti interessati (profilo, quest'ultimo, sicuramente degno della massima attenzione, ma non affrontabile in questa sede).

Insomma, il procedimento di vigilanza diretta sui soggetti significativi vigilati rappresenta un elemento cruciale per la stabilità del sistema finanziario europeo. La BCE enfatizza il proprio ruolo e, attraverso un approccio centralizzato e coordinato¹⁵, appare sempre più in grado di monitorare efficacemente le banche di rilevanza sistematica, adottando tutte le misure preventive e correttive idonee a mitigare gli eventuali rischi sistematici e a garantire la solidità dei mercati finanziari europei.

3. I procedimenti di coamministrazione

I procedimenti di coamministrazione¹⁶ con le ANC, i c.d. procedimenti composti¹⁷, s'inquadrano nella categoria delle procedure comuni,

¹⁵ Nella funzione di vigilanza bancaria, così come tratteggiata nel MUV, rileva l'unicità di scopo, il vincolo finale perseguito dall'esercizio unitario del potere di vigilanza, un esercizio congiunto da parte di soggetti differenti legati da relazioni di integrazione organizzativa a geometria variabile (così M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 31).

¹⁶ Su cui, in generale, cfr. M.P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, 1997, 55 ss.; Id., *La teoria della coamministrazione e i problemi attuali dell'integrazione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, 3, 501 ss.; R. CARANTA, *Coordinamento e divisione dei compiti tra Corte di giustizia delle comunità europee e giudici nazionali nelle ipotesi di coamministrazione: il caso dei prodotti modificati geneticamente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 6, 1133 ss.; G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in F. BIGNAMI-S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 307 ss.; D.U. GALETTA, *L'influenza del diritto dell'Unione europea*, in AA.Vv., *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano, 2012, 61 ss.; F. D'ANGELO, *Relazioni organizzative, coamministrazione, principio di cooperazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 5, 1185 ss.

¹⁷ Procedimenti che per G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, cit., 978, hanno «congiuntamente per protagonisti amministrazioni nazionali e comunitarie»; e secondo C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993, 218, esprimono una «situazione di contitolarità della funzione» amministrativa tra i due livelli operativi.

ossia di quei procedimenti che comportano l'adozione di una decisione di vigilanza da parte della BCE a prescindere dalla significatività o meno dell'ente, perché di competenza esclusiva della medesima. A differenza delle ipotesi di vigilanza in senso stretto, di competenza della BCE, in cui le ANC hanno tendenzialmente una funzione servente, nei procedimenti di coamministrazione le ANC svolgono, oltre che funzioni di mera cooperazione, anche funzioni di amministrazione attiva; si tratta di funzioni connotate da limitati ambiti di discrezionalità e, in alcune ipotesi tassative ed eccezionali, caratterizzate addirittura da un potere decisorio, pur essendo esso prevalentemente riservato alla BCE.

Sul versante della tutela giurisdizionale, e seguendo l'impostazione tradizionale dell'ordinamento comunitario, si possono distinguere i procedimenti di vigilanza con dinamica *bottom-up*, dove la prima fase del procedimento si svolge davanti alle autorità nazionali di vigilanza e la decisione finale viene assunta dalla BCE, e i procedimenti di vigilanza con andamento *top-down*, dove è l'autorità nazionale ad assumere la decisione sulla base di impulsi di genere provenienti dalle istituzioni europee.

Rientra nel primo genere (*bottom-up*) il procedimento previsto per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (art. 14, Reg. n. 1024/2013): infatti, come è noto, in questa ipotesi l'ente interessato presenta la domanda di autorizzazione davanti alla autorità nazionale, la quale svolge una prima valutazione sulla sussistenza dei requisiti richiesti per il rilascio. La valutazione è condotta sulla base del diritto nazionale; ma, poiché la normativa domestica è il frutto del recepimento delle direttive europee di armonizzazione nella materia bancaria, le autorità nazionali in questa fase compiono il loro accertamento anche in funzione della disciplina comunitaria.

Se la verifica ha esito negativo, la domanda è rigettata e il procedimento si conclude davanti all'autorità nazionale. Corollario di tale ipotesi è che il provvedimento di diniego, avendo carattere nazionale e definitivo, è immediatamente impugnabile davanti ai giudici nazionali. Qualora, invece, la verifica abbia esito positivo, l'autorità nazionale adotta un progetto di decisione con cui propone alla BCE il rilascio dell'autorizzazione, attivando, così, la seconda fase del procedimento che si svolge a livello sovranazionale. In questa fase la BCE valuta le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione innanzitutto sulla base del diritto comunitario. La verifica, però, è contestualmente condotta anche in relazione ai presupposti richiesti dal diritto nazionale, poiché la BCE

asseconda l'analisi già condotta dall'autorità nazionale in merito al rispetto dei parametri normativi locali.

Il progetto di decisione si ritiene adottato se la BCE non solleva obiezioni entro dieci giorni dalla trasmissione da parte della autorità nazionale. Viceversa, se ritiene che non sussistano i requisiti per l'autorizzazione, la BCE dispone il rigetto dell'istanza esponendone i motivi e notificando la decisione finale all'impresa bancaria. Indipendentemente dal contenuto positivo o negativo, la decisione assunta nell'ambito della seconda fase del procedimento, anche tacitamente, è sempre imputabile all'autorità europea, poiché quest'ultima può svolgere valutazioni proprie e discostarsi dall'esito di quelle svolte a livello nazionale.

La fase affidata alle autorità domestiche assume in questo caso rilievo meramente endoprocedimentale e, di conseguenza, il giudice competente a conoscere della legittimità del provvedimento adottato in esito alla seconda fase, quale ne sia il contenuto, è la Corte di giustizia europea. Infatti, la competenza a conoscere della lite è in capo al giudice nazionale solo se l'atto endoprocedimentale emanato dalla autorità nazionale vincola l'istituzione dell'Unione, annullando di fatto la sua discrezionalità, malgrado l'atto finale della procedura sia adottato dall'istituzione europea. Quando invece, come nel caso di specie, il coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento non priva l'istituzione europea del potere decisionale, poiché la stessa non è vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali, sussiste la competenza esclusiva dell'autorità giurisdizionale europea.

3.1. Il procedimento di autorizzazione delle acquisizioni di partecipazioni qualificate

Un procedimento simile a quello ora esaminato è previsto per la autorizzazione delle acquisizioni di partecipazioni qualificate, con la differenza che in questo caso la fase del procedimento davanti alla BCE si svolge sia che l'autorità nazionale valuti positivamente l'operazione, sia nel caso contrario. Ai sensi dell'art. 15 del regolamento, infatti, l'autorità nazionale, svolte le valutazioni di sua competenza, trasmette alla BCE una "proposta di vietare o non vietare l'acquisizione".

In ordine a tale tipo di procedimento, si veda un'interessante pronuncia della Suprema Corte di Cassazione¹⁸. La vicenda trae origine dal

¹⁸ Cass., Sez. Un., 20 aprile 2021, n. 10355.

provvedimento della Banca d’Italia del 7 ottobre 2014 con cui l’ente, ai sensi dell’art. 19 del testo unico bancario modificato dalla direttiva 2013/36/UE (recepita in Italia col d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72), ha ordinato alla Fininvest S.p.A. di cedere le azioni detenute nella società finanziaria Mediolanum S.p.A. dopo la condanna definitiva inflitta al suo azionista di maggioranza, Silvio Berlusconi, per un reato fiscale. L’art. 19 del TUB, infatti, attribuisce alla Banca d’Italia la competenza ad autorizzare l’acquisizione di partecipazioni qualificate in enti creditizi quando ricorrono condizioni atte a garantire una sana e prudente gestione della banca, con valutazione, tra l’altro, della “reputazione del potenziale acquirente ai sensi dell’articolo 25”.

Impugnato il provvedimento in sede giurisdizionale, il Consiglio di Stato¹⁹ lo ha annullato, ritenendo che il requisito dell’onorabilità previsto dal novellato art. 19 TUB andasse applicato solo alle future partecipazioni azionarie e non a quelle pregresse²⁰.

Nelle more della causa, tuttavia, la società finanziaria Mediolanum S.p.A. era stata acquisita per incorporazione dalla Banca Mediolanum, così mutando la natura della partecipazione azionaria detenuta da Fininvest S.p.A.: non più in una società finanziaria, ma in un istituto di credito. Per tale ragione la Banca d’Italia e la Banca centrale europea

¹⁹ Cons. Stato, 3 marzo 2016, n. 882

²⁰ Secondo il giudice amministrativo, il principio di irretroattività della legge, sebbene non costituzionalizzato fuori dalla materia penale, rappresenta un principio generale dell’ordinamento giuridico che trova un crescente riconoscimento anche nelle fonti sovranazionali e nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Europea per la tutela dei diritti dell’uomo. Ne consegue che la retroattività della legge, specie quando fonda il potere di adottare provvedimenti sostanzialmente ablatori, fortemente restrittivi della sfera giuridica del privato, rappresenta un’eccezione che, come tale, deve essere esplicita ed univoca, dovendosi, in mancanza, optare per l’interpretazione che esclude la retroattività. Nella fattispecie specifica esaminata, il Consiglio di Stato ritiene che l’art. 2, comma 5, lett. a), d.lgs. 4 marzo 2014, n. 53, che ha esteso a coloro che detengono partecipazioni nel capitale delle Società di Partecipazione Finanziaria Mista (SPFM) i requisiti di onorabilità previsti per i partecipanti al capitale delle banche di cui all’art. 25 del T.U.B., non può essere applicato retroattivamente alle partecipazioni già possedute da chi ha perso i requisiti di onorabilità anteriormente all’introduzione dei requisiti medesimi. Non solo, infatti, manca una espressa deroga al principio di irretroattività, ma, anzi, in considerazione del fatto che la norma sulla cui base è stato adottato il provvedimento impugnato (l’art. 25 del Testo unico bancario) richiama un decreto ministeriale (d.m. n. 144 del 1988) che, all’art. 2, detta una disciplina transitoria che espressamente esclude la rilevanza della perdita dei requisiti avvenuta anteriormente all’entrata in vigore della legge in relazione alle partecipazioni già detenute.

ritenevano che occorresse una nuova istanza di autorizzazione, relativa a tale partecipazione qualificata; conseguentemente la Banca d’Italia, in base alle indicazioni fornite dalla BCE, invitava Fininvest (nel luglio 2016) a presentare un’istanza di autorizzazione entro il termine di quindici giorni. Poiché l’invito non aveva riscontro, la Banca d’Italia avviava d’ufficio il procedimento amministrativo volto all’adozione di una proposta di decisione da trasmettere alla BCE.

La nuova procedura è terminata il 25 ottobre 2016 col provvedimento della Banca centrale europea che, previa proposta negativa della Banca d’Italia, si è opposta al mantenimento della partecipazione qualificata di Fininvest S.p.A. nella Banca Mediolanum, ritenendo che Berlusconi, azionista di maggioranza e titolare effettivo di Fininvest, non soddisfacesse il requisito di onorabilità prescritto dalla normativa nazionale per i detentori di partecipazioni qualificate.

La Fininvest S.p.A., dapprima, ha impugnato il provvedimento della Banca centrale europea avanti al Tribunale di prima istanza dell’Unione; di poi, ha impugnato la proposta della Banca d’Italia avanti al tribunale amministrativo del Lazio; infine, ha attivato contro il medesimo atto nazionale un’azione di ottemperanza avanti al Consiglio di Stato per elusione della sentenza passata in giudicato. Nel corso di quest’ultimo giudizio il Consiglio di Stato ha sollevato una questione pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia dell’Unione, chiedendole di stabilire se esso fosse competente a sindacare, anche in sede di ottemperanza, gli atti di matrice nazionale interni al procedimento autorizzativo.

In risposta al quesito il giudice europeo²¹ ha chiarito che «gli atti delle autorità nazionali sono qualificati come atti dell’Unione, quando gli atti adottati dalle autorità nazionali sono tappa di un procedimento nel quale un’istituzione dell’Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali». Pertanto, viene a crearsi un particolare meccanismo di collaborazione, seppur fondato sulla competenza decisionale esclusiva dell’istituzione dell’Unione. Di conseguenza, «solo il giudice dell’Unione è competente a valutare, in via incidentale, se la legittimità della decisione della BCE del 25 ottobre 2016 sia inficiata da eventuali vizi degli atti preparatori di tale decisione emanati dalla Banca d’Italia. Tale competenza esclude ogni competenza giurisdizionale nazionale avverso detti atti». Sulla scorta di tali conclusioni il Consiglio

²¹ Corte Giust. UE (Grande sezione), 19 dicembre 2018, causa C-219/17.

di Stato ha dichiarato inammissibile l'azione di ottemperanza promossa dalla Fininvest S.p.A.

Contro tale decisione la società ha, quindi, proposto ricorso in cassazione per diniego di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, co. 8, della Costituzione. In linea con la decisione del giudice europeo tale impugnativa è stata integralmente respinta dalla Corte di Cassazione²², poiché nella «materia delle acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche, l'attribuzione dei poteri decisionali spetta, secondo il Meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, alla BCE nel contesto di un procedimento unitario di cui fanno parte gli atti delle autorità nazionali centrali. Pertanto, il rimedio dell'ottemperanza non può essere esercitato, in concreto, col fine di sindacare gli atti preparatori delle ANC, poiché anche quest'ultimi sono atti interni di un procedimento unitario dell'Unione, soggetti, quindi, come la decisione finale, alla giurisdizione Europea».

La decisione della suprema Corte incide sul dibattito relativo ai procedimenti di coamministrazione, soprattutto in ordine al riparto di giurisdizione tra la magistratura interna e quella europea rispetto agli atti strettamente procedurali. Come si è visto, può ritenersi che, poiché i procedimenti composti si snodano in varie fasi di competenza nazionale o europea, il giudice interno e quello europeo hanno giurisdizione nei confronti degli atti delle rispettive amministrazioni tutte le volte in cui essi abbiano carattere vincolante e definitivo.

Tuttavia, la sentenza della Corte di Cassazione richiamata introduce altre rilevanti novità. In primo luogo, essa chiarisce che il ruolo svolto dalle autorità nazionali nell'ambito dei procedimenti per la vigilanza accentra il carattere strettamente ausiliario e non tipicamente decisivo. Di conseguenza, in tale ipotesi non trova applicazione il principio secondo cui la giurisdizione si radica in capo al giudice nazionale, quando la posizione espressa dalle autorità nazionali all'interno dei procedimenti compositivi vincola la decisione finale delle istituzioni. Al contrario, si applica il diverso principio per cui, se l'autorità europea mantiene quantomeno una quota della discrezionalità a seguito della proposta di decisione formulata dalle autorità nazionali – come è nel caso della vigilanza bancaria fondata sulla coamministrazione – allora la giurisdizione si radica in capo al giudice europeo.

²² Cass., Sez. Un., 20 aprile 2021, n. 10355.

In secondo luogo, la Cassazione manifesta l'esigenza che il controllo giurisdizionale sui procedimenti composti svolti dalle autorità indipendenti coinvolte nella vigilanza bancaria sia unitario e si svolga tutto davanti allo stesso giudice che, come si è detto, è quello comunitario. Infatti, relativamente all'impugnazione degli atti interni al procedimento, la Corte ritiene che questi, a prescindere dall'autorità che li adotta, devono seguire il regime d'impugnazione dell'atto definitivo, sia esso di provenienza nazionale o sovranazionale. Pertanto, secondo la Cassazione, nei procedimenti composti dell'Unione europea prevale la regola generale per cui gli atti endoprocedimentali seguono la sorte dell'atto conclusivo. Tale conclusione appare assai rilevante in quanto consente alla Corte di giustizia di estendere il proprio controllo agli atti delle autorità nazionali che siano prodromici a un provvedimento finale adottato da un'istituzione dell'Unione. Ciò rafforza innegabilmente l'interconnessione e la corrispondenza esistente tra i sistemi giuridici nazionali e quello comunitario.

In altri termini, il principio di unicità del controllo giurisdizionale sui procedimenti composti comporta che il giudice europeo decida non soltanto sulla base del diritto europeo, ma anche sulla base del diritto nazionale, nella misura in cui questo rappresenta il parametro della legittimità delle decisioni assunte dalle amministrazioni nazionali nell'ambito dei procedimenti composti, sulle quali si è fondata la decisione finale dell'istituzione europea.

3.2. Un nuovo modello organizzativo basato sulla collaborazione

La predetta sentenza della Cassazione, da cui discendono le argomentazioni sopra svolte, afferma, in più passaggi, l'assoluta rilevanza di un rapporto di ausiliarità tra amministrazioni coinvolte.

Nell'ordinamento pubblistico italiano, il concetto di ausiliarità si configura come «formula a carattere sostanzialmente organizzatorio»²³: una formula che, da un lato, si caratterizza etimologicamente per il termine che implica «aiuto, soccorso, assistenza, cooperazione etc., da parte di uno allo scopo di sostenere, agevolare, soccorrere o comunque rendere più efficiente l'attività di un altro»²⁴; dall'altro, tale formula si caratterizza per l'esistenza di un ente, con propria soggettività, che

²³ F. BENVENUTI, *L'amministrazione indiretta*, in *Amm. civ.*, I, 1961, 175.

²⁴ G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, 123.

viene «utilizzato come mezzo da un altro ente»²⁵, nel rispetto di una specifica competenza definita dalla legge.

Tale relazione tra enti configura un rapporto di collaborazione insito nel concetto di ausiliarietà, in quanto indica una tensione delle singole volontà verso uno scopo comune; una collaborazione definita «pertinenziale» in quanto l'ausiliario, pur dovendo coadiuvare l'ufficio principale, conserva intatta la propria sfera di autonomia²⁶.

L'ipotesi astratta appena considerata si trasferisce appieno nella procedura concreta destinata a controllare gli assetti proprietari negli enti creditizi: in questo caso, infatti, l'autorità interna è tenuta ad assistere il decisore sovranazionale nella fase istruttoria procedimentale, redigendo dapprima un progetto e, successivamente, una ben definita proposta di decisione. L'attività preliminare delle autorità nazionali risulta, pertanto, priva di valore provvidenziale in senso stretto, in quanto si configura come meramente ausiliare, in considerazione del fatto che il potere decisorio spetta esclusivamente alla Banca centrale europea.

Ne consegue, in definitiva, il ruolo del procedimento come fenomeno eminentemente organizzativo, che coinvolge il concorso, nel proprio ambito, di una pluralità di uffici appartenenti a soggetti giuridici distinti volti all'emanazione di un provvedimento comune²⁷.

A ben vedere, in questa fattispecie non si realizzano procedimenti complessi, ovvero pluristrutturati, che si caratterizzano per la partecipazione doverosa o episodica di più figure soggettive nell'ambito dello stesso unico e articolato procedimento. In questo caso, risalta la relazione organizzativa procedimentale che permette alle amministrazioni di realizzare congiuntamente la stessa funzione e, quindi, di cooperare. Il sistema comune della vigilanza bancaria rappresenta un esempio paradigmatico di tale modello organizzativo. Infatti, in tale procedimento

²⁵ R. RESTA, *Gli enti ausiliari dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1939, 689: «ente ausiliare, infatti, significa ente che agisce sussidiariamente rispetto a uno scopo, per cui agisce in via principale un altro ente; ente che, con la propria azione, porta ausilio ad un altro ente; il cui scopo, in altre parole, è utilizzato come mezzo da un altro ente».

²⁶ Sul rapporto di collaborazione che è «proprio della funzione ausiliaria», la dottrina è concorde. Si veda, ad esempio, F. GARRI, *Ausiliarità della funzione di controllo della Corte dei conti*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992, 420; F. BENVENUTI, *Gli enti funzionali*, Profili generali, in *Archivio ISAP*, I, 1962, 748; G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, cit., 290; G. DÈ VERGOTTINI, *Gli organi ausiliari, Parte seconda: L'organizzazione costituzionale*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato-A. Barbera, Bologna, 1991, 497.

²⁷ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 224.

la collaborazione rileva come autentico dovere per le amministrazioni contitolari della funzione di vigilanza bancaria²⁸, esprimendosi in tal senso sia l'art. 6, par. 2 del regolamento n. 1024/2013, secondo cui «sia la BCE che le autorità nazionali competenti sono soggette al dovere di cooperazione in buona fede», sia l'art. 9, par. 2 del medesimo regolamento, secondo cui «nell'esercizio dei rispettivi poteri di vigilanza e di indagine, la BCE e le autorità nazionali competenti cooperano strettamente».

Quindi, in questa ottica si realizza il modello organizzativo della collaborazione che si distingue schiettamente da quello del coordinamento amministrativo: infatti, mentre nel coordinamento si rinviene una pluralità di interessi pubblici intestati ad amministrazioni distinte, che in qualche misura vanno armonizzati reciprocamente²⁹, la collaborazione, invece, poggia sulla comunanza della funzione amministrativa e, dunque, del medesimo interesse pubblico curato dalle autorità coinvolte.

Quindi, non si evidenzia la relazione organizzativa del coordinamento, ovvero un modello procedurale che è volto a conseguire una armonizzazione di attività riferibili sempre a soggetti diversi dall'ufficio coordinatore, insomma, un modulo che serve a temperare l'esigenza di mantenere l'unità di indirizzo delle figure organizzative complesse ed insieme salvaguardare la posizione di sostanziale autonomia degli uffici agenti³⁰. In questo caso, si evidenzia, invece, proprio il modello collaborativo, ovvero la collaborazione come “norma sulla funzione amministrativa comune”³¹: in questa prospettiva, la collaborazione rileva non tanto come una relazione organizzativa in sé conchiusa, quanto piuttosto come una vera e propria regola normativa di azione che governa lo svolgimento delle funzioni comuni dove più soggetti,

²⁸ F. D'ANGELO, *La collaborazione amministrativa nella funzione di vigilanza (bancaria). Profili di giurisdizione e procedurali (nota a Cass SU 20 aprile 2021, n. 10355)*, in *Giustizia insieme*, 13 gennaio 2022.

²⁹ M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*, Milano, 1961, 114; V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 631.

³⁰ A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, 116; L. ORLANDO, *Contributo allo studio del coordinamento amministrativo*, Milano, 1974, 99; C.E. GALLO, *Osservazioni sul coordinamento amministrativo*, in *Foro amm.*, I, 1977, 1644; V. COCOZZA, *Autonomia finanziaria regionale e coordinamento*, Napoli, 1979, 26.

³¹ Così F. D'ANGELO, *La collaborazione amministrativa nella funzione di vigilanza (bancaria). Profili di giurisdizione e procedurali (nota a Cass SU 20 aprile 2021, n. 10355)*, cit.

dotati di competenze distinte, ma legati da relazioni organizzative procedurali, curano un solo interesse pubblico che ad essi è comune. Tali soggetti, attraverso la collaborazione di tutte le autorità interessate, partecipano insieme all'esercizio del potere decisorio, qual è quello di definire l'assetto definitivo della funzione attribuita.

Caratteristica, quest'ultima, che discende anch'essa dalla sentenza della Cassazione, ove correttamente si evidenzia come le «acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche» presuppongano un «procedimento parimenti unitario», una «architettura procedimentale unitaria», una procedura di collaborazione allo scopo di esercitare, attraverso una pluralità di influenze connesse, una funzione comune.

4. Le implicazioni dell'intelligenza artificiale sulla stabilità dei mercati finanziari: nuove prospettive e possibili rischi

In questa prospettiva appare evidente, se non addirittura scontato, che la BCE necessiti, sempre di più, di servizi statistici affidabili e di elevata qualità e di un'ampia gamma di dati su cui fondare le proprie decisioni. Così come appare evidente che, in relazione alle crisi finanziarie globali, le statistiche aggregate non bastano da sole a comprendere la complessità dei mercati finanziari. Dunque, risulta necessaria un'accurata analisi dei vari elementi che solo l'utilizzo di strumenti tecnologici all'avanguardia può assicurare.

Un'impostazione, questa, iniziata alcuni decenni fa che la stessa BCE ha fatto propria, attraverso l'applicazione dell'IA alle proprie attività, al fine di migliorare l'efficienza e l'efficacia dei processi statistici utilizzati, in quanto gli strumenti digitali hanno permesso di rivoluzionare i processi interni della BCE, rendendoli più efficienti, rapidi e precisi. Un esempio concreto è l'analisi dei dati: algoritmi avanzati possono elaborare enormi quantità di informazioni economiche in tempo reale, permettendo una valutazione più tempestiva dei rischi sistematici o delle tendenze inflazionistiche. Il che permette di assumere decisioni di politica monetaria più mirate, tempestive e reattive.

Ma, ancor di più, l'IA può contribuire a potenziare gli strumenti di vigilanza bancaria anche sotto un profilo qualitativo: riconoscere schemi e procedimenti sospetti, prevenire frodi o crisi finanziarie, monitorare con precisione la conformità degli istituti di credito alle regole europee. Il che, indubbiamente, favorisce una maggiore proattività che prescinda, come per il passato, esclusivamente dai dati storici. Un

esempio concreto è rappresentato dai *large language model* (LLM), che possono facilitare la raccolta dei dati da fonti nuove e non tradizionali.

Se questa prospettazione vale in termini generali, ancor di più essa appare feconda di risultati positivi nell'ipotesi in cui l'utilizzo dell'IA risulti applicata a procedimenti complessi dove più amministrazioni distinte devono interagire, confrontarsi e collaborare fra loro.

Certamente, tale nuova impostazione pone degli evidenti problemi³².

Un primo profilo di criticità è quello di assicurare la riservatezza e la *privacy* dei soggetti coinvolti. Infatti, le decisioni delle banche centrali sono informazioni altamente sensibili e garantirne la riservatezza rappresenta una condizione fondamentale di un processo rispettoso dei diritti della persona. Lo stesso vale per l'uso dei dati in una società che sempre più li raccoglie e li utilizza attraverso la digitalizzazione delle procedure.

Considerando gli effetti delle decisioni della BCE sui mercati finanziari, questa preoccupazione appare di notevole rilevanza non solo in via generale, ma anche in relazione a scelte pur corrette e ponderate che, come tali, influenzano comunque le scelte degli investitori. Questo rischio può essere ridotto utilizzando a corredo delle valutazioni una documentazione esaustiva in grado di chiarire come le opzioni possibili siano state utilizzate per valutare, migliorare o integrare i dati. La fiducia in queste soluzioni dipende innanzitutto dalla comprensione del loro funzionamento, ma anche dall'autorevolezza della *governance* proposta all'elaborazione e alla valutazione delle informazioni date.

Un ulteriore rischio derivante, in termini generali, dall'IA è che eventuali scelte delle autorità preposte possono essere prese sia in relazione a informazioni e dati falsi – che comunque rischiano di avere un'incidenza concreta sul mercato –, sia addirittura allo scopo di facilitare consapevolmente le frodi o lanciare attacchi informatici. Un rischio elevato che comporta anche quello dei *bias* algoritmici: l'IA apprende dai dati storici e, se questi sono incompleti o distorti, può replicare o amplificare errori e discriminazioni. In un contesto delicato come quello economico, ciò potrebbe avere conseguenze imprevedibili su imprese, mercati e individui. Tuttavia, l'utilizzo attento e responsabile (nonché trasparente) dell'IA contiene al proprio interno la possibilità di individuare e affrontare tali rischi: ad esempio, aiutando a rilevare e

³² Sui rapporti tra ordinamento amministrativo e digitalizzazione, si veda l'interessante contributo di F. CIMBALI-R. DAGOSTINO, *L'ordinamento amministrativo nel pensiero di Vittorio Ottaviano*, in *Dir. amm.*, 2024, 2, spec. 461 e ss.

prevenire ogni tipo di attacco informatico, monitorando e identificando in tempo reale le eventuali anomalie nei comportamenti degli utenti, dei sistemi e della rete.

Altro pericolo è quello della deresponsabilizzazione: affidarsi troppo all'IA potrebbe ridurre il controllo umano sui processi decisionali, con effetti potenzialmente gravi in caso di malfunzionamenti o scenari imprevisti. Nella stessa direzione, vi è un ultimo, ma non meno importante, rischio, consistente in quella che spesso viene descritta come una dipendenza generale dall'IA, dipendenza che può manifestarsi sotto diversi profili. Si tratta del rischio che l'IA diventi autoreferenziale o ripeta distorsioni preesistenti, per via del fatto che per addestrare i LLM si ricorre sempre più a dati e informazioni prodotti dall'IA stessa. Rischio che assume particolare rilievo per la politica monetaria, basata sostanzialmente su sequenze di dati storici³³. Come già rilevato, i mercati sono sempre più influenzati dalla comunicazione delle banche centrali, che però traggono le informazioni dai mercati stessi, e ciò potrebbe accrescere il rischio che emergano "echo-chamber" delle banche centrali, ovvero delle influenze reciproche che si condizionano a vicenda. È proprio il caso delle procedure di coamministrazione, dove l'influenza reciproca dei soggetti coinvolti può creare discrasie e degenerazioni circolari, che si amplificano con l'aumentare dei soggetti coinvolti.

Anche in questo caso, una soluzione ragionevole e di buon senso consiste nella necessità che gli esseri umani mantengano il controllo delle proprie valutazioni e decisioni, non solo per garantire un uso affidabile dei sistemi di IA, ma anche per assicurare un'imputazione corretta della responsabilità in capo a soggetti dotati di personalità giuridica, che siano in grado di sopportare e garantire una valida copertura assicurativa a fronte di eventuali danni economici. Quindi, un approccio antropocentrico del fenomeno della digitalizzazione, ancor più necessario all'interno della politica della stabilità dei mercati europei.

Infatti, integrare l'IA nei processi di vigilanza bancaria significa (ancora) assicurare che il giudizio umano e il pensiero critico rimangano al centro della riflessione, onde conseguire quell'equilibrio complessivo sempre più essenziale al fine di mantenere la fiducia nei dati e nelle decisioni, elementi che permettono di garantire una corretta conservazione delle risorse, una reale stabilità sistemica, un ragionevole sviluppo dei mercati finanziari.

³³ S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013.

Il rapporto tra IA e BCE è ancora in fase di sperimentazione, ma appare destinato a intensificarsi, anche nell'ottica di collaborazione tra amministrazioni distinte. Perché questa collaborazione, all'interno di un sistema basato su strumenti digitali sempre più innovativi, sia feconda, è necessario un approccio bilanciato: ovvero, sfruttare al massimo le potenzialità dell'IA per migliorare l'efficienza e la vigilanza, senza tuttavia rinunciare alla trasparenza, alla supervisione umana e al rispetto dei principi democratici. In definitiva, non si tratta solo di un problema legato all'innovazione tecnologica, ma di una precisa e consapevole scelta politica e culturale, riguardante il futuro dell'Europa e della sua economia.

La pubblica sicurezza cibernetica nella vigilanza bancaria: profili ricostruttivi di un modello neo-pubblicistico

di *Alberto Clinì*

SOMMARIO: 1. Incognite e ineluttabilità nella dimensione giuridica del cyberspazio. – 2. Le prime forme di sicurezza pubblica: la c.d. resilienza cibernetica. – 2.1. *Le discipline di settore: il diritto all'inseguimento della tecnologia ...* – 2.2. *I presidi organizzativi nel limbo dell'iperspazio.* – 3. La nuova era del Fintech. – 3.1. *La tecnologia dell'informazione e della comunicazione (ICT) nel settore finanziario: un oligopolio naturale virtuale?* – 3.1.1. L'eteronormazione negoziale. – 3.1.2. Le responsabilità. – 3.1.3. Le attività di vigilanza. – 3.2. *Neutralità tecnologica: tra mito e realtà.* – 4. Verso l'idea di un servizio a regime pubblicistico di ICT?

1. Incognite e ineluttabilità nella dimensione giuridica del cyberspazio

La dematerializzazione delle classiche coordinate sulle quali si è fondato *ab urbe condita* il pensiero giuridico e che ancora oggi permea le realtà ordinamentali di Stati e organismi internazionali, rappresenta una diffusa realtà ed al tempo stesso un rivolgimento epocale in ragione della diffusione globale di nuove entità rappresentate dalla dimensione del cyberspazio, quale fenomeno virtuale identificabile in un ossimoro di un non luogo¹, il cui primo effetto, appunto, porta a scardinare quella antica relazione genetica - per il diritto - tra il territorio fisico e la sovranità dell'ordinamento giuridico di un popolo². Le oramai diffuse analisi

¹ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

² S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, 114 ss.

dei tratti di questa nuova era digitale³, seppure ancora incerte nelle determinazioni di assetti finali sui quali ricostruire una forma ordinamentale, ci permette di limitarci ad un richiamo rapido su quelli che sono i principali mutamenti delle tradizionali basi dei sistemi giuridici fino a ieri considerati “moderni”; vengono difatti vulnerate e rarefatte quelle fondamenta che poggiavano principalmente sul primato della legge come garanzia dei diritti individuali e sulla spazialità dell’applicazione delle norme giuridiche: il governo della legge (*the rule of Law*), che ha caratterizzato le democrazie liberali, da solo non è più sufficiente. Sin da questa sommaria esemplificazione è dato cogliere come la dimensione virtuale del cyberspazio, intesa in termini generali, pur connotata da una immaterialità tutta da esplorare rispetto ai classici paradigmi giuridici, pone urgenze e problematiche in linea di continuità con il passato della “materialità” del diritto, atteso che essa non si sottrae a quella conflittualità che da sempre ha coinvolto le quattro dimensioni fisiche, quali la terra, il mare, l’aria e lo spazio⁴; possiamo anzi affermare che con essa si è aggiunto un quinto dominio della conflittualità contraddistinto, per il profilo che qui rileva, da fenomeni di criminalità informatica fino allo spionaggio elettronico, con evidenti e oramai diffusi impatti significativi sulla sicurezza, sulla competitività e sulle attività economiche⁵.

Accanto, quindi, alle domande epistemologiche sul nucleo definitorio del cyberspazio e sulle coordinate che si cerca di ricostruire per “riconquistare” un ordine sistematico generale, segnatamente di natura giuridico-economica, emergono con impellenza assoluta complesse problematiche che pongono un altrettanto inedita esigenza euristica per quella che possiamo individuare come salvaguardia della pubblica sicurezza cibernetica o cybersicurezza.

E persino su tale piano di elaborazione, l’individuazione delle criticità presuppone un preventivo e tutt’altro che pacifco inquadramento

³ S. MANNONI – G. STAZI, *Sovranità.com: potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Napoli, 2021; M. MIRTI, *Il cyberspazio: caratteri e riflessi sulla comunità internazionale*, Napoli, 2021; E. MAESTRI, *Lex informatica: diritto, persona e potere nell’età del cyberspazio*, Napoli, 2015.

⁴ Per un recente inquadramento giuridico sul fenomeno dei *cyberattacks* ed una approfondita ricostruzione delle implicazioni che ne scaturiscono in termini di sicurezza pubblica cibernetica, M. MATASSA, *Una strategia nazionale a difesa del cyberspazio*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2022, 2, 625 ss.

⁵ I. FORGIONE, *Il ruolo strategico dell’agenzia nazionale per la cybersecurity nel contesto del sistema di sicurezza nazionale: organizzazione e funzioni, tra regolazione europea e interna*, in *Dir. amm.*, 2022, 1113 ss.

di orizzonte: difatti, non si fatica a comprendere che anche la prospettiva di collocazione dei nodi problematici inerenti la sicurezza cibernetica è sfuggente e mutevole per quelle declinazioni utilizzate comunemente dai paradigmi dell'ordine pubblico: basti pensare al limitato apporto rappresentato dal comune ricorso a meccanismi di prevenzione e di contrasto alla criminalità fondato sull'intervento degli apparati delle forze dell'ordine nel mondo reale, una sorta di batraciomachia cyberspaziale⁶.

D'altro canto, appare altresì incontrovertibile il necessario confronto con queste tendenze che risultano ormai forme irreversibili di convivenza sociale, di connotazioni della vita a livello globale che, secondo una visione filosofica, rappresentano una nuova condizione umana nell'era digitale definita come “dimensione *onlife*”, nel senso di un'esistenza che scorre restando sempre collegati a dispositivi interattivi⁷. I confini tra la vita *online* e quella *offline* tendono a sparire, ormai connessi gli uni con gli altri senza soluzione di continuità, diventando progressivamente parte integrante di “un'infosfera globale”⁸.

E dunque nel quadro qui delineato per rapidi tratti, si comprende come l'esponenziale diffusione della tecnologia che ha trasformato in modo radicale la struttura delle comunicazioni, dell'economia e delle interazioni sociali ha reso la *cybersecurity* una delle priorità emergenti

⁶ Nei territori dell'Unione i risparmiatori si sono trovati spesso a dover fare i conti con furti, frodi e disservizi vari; attualmente circa i due quinti degli utenti Ue hanno sperimentato negli ultimi tre anni problemi riguardanti la sicurezza, mentre un terzo degli utenti ha ricevuto e-mail o telefonate fraudolente, in cui si richiedevano i dati personali. In Italia, secondo il rapporto annuale della polizia postale i casi di truffe online lo scorso anno sono aumentati del 27% per un totale di oltre 18.000 reati di furto di credenziali per l'accesso a sistemi di *home banking* di numeri di carte di credito di chiavi private di *Wallet* di criptovalute. Il valore complessivo e di 36 milioni di euro sottratti in Italia punto per quanto concerne i furti di identità, sono stati 1,8 milioni gli allarmi rilevati sul *dark web*, in crescita di quasi del 60% rispetto al 2000. L'Italia è al sesto posto assoluto tra i paesi più colpiti al mondo per furto di mail e password online nel mirino ci sono non solamente il denaro ma soprattutto i dati personali; i dati aggiornati sono ricavabili dal rapporto sulla sicurezza ICT in Italia (l'ultimo pubblicato a ottobre 2024 dall'Associazione italiana per la sicurezza informatica -Clusit- e disponibile al sito www.clusit.it) nonché dalla relazione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (reperibile al sito www.acn.gov.it).

⁷ L. FLORIDI, *The onlife manifesto: being human in a hyperconnected era*, Londra, 2015.

⁸ M. FERRARIS, *Il capitale documediale. Prolegomeni*, in M. FERRARIS – G. PAINI, *Ontologia della trasformazione digitale*, Torino, 2018, 24 ss.

per i governi di tutto il mondo, per garantire continuità e protezione nel funzionamento dei servizi essenziali e delle attività economiche⁹.

2. Le prime forme di sicurezza pubblica: la c.d. resilienza cibernetica

Lo scenario che dunque si profila pone al centro la questione, di evidente rilievo pubblicistico, concernente la tutela della collettività a fronte di minacce e lesioni di interessi posti a base della società contemporanea. L'universo digitale, nel quale tutti noi viviamo, impone nuove forme di garanzia e di sicurezza per cittadini, imprese e per le medesime amministrazioni, sicché la risposta immediata in termini di controffensiva ha registrato, com'era presumibile, una nuova espansione dell'intervento dei pubblici poteri con l'introduzione, per un verso, di innovative e sempre più articolate discipline europee e nazionali e, per altro verso, di nuovi apparati che hanno portato ad una riorganizzazione degli assetti di governo preesistenti per far fronte alle nuove esigenze tecniche e giuridiche di protezione.

Questi approcci strategici e sinergici vengono comunemente ricondotti ad un concetto oramai generale definito come “resilienza cibernetica”, che si sostanzia, attraverso un modello di regolazione per Agenzie, in interventi volti a sostenere nel tempo la capacità di qualsiasi organizzazione per affrontare minacce digitali e al contempo assicurare l'affidabilità e l'integrità operativa dei propri servizi¹⁰.

Tra le prime finalità che sono state elaborate a livello europeo, come vedremo¹¹, vi è quella di garantire una cooperazione e una condivisione di informazioni *multilevel*, mediante l'introduzione di processi standar-

⁹ R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, 24 ss.

¹⁰ Nell'ambito finanziario, invece, si parla di «residenza operativa digitale» definita come quella «capacità dell'entità finanziaria di costruire, assicurare e riesaminare la propria integrità e affidabilità operativa, garantendo, direttamente o indirettamente tramite il ricorso ai servizi offerti da fornitori terzi di servizi ICT, l'intera gamma delle capacità connesse alle ICT necessari per garantire la sicurezza dei sistemi informatici di rete utilizzati dall'entità finanziaria, su cui si fondono la costante offerta dei servizi finanziari e la loro qualità, anche in occasione di perturbazioni»; art. 3, par. I, 1), Reg. UE n. 2554/2022.

¹¹ Il quadro regolatorio europeo vede la presenza di numerosi regolamenti che incidono più o meno intensamente sulla materia della sicurezza pubblica cibernetica: per citare i più recenti, il *Data Act* (Reg. n. 2854/2023), il *Data governance Act* (Reg. n.868/2022), il *Digital services Act* (Reg. n.2067/2022), l'*Artificial intelligence Act* (Reg. n. 1689/2024).

dizzati che assicurino un progressivo sviluppo di rapide connessioni sia orizzontali - tra amministrazioni nazionali coinvolte e tra queste e quelle degli altri Stati -, sia verticali tra il sistema nazionale ed i soggetti sovraordinati. Inoltre, le esigenze di coordinamento non si limitano al riassetto dei pubblici apparati, bensì mirano ad un più ampio coinvolgimento senza escludere alcun settore dell'ordinamento, compreso quindi quello privato, con l'ulteriore promozione di sistemi di co-regolazione tra imprese e autorità di vigilanza.

Le forme di resilienza sono state quindi condotte attraverso un consueto approccio di indirizzo pubblico economico, basato su due capisaldi: il primo, di matrice normativa, ha espresso discipline europee e nazionali verso un modello rafforzato di regolazione (in particolare per il mondo finanziario), mentre il secondo, volto alla ricerca di baluardi difensivi per gli interessi pubblici messi a repentaglio dalla dimensione cibernetica, si è tradotto nella istituzione di nuove autorità (o nell'estensione di compiti a soggetti già istituiti) per consentire le attività di controllo e di intervento verso gli operatori economici coinvolti dal sistema regolato.

Non si fatica a comprendere come in questo assetto di difesa, sul versante bancario e finanziario, l'interesse pubblico preminente si sia focalizzato sulla sicurezza delle reti informatiche e dei dispositivi elettronici, per tutelare non solo i diritti degli utenti o delle società operanti nel mondo finanziario ma soprattutto il funzionamento e lo sviluppo degli Stati tecnologicamente avanzati. Risulta del tutto evidente come il settore c.d. vigilato – ed in particolare il settore bancario - rivesta un ruolo assolutamente centrale in tale contesto, quale presidio funzionale alla garanzia, come noto, della stabilità, integrità e sicurezza del sistema finanziario e delle singole banche, prevenendo il rischio sistemico e proteggendo i depositanti e gli altri attori economici¹². Queste garanzie non potevano dunque non impattare sul complessivo processo di digitalizzazione che si è inserito profondamente nel sistema di intermediazione finanziaria. Il riferimento è al processo di esternalizzazione dei servizi tecnologici ed informatici che negli ultimi anni ha modificato la struttura organizzativa delle banche (con la condivisione delle Autorità di vigilanza, come confermato dalle linee guida EBA del 2019 e dalla circolare 285/2021 di Banca d'Italia): non si assiste ad un riassetto per

¹² Sull'approccio di *risk regulation* della vigilanza bancaria europea, permane attuale la lettura di M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Torino, 2012.

una mera gestione efficiente dei costi, bensì ad un percorso necessitato di *outsourcing* per consentire una ricerca di competenze sempre più sofisticate e dinamiche, in un mercato in rapida evoluzione che rende spesso velocemente inadeguate le strutture interne o comunque non ne permette una competitività e flessibilità soddisfacenti¹³.

L'uso di nuove tecnologie ha consentito di potenziare le attività del settore finanziario e di rappresentare significativi benefici, tra i quali il miglioramento dell'efficienza, la riduzione dei costi, una efficiente gestione dei dati e una maggiore trasparenza¹⁴. Tali effetti premiali comportano tuttavia anche seri rischi che incidono sulla stabilità finanziaria e che possono trasformare in argilla gran parte delle fondamenta del mercato digitale¹⁵.

Per tali ragioni, a partire dalle risposte di resilienza cibernetica che analizzeremo nell'ambito del settore bancario, vanno poste due questioni di carattere generale rispettivamente sulla distribuzione dei com-

¹³ Nel mercato digitale, difatti, si crea un luogo di scambio dove le attività si spostano da una sede fisica ad una virtuale all'interno della quale operano soggetti ulteriori rispetto a quelli tradizionali e in cui le attività d'impresa vengono agevolate proprio dall'utilizzo della tecnologia; A. COLELLA, *Analisi comparata delle architetture decisionali in materia di sicurezza cibernetica dei paesi dell'area euro-occidentale*, in A. TORRE, *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2014, 439 ss.

¹⁴ Tra le ulteriori opportunità che l'innovazione digitale appronta a livello sistematico nel settore finanziario, va considerato «l'ingresso di nuovi attori che cresce la concorrenza e spinge gli operatori tradizionali verso l'innovazione, necessaria per restare al passo con i tempi. L'impiego delle nuove tecnologie comporta, inoltre, una disintermediazione senza precedenti: la consulenza automatizzata viene direttamente con il cliente, senza che sia necessario l'intervento umano (...); le piattaforme *P2P landing (peer to peer)*, così come quelle di *crowdfunding*, mettono direttamente in contatto il soggetto finanziatore/investitore con il soggetto che necessita di fondi. L'impiego dell'intelligenza artificiale consente, inoltre, di processare a velocità senza precedenti enormi quantità di dati e informazioni e di offrire servizi su misura ai clienti. In generale, si registra un miglioramento della qualità e della velocità dei servizi, nonché una riduzione dei costi con un conseguente maggiore inclusività del settore finanziario»; B. BARMANN, *Fintech: primi tentativi di regolazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 6, 812.

¹⁵ L'uso delle nuove tecnologie può comportare rischi sulla stabilità finanziaria, sull'aumento della criminalità finanziaria, sui livelli occupazionali, sulla protezione dei consumatori, con effetti ancor più gravi in presenza di una «frammentazione del panorama normativo nell'UE degli sviluppi disomogenei nella regolamentazione del settore a livello mondiale»; C. RUOCCHI, *Finanza digitale: opportunità, profili di attenzione e ruolo della supervisione finanziaria*, in *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, a cura di D. ROSSANO, Milano, 2023, 182 s..

piti di cybersicurezza e, di conseguenza, sulla gestione di una materia complessa come la sicurezza pubblica digitale affidata ad un modello sviluppato per la regolazione economica.

La prima questione che, quindi, è necessario sin da subito porre e che non sembra abbia ricevuto un'adeguata riflessione, concerne l'estensione propria dei compiti di vigilanza bancaria a particolari meccanismi di sicurezza cibernetica, affidati alle autorità preposte alla supervisione. Negli ultimi anni si è assistito in effetti ad un *trend* di rafforzamento delle funzioni di vigilanza bancaria, le quali oramai non si limitano più ad evitare eventuali fallimenti del mercato ma sono chiamate a promuovere il rilancio dell'economia quale strumento decisivo di coordinamento fra il potere pubblico ed il sistema creditizio¹⁶.

Ora, la costruzione di un modello rafforzato di supervisione incentrato sulla BCE e sulle Autorità di vigilanza nazionale (chiamate, come noto, a garantire la stabilità del sistema monetario ed economico finanziario nel suo complesso, assicurando le necessarie interazioni fra funzione di vigilanza micro e macro prudenziale ed adeguate forme di cooperazione fra i molteplici attori nazionali ed europei), può prevedere l'elaborazione ed il controllo di strumenti di presidio per garantire la sicurezza della rete digitale, rispetto ad attacchi cibernetici di livello globale? In altri termini, la libertà d'impresa, quale è l'attività bancaria finanziaria, e la funzione di vigilanza bancaria originata dal perseguimento di un interesse sostanzialmente privato, quale è quello della solidità finanziaria delle banche, sono state indirizzate verso un'opera di funzionalizzazione di molteplici interessi pubblici, che per salvaguardare la stabilità finanziaria europea hanno più volte interessato attività di politica economica¹⁷: ma la sicurezza pubblica, quale attività propria

¹⁶ Sulla ricostruzione delle teorie di vigilanza bancaria la letteratura appare sterminata: limitandoci ai più recenti studi di natura monografica, R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2023; *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, a cura di A. BARONE – G. DRAGO, Roma, 2022; G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, 2020.

¹⁷ Come opportunamente osservato di recente, «in questo complesso contesto ordinamentale, dunque, il perseguimento della stabilità finanziaria europea attraverso l'esercizio della funzione di vigilanza bancaria funge da *trait d'union* fra sistemi e ordinamenti giuridici diversi, autonomi, a sé stanti ma inevitabilmente interconnessi e comunicanti fra loro, in particolare fra sistema monetario e sistema bancario, sistema finanziario pubblico e privato; sistema di vigilanza dell'eurozona della restante parte dell'unione; sistema di vigilanza micro e macro prudenziale»; R. DAGOSTINO, *Funzio-*

della sovranità nazionale e dell'antico Stato ordinatore¹⁸, può nella sua dimensione digitale essere affiancata ai compiti di supervisione finanziaria?

Limitandoci al livello europeo, il mandato di vigilanza conferito alla BCE risulta scandito in termini puntuali e precisi dall'art. 127 (6) TFUE. Vi è quindi un elemento di perimetrazione delle competenze che non permette di trasformare la vigilanza prudenziale in sorveglianza tecnologica; e la questione non attiene alla carenza delle capacità tecniche che BCE o Banca d'Italia possono in astratto acquisire, ma verte sull'assicurare una coerente applicazione all'oggetto della supervisione senza alterarla¹⁹.

La seconda questione, anche in considerazione del tema di indagine tecnologico che viene selezionato, impone alcune considerazioni più generali sull'adeguatezza di una forma, ancorché articolata e complessa, di regolazione di un settore di pubblica sicurezza delicato e particolare per la sua natura digitale.

Per procedere in tale senso ed offrire alcuni spunti ai quesiti appena posti, è necessario, dopo alcuni rapidi cenni ricostruttivi del modello di regolazione approntato nello specifico settore, secondo le fonti e le

ne di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2024, 2, 334-335. Si permesso il richiamo anche a A. CLINI, *Funzionamento, funzione e finalità dell'organizzazione europea del credito e della moneta*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2021, 1, 355 ss.

¹⁸ Come noto, le attività di pubblica sicurezza, intese «come funzione di prevenzione delle turbative dell'ordine pubblico», sono da sempre state riconosciute come proprie dello Stato (G. LANDI, *Pubblica sicurezza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 924), rispetto a forme di *economic regulation* che nel presente periodo segnano un'epoca di passaggio ulteriore dallo Stato regolatore allo Stato promotore della crescita economica; M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso un tramonto di un modello?*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, 1, 2 ss; F. BASSANINI – G. NAPOLITANO – L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021.

¹⁹ La questione è stata affrontata in questi termini sull'ipotesi che BCE e Banca d'Italia vengano chiamate a vigilare sulle banche in merito all'utilizzo dell'IA, per cui sono state sollevate condivisibili perplessità in quanto «il problema non è tanto se il sindacato della BCE è quello della Banca d'Italia possano in astratto conoscere ed intelligenza artificiale. Il problema è, piuttosto, in che misura e sino a che punto la vigilanza prudenziale possa spingersi in questo campo, senza correre il rischio di snaturarsi (andando al di là della sana e prudente gestione) e senza correre l'ulteriore rischio di sovrapporsi ad altre autorità, come quelle per i dati personali della cybersicurezza o della concorrenza»; R. LENER, *Vigilanza prudenziale e intelligenza artificiale*, in *La supervisione finanziaria dopo due crisi.*, cit., 175.

Agenzie poste a garanzie dei nuovi sistemi di cibersicurezza, delimitare una particolare area di intervento, quale l'insieme dei metodi e delle tecniche utilizzate nella trasmissione, ricezione ed elaborazione di dati e informazioni (*Information and communication technology* o ICT), e spiegare come questa attività sia l'anello debole del percorso di sicurezza intrapreso²⁰.

Di conseguenza, l'inquadramento delle ICT nelle forme di tecnologia impiegate per creare, scambiare, utilizzare e immagazzinare informazioni e dati nell'ambito bancario, permetterà di comprendere come questo *asset* assuma un ruolo catalizzatore di così tanti interessi da indurre ad una riflessione in ordine alla coerenza di inserirlo tra le garanzie proprie della supervisione e soprattutto in relazione alla necessità di un intervento pubblico ben più intenso per la protezione di questo complesso supporto digitale²¹.

2.1. *Le discipline di settore: il diritto all'inseguimento della tecnologia ...*

Le implicazioni delle trasformazioni fin qui brevemente tracciate, comportano sul piano normativo uno sforzo epistemologico estrema-

²⁰ Si tratta di un aspetto del più ampio fenomeno dei *Big Data*, connotato come risaputo dalla generazione istantanea e massiva di informazioni, che delinea una transizione da una comunità digitale ad una comunità algoritmica, grazie all'espansione delle capacità connettive degli strumenti ICT, sempre più potenti dal punto di vista computazionale, in grado di connettere in tempo reale un numero sempre maggiore di utenti mediante «dispositivi smart che sono venuti a supporto delle nostre attività quotidiane, dando vita a un processo senza precedenti di produzione, condivisione e immagazzinamento di informazioni»; M. PALAZZO, *Potere della tecnica e funzione del diritto*, in *Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, 2024, 1, 115. L'evoluzione in corso, come altrettanto noto, porta ad una ulteriore e radicale trasformazione di tali strumenti oramai affiancati da sistemi di intelligenza artificiale, sicché dalla tecnologia come mezzo di connessione è in corso un mutamento della tecnologica come vero e proprio strumento decisionale; F. DONATI, *La giustizia e le nuove tecnologie*, in *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, a cura di D. BUZZELLI – M. PALAZZO, Pisa, 2022, 247 ss.

²¹ La lettura della situazione porta ad affermare difatti come «la dipendenza dallo strumento ICT si trasforma in dipendenza da soggetti terzi, la cui maggiore conoscenza delle dinamiche tecnologiche» porta a distorsioni e alterazioni del mercato finanziario, costituendo fondamento dell'analisi e gestione dei rischi; M. PIGNATTI, *La resilienza operativa digitale per il settore finanziario tra vincoli contrattuali responsabilità*, in *Dir. econ. imp.*, 2024, 4, 657.

mente rilevante, anche «in ragione del tradizionale ritardo dell’analisi giuridica rispetto ai fenomeni tecnologici»²².

Il primo intervento organico del legislatore europeo risale a meno di dieci anni; l’Unione è intervenuta con la ben nota direttiva NIS (*Network and Information Security*, n. 1148/2016) per introdurre misure comuni al fine di conseguire un livello elevato di sicurezza della rete e dei sistemi informatici in ambito nazionale contribuendo ad incrementare il livello comune di sicurezza nell’Unione Europea²³. Da subito è emersa l’esigenza di disciplinare il settore senza poter prescindere da un sistema di armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di sicurezza informatica, stabilendo una serie di rilevanti misure tecniche ed organizzative comuni²⁴. L’evoluzione tecnologica e i mutamenti informatici estremamente rapidi hanno determinato la necessità di un radicale aggiornamento della fonte europea, per cui è stata adottata una nuova direttiva n. 2555/2022 (cd. NIS II), che ha espressamente abrogato la precedente a partire dal 18 ottobre 2024²⁵. La nuova disciplina si applica quindi, oltre ai settori di energia trasporti e sanitario, anche al settore bancario e a quello delle infrastrutture dei mercati finanziari,

²² M. PALAZZO, *Potere della tecnica e funzione del diritto*, cit., 117.

²³ La Direttiva è stata recepita dal legislatore italiano con il d.lgs. n. 65/2018 con il quale si definisce la cornice normativa delle misure da adottare per la sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nonché le competenze da attribuire ai soggetti per dare attuazione agli obblighi previsti a livello europeo.

²⁴ Vengono individuati i principali soggetti chiamati al compito di assicurare nuovi standard di sicurezza; segnatamente l’ambito soggettivo si riparte in due categorie fornite dai cd. Operatori dei servizi essenziali (OSE) ed i Fornitori di servizi digitali (FSD), ai quali vengono rivolti obblighi principalmente per rendere più affidabili le reti utilizzate dai medesimi e minimizzare l’impatto delle minacce più significative sulla continuità delle operazioni e dei servizi svolti nonché ad assicurare la tempestiva comunicazione degli incidenti alle competenti autorità nazionali di vigilanza; L. PREVITI, *La gestione del rischio informatico nella decisione amministrativa robotica*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2022, 2, 69.

²⁵ La nuova Direttiva si inserisce nell’impianto difensivo approntato dalla precedente, «ma innalza significativamente il livello di sicurezza delle reti europee partendo proprio dall’assegnazione di nuovi criteri di individuazione dei soggetti da tutelare. (...) Da un lato ha esteso gli obblighi di sicurezza a una ricca platea di operatori di servizi essenziali pubblici e privati dapprima non ricompresi nel perimetro applicativo della NIS (...); dall’altro ha sottratto ai singoli Stati il compito di identificare gli operatori di servizi essenziali soggetti alla direttiva attraverso la formulazione di criteri auto-applicativi maggiormente precisi e uniformi»; M. MATASSA, *Una strategia nazionale a difesa del cyberspazio*, cit., 637.

distinguendo tra settori ad alta criticità e settori critici²⁶. Permangono invece inalterati la struttura e l'approccio normativo che insistono nel percorrere obiettivi già delineati, vale a dire individuare un livello comune elevato di cybersicurezza nell'Unione Europea per assicurare il miglior funzionamento del mercato interno.

Di conseguenza, si perseguitano due scopi principali: evitare una asimmetria informativa rappresentata da soggetti isolati con forti competenze e conoscenze rispetto ad altri ed assicurare una sempre più simbiotica collaborazione tra il settore pubblico e il settore privato.

Senza indulgere in analisi di dettaglio, peraltro già ampiamente elaborate da importanti studi²⁷, per non perdere lo scopo di comporre un quadro essenziale per poi svolgere alcune riflessioni sul modello pubblicistico adottato per la cybersicurezza nel settore bancario, è sufficiente ai nostri fini evidenziare come la ravvicinata adozione di una nuova direttiva europea che si sostituisce a distanza di un lustro alla precedente, faccia emergere una prima difficoltà del legislatore (sia esso europeo o nazionale), nel prevedere (e comprendere) i risvolti di un mondo virtuale, ineffabile nel suo continuo evolversi.

La disciplina eurounitaria ha di certo svolto, con una cogenza condivisa in ragione dei pericoli sottesi ad ogni incauta sottostima della portata dirompente del *cybercrime*, una vera rincorsa agli aggiornamenti

²⁶ In conformità alla direttiva NIS II, da ultimo in Italia è stata introdotta una nuova legge sulla *cybersecurity*, L. 28 giugno 2024 n. 90, per rafforzare anch'essa la protezione delle infrastrutture critiche e garantire una maggiore resilienza contro le minacce cibernetiche: viene esteso l'obbligo di segnalazione all'ACN negli attacchi entro 24 ore dall'evento subito dalle pubbliche amministrazioni; è introdotta la nomina del responsabile per la cybersicurezza; sono previsti nuovi poteri per l'ACN. Tuttavia, come rilevato, «l'approccio seguito dalla nuova disciplina, pur assicurando necessariamente maggiori forme di tutela e una rafforzata consapevolezza delle criticità che la sicurezza informatica impone nella gestione della cosa pubblica, non interviene in alcun modo su modelli di prevenzione. In alcun modo, infatti, si assiste all'implementazione di *policy* e *governance* in grado di ridurre il pericolo o l'incidenza di attacchi, né, tantomeno, si assumono condotte volte alla formazione e all'aggiornamento delle competenze del personale. Infine, la clausola di invarianza contabile della disciplina, esclude qualsivoglia intervento nell'adozione di tecnologie avanzate per la sicurezza informatica»; A. RENZI, *Proteggere le nuove frontiere del Paese, un'analisi della nuova legge sulla cybersicurezza nazionale italiana*, in *Azienditalia*, 2024, 10, 1117.

²⁷ Limitandoci alle più recenti analisi monografiche, L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023; R. URSI, *La sicurezza pubblica*, cit.; S. ROSSA, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, Napoli, 2023; C. CENCETTI, *Cybersecurity: Unione europea e Italia. Prospettive a confronto*, Roma, 2014.

delle competenze tecniche e al miglioramento delle infrastrutture esistenti, ma soprattutto ha svolto il ruolo di una vera (e necessaria) *koiné* giuridico-tecnologica, al fine di insediare all'interno del mercato unico una consapevolezza da parte di tutti gli attori coinvolti che non può prescindere da maggiori responsabilità²⁸. Di conseguenza non si è potuto rinunciare al ricorso di tradizionali, strumenti di *enforcement* (anche di natura penale) per quei soggetti che violano ripetutamente gli obblighi prescritti, rallentando o impedendo la condivisione di esperienze e soluzioni adottate²⁹.

Non meno importanti risultano anche i limiti di un tale approccio che continua, evidentemente, a inseguire un modello di sicurezza cibernetica che appare ancora sfuocato per i connotati dinamici che si tenta di controllare e prevenire. Per chiarirci meglio, la normativa interviene fondamentalmente nel consolidare ed aumentare le responsabilità dei soggetti, quali gli istituti di credito, e nel reprimere comportamenti errati di questi ultimi.

Se questo approccio, come detto, contribuisce a sviluppare una cultura del rischio informatico, va tuttavia considerato il presupposto che i pericoli non si possono contenere solamente con interventi sugli attori (società e pubbliche amministrazioni), in quanto occorre focalizzare misure anche sul “prodotto” o meglio, come si cercherà di spiegare, sullo specifico assetto che rappresenta la nuova infrastruttura tecnologica³⁰. Se non si svolge una riflessione di ricalibratura del valore ed essenzialità dello strumento informatico, si rischia di frustrare il ruolo degli intermediari finanziari sotto il peso di compiti e misure sempre inferiori e limitati rispetto al dinamismo del mondo virtuale: sarebbe, per assurdo, come pensare di garantire la sicurezza del trasporto ferroviario

²⁸ Si pensi, per le pubbliche amministrazioni, le banche e le assicurazioni alla notifica immediata degli incidenti all'Autorità per la cybersicurezza nazionale entro 24 ore dall'evento; nel caso della banca, ad esempio, deve comunicare alla BCE o alla Banca d'Italia se risulta o meno *significant*, oltre al Garante protezione dei dati personali e all'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN); L. CALANDRIELLO, *Il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica*, in R. URSI, *La sicurezza nel cyberspazio*, Milano, 2023, 139.

²⁹ All'interno dell'organigramma delle società è stato quindi previsto l'inserimento di un nuovo ruolo con la designazione di un responsabile per la *cybersecurity* incaricato di gestire e coordinare tutte le questioni relativi alla sicurezza informatica.

³⁰ Sui rischi connessi alla diffusione e alla comprensione del fattore tecnologico, permane sempre attuale lo studio di A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

migliorando le singole vette, senza curarsi della presenza di una rete di binari inadeguata o incompleta per il transito del treno.

2.2. *I presidi organizzativi nel limbo dell'iperspazio*

Il completamento di questi rapidi tratti ricostruttivi non può esimersi dal richiamare, sempre per brevi cenni, il riassetto organizzativo che la resilienza cibernetica ha comportato, secondo un modello di regolazione incentrata su autorità europee e nazionali. In particolare, sul versante dei settori cc.dd. vigilati, si è intessuta una combinazione tra queste ultime per assicurare, nel loro coordinamento, il migliore sistema di monitoraggio della sicurezza delle infrastrutture informatiche degli intermediari finanziari, affinché siano rispettate le normative di sicurezza per garantire una protezione ai dati sensibili.

Il sistema di intervento e regolazione viene affidato a livello sovranazionale alla BCE, al *Single Supervisory Mechanism* (SSM) e all'Agenzia dell'Unione *European Banking Authority* (EBA), alle quali viene riconosciuta, accanto alla nota supervisione delle banche più grandi nell'area dell'Eurozona, una funzione chiave anche per quanto riguarda la *cybersecurity*.

Senza poter entrare nel dettaglio, si è proceduto a creare un modello reticolare, caratterizzato da una confluenza di attività che si affiancano ai compiti di supervisione bancaria, per acconsentire altresì una vigilanza sulla sicurezza informatica a livello europeo, che consiste prevalentemente nella definizione di politiche e standard per la gestione dei rischi cibernetici unitamente al monitoraggio dei sistemi informatici adottati dagli istituti finanziari³¹.

Quanto al livello nazionale, invece, la Banca d'Italia, è lente di vigilanza principale per il sistema bancario italiano, e si occupa anche di cybersicurezza nel contesto delle istituzioni finanziarie³².

³¹ La EBA, ad esempio, ha stabilito linee guida e *framework* sulla gestione dei rischi informatici per le istituzioni finanziarie, con l'obiettivo di migliorare la protezione delle infrastrutture bancarie e dei dati dei clienti, quali la *Guidelines on ICT and security risk management* (che stabilisce le misure di sicurezza informatica che le banche devono adottare, tra cui la gestione delle vulnerabilità) o la protezione da attacchi DDoS (*Distributed Denial of Service*) e da altre minacce informatiche; P. RUBECHINI, *Criptoattività e blockchain*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 2, 263 ss.

³² La vigilanza prudenziale della Banca d'Italia include l'adozione di misure per gestire i rischi informatici, tra cui la protezione dei dati, la resilienza dei sistemi informativi e la protezione delle infrastrutture critiche; adotta linee guida specifiche per le

Anche la Consob, nel suo compito istituzionale di vigilanza sui mercati finanziari e sulla trasparenza delle attività borsistiche, ha un ruolo, seppure indiretto, nel garantire la sicurezza informatica, soprattutto per quanto riguarda l'uso di piattaforme di *trading* elettroniche e l'integrità delle informazioni finanziarie (monitoraggio dei rischi informatici che potrebbero influire sulla trasparenza e sull'integrità del mercato finanziario), stabilendo specifiche regole sulla sicurezza delle piattaforme e sulla risposta a possibili minacce cibernetiche.

Questo sistema di tecnostrutture è chiamato a coordinarsi con l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN), posta sotto la guida del Presidente del Consiglio dei ministri, per monitorare e rispondere a potenziali attacchi informatici e rischi cibernetici, secondo un consolidato modello organizzativo dell'agenzia amministrativa con cui si coniugano funzioni tecniche ed esigenze di indirizzo e controllo politico³³.

Prima di continuare in questa rassegna di competenze ripartite tra agenzie e autorità indipendenti, non possiamo esimerci dal rilevare che la distinzione, qui seguita per ragioni espositive, tra piani di intervento europei da quelli dei paesi membri sia un'operazione artificiosa se non inutile, dato che la minaccia informatica, come chiarito in premessa, non è legata né a territori né subisce i limiti di eventuali confini fisici. Questo approccio olistico nella ricerca di neutralizzare le minacce cibernetiche, in ragione della natura propria del cyberspazio, ci permette di comprendere anche la parzialità di un'analisi limitata alla vigilanza bancaria, poiché la sicurezza pubblica su questo fronte non può né isolare né escludere alcun soggetto - privato o pubblico - che svolga attività connesse alla rete informatica. E dunque il sistema di vigilanza bancario cibernetico è chiamato, per ciascun livello di supervisione, a dialogare con ogni autorità preposta alla sicurezza informatica; in altri termini è richiesto un coordinamento tra queste autorità preposte alla vigilanza bancaria che non si limita al solo settore di riferimento, ma comprende una interrelazione con il sistema più generale, composto da altre autorità e organismi europei e nazionali, posti sempre a garanzia dei sistemi di pubblica sicurezza cibernetica.

Si pensi al c.d. *Cybersecurity Act* (Reg. UE 2019/881), che attribuisce un ruolo operativo nella gestione delle minacce all'Agenzia europea per

banche e i servizi finanziari su come gestire i rischi informatici, come ad esempio la protezione contro gli attacchi informatici, la gestione dei dati sensibili e la protezione dalle frodi.

³³ G. ARENA, *Agenzia amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, 1999.

la cybersicurezza (ENISA, *European Union Agency for Network and Information Security*, istituita nel 2004) e che crea un quadro comune secondo un approccio molto esteso per la certificazione della sicurezza informatica dei prodotti ICT e dei servizi digitali con il fine di facilitare lo scambio nell'Unione e aumentare la fiducia dei consumatori³⁴.

In Italia si è provveduto alla creazione di un'autorità nazionale presso la quale allocare un ampio numero di funzioni afferenti all'indirizzo e al coordinamento del settore sottoposto a un controllo politico di vertice riconosciuto all'Esecutivo; a partire dalla legge di recepimento della direttiva NIS con il d.l. 105/2019 conv. in l. n. 133/2019 che ha istituito il Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica (PSNC) e il d.l. n. 82/2012 conv. in l. n. 109/2021 che ha istituito l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale³⁵. Quest'ultima è l'autorità di riferimento per la sicurezza informatica in Italia: la sua missione è quella di garantire la protezione delle infrastrutture critiche, della pubblica amministrazione e delle aziende, nonché di coordinare la risposta alle minacce informatiche, con compiti estesi che comprendono la prevenzione e la tutela della sicurezza nazionale nel cyberspazio, l'ispezione, l'accertamento e l'irrogazione delle sanzioni prescritte in caso di violazione della normativa di settore, la gestione delle vulnerabilità informatiche e le attività di contrasto in caso di attacco³⁶.

Quanto alle misure di coordinamento e *governance* del settore, il nucleo per la *cybersecurity* presso l'ACN dovrà coinvolgere di volta in

³⁴ Occorre menzionare il coordinamento esteso anche ad altre agenzie europee, quali l'*European Union Agency for Cybersecurity* (ENISA), la quale, oltre a contribuire alla definizione di norme e standard per la cybersicurezza nell'UE, fornisce supporto agli Stati membri nell'elaborazione di politiche di sicurezza informatica, coordina esercitazioni a livello europeo, e offre consulenza e formazione in tema di cybersicurezza. Vi è inoltre l'*European Cybercrime Centre* (EC3), agenzia di Europol che si occupa della lotta contro il crimine informatico, in particolare nella prevenzione e repressione dei crimini informatici transnazionali (attacchi informatici, frodi online, e crimini legati al *dark web*) e supporta le forze dell'ordine degli Stati membri nella gestione di indagini relative a crimini informatici; G. SGUEO, *Il regolamento Ue 2024/795 e la piattaforma per le tecnologie strategiche per l'Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 3, 343.

³⁵ F. SERINI, *La nuova architettura di cybersicurezza nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021*, in *Federalismi*, 2022.

³⁶ In cooperazione con altre autorità competenti, l'AgID deve determinare il Quadro strategico nazionale per la sicurezza dello spazio cibernetico ed il Piano nazionale per la sicurezza cibernetica e la sicurezza informatica; L. PARONA, *L'istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 6, 713 ss.

volta soggetti istituzionali, tra cui anche la Banca d’Italia, per elaborare le strategie più adeguate in materia di sicurezza³⁷.

L’assetto complessivo, qui ricostruito nelle linee essenziali, mostra un funzionamento evidentemente complesso, dal quale emergono perplessità sul modello adottato prima ancora della “messa a regime” dell’architettura istituzionale così stratificata nelle forme di cooperazione fra le autorità coinvolte³⁸. La necessità e l’urgenza di un apparato difensivo impone, del resto, un attento bilanciamento e un’armonizzazione delle competenze sia per il forte accentramento che queste possono avere convergendo presso delle agenzie amministrative sia per contenere la dispersione di funzioni, le incertezze tra responsabilità reciproche ed il rallentamento nelle procedure di intervento.

Non è dubbio che la complessità del quadro corrisponda ad una complessità degli interessi da contemperare, per cui mantenendo un modello di tipo regolatorio non si potrà prescindere da processi di implementazione e coordinamento che paiono destinati a restare sempre un passo indietro rispetto alla rapidità e alle mutazioni delle minacce informatiche. Se si pensa, difatti, alla sola vigilanza bancaria, si percepisce chiaramente la multipolarità dei bisogni da gestire per cercare un equilibrio fra innovazione tecnologica, tutela del mercato (imprescindibile per operatori, investitori e regolatori) e tutela del risparmio.

Viene allora da chiedersi se il fine di questa particolare e inedita forma di sicurezza pubblica non imponga uno spostamento dell’angolo di visione dei problemi, con l’individuazione della rete tecnologica come un nuovo bene pubblico essenziale, che non trova ancora oggi soddisfacenti condizioni di contemperamento degli interessi coinvolti mediante strumenti generati da un indirizzo pubblico di matrice regolatoria.

³⁷ Nel contesto nazionale, il coordinamento coinvolge altresì l’Autorità Garante per la privacy, la quale sebbene non abbia compiti espresi in materia di cybersicurezza, riveste un ruolo fondamentale nella protezione dei dati personali in Italia; la Polizia Postale e delle Comunicazioni, specializzata nella prevenzione e nell’investigazione di crimini informatici (segnatamente, per reati legati alla cybersicurezza, come il *phishing*, il furto di identità e l’accesso non autorizzato a sistemi informatici).

³⁸ Si tratta, come osservato, di assicurare «un progressivo sviluppo di connessioni sia orizzontali, tra le amministrazioni nazionali coinvolte e tra queste e le omologhe negli altri Stati, sia verticali, tra il sistema nazionale ed i soggetti sovranazionali», sicché la difficoltà principale è quella di coordinare un assetto strutturale della *cybersecurity* eterogeneo e multilivello; I. FORGIONE, *Il ruolo strategico dell’agenzia nazionale per la cybersecurity nel contesto del sistema di sicurezza nazionale: organizzazione e funzioni, tra regolazione europea e interna*, cit., 1129.

Occorre dunque valutare, senza pregiudizio ideologico alcuno, questi nuovi “binari” tecnologici come una rete essenziale e oramai imprescindibile per garantire i diritti e le libertà fondamentali, in un contesto mutato e mutevole di sicurezza del sistema per lo sviluppo economico, per assicurare una tutela pregnante di quel segmento informatico contro le minacce del cybercrimine, senza escludere la possibilità, per arginare la vulnerabilità del sistema, di sottrarre l’*asset* dalle dinamiche incerte del libero mercato.

3. La nuova era del *Fintech*

Il punto di osservazione di questo complesso fenomeno sembra convergere verso quelle recenti discipline che vengono a definire il c.d. *Fintech*, neologismo che descrive una materia di grande rilevanza in quanto include un’inedita e dinamica combinazione di due fenomeni quali la tecnologia e la finanza, entrambi per loro natura sfuggenti³⁹.

Le problematiche richiamate sulle debolezze dei sistemi informatici e sulle continue minacce che subiscono dalla criminalità, contro le quali si riversano gli sforzi dei pubblici poteri di arginare le cause e gli effetti pregiudizievoli, rappresentano uno degli snodi più complessi di regolazione del *Fintech* nello spazio digitale: la prospettiva che si è andata delineando vede i risparmiatori, e di riflesso gli istituti di credito, coinvolti nel pagare il prezzo della fuga dai canali tradizionali di circolazione e gestione della ricchezza mentre il diritto, dal canto suo, ha cercato con fatica di riprendersi il suo spazio, soprattutto in termini di sicurezza e garanzia del risparmio e delle transazioni.

Nelle analisi più accurate sul complesso fenomeno del *Fintech*⁴⁰, si coglie come gli attacchi informatici rappresentino solo una delle facce del poliedrico settore: vi è difatti un tema di rafforzamento delle infrastrutture tecnologiche per superare le criticità della fragilità della rete; si evidenzia inoltre la presenza di conflitti di interesse e l’opacità nelle

³⁹ Pur in assenza di una precisa e puntuale definizione si rileva come Banca d’Italia, riprendendo una nozione elaborata dal *Financial Stability Board* del 2017, definisce il termine *Fintech* come «l’innovazione finanziaria resa possibile dall’innovazione tecnologica, che può concretizzarsi i nuovi modelli di business, processi o prodotti, producendo un effetto determinante sui mercati finanziari, sulle istituzioni o sull’offerta dei servizi» (in *Indagine conoscitiva sulla adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, dicembre 2017).

⁴⁰ La bibliografia risulta oramai molto ampia: da ultimo anche per i riferimenti bibliografici, *Diritto del fintech*, a cura di M. CIAN – C. SANDEI, Milano, 2024.

strutture di governo delle *Fintech* e dei protocolli; emerge con grave preoccupazione la sussistenza di interdipendenze di mercato anche con riguardo ai mercati tradizionali; in questo insieme problematico si difonde con estrema rapidità l’insorgenza di collegamenti con la criminalità⁴¹. Nel campo di incontro tra finanza e tecnologia, la nozione di sicurezza pubblica e informatica (c.d. resilienza operativa digitale), si estende quindi a tutti questi profili che, su piani differenti, contribuiscono ad indebolire o a compromettere il funzionamento dei mercati economici.

Per queste ragioni, si riscontra una disciplina ipertrofica che coinvolge, come appena visto, numerose autorità di regolazione e vigilanza, in un contesto regolatore che soggiace a due gravi sbilanciamenti, nel senso che per un verso, le discipline adottate non devono intervenire in ritardo per non creare un *vulnus* di tutela e controllo del sistema, ma allo stesso tempo, per altro verso, non possono anticipare troppo i tempi per non deprimere il processo evolutivo⁴².

Queste situazioni di difficoltà ed i limiti sopra esposti, delineano un difficoltoso percorso per il raggiungimento di un equilibrio tra l’imposizione di nuove regole e la dinamicità del fenomeno digitale in un sistema di regolazione della sicurezza digitale nel settore bancario. In altri termini: può la costruzione dell’assetto descritto nel ricalcare i parametri propri della regolazione economica del mercato essere traslato sul fronte della protezione del mercato medesimo nello specifico ambito della cybersicurezza?

È noto a tutti come la funzione preminente della *Economic regulation* sia un’altra, vale a dire affidare a soggetti regolatori il compito di adottare forme di intervento che sono per il mercato o nel mercato⁴³; ma

⁴¹ C. SANDEI, *Fintech, quo vadis? Un’introduzione allo studio del diritto europeo del fintech*, in *Diritto del fintech*, a cura di M. CIAN – C. SANDEI, cit., xxxiii ss.

⁴² Analoghi limiti vengono sollevati, in termini del tutto plausibili, sul conseguimento di adeguate misure di sicurezza attraverso un impianto regolatorio: «per un verso è difficile regolare l’innovazione *ex ante*, proprio perché si tratta appunto di innovazione quindi l’oggetto il fenomeno ai quali dovrebbero applicarsi le regole non sono chiaramente definiti. Per altro verso la regolazione *ex post* rischia di arrivare troppo tardi, quando i diritti e i valori fondamentali e costitutivi dell’ordinamento europeo possono già essere stati violati, in forme e modalità inedite rispetto al passato»; L. TORCHIA, *Pubblica amministrazione e transizione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 6, 730.

⁴³ M. D’ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione concorrenza*, G. TESAURO - M. D’ALBERTI (a cura di), Bologna, 2000,

la gravità del *default* che vulnera i presidi di cybersicurezza (come, ad esempio, per il settore della intermediazione finanziaria) può arrivare, come più volte ricordato, al blocco del sistema e determinare pericoli irreversibili per i diritti dei cittadini e per il mercato economico. In termini di efficacia e di opportunità la questione sulla *cybersecurity* nello specifico ambito finanziario, piuttosto che all'interno della regolazione pubblica dei settori economici⁴⁴, andrebbe concepita con paradigmi di intervento pubblico propri della sicurezza nazionale⁴⁵. Invero, la prospettiva legata alla esigenza di difesa e di imputazione di responsabilità, comporta non tanto un'attività per far crescere e sostenere il mercato, bensì un'azione mirata che interviene dal mercato o al limite con il mercato. Del resto, appartiene all'esperienza della storia dei sistemi economici dei mercati la presenza di situazioni che impediscono il raggiungimento di risultati ritenuti indispensabili dalla collettività e per essa dai pubblici poteri, come nel caso in cui l'esercizio di libera attività economica presupponga capacità finanziarie che i privati potrebbero non avere (si pensi ad esempio alla costruzione di reti infrastrutturali), sicché risulta necessario un intervento diretto dello Stato (che nel caso costruisca, ad esempio, una rete ferroviaria per poi, maturate le condizioni di sviluppo ed economiche adeguate, avviare una liberalizzazione graduale dell'utilizzo dell'opera infrastrutturale).

171 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002.

⁴⁴ Forma che viene declinata, secondo uno schema ricostruttivo consueto, nell'individuazione di un regolatore pubblico (il soggetto), gli obiettivi da assicurare per modificare e sostenere un assetto che se lasciato a sé stesso non arriverebbe ad un livello ottimale (le finalità), il mercato (l'oggetto), i poteri attraverso cui conformare le attività (le modalità); F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2018, 702.

⁴⁵ Nella risalente dialettica costituzionale dei rapporti tra autorità e libertà, la sicurezza pubblica comporta l'esercizio di funzioni preordinate ad assicurare non solo la ordinata convivenza civile, ma altresì la prevenzione di reati che non può prescindere da valutazioni prognostiche per arginare i pericoli che connotano ogni fenomeno criminogeno (B. TONOLETTI, *Ordine e sicurezza pubblica*, in *Enc. dir., I Tematici III*, Milano, 2022, 791 ss.). Non si tratta quindi di sostenere l'adozione di misure preventive e di controllare il loro utilizzo, bensì di intervenire alla radice del problema se si intende contenere la minaccia dei rischi informatici, nel senso di individuare il "prodotto" informatico ed il sistema di rete da sottoporre a stringente verifica da parte dei pubblici poteri.

Quid juris, allora, se la rete infrastrutturale è di natura informatica ed i servizi che con essa sono erogati non garantiscono gli standard di sicurezza richiesti, minacciando costantemente l'utenza e gli operatori economici di settori, come quello finanziario, fondamentali per la tenuita e lo sviluppo del mercato economico?

Non è dubbio che indirettamente la pubblica sicurezza cibernetica contribuisca ad aumentare l'efficienza dei mercati nel produrre beni e servizi, a garantire quelle discipline e misure – proprie della regolazione economica – poste a tutela della concorrenza e a surrogare il normale funzionamento del medesimo, cioè ad evitare che un bene o un servizio che il mercato tenderebbe a produrre non venga prodotto ovvero a garantire che qualche risultato, che altrimenti non si produrrebbe, si produca: tuttavia, qui l'orizzonte è differente, in quanto il fine che si intende perseguire assume una matrice di sicurezza pubblica, seppure in un contesto di assoluta modernità e di specialità del mondo digitale.

Si coglie dunque una difficile sovrapposizione delle due prospettive: rispetto ad un'operazione di intervento necessitata dal fatto che se il mercato venisse lasciato a sé stesso e alle sue dinamiche, si perverrebbe ad un assetto considerato non ottimale (*market failures*), qui siamo invece di fronte ad una operazione di difesa dall'interno del mercato medesimo. L'approccio allora dovrebbe propendere più che verso una matrice deontologica, vale a dire sul come dovrebbe essere la dimensione (di stampo regolatorio), verso una costruzione ontologica, nel senso del come permettere la sopravvivenza del mercato e con essa la sicurezza, la fiducia dei risparmiatori e la tutela del sistema bancario.

3.1. *La tecnologia dell'informazione e della comunicazione (ICT) nel settore finanziario: un oligopolio naturale virtuale?*

I servizi di *Information and communication technology* (ICT) rappresentano una sintesi tra l'informatica e le telecomunicazioni, sicché comprendono ogni settore legato allo scambio di informazioni e tutti i metodi e le tecnologie che servono a realizzarlo, compreso l'*hardware*, il *software* ed i servizi connessi⁴⁶. Come puntualmente rilevato «si è così creata una co-dipendenza tra settore finanziario e ICT che ha gene-

⁴⁶ F. CAPRIGLIONE, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 374 ss.

rato differenti fenomeni rilevanti per il diritto dell'economia conferendo al fintech un'autonoma rilevanza»⁴⁷.

L'inquadramento delle ICT si inserisce pienamente nelle coordinate esposte in premessa, in quanto viene eliminata la dimensione territoriale dei mercati e i rapporti giuridici sono slegati dalla individualità dei soggetti che ne sono parte, consentendo agli operatori del settore di realizzare rapporti giuridici complessi a cui prendono parte più soggetti, alcuni dei quali non entrano in diretto contatto con loro⁴⁸.

Questi eventi tra loro interconnessi determinano rischi che hanno trovato principalmente nella resilienza cibernetica, attuata – come visto poc'anzi – mediante la regolazione economica, la prevalente risposta alla garanzia della fiducia nel settore finanziario europeo e alla sua stabilità⁴⁹.

La matrice regolatoria della resilienza operativa digitale non muta quindi nelle fonti dettate per le ICT concernenti lo specifico settore finanziario, come conferma il Regolamento (UE) del 27 dicembre 2022 (n. 2554/2022, *Digital operational resilience for the financial sector*, DORA), entrato in vigore il 17 gennaio 2023 con valore vincolante a partire dal 17 gennaio 2025⁵⁰.

In effetti, la fonte europea rafforza l'obiettivo di introdurre misure volte ad armonizzare le discipline della finanza digitale proponendosi di regolare in maniera uniforme e integrata le misure per la prevenzione e la gestione dei rischi relativi all'interconnessione tra settore finanziario.

⁴⁷ M. PIGNATTI, *La resilienza operativa digitale per il settore finanziario tra vincoli contrattuali responsabilità*, cit., 649.

⁴⁸ A. M. PANCALLO, *Il digital lending: la «disumanizzazione» della filiera del credito*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 398 ss.

⁴⁹ F. CAPRIGLIONE, *Le cripto attività tra innovazione tecnologica ed esigenze regolamentari*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 254.

⁵⁰ La gestione dei rischi legati alle ICT si sostanzia in tre attività principali: si prevedono standard uniformi per la gestione dei rischi ICT e l'adozione, da parte degli intermediari finanziari, di procedure di sicurezza avanzata per proteggere le proprie reti e di propri sistemi informatici; viene rafforzato l'obbligo di segnalare tempestivamente gli incidenti significativi alle autorità competenti per garantire una risposta coordinata da parte di queste ultime e contenere gli effetti pregiudizievoli sull'utenza; viene poi previsto, con una certa regolarità, lo svolgimento di test di resilienza operativa digitale, per verificare l'efficacia delle misure adottate e migliorare la capacità di risposta in caso di emergenza; M. RABITTI, *Le regole di supervisione nel mercato digitale: considerazioni intorno alla comunicazione Banca d'Italia in materia di tecnologie decentralizzate nella finanza di cripto-attività*, in *La supervisione finanziaria dopo due crisi*, cit., 343.

rio e ICT⁵¹. Segnatamente, la finalità della resilienza operativa digitale, secondo quanto indicato dal Reg. 2554/2022, è quella di sviluppare nell'ambito del *Fintech* una capacità degli intermediari finanziari di resistere ad ogni perturbazione e minaccia dei sistemi informatici e di rete per lo svolgimento dei processi commerciali, per permettere a questi ultimi «di mantenere il pieno controllo sui rischi informatici» (considerando n. 21, DORA).

Sin da subito si comprende dunque una dipendenza sempre più elevata del settore finanziario e degli operatori economici dai *software*, dai processi digitali e dall'*outsourcing* tecnologico⁵².

Tuttavia, al contempo, il quadro si presenta molto intricato, in quanto racchiude un dedalo di relazioni e di tecnicismi che rendono complicati tutti i processi identificativi basilari, sia nell'oggetto (cosa può essere definito attività finanziaria), sia nel soggetto (quando e perché dovrà essere imputata l'attività e soprattutto a chi)⁵³.

Non va dimenticato, inoltre, come le criticità in questo contesto peculiare risiedano o trovino il proprio fondamento al di fuori dell'ambito finanziario e richiedano quindi professionalità scientifiche e tecniche

⁵¹ In particolare, è prevista l'elaborazione congiunta da parte delle *European supervisory authorities* di norme tecniche di regolamentazione comuni (*Regulatory technical standars – RTS*), per fornire indicazioni uniformi in determinati ambiti. Le RTS rappresentano dei documenti di natura tecnica, utili per dotare i soggetti destinatari di indicazioni interpretative e di possibili soluzioni operative da adottare all'interno delle rispettive procedure di sicurezza e di gestione dei rischi. A loro volta ai sensi dell'art. 4 del Reg. DORA, i soggetti destinatari possono integrare queste previsioni e adattarle in ragione della loro dimensione, della loro operatività e del loro profilo di rischio complessivo.

⁵² Sicché «la necessità per gli operatori del mercato finanziario di ricorrere a soggetti esterni per lo sviluppo e la gestione dei servizi ICT (da cui ormai dipende o co-dipende il settore) individuata come un'autonoma categoria di rischio» dal Regolamento UE n. 2554/2022 (artt. 28-45); M. PIGNATTI, *La resilienza operativa digitale per il settore finanziario tra vincoli contrattuali responsabilità*, cit., 653.

⁵³ A tendere, in un prossimo scenario, il quadro presenterà ulteriori profili di criticità con l'irrompere, nell'ambito bancario come in quello finanziario assicurativo, dei sistemi di Intelligenza Artificiale (IA) «in cui le capacità predittive degli operatori (rispetto, ad esempio, alla valutazione del merito creditizio) costituiscono l'elemento fondante ai fini del contenimento dei rischi e della corretta (*rectius*: sana e prudente) gestione»; sicché, l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nella gestione dei rischi porterà non solo ad un'espansione della funzione «predittiva» ma anche all'applicazione di misure per contenere o superare in tempi rapidi la fase «patologica»; A. BLANDINI – M. GIGLIOTTI, *Fintech e innovazione digitale, prospettive applicative nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Banca*, 2024, 5, 711.

specifiche per la loro risoluzione, quantomeno fino alla palingenesi che si attuerà con l'introduzione dei sistemi algoritmici ed intelligenza artificiale⁵⁴.

Pur nella non difficoltà di cogliere questi aspetti problematici, il regolamento DORA si inserisce nel solco regolatorio della disciplina e si propone di bilanciare i differenti interessi e riequilibrare i rapporti di forza (soprattutto sulle asimmetrie delle conoscenze tecnologiche) tra i due settori del *Fintech* mediante misure che intervengono su un triplice spettro: (i) sulle relazioni contrattuali (prevedendo vincoli negoziali eteronomi), (ii) sul potere di esercizio di interventi di vigilanza (soprattutto qualora i fornitori di servizi ICT siano qualificati come critici o risultino stabiliti in paesi terzi) ed infine (iii) sul regime di responsabilità dell'operatore economico bancario.

3.1.1. L'eteronormazione negoziale

Con una scelta piuttosto idealistica, viene concepita una protezione del sistema attraverso misure eteronome indirizzate a rafforzare i rapporti negoziali per gli operatori economici che fruiscono dei servizi di ICT. Il regolamento DORA rivolge una particolare attenzione all'analisi precontrattuale, per individuare i rischi connessi all'utilizzo di tali strumenti e vincolare, di conseguenza, l'autonomia contrattuale delle parti⁵⁵. Questo tipo di scrutinio viene svolto in collaborazione con le au-

⁵⁴ Lo scenario nel prossimo futuro, soprattutto nei rapporti tra le autorità di vigilanza e di soggetti regolati, determinerà un nuovo e profondo mutamento del mercato. Il sistema odierno viene descritto come *RegTech*, quale espressione di un ormai affermato processo di digitalizzazione «che ha visto come protagonista il sistema bancario, grazie all'utilizzo di strumenti tecnologici al fine di gestire gli aspetti normativi e legislativi del settore di riferimento, oltre alla reportistica e alle segnalazioni dovute all'authority da parte dei soggetti controllati»; con l'introduzione delle tecnologie di IA si procederà ad un'attività di *SupTech*, con determinanti algoritmiche che avranno, nel caso delle banche, non solo il compito di elaborare misure di prevenzione (predittive) del rischio di impresa, ma anche soluzioni di reversibilità della medesima; A. BLANDINI – M. GIGLIOTTI, *Fintech e innovazione digitale, prospettive applicative nella liquidazione coatta amministrativa*, cit., 724.

⁵⁵ Si tratta principalmente dell'individuazione delle funzioni essenziali o importanti, dell'analisi dei rapporti societari di tali soggetti ed i possibili conflitti di interesse, della gestione e la sicurezza dei dati e dei correlati rischi informatici, della realizzazione di test adeguati a verificare la funzionalità e resilienza dei sistemi adottati.

torità di vigilanza, che supportano la stesura degli accordi commerciali da parte degli intermediari finanziari⁵⁶.

Un ulteriore elemento di rilievo riguarda l'ambito soggettivo del fornitore. La disciplina europea suddivide i rischi connessi ai rapporti contrattuali con soggetti terzi sulla base delle caratteristiche del fornitore del servizio ICT, dell'oggetto delle prestazioni contrattuali e delle modalità con cui sono prestate. Questi soggetti vengono distinti tra terzi fornitori di servizi ICT e terzi fornitori critici. In particolare, questi ultimi rilevano se siano stabiliti in uno stato europeo ovvero in uno stato esterno all'Unione.

Si delinea complessivamente una forma di “sostegno” a favore degli operatori economici europei, come se vi fosse un *factum principis* che incombe sul mercato interno e che vincola chiunque intenda perfezionare un contratto di servizio nell'ambito delle ICT, partendo dal presupposto che gli operatori economici europei siano una parte negoziale debole nelle trattative o comunque privi delle conoscenze tecniche colmate proprio dall'attività di vigilanza.

Non necessitano ampie argomentazioni per svelare i limiti della scelta di imporre all'accordo economico determinate prestazioni. Il presupposto più evidente è la preoccupazione di una dipendenza dagli strumenti di ICT, dipendenza al momento irreversibile (nella scelta di esternalizzare servizi che le banche non riescono a istituire e gestire al proprio interno), che a sua volta determina una dipendenza da soggetti terzi la cui maggiore conoscenza delle dinamiche tecnologiche può comportare distorsioni e alterazioni del mercato finanziario (con tratti quindi di oligopolio naturale informatico).

Peraltro, il quadro di riferimento si complica quando il fornitore ha sede in un paese estraneo all'Unione europea (Asia o Usa⁵⁷), in quanto

⁵⁶ La definizione delle clausole contrattuali viene quindi definita in base all'analisi dei rischi secondo i parametri fissati dal regolamento DORA: si tratta di elementi essenziali minimi del contratto e vincoli prestazionali connessi alla fornitura di servizi a supporto di funzioni essenziali che la disciplina Ue definisce vincolando l'autonomia contrattuale delle parti. La normativa, tuttavia, non specifica quali siano gli effetti di eventuali carenze sulla validità del contratto; M. RABITTI, *Due diligence sulla sostenibilità e digitalizzazione della catena del valore: l'apporto di blockchain e smart contracts*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2023, 172.

⁵⁷ Oggi l'Europa dipende strategicamente soprattutto dalla Cina e dagli Stati Uniti (che assumono una posizione dominante nei servizi ICT, quali ad esempio il *cloud*); R. MASERA, *L'Europa l'unione europea e l'eurozona: crisi e proposte di soluzione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 167.

si affianca un terzo livello di dipendenza, legato al mercato e all'ordinamento di appartenenza di quest'ultimo. Al confronto con ordinamenti e discipline delle aree extraeuropee, va menzionata altresì la presenza di una prassi che solitamente porta alla creazione di catene di subappalto, con una conseguente polverizzazione delle responsabilità tale da rendere evanescente qualsiasi attività di vigilanza.

Si delinea insomma un meccanismo di limitato respiro sia nell'ambito interno al contratto che su quello esterno. Nel primo senso, il filtro della eteronormazione appare estremamente debole nei confronti degli operatori di ICT e al tempo stesso molto gravoso sulla *governance* delle banche sulla libertà a contrarre. Si pensi solamente agli eventuali effetti dovuti ad una risoluzione per inadempimento del fornitore: chi può sostituirlo, con quali tempi e con quali conseguenze per l'utenza e per la reputazione dell'istituto finanziario.

Questi profili si collegano poi con il secondo aspetto relativo all'offerta del servizio: la presenza di un numero limitato di fornitori delle ICT non gioca a favore dei limiti imposti dall'Unione Europea agli accordi commerciali e alle situazioni di controllo previste nel regolamento DORA.

3.1.2. Le responsabilità

Pur non potendo entrare nel dettaglio tecnico, risulta sufficiente rilevare come la declinazione dei generali criteri di uniformità e di integrazione si attua mediante misure dettate per la prevenzione e la gestione dei rischi relativi all'interconnessione nel settore finanziario ICT: in breve, viene contemplata la definizione e il costante aggiornamento di sistemi e protocolli per gestire i rischi informatici; occorre procedere all'identificazione dei ruoli e delle responsabilità nelle funzioni svolte dall'operatore finanziario con strumenti di ICT; va assicurato il controllo costante della gestione dei dati; devono essere individuati i punti di vulnerabilità anche mediante test di operatività digitale e la gestione di eventi di rischio, per mantenere la continuità mediante appositi piani e procedure di *backup*.

Sono questi strumenti di certo utili e necessari anche se, come comprensibile, l'estensione delle responsabilità in capo all'impresa appare una strategia passiva di difesa che non risolve il nodo centrale della questione, in quanto non supera la dipendenza di quest'ultima dai servizi e dagli operatori specializzati in ICT.

Del resto, come più volte ribadito, ci si ritrova di fronte ad un pericolo che è *in re ipsa*, vale a dire una scelta vincolata per gli operatori del mercato finanziario, i quali non hanno alternative se non ricorrere a soggetti (privati) esterni per lo sviluppo e la gestione dei servizi ICT.

Rebus sic stantibus, non si può uscire da questo perimetro, salvo abbandonare una visione difensiva maggiormente dettata dal timore delle conseguenze che da una strategia di *exit* dal problema, che può avviarsi solamente se si supera la concezione europea mercatocentrica, poiché in questo quadro economico il mercato unico è solo uno degli attori coinvolti nel più ampio mercato globale. Ciò comporta una presa d'atto della difficile se non impossibile *reductio ad unitatem* della pluralità delle discipline di settore, per le quali non valgono le intensità delle garanzie di sicurezza e di affidabilità richiesti dall'Unione europea, ma con le quali occorre confrontarsi finché non si potrà fare a meno di esternalizzare prestazioni rilevanti come quelle delle ICT.

3.1.3. Le attività di vigilanza

Altrettanto delicata appare l'attività di supervisione, atteso che l'esternalizzazione dei servizi ICT comporta l'accesso alle informazioni sensibili e ai dati finanziari da parte di questi soggetti terzi. Viene così a configurarsi una forma di vigilanza interna dell'operatore economico, volta a garantire un livello di autonomia minimo, anche di carattere tecnico, rispetto ai fornitori ICT, ed una vigilanza esterna sui fornitori di servizi ICT che, in linea generale, non esercitano attività di natura finanziaria sottoposti alla vigilanza di autorità preposte alla regolazione del mercato finanziario, bancario e assicurativo.

Le autorità di vigilanza sono dotate di poteri di indagine, ispettivi e di raccomandazione il cui inadempimento può comportare l'adozione di sanzioni amministrative di natura economica, reputazionale ed infine negoziale, che possono sospendere temporaneamente o prevedere la risoluzione del contratto con un fornitore terzo critico ICT⁵⁸.

L'attività di vigilanza interviene a supporto dell'analisi e gestione rischi in chiave di prevenzione e mitigazione degli eventi e dell'attività contrattuale con terzi fornitori di servizi ICT quale strumento istituzionale di garanzia da asimmetrie informative e a tutela del risparmio.

⁵⁸ Sullo specifico potere sanzionatorio nelle discipline di settore bancario, M. PASSALACQUA, *Tipologie, procedimenti e approcci sistematici*, Padova, 2005.

Resta sullo sfondo il tema del deficit di competenze tecniche dell'operatore finanziario che l'attività di vigilanza è chiamata a compensare con il ricorso ai vincoli negoziali previsti a livello normativo. Ma a ben vedere, queste misure possono assumere una reale efficacia solamente se si procede verso un piano europeo di investimenti in infrastrutture ICT, per ridurre le molteplici cause di questa dipendenza tecnologica e l'origine di rischi esiziali per il sistema finanziario. L'obiettivo di mobilitare risorse per gli investimenti in tecnologie strategiche, preservando al tempo stesso condizioni di parità tra gli Stati membri e promuovendo la coesione e la distribuzione geografica equilibrata dei progetti finanziati, appare un percorso largamente inteso come prioritario⁵⁹, anche se occorre prima chiarire quale modello di gestione dei servizi ICT, nell'attuale contesto, sia il più adeguato ad un rapido ed efficace cambio di rotta, per ristabilire un'indipendenza europea sul mercato finanziario interno ed internazionale.

3.2. *Neutralità tecnologica: tra mito e realtà*

Per quanto appaia rassicurante il principio di neutralità tecnologica (nel senso di garantire pari condizioni di mercato) è chiara la difficoltà di realizzare tali condizioni o di prevedere un approccio flessibile alle diverse tecnologie a disposizione, senza che una prevalga necessariamente sulle altre. Sussiste anche il problema di matrice tecnica o di interruzione nei servizi forniti dai terzi fornitori, con una difficoltà anche nella sostituzione di un fornitore di servizi ICT. Non solo, ma il ricorso al medesimo fornitore per più tipologie di servizi accresce gli effetti di dipendenza dell'operatore finanziario dal fornitore medesimo. Quest'ultimo può risultare in una posizione dominante nel mercato, con la conseguenza di limitare il numero di concorrenti fornitori ICT. Inoltre, qualora più operatori del settore finanziario ricorrano al medesimo fornitore o vi siano interdipendenze societarie tra questi, si possono generare conflitti di interesse riducendo la capacità di prevedere condizioni contrattuali proporzionate alla tipologia di prestazione e di rischio. Sono questi i principali aspetti di sbilanciamento di ogni mercato che necessitino delle risorse ICT e che delineino, nella compagine degli operatori che forniscono tali servizi, una sorta di oligopolio (per una presenza circoscritta in alcuni paesi del mondo) naturale (per l'esclusi-

⁵⁹ A. BROZZETTI, *Il diritto europeo della banca e della finanza tra passato e futuribile*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2023, 6 ss.

vità delle risorse e delle conoscenze tecnologiche) virtuale (in quanto operano solamente nella dimensione digitale).

Come appena ricordato, la disciplina europea sulla resilienza operativa digitale nel settore finanziario si limita principalmente ad incidere sul contenuto del contratto con terzi fornitori di servizi ICT in relazione a delle funzioni “essenziali e importanti”, nell’attività di vigilanza sui fornitori terzi considerati “critici” oltre che nelle specifiche misure di responsabilità imposte alle banche. Questi rappresentano i tre principali strumenti con cui bilanciare i molteplici interessi per riequilibrare la dipendenza del settore finanziario da quello tecnologico, strumenti che non si sottraggono a importanti considerazioni critiche e ad ulteriori limiti (rispetto a quelli già decritti) congiunturali del sistema.

Il controllo sulla efficacia degli accordi stipulati demandata all’Autorità di sorveglianza non chiarisce evidentemente gli effetti di eventuali carenze sulla validità del contratto: si pensi alla difficoltà ad imporre determinate clausole all’interno del contratto, in cui tutti gli elementi che vengono definiti armonizzati (standard e strumenti tecnici, clausole contrattuali, previsioni normative): nel loro complesso riescono a incidere in misura molto contenuta sulla forza contrattuale delle aziende ICT, soprattutto per quei servizi i cui mercati sono caratterizzati da una ridotta concorrenza oltre al fatto che non hanno forme di efficacia sulla effettiva e corretta esecuzione di prestazioni contrattuali in aspetti e attività di cui i fornitori detengono un *know how* specifico⁶⁰.

Si delinea quindi la definizione di un regime di responsabilità che ricade principalmente sulle entità finanziarie. Eventuali inadempimenti e violazioni dei vincoli contrattuali da parte di un fornitore terzo critico possono comportare una immediata cessazione dei rapporti contrattuali, ma il possibile impatto negativo conseguente all’interruzione del servizio richiede di valutare possibili misure correttive, compresa la possibile mancanza di alternative del settore ICT, che potrebbe limitare in concreto l’esercizio della risoluzione del contratto.

Infine, la previsione di un apparato sanzionatorio quantificato sul fatturato globale e di sanzioni reputazionali, rappresentano misure di *enforcement* non certamente preventive bensì successive al verificarsi di eventuali rischi e possono determinare una riduzione dell’interesse

⁶⁰ M. PIGNATTI, *La resilienza operativa digitale per il settore finanziario tra vincoli contrattuali responsabilità*, cit., 666.

per i prestatori internazionali di servizi ICT verso rapporti contrattuali con operatori finanziari europei⁶¹.

Dunque, l'attività di vigilanza può essere svolta, pur con i limiti di efficacia descritti, sul contenuto del contratto o sugli standard minimi di qualità tecnologica utilizzata, ma non riesce con gli strumenti di regolazione ad intervenire sul mercato di riferimento degli ICT, lasciando quindi aperta la questione della dipendenza e dei correlati pericoli di vulnerabilità della sicurezza pubblica informatica.

4. Verso l'idea di un servizio a regime pubblicistico di ICT?

Alla luce delle considerazioni brevemente esposte nella limitata analisi sulle regole di supervisione nel mercato digitale, possono essere indicate alcune suggestioni che andranno evidentemente approfondite.

Come sempre accade nella costruzione di sistemi di regolazione economica sovranazionali (e negli ultimi anni abbiamo assistito ad un incremento di tali esperienze, soprattutto nel settore bancario), si presentano problemi di funzionamento delle architetture istituzionali, messi in evidenza da analisi critiche del sistema⁶². Nella maggior parte dei casi, le criticità che emergono non mettono in discussione la scelta di procedere con un impianto di regolazione economica, ma si limitano a osservare l'opportunità di adottare forme e declinazioni più intense o più rarefatte⁶³.

Nella conduzione di questa analisi, invece, si è inteso partire da più lontano, per permettere di offrire una visuale di un insieme intensamente interconnesso e di difficile decifrazione, quantomeno in termini di controllo. Come visto, la dematerializzazione del cyberspazio non si sottrae ad una, seppure inedita, conflittualità e presenta particolari problemi, per così dire, di ordine pubblico virtuale.

⁶¹ L'impianto sanzionatorio previsto dall'art. 10 del Regolamento DORA prevede un regime articolato su diversi livelli di responsabilità in base alla violazione compiuta: l'applicazione di sanzioni pecuniarie prevede massimali pari al 10% del fatturato annuo del soggetto responsabile; sono poi previste sanzioni accessorie, come l'interdizione temporanea dagli incarichi di amministrazione o controllo, irrogabili in caso di infrazioni gravi.

⁶² Sia a tal fine permesso il rimando ad A. CLINI, *Funzione monetaria e organizzazione nell'Unione Europea*, in P.A. Persona e amministrazione, 2020, 1, 103 ss.

⁶³ E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2018, 2 ss.

L'elaborazione di sistemi di cybersicurezza sono divenuti luoghi centripeti di interessi generali per la sicurezza sociale e la competitività economica, in considerazione del continuo innalzamento non solo dei *cyber attacks* e del loro impatto economico sui risparmi dei cittadini europei, ma delle incidenze che possono determinare il *blackout* di singoli sistemi (di servizi e di attività economiche) che necessitano l'utilizzo di piattaforme digitali.

Anche il mondo bancario risulta al centro di queste problematiche. La resilienza cibernetica, o operativa digitale, nel settore vigilato si è attivata per garantire una sicurezza delle reti informatiche e dei dispositivi elettronici per tutti gli intermediari finanziari, affidando le competenze alla supervisione delle Autorità di vigilanza secondo un modello di intervento regolatorio. Nello specifico, le banche hanno dovuto esternalizzare i servizi tecnologici ed informatici a società di ICT che, nella maggior parte dei casi, risiedono in Paesi extra UE. Di qui, una prima perplessità sulla inclusione nella supervisione prudenziale di compiti afferenti alla sicurezza cibernetica.

I rapporti di vigilanza hanno certamente agevolato la diffusione di una *koinè* giuridico-tecnologica, elevando la conoscenza e le responsabilità dei singoli operatori economici a fronte delle minacce cibernetiche. Tuttavia, i limiti sono molto evidenti e non sono legati alla "messa a regime" di un nuovo coordinamento nel settore della cybersicurezza, in quanto denotano una sostanziale incapacità di controllare e prevenire i rischi sottesi. Difatti, le forme di eteronormazione dei contratti con le società non europee di ICT, come visto, risultano evanescenti sul fronte del rispetto degli adempimenti negoziali e degli effetti risolutori del contratto.

L'assetto dei controlli finisce per ricadere sulle responsabilità dell'istituto finanziario che accumula numerosi obblighi senza poter vedere una soluzione al necessario *outsourcing* e alla correlata dipendenza dai servizi ICT né una risposta certa ai pericoli del cybercrimine.

Si rafforza un *enforcement* sugli attori mentre il prodotto, vale a dire l'*asset* informatico, viene marginalmente presidiato.

Per tali ragioni, il *focus* delle analisi sin qui condotte porta a mettere in dubbio l'utilità di un modello regolatorio come sistema di sviluppo della sicurezza declinato sulla specificità dei servizi di ICT.

Innanzitutto, l'intervento normativo non assicura una tempestività della disciplina sincronizzata con il dinamismo e la velocità propria dei sistemi digitali, con l'effetto di prevedere *ex ante* in modo troppo stringente, bloccando il processo innovativo sul piano evolutivo, o *ex*

post, intervenendo una volta che i diritti e la reputazione degli operatori economici siano stati già vulnerati.

Del resto, la funzione propria della *economic regulation* è quella di supportare il mercato, per agevolare il superamento delle possibili *failures*; l'attività di cybersicurezza è invece un presidio di difesa del mercato, che non vuole mutarne la fisionomia per ottimizzarlo, ma vuole rendere sicura proprio quella fisionomia esistente.

Per questo la costruzione di una sicurezza pubblica cibernetica del mercato, e nello specifico del settore bancario, non può rivestire una matrice deontologica (prettamente di stampo regolatorio) bensì deve fondarsi su un approccio ontologico, di protezione dell'esistente del mercato. Poiché il settore specifico di ICT riveste una posizione di dominio sulle attività degli intermediari finanziari, tale da rappresentare una forma di concentrazione di potere (tecnologico) che rende non solo il mercato europeo dipendente ma lo espone a rischi sempre nuovi e imponentabili, si dovrebbe riconoscere una valenza di servizio essenziale a questo segmento digitale e ricavarne una protezione che, quantomeno in una prima fase di assestamento, possa godere delle garanzie di una qualificazione pubblica nel suo regime di esercizio⁶⁴.

Di certo, l'Unione europea ha di fronte, come sempre accade nei passaggi storici più intensi e generali, una battaglia culturale che si consuma in una capacità di investimento nel settore ICT per colmare il gap tecnologico esistente⁶⁵. Poiché l'utilizzo di questi sistemi avviene *hic et nunc*, i tempi legati allo sviluppo e alla crescita di una valida alternativa a strumenti di ICT europei non permettono ulteriori ritardi o rincorse: e allora, va concepita una scelta differente da quella regolatoria che vada indirizzata verso l'emersione di un regime pubblico di gestione che riconosca in un controllo diretto dell'*asset* informatico l'abbrivio di un presidio fortificato di cybersicurezza.

⁶⁴ Al maturare delle condizioni di adeguata sicurezza dei sistemi di ICT, sarà possibile avviare una fase di nuova e graduale privatizzazione e liberalizzazione, seguendo un percorso, già indicato in sede europea, per la costruzione di grandi operatori economici che consentono all'Unione di non essere dipendente sul terreno dello sviluppo tecnologico; M. DRAGHI, *The future of European competitiveness*, Rapporto presentato dal Parlamento europeo il 17 settembre 2024.

⁶⁵ Sicché è necessario «un passo avanti in direzione di un approccio strutturato alla crescita dell'industria europea e all'indipendenza strategica nel settore delle tecnologie critiche»; G. SGUEO, *Il regolamento Ue 2024/795 e la piattaforma per le tecnologie strategiche per l'Europa*, cit., 344.

Sarebbe in conclusione auspicabile smentire quella comune immagine dell'Unione europea che la descrive «come un gigante regolatore è un nanotecnologico»⁶⁶.

⁶⁶ L. TORCHIA, *Pubblica amministrazione e transizione digitale*, cit., 729.

Vigilanza bancaria europea e rischio climatico-ambientale

di *Graziana Urbano*

SOMMARIO: 1. L'impatto della crisi climatico-ambientale sul sistema finanziario: i termini della questione. – 2. La reazione del sistema finanziario europeo. – 3. La programmazione strategica promossa dalla BCE e l'attività di gestione del rischio anche climatico-ambientale. – 4. L'inquadramento dei rischi climatico-ambientali nella mappatura dei rischi finanziari. – 5. Il modello di gestione del rischio: gli *stress tests* e il ruolo della BCE. – 6. Osservazioni conclusive.

1. L'impatto della crisi climatico-ambientale sul sistema finanziario: i termini della questione

Il contributo mira a comprendere in quali termini il clima, nella sua accezione più ampia e omnicomprensiva¹ che include, chiaramente, i cambiamenti climatici, vada a impattare sul sistema finanziario a livello europeo e, di riflesso, a livello nazionale, scegliendo come punto di osservazione privilegiato l'attività di vigilanza della BCE².

Il contributo, intende, in estrema sintesi, muoversi lungo due direttive: dopo un breve quadro introduttivo sui complessi e più recenti interventi (non solo legislativi) in ambito climatico – ambientale, a livello internazionale, unionale e nazionale, la riflessione intende spostarsi e approfondire il concetto di “rischio climatico – ambientale” e la relativa gestione da parte della BCE nell’ambito della più generale attività di

¹ La bibliografia sul tema è vastissima; si veda, più recente, A. BONOMO, *Il potere del clima. Funzioni pubbliche e legalità della transizione ambientale*, Bari, 2023 e AA.Vv., *Clima e dintorni. Giustizia ambientale e lotta al cambiamento climatico*, a cura di S. LAPORTA e G. NUCERA, Albeggi Edizioni, 2022.

² Cfr. R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2023; A. BARONE - G. DRAGO - C. NICOLOSI, *L'erompare della vigilanza bancaria europea*, in *Persona e Amministrazione*, 2021 8, 1, 665 ss.

gestione e valutazione dei rischi di cui quest'ultima si occupa nell'esercizio della funzione di vigilanza.

L'indagine offre la stura per una riflessione sulla dimensione che connota la vigilanza messa in campo dalla BCE rispetto alla questione del cambiamento climatico, nell'ambito della vigilanza prudenziale, riconducibile, senza dubbio, ai grandi temi che da sempre hanno coinvolto la dogmatica pubblicistica, ossia quello della tutela dell'ambiente e, di seguito, del rapporto tra uomo – ambiente – economia o finanza, sicuramente collocabili nei tradizionali binari del diritto amministrativo, ma che, senza dubbio ad oggi, si colorano di sfumature nuove e inedite.

A dare la misura delle strette connessioni che innervano il rapporto tra il clima e la finanza, sono le dichiarazioni rese dalla Presidente della BCE, Christine Lagarde: in più occasioni ha evidenziato che «un clima più caldo e il degrado del capitale naturale impongono una trasformazione della nostra economia e del nostro sistema finanziario. Dobbiamo comprendere questa trasformazione e stare al passo per continuare ad assolvere il nostro mandato. Estendendo e intensificando i nostri sforzi, possiamo capire meglio le implicazioni di questi mutamenti e contribuire così a sostenere la stabilità e a favorire la transizione verde dell'economia e del sistema finanziario».

Prendendo spunto dalla dichiarazione, le parole chiave – nonché i punti nevralgici – su cui si muovono le connessioni tra clima e finanza sono essenzialmente la transizione verde o *green* del sistema finanziario, la strategia e la sostenibilità ambientale, la stabilità climatica sistematica.

I cambiamenti climatici (che sono sotto gli occhi di tutti) e la questione ambiente (tradizionalmente attenzionata dai pubblici poteri) sono, ora come non mai, tra i maggiori fattori di impatto sul sistema finanziario. È maturata, infatti, una maggiore consapevolezza dell'impatto che il cambiamento climatico, la crisi climatica ha sui sistemi economici e finanziari e sulla loro tenuta e stabilità³.

Non è una novità che il sistema finanziario subisca ontologicamente dei contraccolpi nei momenti di crisi, di qualunque natura essi siano.

³ Cfr. A. PEZZUTO, *La rilevazione del rischio climatico nel settore bancario*, in www.tidona.com il quale afferma come sia cruciale essere in grado di valutare come i rischi climatici si materializzino in rischi finanziari e come gli effetti economici avversi determinati dal cambiamento climatico possono diffondersi all'interno del sistema finanziario compromettendone la stabilità.

Si pensi alla relativamente recente crisi finanziaria del 2007– 2009 che, come noto, ha dato l'avvio a un nuovo sistema finanziario europeo maggiormente proiettato alla unicità, omogeneità e uniformità all'interno dell'Eurozona⁴ e che ha determinato, altresì, un ripensamento delle regole basilari e generali della finanza pubblica, tendenzialmente volte ad assicurare, a lungo termine, la stabilità dell'intero sistema economico – finanziario europeo⁵.

Si pensi alla imprevedibile crisi sanitaria degli ultimi anni legati alla pandemia da COVID-19⁶ che ha letteralmente destabilizzato gli impianti finanziari e a tutte le misure conseguenti volte alla ripresa economica (chiaramente il riferimento più evidente, in ambito nazionale, è al PNRR).

Si pensi, infine, alla crisi climatica, al cambiamento climatico, che ha inciso e produce i suoi effetti non solo in termini di biodiversità, qualità della vita⁷, ma anche e soprattutto sul sistema finanziario.

L'innalzamento delle temperature, le alluvioni, la siccità, le tempeste, la deforestazione, l'erosione del suolo, la perdita di impollinatori (per dirne alcune) sono una delle cause dell'innalzamento dei prezzi e, quindi, dell'inflazione.

Crisi climatica che, pertanto, non ha un livello di importanza e incidenza inferiore a quello che hanno avuto le crisi finanziarie *stricto sensu*, anzi sono poste sullo stesso piano: a conferma di un primo dato, non trascurabile, che l'ambiente – il clima e la finanza sono parimenti importanti, nel senso che sono strettamente collegati e allineati tra loro.

Anzi, la crisi climatica è assolutamente da considerarsi una crisi sistematica, esattamente come le crisi finanziarie: infatti, si afferma che «la complessità delle reazioni a catena e degli impatti “a cascata” a cui essa può dare luogo è incommensurabilmente più ampia e distruttiva di quella che caratterizza le crisi finanziarie»⁸.

⁴ Cfr. L. TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, in *L'Unione bancaria europea*, M.P. CHITI - V. SANTORO (a cura di), Pisa, 2016, 53 ss.

⁵ Cfr. R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, in *Riv. Ital. Dir. pubbl. comunitario*, 2024, 327.

⁶ Cfr. D. Foà, *Il ruolo della vigilanza bancaria nel fronteggiare i rischi legati alla pandemia da Covid-19*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, 2020, 2, 78 ss.

⁷ Cfr. *Intergovernmental Panel on Climate Change* del 2021.

⁸ Cfr. *Rischi climatici e requisiti di capitale delle banche. Una leva per la transizione?*, M. NOCERA (a cura di), Technical report, Ecco - The Italian climate change

A livello nazionale, unionale ed internazionale, il legislatore è stato chiamato ad affrontare questa crisi: i più rilevanti interventi (normativi e non) che hanno coinvolto anche il sistema finanziario sono maturati nell'ultimo periodo in quel processo di rivoluzione ambientale, più noto come transizione ecologica o *green/verde*, volto essenzialmente a modulare l'economia e la finanza nel rispetto dell'ambiente e della sua sostenibilità.

In sostanza, è un processo di riallineamento del sistema amministrativo, economico – finanziario e sociale ai limiti e alle caratteristiche dei sistemi naturali – in cui diventa fondamentale non solo l'apporto del sapere tecnico – scientifico economico e sociale, ma anche e soprattutto, del sapere giuridico, cui spetta definire principi, regole e procedure che consentano di convertire le soluzioni proposte in misure di intervento a tutela di un interesse generale, quale l'ambiente⁹.

In questa direzione, in particolare, a livello internazionale, l'Accordo di Parigi del 2015, ratificato da tutti i Paesi UE, ha puntato a limitare il riscaldamento globale, a combattere i cambiamenti climatici, nonché a eliminare la povertà, incidendo gradualmente sui flussi finanziari, ossia rendendoli coerenti con le politiche di salvaguardia ambientale.

Sempre nel 2015 è stata lanciata l'Agenda delle Nazioni Unite per uno sviluppo sostenibile al 2030, con 17 fini volti a orientare l'economia globale verso obiettivi ecologici e sociali.

Quanto all'ordinamento dell'Unione europea, che si conferma *leader* indiscusso nel panorama mondiale nella lotta contro il cambiamento climatico, non può non considerarsi la straordinaria forza innovativa della normativa europea sul *climate change* e delle misure che hanno dato seguito al *Green Deal* che offrono un interessante campo di osservazione per comprendere il profondo cambiamento di prospettiva che ha investito l'azione dei pubblici poteri europei e, poi, nazionali nella lotta al cambiamento climatico, volto a trasformare l'economia europea, rendendola efficiente sotto il profilo delle risorse anche ambientali¹⁰.

think tank, luglio 2024, 10.

⁹ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023; A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordinamento economico e sistema amministrativo*, in *Riv. di diritti comparati*, 2/2022, 395 ss.

¹⁰ D. BEVILACQUA - E. CHITI, *Green deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024.

Di riflesso, a livello nazionale, il richiamo non può che riguardare da ultimo il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e il Piano Nazionale di Transizione Ecologica (PTE) che hanno individuato specifiche misure sociali, ambientali, economiche e politiche volte al raggiungimento di obiettivi comuni migliorativi dell'ambiente e del clima, in cui, non di meno, sono previste procedure decisionali condivise tra il MITE – Ministero della transizione ecologica, il CITE – Comitato per la transizione ecologica – e le amministrazioni locali e la società civile, nell'ottica di predisporre una serie di programmi e strategie volte alla tutela dell'ambiente.

In questo sintetico quadro sinottico, sicuramente assume ancora più rilievo il segnale di reazione del nostro ordinamento che attribuisce maggiore rilevanza alla tutela dell'ambiente nell'ottica della sostenibilità – con la modifica del testo costituzionale agli articoli 9 (come noto tra i principi fondanti il sistema normativo nazionale) e 41 sulle ricadute e i limiti in termini di attività economica privata – a volere rappresentare le strette connessioni che innervano il rapporto tra ambiente ed economia e che altro non sono che il riflesso di un dialogo tra ordinamenti (nazionale, unionale e internazionale), profondamente mutato a causa delle impellenti esigenze di contrasto al cambiamento climatico.

2. La reazione del sistema finanziario europeo

Il profilo sicuramente più rilevante è volto a comprendere in che termini la finanza subisca i rischi climatico – ambientali, quali siano i riflessi sul sistema finanziario della crisi climatica e come quest'ultimo reagisce e si rapporti ad essa.

Anche il sistema finanziario si modula al descritto sistema normativo volto alla sostenibilità ambientale, nel senso che la crisi climatica come incide sul sistema normativo, così impatta su quello finanziario, che reagisce, in primo luogo, sotto il profilo strettamente strategico al fine di contrastarne cause ed effetti, mirando alla sostenibilità ambientale.

Gli ordinamenti nazionali e, in particolare, l'Unione europea, infatti, hanno implementato una strategia complessiva tesa a rendere l'economia e la finanza dei paesi aderenti *sostenibile* sotto il profilo strettamente ambientale.

Una sostenibilità ambientale che il legislatore, soprattutto unionale e soprattutto nell'ultimo quinquennio, intende raggiungere mediante, da una parte, *strategie di mitigazione*, cioè volte a ridurre le emissioni di

gas climalteranti, alla base dell'incremento delle temperature, dall'altra, mediante *strategie di adattamento*, volte a contrastare gli effetti negativi del cambiamento climatico sulle attività umane e sulla qualità della vita.

Strategie che sta adottando anche il sistema finanziario appunto sul piano *strategico*, riorientando gli investimenti e i finanziamenti a favore di iniziative che intendano perseguire la transizione climatica.

È, infatti, del 2004 la individuazione di 3 pilastri, o meglio fattori, della sostenibilità per l'Unione europea, sintetizzati nell'acronimo ESG, cioè *Environmental* (ambiente), *Social* (società) e *Governance*, che rappresentano i fattori essenziali e fondamentali per verificare, misurare e sostenere l'impegno delle imprese o delle organizzazioni, come banche e società finanziarie, in termini di sostenibilità anche e soprattutto ambientale.

In sostanza, i fattori ESG sono uno strumento di verifica per misurare in modo preciso e sulla base di parametri standardizzati e condivisi le *performance* ambientali, sociali e di *governance* di un'azienda o di una banca, in termini di sostenibilità ambientale.

Processo di integrazione dei fattori di sostenibilità ESG nei processi aziendali e di supervisione delle banche che è ancora *in itinere*, dal momento che rappresenta una priorità strategica per i prossimi anni nell'ambito della vigilanza bancaria europea.

L'attuale impianto legislativo europeo in materia prudenziale si fonda essenzialmente su tre fonti normative *la Capital Requirements Directive* (CRD) e *la Capital Requirements Regulation* (CRR) per i sistemi bancari, e la *Investment Firms Directive* (IFR) per le imprese di investimento che recepiscono l'impianto regolamentare degli Accordi di Basilea del 2004 (Basilea 2) e la sua successiva evoluzione (Basilea 3). Con le linee guida dell'EBA, della BCE e della Banca d'Italia in materia di vigilanza prudenziale, l'avvio dell'aggiornamento degli accordi internazionali di Basilea e l'intenso lavoro di elaborazione tecnico – normativa che ne è seguito, i rischi climatici sono entrati anche nella regolamentazione bancaria¹¹.

In questa direzione, si tenga anche conto che la Commissione europea ha delineato nel 2018, nell'*Action plan on financing sustainable growth*, delle linee di intervento, volte al riallineamento dei capitali, includendo la sostenibilità ambientale nei processi di *risk management*

¹¹ *Rischi climatici e requisiti di capitale delle banche. Una leva per la transizione?*, M. NOCERA (a cura di), cit., 11.

e incentivando la trasparenza nelle decisioni finanziarie in un'ottica di lungo termine.

Infatti, la Commissione ha incluso la sostenibilità ambientale nel processo di *risk management* in tre punti¹², di cui rileva in questa sede soprattutto uno, ossia quello che attiene all'introduzione *dei fattori ambientali nelle regole di calcolo del capitale di vigilanza di banche e assicurazioni*: nel caso delle banche, si intende il capitale che ogni banca deve detenere per soddisfare i requisiti di vigilanza prudenziale.

Tutto ciò conferma e dimostra che anche il sistema bancario sia stato investito dalle problematiche connesse ai cambiamenti climatici, soprattutto in funzione della gestione dei rischi che ne derivano all'attività creditizia e di investimento finanziario.

In definitiva, i rischi climatico – ambientali hanno incidenza, senza dubbio, sul livello di rischio finanziario a cui le banche e gli operatori finanziari sono soggetti.

3. La programmazione strategica promossa dalla BCE e l'attività di gestione del rischio anche climatico-ambientale

Diviene ora essenziale cogliere i movimenti della BCE rispetto ai rischi climatico – ambientali, attese le immediate e già esposte ricadute dei mutamenti climatici sulla finanza, i cui effetti, se avversi, possono diffondersi all'interno del sistema finanziario compromettendone la stabilità che rappresenta, come noto, uno degli obiettivi dell'attività (non solo di vigilanza) della BCE.

In primo luogo, in una logica anche di precauzione finanziaria¹³, la BCE ha iniziato un percorso di analisi dei rischi climatici e di determinazione delle metodologie per la loro quantificazione e, poi, loro gestione, come attività propedeutica alla vigilanza.

Quindi, si è mossa anch'essa (allineandosi al *modus operandi* del legislatore su tutti i livelli, come innanzi specificato)¹⁴ in una prospetti-

¹² Gli altri sono: migliore integrazione di parametri di sostenibilità nei rating e nell'analisi e ricerca di mercato e identificazione degli obblighi in capo ad asset manager e investitori istituzionali relativi al tema della sostenibilità.

¹³ R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, cit., 327 ss.

¹⁴ Cfr. L. TORCHIA, *Il sistema di vigilanza multilivello e le istituzioni bancarie europee*, in *Quaderni di Ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, Atti del convegno del 11-12 dicembre 2023 – ADDE, Roma - “A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time”, 2024, 100

va strategica rivolta alla sostenibilità ambientale che, sebbene rientrante più propriamente nella attività di politica monetaria esercitata dalla BCE, ha evidenti ricadute anche sulla sua attività di vigilanza *stricto sensu*, per le inevitabili interconnessioni tra i due poteri esercitati dalla BCE¹⁵.

Percorso che la BCE ha avviato, in maniera più incisiva, nel 2020, mediante un documento programmatico di indirizzo, adottato di concerto con altre istituzioni europee, ossia una Guida sui rischi climatici e ambientali, che altro non è se non il documento che raccoglie le Aspettative di vigilanza articolate in tredici punti (documento adottato poi, a stretto giro, anche dalle banche nazionali; in particolare, nel 2022 anche la Banca d'Italia¹⁶ ha adottato le sue Aspettative di vigilanza).

Non è un atto vincolante per le banche nazionali, ma fornisce degli *standard* che queste ultime devono seguire, nell'ambito di quel *dialogo di vigilanza* che connota i rapporti tra la BCE e le banche nazionali.

Nella citata Guida del 2020, la BCE richiede alle banche un notevole cambiamento organizzativo su più fronti, alla luce dei rischi climatici: sulla *governance*, sull'organizzazione aziendale, sulla misurazione e gestione dei rischi, sulla rendicontazione finanziaria.

In sostanza, la BCE richiede che le banche, sia sotto il profilo strettamente organizzativo, che nell'ambito delle decisioni da assumere, debbano tenere in conto i rischi climatico-ambientali come dalla stessa enucleati.

Più strettamente rientrante nella funzione di vigilanza, è il ruolo ricoperto dalla BCE di attrice del processo di *risk management*, innanzi accennato.

Funzione di vigilanza della BCE che, come affermato¹⁷, assume un ruolo pivotale nel sistema europeo, adesso anche a fronte dei rischi climatico-ambientali, nell'ambito del II pilastro di cui si articola la logica di Basilea che attiene le procedure di supervisione e di *governance* interna dei rischi.

Come accennato, infatti, l'intera architettura della supervisione prudenziale sui sistemi bancari deriva dai cosiddetti Accordi di Basilea, elaborati dal Comitato di Basilea (*Basel Committee on Banking Super-*

¹⁵ R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, cit.

¹⁶ Cfr. A. SCALIA, *La gestione dei rischi finanziari e climatici. L'esperienza in una banca centrale*, Roma, 2022.

¹⁷ M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e Unione bancaria*, Torino, 2018.

vision o BCBS). La logica di Basilea si è evoluta nel tempo e, nella versione più recente, denominata Basilea 3, si articola in tre pilastri (*pillars*), di cui rileva, in questa sede, il II pilastro che attiene alle procedure di supervisione e *governance* dei rischi¹⁸.

Nel dettaglio, il cuore della vigilanza bancaria europea è rappresentato dal processo di revisione e valutazione prudenziale, cd. S.R.E.P.: trattasi di un'attività, con cadenza annuale, che consente di valutare i rischi cui sono esposte le banche e la qualità della gestione di tali rischi.

È un processo particolarmente complesso¹⁹, perché è volto a indagare l'esposizione del sistema finanziario ai rischi climatici, nel senso di valutare come i rischi climatici si materializzino in rischi finanziari tanto da compromettere la stabilità dell'intero sistema finanziario.

4. L'inquadramento dei rischi climatici nella mappatura dei rischi finanziari

Nella indagine in corso sul processo di gestione dei rischi in seno alla BCE, una premessa si rende necessaria: quella di intendersi su quali siano questi rischi climatici e ambientali, su come si connotino e quale natura giuridica gli si riconosca.

In primo luogo, rispetto ai già citati criteri di sostenibilità ESG e ai più tradizionali rischi finanziari *stricto sensu* (ossia, i rischi di credito, di mercato, operativi, di liquidità), la prospettiva con cui il rischio climatico – ambientale è gestito dalle banche e dalla BCE *in primis*, si snoda essenzialmente nella valutazione sia del suo aspetto *diretto* circa le conseguenze che il rischio ambientale, sociale e di *governance* (che altro non sono che i fattori ESG) possano avere direttamente sul conto economico di una banca (ad esempio, l'edificio di una banca che venga colpito direttamente da una calamità naturale) sia del suo aspetto *indiretto* che attiene i suoi clienti e *stakeholder* (ad esempio, una banca che, a causa di un danno ambientale, sospenda la sua attività con inevitabili ricadute economiche e finanziarie). Chiaramente tra i due aspetti del rischio, il primo appare senza dubbio più facilmente gestibile rispetto al secondo.

¹⁸ *Rischi climatici e requisiti di capitale delle banche. Una leva per la transizione?*, M. NOCERA (a cura di), cit. 11.

¹⁹ R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, cit., 340.

In secondo luogo, da una mappatura articolata dei rischi (che include quelli di sostenibilità ESG e quelli finanziari), si evince che i rischi climatici e ambientali siano una categoria ampia ma specifica, nell'ambito della più generale dei rischi finanziari. Essa include due categorie distinte di rischi finanziari: i cd. rischi fisici (acuti e cronici) e i rischi di transizione²⁰.

I rischi fisici sono i rischi percepibili in una fase discendente, perché concernono gli effetti del cambiamento climatico sull'attività umana, nell'ambito della quale vi rientra il sistema finanziario. In sostanza, si manifestano quando eventi naturali (come il calore estremo, le siccità, le alluvioni, le inondazioni) vanno a influenzare la capacità di produrre reddito o a danneggiare le strutture e il capitale di famiglie e imprese e, dunque, si ripercuotono direttamente o indirettamente sul sistema finanziario²¹.

Essi concernono, in particolare, da una parte, gli eventi climatici repentina ed estremi (a cui, purtroppo sempre più si assiste, ossia alluvioni, tempeste, incendi, ondate di calore) tanto da essere definiti anche rischi fisici cd. *acuti* dal momento che vanno a produrre *danni* ingenti alle infrastrutture; dall'altra parte, concernono i cambiamenti graduali, progressivi, ma comunque definitivi come il degrado ambientale di aria e di acqua dovuto all'inquinamento (in cui è significativa la componente umana) e la perdita di biodiversità (ossia innalzamento delle temperature, del livello dei mari, stress idrici), tanto da essere definiti come rischi fisici cd. *cronici*, perché producono *danni* al sistema economico in via diretta e in via indiretta nelle forme di riduzione della produttività del lavoro e della crescita economica.

I rischi di transizione, invece, si muovono in fase ascendente, ossia rientrando a pieno titolo in quel processo di transizione *green*, innanzi richiamato, attengono ai rischi connessi alle intraprese azioni politiche di contrasto al cambiamento climatico e, pertanto, sono particolarmente legati all'evoluzione delle politiche ambientali, al progresso tecnologico, al cambiamento delle preferenze di consumo.

In sostanza, sono rischi che hanno un impatto negativo sul PIL e, di riflesso, sulla clientela delle banche, dal momento che, da una parte,

²⁰ La fonte delle differenze tra rischi fisici e di transizione è *La gestione dei rischi ambientali in banca: regole e vigilanza*, in *Laboratorio ricerche, Laboratorio SPL Collana Ambiente*, a cura di A. BAGLIONI - R. BIANCHINI, Climate finanze n. 237, marzo 2023, 4 ss.

²¹ A. PEZZUTO, *La rilevazione del rischio climatico nel settore bancario*, cit.

vanno a ridurre la capacità dei debitori di ripagare i debiti, dall'altra, vanno a incrementare il rischio di insolvenza delle controparti²².

In ordine ai connotati e alla natura giuridica di tali rischi, sebbene il rischio in generale e in tutte le sue forme sia contraddistinto da una base di incertezza e imprevedibilità²³, è bene segnalare che, secondo alcuni²⁴, i rischi climatici ricadono più propriamente nella categoria logica del “rischio incerto” che in quella del rischio *stricto sensu*, dal momento che è sottoposto a un livello maggiore e più significativo di incertezza.

Infatti, se il rischio propriamente detto ricade nella categoria della incertezza nota o conoscibile, ossia catturabile probabilisticamente²⁵, il rischio connotato da un alto livello di incertezza è quello che ricade nell'ambito della incertezza ignota o non conoscibile.

Ecco, il rischio climatico rientrerebbe in questa ultima categoria, cioè connotato da incertezza radicale: in sostanza, diversamente dagli eventi finanziari, il rischio climatico ha una solo faccia, ossia perdite e danni, dal momento che è incerto, dove e come questi eventi climatici possano colpire, ma è certo il loro potenziale distruttivo.

Tanto è vero che la BCE li connota come rischi nuovi ed esogeni: quando ha collocato i rischi climatici tra i principali fattori di rischio nella mappa dei rischi del Meccanismo Unico di Vigilanza per il siste-

²² Cfr. *La gestione dei rischi ambientali in banca: regole e vigilanza*, in *Laboratorio ref ricerche, Laboratorio SPL Collana Ambiente*, a cura di A. BAGLIONI - R. BIANCHINI, Climate finanze n. 237, marzo 2023.

In particolare, sono rischi che impattano sui rischi di mercato, di credito, di liquidità ed operativo tramite una serie di canali di trasmissione di microeconomia (che attiene ai fattori attuativi e costitutivi del rischio climatico-ambientale, incidenti sulle famiglie, le società, particolari nazioni, nonché le attività finanziarie specifiche dell'emittente) e di macroeconomia (che attiene alle modalità attraverso cui i fattori costitutivi, innanzi richiamati, incidano sull'economia nel suo insieme e sui titoli sovrani in generale). I canali di trasmissione dei rischi climatici, tuttavia, soggiacciono a una serie di variabili quali la eterogeneità geografica (ossia dipendenze territoriali e giurisdizionali), gli amplificatori (cioè fattori che aumentano l'impatto di fattori di rischio climatico), le attenuanti (cioè fattori che riducono l'impatto finanziario dei fattori di rischio climatico sulle banche).

²³ Cfr. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

²⁴ *Rischi climatici e requisiti di capitale delle banche. Una leva per la transizione?*, M. NOCERA (a cura di), cit. 9.

²⁵ Cfr. F. KNIGHT, *Risk Uncertainty and Profit*, 2014.

ma bancario dell'area dell'euro²⁶, li ha definiti come rischi *emergenti*²⁷, dal momento che nei loro confronti non si riescono a utilizzare classici modelli di misurazione e di quantificazione, basati essenzialmente sui dati storici raccolti negli ultimi dieci – quindici anni²⁸, né tanto meno modelli probabilistici come innanzi accennato.

Pertanto, per come connotati, ne consegue che i modelli previsionali che valutano i rischi guardando alla situazione pregressa, ossia a cosa sia accaduto nel passato e che potrebbe ripetersi in termini probabilistici nel futuro, risulteranno intrinsecamente e strutturalmente inadeguati se ci si aspetta che possano prevedere un evento futuro in modo infallibile²⁹.

Anche il modello cd. delle integrazioni o *overlays*, cioè una misurazione dei rischi che si basa, non già sui dati raccolti, ma su valutazioni soggettive proposte da esperti, lascia il tempo che trova in termini di previsione e gestione del rischio climatico – ambientale.

In sostanza, i tradizionali schemi di *risk management*³⁰ non sono adeguati a gestire e a valutare i rischi climatici, dal momento che tendono a commisurare gestione e coperture economiche per lo più con parametri statisticamente stimabili.

Tuttavia, seppur nuovi, la BCE li qualifica comunque come rischi tipici dell'attività bancaria, nell'ambito di quella distinzione innanzi esposta tra rischi fisici e di transizione, tutti di matrice finanziaria.

A fronte di questo scenario, pertanto, alle banche sono richieste modalità di valutazione, commisurazione e gestione dei rischi climatico – ambientali che siano diverse e alternative, ma comunque sempre ordinarie, rispetto ai modelli più classici e tradizionali, che si sono mostrati insufficienti e inadeguati a quantificare e coprire questi nuovi rischi in modo affidabile.

²⁶ Cfr. AA. Vv., *Il meccanismo unico di vigilanza. Un bilancio dopo i primi dieci anni*, a cura di A. MAGLIARI, Napoli, 2024.

²⁷ Fonte Aspettative del 2020 della BCE.

²⁸ Rivista il sole24h FINANZA, *Stretta Bce sulla misurazione dei rischi “emergenti” su inflazione, tassi, energia, clima* di I. BUFACCHI, 29 luglio 2024, che così scrive: sono sei i nuovi rischi: approvvigionamento energetico, scarsa resilienza delle catene di valore, instabilità geopolitica, tassi di interesse elevati, alta inflazione e ambiente e cambiamento climatico.

²⁹ G. DRAGO - A. BARONE, *La funzione di supervisione bancaria europea: sfide attese*, in www.riskcompliance.it, 22 novembre 2023.

³⁰ *Rischi climatici e requisiti di capitale delle banche. Una leva per la transizione?*, M. NOCERA (a cura di), cit. 10.

5. Il modello di gestione del rischio: gli *stress tests* e il ruolo della BCE

L'autorità di vigilanza ha sviluppato due tipologie di modelli per valutare gli impatti potenziali della crisi climatica: l'analisi di scenario (*scenario analysis*) e gli *stress tests*.

È bene, però, da subito chiarire che né la *scenario analysis* né gli *stress tests* sono previsioni, ma trattasi di esercizi “controfattuali”, il cui fine è essenzialmente volto a esplorare le caratteristiche di diversi futuri possibili (non necessariamente probabili né desiderabili), per verificare l'adeguatezza di opzioni di *policy* e/o dimensionare i rischi che possano derivarne³¹.

In particolare, le cd. prove di stress assumono un ruolo assolutamente nevralgico nel citato processo S.R.E.P.: rappresentano uno strumento utilizzato, con cadenza annuale dalla BCE, per valutare la capacità di tenuta delle banche vigilate agli *shock* economici e finanziari.

La vigilanza bancaria europea si avvale dei risultati di queste prove per indentificare le vulnerabilità e affrontarle tempestivamente avvalendosi anche del già citato *dialogo di vigilanza* a cui sono improntati i rapporti tra la BCE e le banche nazionali.

Al netto di queste prove di stress, cd. ordinarie, la BCE può sottoporre le banche (significative) su cui vigila direttamente a prove di stress tematiche, cioè che attengono a uno specifico tipo di *shock* economico finanziario.

Quanto al rischio climatico, lo *stress test* tematico è stato condotto nel 2022 su 104 banche della zona euro e rappresenta, a dire della BCE, un esercizio esplorativo e conoscitivo senza precedenti, volto a valutare la preparazione delle banche ad affrontare i rischi climatici considerati in differenti scenari, incentrati sui rischi fisici e rischi di transizione a breve e lungo termine, connessi alla transizione ecologica in corso.

Lo *stress test* ha riportato, come esito, che le banche (vigilate), nonostante qualche lieve progresso, non sembrerebbero essere ancora pronte ai cambiamenti climatici in atto, nella misura in cui non vanno ancora a considerare in maniera adeguata i rischi climatici nell'ambito dei loro quadri di riferimento per le prove di stress e dei modelli interni.

³¹ *Rischi climatici e requisiti di capitale delle banche. Una leva per la transizione?*, M. NOCERA (a cura di), cit., 25.

A tal fine, la BCE ha suggerito alle banche, per prepararsi alla transizione verde in corso, da una parte, di intensificare gli strumenti per misurare e gestire il rischio climatico, colmando le lacune dei dati (come innanzi detto quando si è parlato di rischi nuovi) e adottando alcune buone prassi già presenti nel settore; dall'altra parte, di prevedere strumenti più efficienti di dialogo e interazione con la clientela, ossia le imprese (soprattutto quelle che appartengono a settori economici maggiormente responsabili delle emissioni di gas serra), al fine di ottenere dati più accurati relativi alle misure, ai piani e ai programmi intrapresi da loro in questo campo.

In sostanza, il risultato (che è stato quello poi considerato dal processo SREP in seno alla BCE) ha puntato l'attenzione essenzialmente sulla *governance* interna delle banche³², sulla incorporazione dei rischi climatici nella funzione di gestione del rischio, sulla capacità di raccogliere dati sui fattori di rischio climatico, sul lavoro di allineamento alle aspettative di vigilanza³³.

In questo senso, a chiudere il cerchio dalle premesse da cui si è partiti, l'attenzione ritorna in sostanza alle attività e ai piani strategici messi in campo dalle banche come punto di snodo essenziale per la migliore gestione dei rischi climatici, a cui contribuisce a supporto anche la BCE, a conferma del ruolo di *tutorship*, di facilitatore nel perseguitamento della stabilità sistemica, che va ad esercitare³⁴.

Ad oggi, la BCE ha alzato ulteriormente il tiro, adottando il Piano sul clima e natura 2024 – 2025 nel quale ha enucleato tre aree (ossia, implicazioni della transizione verde, impatto fisico del cambiamento climatico, rischio generato dalla perdita e dal degrado della natura per

³² Si tenga conto che la *governance* interna, insieme al rischio di mercato, restano le principali aree di intervento di vigilanza e quindi tra le priorità di vigilanza dell'SSM per il periodo 2023-25.

³³ Sempre nel 2022 la BCE ha condotto alcune indagini (in particolare la cd. TR – *Thematic Review*) per verificare il grado di allineamento delle banche ai suoi 13 punti o linee guida di aspettative, innanzi richiamate, che si sono concluse, secondo la tabella di marcia dettata dalla stessa BCE, alla fine del 2024, volto al raggiungimento di un allineamento completo: le banche devono essere allineate con tutte le aspettative di vigilanza relative ai rischi climatici e ambientali, inclusa la capacità di effettuare *stress test* e di incorporare tali rischi nel processo ICAAP. Il presente contributo è stato redatto alla fine del 2024, ragion per cui questa verifica non è aggiornata.

³⁴ R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, cit., 337.

l'economia) su cui concentrare le sue attività sia di politica monetaria che di vigilanza bancaria, nel suddetto arco temporale.

Quanto strettamente alla vigilanza, il processo di revisione e valutazione prudenziale S.R.E.P. 2023 ha ulteriormente confermato che i rischi climatici e ambientali rivestano carattere di priorità negli obiettivi da fronteggiare per il periodo 2024–2026 e la vigilanza punta a migliorarne il quadro di riferimento per realizzare una *stabilità finanziaria* connessa al clima.

6. Osservazioni conclusive

Lo scenario (preoccupante) del cambiamento climatico che ci si prospetta dinanzi ormai con particolare frequenza e del quadro degli interventi in corso volti a contrastarlo o quanto meno ad arginarlo che si sono tentati di descrivere nei tratti essenziali tutti riconducibili al processo di transizione *green* in atto su più livelli, suggerisce qualche riflessione sul tipo di vigilanza esercitata dalla BCE.

In primo luogo, si ritiene che, nell'ambito della più ampia categoria della vigilanza prudenziale, si stagli un segmento particolare di vigilanza, qual è la vigilanza ambientale.

Una vigilanza che, in realtà, punta solo indirettamente alla stabilità climatica, per il tramite pur sempre della stabilità finanziaria o come si è detto, mira a una stabilità finanziaria connessa al clima.

Dopo tutto la BCE è, come noto, garante della stabilità finanziaria europea, ma ancor più della stabilità sistemica, ossia della tenuta stessa dell'ordinamento giuridico, economico, finanziario e monetario europeo che, ad oggi, deve, però, tener conto anche di una nuova esigenza, quella climatico – ambientale.

In sostanza, passa anche dalla BCE, la stabilità climatica europea, dal momento che diventa un soggetto influente per lo sviluppo delle politiche climatiche: la stabilità dei prezzi e la stabilità finanziaria possono essere preservate se il clima e l'ambiente sono stabili: stabilità sistemica c'è, se c'è stabilità climatica.

Quali i connotati che contraddistinguono questa vigilanza e quali le manovre migliorative che si intendono suggerire.

Innanzitutto, nella sua trasversalità, questo tipo di vigilanza è *speciale*, perché ha dei caratteri singolari legati al tipo di rischio, quello climatico – ambientale, anch'esso singolare dal momento che, come detto, sfugge alla catalogazione tra i più tipici rischi finanziari, ma anzi è proprio su di essi che va ad impattare maggiormente. Speciale anche

perché necessita di modelli cooperativi di condivisione su più fronti e di nuovi e differenti moduli previsionali di gestione dei rischi, rispetto a quelli più tradizionali, già utilizzati, modulati essenzialmente sulla gestione dei rischi strettamente finanziari.

Infatti, a fronte all'impossibilità di prevedere con certezza eventi di danno e a fronte della inefficienza dei modelli previsionali tradizionali o comunque finora utilizzabili, la BCE è chiamata a rendere più larghe le maglie amministrative per evitare che vadano a soffocare l'operatività delle banche vigilate dinanzi ai rischi climatico – ambientali e quindi al fallimento delle stesse³⁵.

Se un sistema di regole più stringente e rigido andava bene per far fronte alla crisi finanziaria *stricto sensu*, lo stesso non appare adeguato e utile per affrontare la crisi climatica.

Quindi, la vigilanza bancaria europea dovrebbe muoversi in una prospettiva più ampia (che tra l'altro già conosce) con regole, prassi di vigilanza e strumenti di verifica più flessibili, in condivisione e convergenza con le autorità istituzionali (su tutti i livelli) che lottano anch'esse contro il cambiamento climatico.

Proprio per la convergenza di più attori, la vigilanza si connota, inoltre, per essere *integrata e partecipata*, per il tramite del dialogo di vigilanza che la stessa BCE nei suoi documenti richiama, adeguandosi, d'altro canto, al Meccanismo Vigilanza Unico che verte sulla collaborazione tra BCE e Autorità di vigilanza nazionali.

Integrata e partecipata nel senso che i rischi climatico – ambientali per come connotati e per le ricadute che hanno, esigono un tipo di vigilanza che renda le banche in grado di affrontarli e che consenta loro di muoversi in maniera coordinata tra loro, sia rispetto alle azioni poste in essere dai governi nazionali ed unionali volte alla transizione ecologica sia rispetto alle imprese che operano attivamente nel settore ambientale.

Il terreno in comune, in sostanza, sul quale tutti si muovono e convergono è il contrasto al cambiamento climatico; tutti gli operatori pubblici e privati sono attori fondamentali e responsabili della transizione *green* in corso.

La funzione della vigilanza bancaria europea, in sostanza, si conferma essere uno strumento di coordinamento tra potere pubblico e privati (operanti nel sistema creditizio) volti anche alla stabilità climatica,

³⁵ G. DRAGO - A. BARONE, *La funzione di supervisione bancaria europea*, cit.

realizzando quel “sincretismo amministrativo”³⁶ di coordinamento di interessi differenti e contrapposti volti al perseguimento di interesse generale che è la tutela dell’ambiente.

A questo punto, un ulteriore connotato da riconoscere a questo tipo di vigilanza sta nel suo essere *responsabile* e *consapevole*, nel senso che deve essere rivolta a intermediari finanziari “responsabili”, cioè che favoriscono la coesione sociale attraverso il finanziamento di progetti e di imprese che generino plusvalore per l’ambiente, nell’ambito di una «*responsible governance*» del rischio ambientale³⁷.

Tuttavia, ad oggi, la vigilanza bancaria europea verte maggiormente sul rafforzamento della *governance* e della *gestione* dei rischi climatici e ambientali, che rappresentano, quindi, i due tratti essenziali dell’attività strategica, messa in campo dalla BCE innanzi descritta, che, a sua volta, rappresenta un buon punto di partenza, ma non appare ancora sufficiente ad affrontare la crisi climatica in corso.

A tal fine, ci sarebbero dei margini di miglioramento da suggerire che riguardano direttamente e indirettamente la BCE.

La crisi climatico – ambientale in corso e gli interventi ad ampio raggio in tema di transizione ecologica richiederebbero, invero, o la istituzione di una diversa e autonoma Autorità in ambito europeo che si occupi *ad hoc* e a 360° dei rischi climatico – ambientali (anche sotto i profili strettamente finanziari), sulla falsa riga della più recente istituzione dell’Autorità europea per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (cd. ALMA) o – al fine di evitare che il quadro si renda ancora più confusionario – il rafforzamento di poteri anche in ambito climatico da attribuire alla già esistente Agenzia europea dell’ambiente (cd. AEA): tutto ciò nell’ottica di ottimizzare gli interventi europei sul tema, in una prospettiva di collaborazione con la BCE.

BCE che, ad oggi, mantiene in ambito europeo un ruolo di protagonista nel processo di transizione ecologica nato dalla consapevolezza che, senza dubbio, una delle leve fondamentali di adattamento e di contrasto al cambiamento climatico sia rappresentato dal settore finan-

³⁶ Cfr. A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020.

³⁷ A. BARONE - I. PARTENZA, *L’assicurazione del rischio ambientale oggi*, in www.riskcompliance.it, 12 giugno 2024 che affermano come questa prospettazione teorica abbia oggi una solida base costituzionale, in forza degli art. 9 e 41, 2° comma Cost. come recentemente modificati, in combinato disposto con l’art. 118, 4° comma, Cost. sul principio di sussidiarietà orizzontale.

ziario, soprattutto attraverso il riorientamento di investimenti e finanziamenti da parte delle banche (che impostano la loro *governance* sui rischi climatici) a imprese che si adoperano attivamente con programmi e piani volti a tal fine.

Questo è possibile tramite modelli cooperativi, di cui l'esempio più evidente è quel dialogo di vigilanza a cui si è fatto cenno, che non afferriscono solo ai rapporti tra la BCE e le banche nazionali, ma che coinvolgono tutti i pubblici poteri, nonché "dal basso" le imprese coinvolte concretamente nel processo di trasformazione verde in corso.

Infatti, questi nuovi rischi necessitano – per essere prevenuti – in una logica di precauzione finanziaria, di politiche, per l'appunto, precauzionali di natura generale, in cui diventa essenziale che siano coinvolti tutti gli attori istituzionali e le imprese.

In ultimo, una riflessione merita il cambiamento di rotta del nostro ordinamento e, prima ancora, del diritto unionale nel senso di un ritorno al passato, alla riaffermazione dei diritti fondamentali dell'uomo.

Se fino a qualche anno fa, si assisteva alla introduzione di logiche di matrice strettamente economica e finanziaria negli ordinamenti (si pensi, solo per fare un esempio, all'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio negli ordinamenti degli Stati dell'eurozona³⁸), oggi queste devono cedere il passo a un interesse primario quale quello all'ambiente³⁹ (e la riforma della Costituzione italiana ne è la dimostrazione).

Se fino a qualche anno fa, la ricerca di forme di equilibrio tra pubblico e privato miravano a un rilancio per lo più economico, per cui l'intervento pubblico nell'economia era diretto essenzialmente a orientare le già scarse risorse finanziarie per favorire la crescita economica, oggi questa pare debba retrocedere a fronte di un bene più rilevante e fondamentale come l'ambiente.

Se fino a pochi anni fa, lo Stato era chiamato a farsi promotore per lo più della crescita economica, potenziando la libera iniziativa economica, nella quale vi rientrano l'attività bancaria e finanziaria, ora questa deve subire delle forme di ridimensionamento a fronte della tutela dell'ambiente.

³⁸ Sia consentito rinviare a G. URBANO, *Equilibrio di bilancio e governance sanitaria*, Bari, 2016.

³⁹ Cfr. M. DEL SIGNORE, *Ambiente* (voce), in *Enc. del diritto*, Vol.III diretto da B.G.Mattarella e M. Ramajoli, Milano, 2022.

Oggi è l'ambiente il vero protagonista che incide sui sistemi economico – finanziari, sui sistemi politico – amministrativi e sui sistemi sociali e non più il contrario.

Le logiche finanziarie fino a poco tempo hanno compromesso l'ambiente, ora servono a preservarlo e tutelarlo, in una forma di redenzione o di riscatto.

Conclusioni

di *Guido Corso*

1. Il tema del rapporto autorità-libertà nella vigilanza bancaria europea evoca quantomeno tre grandi questioni. Una concerne la legittimazione politica della Bce a fronte del principio democratico. Un'altra riguarda i poteri della Banca centrale e la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche dei singoli nei confronti degli atti adottati nell'esercizio dei medesimi. Un'ulteriore l'impatto della regolazione pubblica sull'organizzazione (e l'attività) dei soggetti privati sottoposti alla vigilanza.

I lavori della prima sessione del convegno – dedicata appunto al rapporto autorità/libertà – hanno approfondito le tre questioni.

Marco Macchia affronta il tema della legittimazione della BCE tra tecnica e politica. La BCE è una autocrazia non eletta che risponde al modello delle agenzie indipendenti, diffuse in numerosi ambiti della regolazione economica e non. Il problema della sua legittimazione politica si pone oggi quale conseguenza della crescita del ruolo e delle funzioni. L'Autore mette in rilievo che il Trattato assegna alla BCE il compito di garantire la stabilità dei prezzi; l'azione della banca, pertanto, non è libera nei fini, il che ne fa un potere neurale e ne fonda l'autonomia dal potere politico. Su questo schema però si sono innestate alcune significative variazioni. In risposta alle crisi finanziarie, la BCE ha attuato i c.d. strumenti di politica monetaria non convenzionali, consistenti nell'acquisto massiccio di titoli di Stato per contenere i tassi d'interesse. Nell'ambito del Next generation EU l'accesso a tali strumenti è stato condizionato al rispetto degli impegni assunti dagli Stati con i Piani nazionali di ripresa e resilienza. La politica monetaria si è così progressivamente piegata al perseguimento di interessi ulteriori a quello della stabilità dei prezzi, interessi coerenti con le politiche generali dell'Unione europea (da ultimo, peso significativo nelle decisioni di politica monetaria ha assunto la considerazione dei fattori ambientali) ma in una certa misura selezionati e bilanciati con altri interessi

dalla stessa BCE. Macchia spiega che l'esito finale di questo processo è che «gli scopi della banca centrale non sembrano più essere quelli della stabilità dei prezzi, nel rispetto del mandato ricevuto dai Trattati, quanto piuttosto quello più ampio della stabilità finanziaria» che consiste nella corretta allocazione delle risorse e nella conseguente capacità del sistema di assorbire gli shock finanziari nel contesto economico. Anche i compiti di vigilanza prudenziale sugli intermediari finanziari assegnati alla BCE si inscrivono in questo processo di mutamento degli obiettivi finali dell'istituzione: la prevenzione del rischio sistematico che si attua attraverso la vigilanza bancaria, infatti, è a sua volta uno strumento diretto a garantire la stabilità finanziaria dell'eurozona.

La stabilità finanziaria, insomma, «assume un ruolo fondativo e richiede alla autorità sovranazionale un maggiore coinvolgimento con la sfera politica, il che porta a una modifica materiale dei poteri della BCE». In particolare, secondo la tesi dell'Autore, la BCE rimane pur sempre un'istituzione non libera nel fine, ma di nuovo vi è che «persegue una pluralità di fini, esprimendo un potere correlato alla politica». Preso atto di ciò – conclude Macchia – la soluzione per la legittimazione della BCE non può comunque essere la sua sottoposizione al potere politico. Questa risulta esclusa dalle regole costituzionali e legislative, né sarebbe soluzione confacente ad un sistema economico in continuo cambiamento, nel quale la BCE è chiamata ad opporre «al particolarismo dell'agone politico» una azione «innervata da universalismo».

Io ritengo che il problema della legittimazione politica della BCE – il deficit democratico di una istituzione che non gode di una investitura elettorale, sebbene disponga di ampi poteri – sia un falso problema. Il fatto che essa sia svincolata dal principio maggioritario è, a mio avviso, condizione del buon funzionamento di una democrazia liberale. Esso può essere assicurato solo se la competenza in tema di stabilità monetaria e stabilità finanziaria viene, in parte, sottratta al governo e alla maggioranza parlamentare che, per ragioni di consenso elettorale, sono spinti ad aumentare a dismisura la spesa pubblica grazie a un debito pubblico crescente il cui peso viene a gravare sulle spalle delle generazioni future. Non sono solo le questioni di scienza e di coscienza che, come diceva Bobbio, non possono essere risolte a colpi di maggioranza. Anche le decisioni di spesa devono trovare un argine nei poteri di una istituzione non maggioritaria, come la Banca Centrale.

Il contributo di Antonio Barone offre un'analisi dettagliata dei poteri autoritativi attribuiti alla BCE e dei compiti ad essa spettanti. L'Autore evidenzia come la funzione di vigilanza bancaria, accentratata a livello

europeo, presenti molti aspetti di originalità, essendo caratterizzata «da uno spettro d’azione più ampio rispetto alla nozione tradizionale di vigilanza bancaria». In particolare, l’Autore rileva che, pur permanendo i tratti tipici della vigilanza quale “controllo generale e globale” dell’attività dell’ente creditizio, tale controllo non si esaurisce nella verifica del rispetto delle regole poste, bensì si apre alla gestione dei rischi di violazione delle medesime regole. La gestione del rischio, dunque, assume un peso rilevante nella caratterizzazione della funzione di vigilanza e diviene la lente attraverso cui rileggere compiti e poteri di vigilanza prudenziale della Banca Centrale Europea. Secondo l’Autore, proprio il rispetto della logica precauzionale dovrebbe portare ad ancorare l’esercizio di tali poteri a strumenti di analisi tecnico-scientifica il più possibile completi, non potendo le scelte di gestione dei rischi bancari tradursi in decisioni arbitrarie, bensì in provvedimenti proporzionati rispetto al livello di rischio individuato.

La caratterizzazione tecnica dell’attività della BCE è difesa anche nel contributo di Giuseppe Drago, il quale peraltro osserva che l’utilizzo dell’intelligenza artificiale nell’ambito della vigilanza è destinato ad accrescere il tasso di tecnicismo. L’Autore mette in evidenza i rischi di una pressoché integrale “tecnificazione” dei procedimenti di vigilanza – innanzitutto in termini di incontrollabilità e insindacabilità delle decisioni – ma ritiene che non sia comunque auspicabile che nei processi decisionali della BCE facciano ingresso considerazioni di ordine politico. In altri termini, «non dovrebbe essere la regolazione *technica* a perdere il tasso *tecnico*, ma dovrebbero esserci, all’esterno della regolazione, temperamenti, istituti, adeguati strumenti di tutela (e di sindacato), con il compito, ove necessario, di ricondurre la scelta tecnica (leggi: attività amministrativa tecnico-discrezionale) entro la scala valoriale tracciata dal legislatore e segnare il punto di equilibrio prescelto tra autorità e libertà dei singoli, frontistanti l’azione di supervisione (chiaramente analoga riflessione è estensibile anche a settori diversi dal mercato bancario)».

Dalla (vera o presunta) discrezionalità della BCE nell’assunzione delle misure di vigilanza prudenziale prendono le mosse le riflessioni di Nino Paolantonio relative all’intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti dell’istituzione europea. L’attenzione è innanzitutto posta sul seguente caso. Il tribunale di primo grado dell’UE annulla l’atto con cui la BCE aveva negato ad un intermediario l’autorizzazione ad escludere dal computo dei propri requisiti patrimoniali le esposizioni relative a determinati conti di risparmio regolamentati in considerazione del

loro limitato livello di rischio. La Corte di Giustizia riforma la sentenza ritenendo che il Tribunale si sia sostituito ad apprezzamenti riservati all'amministrazione. Secondo l'Autore la sentenza è apprezzabile laddove sembra distinguere la discrezionalità pura dalla discrezionalità tecnica, ponendo le premesse per una diversa intensità del sindacato nell'una e nell'altra ipotesi. Le critiche di Paolantonio si appuntano però sul modo in cui il giudice europeo concepisce il sindacato sulle valutazioni tecniche quando scrive che allorché «... fatti ed elementi di prova facciano apparire giustificabili diverse valutazioni, è ineccepibile sotto il profilo giuridico il fatto che tale istituzione abbia optato per una di queste, anche se essa non coincide con quella che i giudici dell'unione ritengono preferibile...». Ed infatti, secondo l'Autore, l'apprezzamento dell'esistenza di una valutazione dei fatti più attendibile di quella posta a base del provvedimento, oltre che meno intrusiva della sfera giuridica del privato, non comporta lo sconfinamento del giudice nel merito amministrativo.

Altro caso preso in considerazione riguarda la decisione della BCE di assoggettare una banca ad amministrazione straordinaria, annullata dal Tribunale di primo grado per carenza di una sufficiente base legale. Paolantonio ne trae l'osservazione che «anche in tema di vigilanza prudenziale, nel diritto amministrativo europeo, non c'è discrezionalità senza principio di legalità».

Un terzo caso esaminato riguarda un'azione risarcitoria proposta da una società nei confronti della BCE. La società lamentava di aver subito un danno per l'effetto della nomina di taluni amministratori temporanei in un istituto di credito. Al di là del merito della vicenda, Paolantonio osserva che in questo caso il Tribunale sin troppo sbrigativamente ha affermato che le norme sulla vigilanza prudenziale consistono in mere previsioni organizzative, insuscettibili di stabilire rapporti giuridici e quindi di conferire ai privati diritti la cui lesione determina responsabilità extracontrattuale della BCE.

La riflessione dell'Autore – come Lui stesso suggerisce – ci consegna un quadro in chiaroscuro dell'intensità del sindacato giurisdizionale. Talora prevalgono le ragioni dell'autorità, ma in altre e rilevanti occasioni il sindacato giurisdizionale appare fedele all'obiettivo di assicurare l'effettività del principio di legalità e il controllo pieno della discrezionalità, che – come dice l'Autore – rappresenta «il problema più grave di qualunque ordinamento democratico».

Un quadro a tinte più fosche, per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, emerge dal contributo di Enrico Follieri che prende in con-

siderazione la seguente vicenda giurisprudenziale. La banca centrale di uno Stato membro, ravvisato la condizione di crisi irreversibile di un istituto di credito sottoposto alla sua vigilanza, adotta provvedimenti di risanamento che determinano l'estinzione dei crediti vantati ad ogni titolo dagli azionisti. Nella controversia che ne deriva la Corte di giustizia riconosce che le misure adottate sono astrattamente in violazione dell'art. 17 CDFUE, che sancisce il diritto di ciascuno di «godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità», ma ha ritiene altresì sussistente la causa di interesse generale che ai sensi della stessa disposizione giustifica l'espropriazione, in quanto i provvedimenti adottati «rispondono a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione» perché persegono l'obiettivo di «garantire la stabilità del sistema bancario, in particolare della zona euro e di evitare un rischio sistemico».

Questa decisione – come quella resa in un altro caso che l'Autore esamina – dimostra che nel settore bancario le ragioni dell'autorità prevalgono su quelle della libertà. Ciò in un certo senso è nell'ordine delle cose, in quanto le decisioni pubbliche in questo ambito perseguono l'interesse generale alla stabilità del sistema bancario e la prevenzione dei rischi sistematici. Tuttavia i diritti dei cittadini non dovrebbero essere trascurati, il che – osserva Follieri – rende urgente l'attuazione del Terzo Pilastro del progetto dell'Unione bancaria costituito dal Sistema europeo di assicurazione dei depositi (EDIS), volto a istituire un sistema comune di protezione dei depositi.

La relazione di Rossella Calderazzi si sofferma sul terzo aspetto del rapporto autorità-libertà sopra richiamato, cioè l'impatto della regolazione sull'organizzazione bancaria. L'esercizio della funzione di regolazione sottopone a vincoli la libertà d'impresa delle banche, incide sugli spazi di autonomia dei privati, limita le opzioni organizzative dei destinatari. Ma secondo l'Autrice la compressione della libertà d'impresa non si colloca nel contesto di una vera e propria “contrapposizione di interessi” tra pubblico e privato. Al contrario, la regolazione pubblica – che trova la sua legittimazione nel principio costituzionale della tutela del risparmio – contribuisce a realizzare quegli stessi diritti alla cui tutela è protesa anche l'attività delle banche quali organizzazioni private di interesse pubblico.

Carmela Robustella si sofferma sull'attività di supervisione sottratta alla competenza della BCE e attribuita alle Autorità nazionali competenti, con particolare riferimento alla vigilanza in materia di protezione dei consumatori. L'Autrice mette in evidenza diversi profili di possibile

interferenza con la finalità di contenimento del rischio propria della vigilanza prudenziale rimessa all'Autorità di vigilanza europea. Più in dettaglio, l'Autrice prende in considerazione i nuovi poteri regolamentari e di *enforcement* attribuiti alla Banca d'Italia per assicurare la “Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”. L'esercizio di tali poteri comporta l'applicazione di misure inibitorie, sia di carattere preventivo sia ripristinatorio, a carico dell'intermediario finanziario a seguito dell'accertamento di irregolarità contrattuali. L'Autrice dimostra come queste misure di tutela dei consumatori abbiano importanti riflessi non solo sul rapporto contrattuale intercorrente tra l'intermediario finanziario e il cliente, bensì indirettamente sulla stabilità finanziaria dell'intermediario stesso e, di conseguenza, sulla stabilità del sistema finanziario nel suo complesso, finendo, quindi, per impattare su prerogative di competenza esclusiva della BCE. Finalità di tutela contrattuale e finalità di governo prudenziale dei rischi finanziari diventano, dunque, due facce della stessa medaglia, condizionandosi reciprocamente.

2. La seconda sessione del convegno è stata dedicata ai rapporti tra vigilanza bancaria e antiriciclaggio.

Il contributo di Costanza Nicolosi offre una panoramica aggiornata del sistema amministrativo-preventivo antiriciclaggio, delineato nel d.lgs. n. 231/2007. Il sistema si basa sulla imposizione di obblighi a carico di talune categorie di soggetti privati: intermediari bancari e finanziari, altri operatori finanziari, professionisti operatori non finanziari come ad es. soggetti che esercitano il commercio di cose antiche o opere d'arte, prestatori di servizi di gioco. Costoro sono tenuti a collaborare nella gestione del rischio di riciclaggio attraverso l'adeguata verifica della clientela, la segnalazione di operazioni sospette alla Unità di Intelligence finanziaria (UIF), la conservazione dei dati. L'Autrice mette in evidenza il ruolo cruciale della vigilanza pubblica su questi operatori svolta dalle autorità indipendenti. Le diverse autorità hanno tuttavia poteri e strumenti diversi tra loro, il che secondo l'Autrice determina una vigilanza «a macchia di leopardo» che favorisce la disomogenea ottemperanza degli obblighi antiriciclaggio da parte delle diverse categorie di destinatari.

La segnalazione di operazioni sospette di riciclaggio è oggetto di specifica attenzione nel contributo di Carmencita Guacci. L'Autrice rileva che il legislatore definisce il sospetto di riciclaggio attraverso una locuzione generica e indeterminata, il che è di dubbia compatibi-

lità con il principio di tassatività e determinatezza della norma giuridica. Passando poi all'analisi del dato normativo, la medesima mette in evidenza che l'individuazione delle operazioni sospette fa sorgere un vero e proprio dovere di comunicazione in capo alla p.a. Trattasi di una attività non meramente ricognitiva che comporta l'espletamento di una complessa attività istruttoria e un articolato processo valutativo. L'adempimento dell'obbligo di segnalazione è poi reso oneroso dall'indeterminatezza della definizione del sospetto riciclaggio.

La limitata effettività della vigilanza nazionale sugli obblighi previsti dalla disciplina antiriciclaggio induce a rivolgere lo sguardo al diritto europeo. La relazione di Andrea Magliari si concentra sul regolamento UE n. 2024/1620 istitutivo dell'Autorità europea per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (AMLA). Per assicurare una più efficiente e uniforme gestione del rischio antiriciclaggio nel mercato unico, il diritto dell'Unione europea ha accentratato le funzioni amministrative di regolazione e vigilanza in precedenza svolte a livello nazionale. L'Autore rileva che il regolamento istitutivo dell'AMLA presenta «numerose assonanze con altre e recenti figure dell'integrazione amministrativa europea». In particolare, l'AMLA presenta caratteri che la differenziano da altre agenzie europee e consentono invece di accostarla alle Autorità del Sistema europeo di vigilanza sui mercati finanziari (EBA, ESMA, IOPA): l'indipendenza dalle istituzioni politiche europee e nazionali, la capacità di adottare sia decisioni individuali vincolanti sia atti regolamentari a contenuto discrezionale.

Non l'intera funzione di vigilanza è peraltro accentrata. I poteri dell'AMLA sono pieni solo per quanto concerne la supervisione degli enti creditizi e finanziari che presentano un livello di rischio elevato. In relazione a tutti gli altri enti creditizi, che costituiscono la stragrande maggioranza, la vigilanza rimane di competenza delle autorità nazionali, le quali però sono tenute ad applicare anche il diritto europeo e agiscono sotto la supervisione e il coordinamento dell'AMLA. Sotto questo aspetto emergono significative analogie con il modello di integrazione europeo che caratterizza il Meccanismo unico di vigilanza in materia bancaria (MUV) e il ruolo dell'AMLA è accostabile a quello della BCE. Restano però anche le differenze: la BCE è una istituzione dell'UE, dotata di copertura costituzionale nei Trattati, mentre l'AMLA è pur sempre una agenzia prevista dal diritto derivato.

Il funzionamento del sistema di vigilanza accentrata antiriciclaggio non può ancora essere valutato: ma, come osserva Magliari, un problema di non poco conto è costituito dalle differenze che permangono tra

le discipline nazionali, poiché questo condiziona l'uniforme e coerente esercizio della vigilanza da parte delle amministrazioni nazionali in via decentrata e della stessa AMLA.

Le scelte organizzative del diritto dell'UE nel settore della vigilanza anti riciclaggio sono al centro anche delle osservazioni di Nico Di Gabriele. L'Autore pone in rilievo che il diritto dell'UE ha scelto di intestare la vigilanza anti-riciclaggio ad un'autorità diversa da quella che si occupa della vigilanza prudenziale nel settore bancario (la BCE), mentre nelle principali esperienze nazionali le due funzioni sono esercitate dalla stessa autorità. L'Autore ritiene che in linea di principio l'accenramento delle competenze davanti ad un'unica autorità sia una soluzione organizzativa più efficace ed efficiente. Si deve considerare infatti che le più gravi crisi degli enti creditizi europei dell'ultimo decennio sono state originate da inadeguate condotte anti-riciclaggio. Inoltre, l'accorpamento delle competenze assicura vantaggi in termini di efficacia della vigilanza e soprattutto economicità dei processi sia per i supervisori sia per i soggetti vigilati. La soluzione prescelta dalle istituzioni europee richiede l'approntamento e la sperimentazione di strumenti di coordinamento per consentire l'efficacia della vigilanza e al contempo non sovraccaricare gli intermediari europei di oneri eccessivi che potrebbero avere conseguenze negative sulla competitività del sistema bancario della UE.

Il contributo di Marco Cappai indaga alcune interferenze tra la disciplina del contrasto al riciclaggio e quella della vigilanza prudenziale in materia bancaria. L'attenzione è portata in particolare sui poteri sanzionatori previsti nei due ambiti e in particolare sulle sanzioni amministrative che soddisfano i c.d. criteri Engel e quindi richiedono l'applicazione di garanzie penalistiche. Tra queste vi è il principio del *ne bis in idem*, cui l'Autore dedica le sue riflessioni. La giurisprudenza europea ha dapprima esteso l'applicazione di tale principio alle sanzioni formalmente amministrative (ma sostanzialmente penali, alla stregua dei criteri Engel), ma in seguito ha introdotto alcuni temperamenti. In particolare, il convergere di due procedimenti sanzionatori sullo stesso fatto materiale è tollerato se sono soddisfatte le seguenti condizioni: la possibilità di persecuzione multipla è prevista dalla legge, ciascun procedimento persegue una distinta finalità, è assicurato il rispetto del principio di proporzionalità (c.d. criteri Menci). Secondo il medesimo tali criteri faticano a trovare applicazione al caso di sovrapposizione di procedimenti sanzionatori istruiti nel contesto della disciplina antiriciclaggio e della vigilanza prudenziale. Tuttavia Cappai ritiene che

la deroga al *ne bis in idem* possa comunque trovare applicazione in quanto, a suo avviso, i criteri Menci sono espressione di principi del diritto amministrativo generale, e in particolare del diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41 CDFUE. Su queste basi, l'Autore auspica, più che una meccanica applicazione del principio del *ne bis in idem*, lo sviluppo di prassi di coordinamento nell'applicazione delle sanzioni riferibili ai due ambiti disciplinari.

Un altro punto di interferenza tra la disciplina del contrasto al riciclaggio e la vigilanza prudenziale è costituito dalla revoca dell'autorizzazione bancaria. Il tema è trattato da Luigi Mongiello. Il regolamento istitutivo del MUV non prevede espressamente la revoca da parte della BCE dell'autorizzazione bancaria per violazione delle norme antiriciclaggio, ma la giurisprudenza riconosce questo potere alla BCE in quanto la violazione della disciplina antiriciclaggio è palesemente rilevante nel contesto della vigilanza prudenziale, giacché l'utilizzo del sistema finanziario a fini di riciclaggio del denaro può minacciare la stabilità, l'integrità e la reputazione del sistema stesso. L'Autore, esaminando la giurisprudenza, mette in rilievo che la natura prudenziale e non sanzionatoria della revoca comporta una applicazione piuttosto blanda del principio di proporzionalità nella verifica della legittimità della misura.

3. La terza sessione del convegno è stata dedicata alla “Stabilità sistematica, intelligenza artificiale e rischio ambientale nell’attività della BCE”.

Maria Cristina Cavallaro si sofferma sull’uso dell’intelligenza artificiale nell’esercizio della attività di vigilanza bancaria e rileva la necessità che la BCE e le Autorità nazionali operino secondo le regole del giusto processo tecnologico, presidiato dai principi di non esclusività nella decisione algoritmica, non discriminazione nell’impostazione del modello e nella definizione degli input, trasparenza, e così via. Allo stato, la BCE utilizza l’intelligenza artificiale essenzialmente in funzione di supporto istruttorio delle decisioni. Ma d’altra parte un’applicazione massiccia di strumenti di intelligenza artificiale caratterizza anche l’attività dei soggetti sottoposti alla vigilanza, cioè gli enti creditizi nelle relazioni coi privati. Questo induce l’Autrice a domandarsi se la BCE sia in condizione di assicurare la propria funzione di vigilanza nei confronti degli enti creditizi che fanno uso di sistemi di IA. A manifestare preoccupazione sul punto è la stessa BCE in un parere reso sul Regolamento europeo in tema di intelligenza artificiale. Con riguardo ai sistemi di AI ad altro rischio forniti o utilizzati dagli enti creditizi, la BCE

ritiene siano necessarie ulteriori indicazioni per chiarire le aspettative di vigilanza. Infatti, per un verso gli interessi dei singoli – la cui tutela è fine precipuo della vigilanza – «potrebbero essere potenzialmente colpiti da sistemi di AI abusivi», ma per altro verso la vigilanza sull’uso dei sistemi di AI da parte degli enti creditizi non spetta alla BCE, perché si tradurrebbe in un ulteriore compito non previsto dal Trattato. Da qui l’invito della BCE a considerare l’opportunità di colmare questo vuoto con l’istituzione di un’autorità indipendente per l’IA che operi a livello dell’Unione. Osserva acutamente l’Autrice che le difficoltà riscontrate dalla BCE nell’esercitare il controllo sui sistemi di intelligenza artificiale rendono lecito allo stato dubitare sull’effettiva applicazione dei principi di trasparenza e non discriminazione nell’uso dei sistemi di intelligenza artificiale.

L’applicazione della IA alle attività della BCE è al centro anche del contributo di Vera Fanti. L’Autrice segnala la necessità che la BCE disponga di sistemi statistici affidabili e di un’ampia gamma di dati su cui fondare le proprie decisioni. Occorrono inoltre analisi puntuali dei dati che solo algoritmi avanzati possono elaborare. L’intelligenza artificiale può inoltre contribuire a aumentare la qualità della vigilanza bancaria attraverso il riconoscimento di procedimenti sospetti, la prevenzione di frodi o crisi finanziarie, etc. L’Autrice però non manca di individuare problemi e profili di criticità. Essi attengono, innanzitutto, alla tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti nei procedimenti, nonché alla trasparenza delle decisioni adottate con l’ausilio dell’intelligenza artificiale, trasparenza necessaria per garantire l’autorevolezza della BCE presso gli operatori del mercato e sostenere un clima di fiducia nei confronti delle sue decisioni. Vi è poi il rischio dei *bias* algoritmici in conseguenza del ricorso a informazioni e dati falsi. Infine, il rischio della deresponsabilizzazione del controllore, dal momento che «affidarsi troppo all’IA potrebbe ridurre il controllo umano sui processi decisionali, con effetti potenzialmente gravi in caso di malfunzionamenti o scenari imprevisti».

Alberto Clinì affronta il delicato tema della sicurezza cybernetica nell’esercizio della vigilanza bancaria. L’Autore evidenzia che il perseguitamento dell’obiettivo della resilienza cybernetica ha richiesto innanzitutto un riassetto organizzativo importante, che ha portato alla creazione di un sistema di tecnostrutture chiamate, al contempo, a vigilare sui mercati finanziari e sulla sicurezza informatica degli stessi, coordinandosi fra loro e con l’ACN (Agenzia per la cybersicurezza Nazionale). La necessità di contemperare una pluralità di interessi, spesso

anche confliggenti fra loro, quali sono innovazione tecnologica, tutela del mercato e tutela del risparmio, induce il medesimo a dubitare che le soluzioni organizzative adottate siano idonee alla piena tutela di diritti e libertà fondamentali.

Infine, la relazione di Graziana Urbano guarda verso le ultime frontiere della vigilanza bancaria analizzando le relazioni tra questa e la gestione del rischio climatico-ambientale. L'Autrice, in particolare, indaga i riflessi regolatori dell'impatto della crisi climatica sul sistema finanziario. Si sofferma in particolare sulla programmazione strategica attuata dalla BCE per la gestione del rischio climatico-ambientale, concludendo che la stessa è ormai divenuta un soggetto influente nello sviluppo delle politiche climatiche europee.

4. Raffaella Dagostino nella sua introduzione scrive esattamente che la vigilanza della BCE non fagocita la libertà d'impresa e l'iniziativa economica degli enti creditizi. Essa, piuttosto, può essere intesa come una attività di *tutorship* volta a stimolare processi organizzativi e gestionali che gli enti sono chiamati a predisporre e attuare per la prevenzione dei rischi tipici del settore creditizio. Ma la vigilanza prudenziale è oggi chiamata a confrontarsi anche con la gestione di altri rischi: da quelli che derivano dall'uso di strumenti di intelligenza artificiale da parte degli operatori del mercato bancario sino al rischio climatico e ambientale, passando per il rischio di riciclaggio del denaro. I lavori del convegno hanno illuminato queste relazioni confermando l'opportunità di tornare a riflettere sulla vigilanza bancaria europea a distanza di oltre dieci anni dalla istituzione del Meccanismo Unico di Vigilanza Europea (Regolamento (UE) n.1024/2013).

Notizie sugli autori

ANTONIO BARONE

Ordinario di Diritto amministrativo, Università di Catania

ROSA CALDERAZZI,

Associato di Diritto dell'economia, Università di Bari Aldo Moro

MARCO CAPPAl

Assegnista di ricerca di Diritto amministrativo, Università di Roma Tre

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Ordinario di Diritto amministrativo, Università di Palermo

ALBERTO CLINI

Associato di Diritto amministrativo, Università di Urbino Carlo Bo

GUIDO CORSO

Emerito di Diritto amministrativo, Università di Roma Tre

RAFFAELLA DAGOSTINO

Associato di Diritto amministrativo, Università di Foggia

NICO DI GABRIELE

Senior Team Lead, Banca Centrale Europea

GIUSEPPE DRAGO

Head of Section - JST coordinator, Banca Centrale Europea

VERA FANTI

Ordinario di Diritto amministrativo, Università “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara

ENRICO FOLLIERI

Emerito di Diritto amministrativo, Università di Foggia

CARMENCITA GUACCI

Associato di Diritto amministrativo, Università di Salerno

MARCO MACCHIA

Ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata

ANDREA MAGLIARI

Associato di Diritto amministrativo, Università di Trento

LUIGI MONGIELLO

Dottorando di Diritto amministrativo, Università di Foggia

COSTANZA NICOLOSI

Ricercatore t.t. di Diritto amministrativo, Università Mercatorum

NINO PAOLANTONIO

Ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata

CARMELA ROBUSTELLA

Ordinario di Diritto dell’economia, Università di Foggia

MICHELE TRIMARCHI

Ordinario di Diritto amministrativo, Università di Foggia

GRAZIANA URBANO

Associato di Diritto amministrativo, Università di Foggia

