

Prof. MARCELLO CLARICH
Ordinario nell'Università di Roma LUISS "Guido Carli"

Il sistema delle competenze delle autorità di vigilanza (*)

Ringrazio anzitutto gli organizzatori del Convegno per questo invito. Venendo al tema che mi è stato assegnato, volevo fare alcune brevissime considerazioni delineando quello che è stato il percorso normativo di quest'ultimo biennio in materia di tutela del risparmio. Partendo dal disegno di legge presentato, nella versione originaria, il 16 febbraio 2004 e passando alla versione approvata dalla Camera dei Deputati il 3 marzo 2005 vorrei poi fare alcuni riferimenti alla legge n. 62/2005 sul *market abuse* che anticipa alcuni contenuti della riforma, ed infine considerare un'ulteriore modifica legislativa, che interessa più gli amministrativisti, ma che potrebbe avere un effetto dirompente anche sulla tutela del risparmio limitatamente alla competenza delle Autorità di vigilanza, cioè le nuove norme sul silenzio-assenso approvate con la legge n. 80/2005.

Se questo è il quadro normativo di riferimento, non voglio in questa sede soffermarmi in modo analitico nell'analisi di questi testi, che peraltro richiederebbe molto tempo. Il senso generale della riforma, che in parte è stata attuata ed in parte (se andrà in porto il disegno di legge) verrà portata a compimento, si può riassumere nei seguenti punti.

Anzitutto, si era partiti con l'idea di operare grandi accorpamenti fra le Autorità di vigilanza del settore. Si è parlato, infatti, del cd. sistema "a tre teste", poi del sistema "a cinque teste"; alla fine, come spesso accade nella nostra prassi legislativa, non si è modificata nessuna delle Autorità nella sua entità e nel suo essere indipendente ed autonomo centro di competenze. Ciò ha sollevato alcune critiche, anche sull'opportunità di mantenere inalterato il sistema o eventualmente seguire i modelli stranieri che invece hanno accorpato e fuso Autorità di vigilanza settoriali che si occupano dei mercati finanziari. Il sistema indubbiamente presenta alcune incoerenze, sia se si guarda l'aspetto della regolazione per *finalità*, sia quello della regolazione per *soggetti*, come è stato sottolineato molto efficacemente da Renzo Costi in un recente articolo.

Sono, dunque, rimaste le Autorità come le abbiamo sempre conosciute; con una novità importante, però. Infatti, nel quadro del dibattito sulla riforma dei poteri delle Autorità di vigilanza, per la prima volta è entrata nella discussione in modo pieno anche la Banca d'Italia. Fino a qualche anno fa, come sappiamo, la Banca d'Italia era considerata un po' a parte nell'interno del complesso delle cd. Autorità indipendenti. Ricordo, per esempio, in particolare, l'indagine conoscitiva svolta dalla Camera dei Deputati nel 2000, che trattava di tutte le Autorità indipendenti, anche quelle di regolazione dei servizi pubblici, non solo le nostre, ma escludeva espressamente dal novero dell'oggetto di indagine la Banca d'Italia. L'aver incluso finalmente anche la Banca d'Italia all'interno dell'idea di ricomporre secondo criteri di maggiore razionalizzazione il sistema ritengo sia un segno di maturazione. Anche perché se è vero

* Testo dell'intervento al Convegno "*Nuove prospettive della tutela del risparmio*", tenutosi a Napoli presso il Conservatorio di San Pietro a Majella (27-28 maggio 2005).

che la Banca d'Italia, in quanto facente parte del sistema europeo delle Banche centrali e per quanto riguarda le funzioni monetarie, ha tutta una sua configurazione che rende oggettivamente non assimilabile la sua struttura a quella delle altre Autorità indipendenti, è anche vero, d'altro canto, che nell'ambito delle attività di vigilanza in senso proprio, ed almeno per questo settore, concettualmente i problemi della Banca d'Italia non sono molto dissimili rispetto a quelli concernenti la Consob, l'Isvap o le altre Autorità di regolazione.

Come sappiamo, nel corso dei vari passaggi dell'*iter* normativo, il progetto di riformare l'organizzazione e soprattutto lo statuto del Governatore della Banca d'Italia è venuto meno. Così come è venuto meno l'altro punto essenziale sull'aspetto delle competenze, cioè il problema della tutela della concorrenza nel settore bancario, che è stato oggetto, come noto, di accese discussioni e che è stato inserito in una norma molto controversa nel disegno di legge originario, per essere poi eliminata all'inizio di quest'anno poco prima dell'approvazione del disegno di legge da parte della Camera dei Deputati. Su questo aspetto magari tornerò dopo.

Quindi, se non si è proceduto ad alcun accorpamento e ad alcuna fusione, resta ovviamente il problema fondamentale del coordinamento tra i poteri delle varie Autorità di vigilanza. Qui, nel passaggio dalla versione originaria alla versione che si è andata consolidando del progetto riformatore, si sono immaginati degli strumenti di coordinamento tra le Autorità di settori. Il coordinamento è stato inizialmente concepito come *indirizzo*: basti ricordare che il disegno di legge originario rafforzava le funzioni del CICR (Comitato interministeriale per il credito e il risparmio), al quale venivano affidati compiti di espressione di indirizzi soprattutto per quanto riguarda l'attività di regolamentazione generale. Ma anche il Parlamento, che, come sappiamo, rappresenta il referente principale del modello delle Autorità indipendenti, si riservava in questo disegno di legge il potere di dare "*indicazioni*" (non era usato per pudore il termine *indirizzi*) alle Autorità di vigilanza. Quindi, c'era il tentativo di rafforzare il potere di indirizzo, che si è visto in parallelo essere attuato per altre Autorità in altri settori diversi dal nostro: ad esempio per l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che in seguito alla riforma del 2004 è assoggettata molto più di prima ai poteri di indirizzo da parte del Ministero di settore.

Invece, con una sterzata quasi a 180 gradi, nel disegno di legge approvato nel marzo del 2005, si tolgono addirittura competenze del CICR ed alcune competenze del Ministero dell'Economia in materia di ordinamento del credito. Si ricordi che il sistema delle competenze, dalla legge bancaria del 1936 in poi, è sempre stato un po' misto o ibrido: abbiamo avuto alcuni poteri affidati al CICR, altri al Ministero dell'Economia, altri ancora alla Banca d'Italia. L'aspetto più importante, che ritroviamo anche nella legge 62, è che finalmente il potere sanzionatorio è un potere proprio sia della Consob, sia, nel disegno di legge, anche della Banca d'Italia, essendo venuta meno quell'anomalia secondo la quale le due fondamentali Autorità nel settore bancario e finanziario non avevano un potere sanzionatorio proprio.

Quindi, il coordinamento è stato correttamente interpretato come *coordinamento paritario* tra soggetti indipendenti, e non più come coordinamento che viene attuato dall'esterno e che tende a degenerare in *indirizzo*.

Gli strumenti ipotizzati sono quelli di un coordinamento debole e sostanzialmente su base volontaria. È, infatti, previsto un organo in cui si siedono i rappresentanti (Presidenti) delle varie Autorità, mentre non è meglio specificato qual è l'oggetto di

questo tipo di riunioni: probabilmente si tratta di uno strumento di “raccordo”, che forse non era neppure necessario. Questa fa parte di quelle disposizioni legislative che hanno un sapore di auspicio più che di obbligo: del resto fino ad oggi, anche in mancanza di una norma di legge *ad hoc*, non era affatto vietato operare una riunione a questo livello.

Comunque, il coordinamento è inteso come *coordinamento paritario*, con l'unica particolarità che il Ministro ha la possibilità di chiedere la convocazione di questo comitato ed ha il potere di dare delle proprie comunicazioni. Ma fin qui non è dato vedere sul piano giuridico un possibile sconfinamento nell'*indirizzo*.

Il progetto riformatore ha anche affrontato gli *aspetti organizzativi*, ma anche qui nell'*iter* legislativo la portata iniziale si è andata svuotando di significato. Mentre, infatti, si era inizialmente parlato di riformare la Consob, di chiamarla con un altro nome; addirittura il disegno di legge originario aveva una normativa abbastanza articolata sullo statuto, sul potere di nomina. Alla fine è rimasto soltanto un potenziamento dell'organico a seicento unità, che è sicuramente importante sul piano della funzionalità, ma che rappresenta poca cosa rispetto all'idea di partenza sulla riforma dell'organizzazione.

Per quanto riguarda la Banca d'Italia, si era inciso sia sullo statuto che sul Governatore; aspetto sul quale era intervenuto anche un parere della Banca Centrale europea nel luglio del 2004. Anche questo aspetto è stato poi stralciato e credo opportunamente, se si considera il contesto politico-istituzionale nel quale veniva portato avanti questo progetto, poiché si tratta di aspetti delicati che richiedono, per essere modificati, un clima politico più tranquillo.

Per quanto riguarda i *poteri*, che rappresentano un altro passaggio importante, le linee di tendenza che emergono possono essere così sintetizzate.

Intanto già la legge 62 ha sicuramente ampliato i poteri normativi della Consob. E sappiamo che i poteri normativi delle Autorità indipendenti di settore sono quanto di più ampio si possa immaginare, perché le leggi dei due Testi Unici non riescono in generale a fornire criteri materiali di disciplina del potere normativo. La tendenza che emerge dal disegno di legge è nel senso di temperare o quanto meno di controbilanciare l'ampiezza dei poteri normativi con l'introduzione di istituti di partecipazione. Si pensi all'obbligo di motivazione delle scelte per gli atti regolamentari e gli atti generali o all'obbligo di consultare i soggetti vigilati e i consumatori. Il che fa pensare che si stia andando verso quel modello statunitense della regolamentazione cd. “partecipata”: nel senso che anche per gli atti generali ed i regolamenti, oggi sottratti agli istituti di partecipazione della legge 241/1990 vigente, almeno limitatamente alle Autorità di regolazione del nostro settore, si introduce l'obbligo di motivazione e la partecipazione. Ricordo che già nel 2003, con la legge 229, tutte le Autorità indipendenti sono state assoggettate all'obbligo della cd. analisi di impatto della regolazione, che è diversa dalla motivazione in senso giuridico, in quanto rappresenta l'obbligo di cercare di valutare *ex ante* i costi e i benefici della regolazione (i cd. *compleients coasts*, cioè i costi di adeguamento per le imprese e i soggetti vigilati, nell'idea della proporzionalità della misura regolamentare rispetto agli obiettivi). Si tratta, dunque, di un'idea già in parte presente nel nostro ordinamento, che però viene ripresa con maggiore forza ed enfasi nel disegno di legge nella versione approvata a marzo 2005.

Proseguendo nella rapida carrellata, per quanto attiene ai *poteri individuali*, si nota che si insiste sulle garanzie del contraddittorio: altro elemento tipico di tutta la categoria delle Autorità indipendenti. Il contraddittorio rinforzato è un elemento che qualifica e

che cerca di contemperare la forte discrezionalità tecnica di molti poteri esercitati. Nella legge 62, ma anche nel disegno di legge, si insiste anche sulla distinzione, nei procedimenti sanzionatori, tra funzione istruttoria e funzione decisionale. Si vuole, cioè, introdurre una sorta di terzietà, all'interno dell'Autorità indipendente, tra il soggetto che ha condotto l'istruttoria ed ha accertato l'illecito e il soggetto che poi va ad irrogare la sanzione. Anche qui i modelli, alla lontana, sono quelli statunitensi, i cui la legge sul procedimento del 1946 degli Stati Uniti prevede chiaramente una netta distinzione, in tutte le Autorità di regolazione, tra funzione istruttoria e funzioni decisionali. Si va, quindi verso una direzione che accentua il carattere di neutralità, imparzialità e forse di terzietà tra accusa e difesa all'interno delle stesse Autorità indipendenti.

Ho già sottolineato l'aspetto, per me molto importante nel modello delle Autorità indipendenti, del recupero della titolarità in proprio del *potere sanzionatorio*. Osservo che, però, per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, continua ad essere mantenuto in modo sistematico una incoerenza di fondo: nel senso che si attribuisce alla Corte d'Appello competente per territorio la giurisdizione nel caso della Consob e della Banca d'Italia, mentre per l'Isvap nel 2001 è stata prevista una norma che introduce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per lo stesso tipo di sanzioni, e per l'Autorità Antitrust abbiamo anche qui la competenza esclusiva in materia di sanzioni del giudice amministrativo. Si tratta di un'incoerenza che, a mio avviso, trova spiegazioni non già sul piano del modello teorico, bensì nella tradizione e nelle abitudini. E su questo punto ricordo che la giurisprudenza del Consiglio di Stato, subito dopo le modifiche processuali introdotte con gli artt. 33 e ss. del decreto 80/1998, aveva interpretato le nuove disposizioni processuali nel senso che esse avessero attratto nella propria orbita di giurisdizione anche le sanzioni in materia di Consob e della Banca d'Italia. Ma già la legge di riforma del diritto societario ha ripristinato la vecchia competenza della Corte d'Appello. Certamente c'è qualcosa che non torna in questo modello. Basti pensare che per molte Autorità indipendenti, anche per l'Autorità Antitrust, si è contestata l'attribuzione della giurisdizione esclusiva da quanti preferirebbero che si portasse il contenzioso antitrust davanti al giudice ordinario. Si tratta comunque di un punto che richiederebbe qualche riflessione ulteriore.

E vorrei toccare, nell'ambito di questa carrellata spero non troppo superficiale, anche l'aspetto dei rapporti tra Banca d'Italia ed Autorità Antitrust, il quale fu oggetto di un'audizione dell'allora Presidente Tesauro all'inizio del 2004, con una replica del Governatore della Banca d'Italia nell'ambito dell'indagine conoscitiva che è stata alla base del disegno di legge. Su questo tema si è peraltro già formata una certa letteratura: ricordo l'articolo di Olivieri su Mercato, concorrenza e regole del 2004. La mia opinione, se posso esprimerla in termini netti, è più vicina all'impostazione dell'ex-Presidente Tesauro: cioè nel senso di andare a ricomporre e a rivedere, anche individuandole in modo analitico, le varie fattispecie anticoncorrenziali. Infatti, le concentrazioni sono sicuramente diverse dalle intese e dagli abusi di posizione dominante. Inoltre, anche le concentrazioni richiedono una distinzione al proprio interno a seconda che si tratti di concentrazioni attuate mediante acquisizioni di pacchetti azionari da parte di imprese industriali in imprese bancarie (con tutto il problema della distinzione tra banche e industria, che ha una sua logica nella quale il diritto antitrust entra soltanto in misura marginale), ovvero di acquisizioni attuate tra banca a banca. E a tale proposito, all'argomento in base al quale la Banca d'Italia, esercitando una vigilanza di tipo prudenziale, ha conoscenze del settore maggiori di quante non ne

avrebbe sulle banche l'Autorità Antitrust, per cui si giustificerebbe un migliore esercizio concentrato dei poteri antitrust, si può facilmente replicare che queste conoscenze specialistiche ulteriori della Banca d'Italia potrebbero essere riversate, come è previsto nei progetti di riforma di cui si parla, nel procedimento davanti all'Autorità Antitrust sotto forma di pareri o addirittura si potrebbe pensare anche ad uno strumento più forte di coordinamento, come ad esempio l'intesa su certe operazioni delicate, oppure al potere derogatorio ove ci siano ragioni forti di politica industriale; potere, quest'ultimo, che non potrebbe essere espressione né dell'una né dell'altra autorità indipendente, ma dovrebbe essere attratto alla competenza di un organo politicamente responsabile, come può essere il Governo, o il Ministro di settore.

Un ultimo punto nasce dalla riflessione parallela tra la legge di riforma del procedimento amministrativo, attuata in due *tranches* quest'anno: la legge n. 35 e la legge 80, addirittura successiva a quella sul *market abuse*, che ha modificato radicalmente gli istituti della denuncia di inizio attività e del silenzio-assenso. Anche se ancora non si è approfonditamente analizzata la portata di queste innovative disposizioni, credo che esse potrebbero avere conseguenze addirittura dirimenti all'interno delle competenze delle Autorità di cui oggi ci occupiamo.

Intanto ricordo che la legge 241/1990 si applica alle Autorità indipendenti: ciò per effetto di quella disposizione un po' ambigua del testo unico bancario, in base alla quale, appunto, le disposizioni della legge 241 si applicano in quanto compatibili. Norma che non ha mancato di suscitare in dottrina dispute sul significato da attribuire a quell'inciso ("in quanto compatibili"... e poi rispetto a che cosa?). Tra l'altro, questa disposizione sulla compatibilità viene riproposta nel disegno di legge approvato il 3 marzo 2005, in una formula "aggravata", in quanto non sono più le "disposizioni" della legge 241/90 che si applicano in quanto compatibili, ma sono addirittura i "principi" della legge. Inoltre, si estende l'applicabilità non solo alla Banca d'Italia, ma a tutte le Autorità del settore.

Del resto, una volta che la giurisprudenza, sia amministrativa, sia civile (v., da ultimo, la Corte di Cassazione n. 8805/2005 sul caso della maxi-sanzione alle compagnie di assicurazione), ha affermato la natura formalmente amministrativa delle Autorità indipendenti, si fa fatica a cogliere la ragione per la quale si debba usare questa formula di raccordo o di coordinamento, che coincide alla lettera a quella che c'è tra il codice civile e gli accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento. L'art. 11 della legge 241 dice, infatti, che gli accordi sul contenuto sostitutivo e integrativo del provvedimento amministrativo sono regolati dai principi del codice civile in quanto compatibili. Mentre nell'art. 11 si capisce la portata del rinvio, sebbene così ampia, perché è ovvio che non può essere tutto il corpo delle disposizioni del codice civile a regolare la funzione amministrativa, nel caso del rinvio alla legge 241 siamo, invece, in presenza di Autorità formalmente amministrative (come ha sempre ribadito la giurisprudenza). Anzi, semmai il contraddittorio, come abbiamo visto prima, è rinforzato, proprio perché c'è questo problema anche di *deficit* di legittimazione cd. "democratica" o *accountability* (?).

Ma per venire a questo spunto quasi provocatorio, se noi guardiamo il nuovo art. 20 sul silenzio-assenso, emerge che gli elementi utili alla nostra discussione sono i seguenti. Intanto, si generalizza il principio del silenzio-assenso e quindi si cambia radicalmente modello: dal silenzio che vale come inadempimento con conseguente obbligo a provvedere, al principio generale del silenzio che vale come accoglimento

dell'istanza, qualora, entro il termine residuale della l. 241 (che è stato allungato da 30 a 90 giorni) ovvero il diverso termine fissato per un determinato procedimento, l'Autorità amministrativa ometta di pronunciarsi. A questa regola generale fanno da contrappeso le eccezioni al silenzio-assenso, anch'esse diversamente delineate rispetto al passato nel nuovo art. 20, comma 4°, l. 241/90. In estrema sintesi, la nuova disposizione ricorre a diversi criteri di coordinamento, il primo dei quali è un elenco di interessi pubblici. Sono, quindi, esclusi atti e procedimenti riguardanti una serie di materie di interesse pubblico (patrimonio culturale, ambiente, difesa nazionale, etc.), tra le quali osservo che non è menzionata la tutela del risparmio. Se ne deduce che la tutela del risparmio non è un interesse pubblico che giustifica l'esclusione dal silenzio-assenso. Il secondo criterio individuato dall'art. 20, comma 4°, riguarda i casi in cui la legge qualifica il silenzio come rigetto: e qui non si pongono problemi. Ulteriore criterio è il rinvio all'emanazione di uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, con cui si provvederà ad individuare in modo selettivo una lista di provvedimenti, anche al di fuori di quelli rientranti nel primo caso di eccezione individuati per categorie di interessi. Infine, vi sono i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ossia quando il Diritto comunitario obbliga gli Stati membri a prevedere il principio del provvedimento espresso formale. A tale proposito, occorre fare riferimento alla Direttiva 12/2000 sull'accesso all'attività degli enti creditizi, dove certamente esiste il principio espresso dell'autorizzazione formale per l'avvio dell'attività bancaria (v. l'art. 4, come recepito dal Tub).

Ma se guardiamo all'art. 16 sulla partecipazione qualificata (ossia sulle partecipazioni che superano certe soglie, delle quali si è molto parlato in questi giorni con le note vicende che si stanno delineando), il Diritto comunitario non impone l'autorizzazione preventiva. L'art. 16 della Direttiva parla, infatti, di obbligo di informare l'Autorità di vigilanza, la quale ha un termine di 90 giorni per vietare l'acquisizione di partecipazioni rilevanti in società bancarie. Sappiamo bene che la scelta operata dal nostro legislatore, consentita dalla Direttiva (v. il XII considerando che consente l'adozione di criteri più restrittivi), è più rigorosa, perché il Tub prevede l'autorizzazione preventiva per le acquisizioni di partecipazioni di questo tipo.

La domanda, che lascio anche a Voi come interrogativo finale, è come si concilia a questo punto il sistema. Il Diritto comunitario non impone un'autorizzazione preventiva; l'art. 20 della legge 241 non menziona tra le clausole di esclusione dal principio del silenzio-assenso la tutela del risparmio (il D.P.C.M. non è stato ancora emanato e quindi si vedrà cosa succederà). Tirando le somme, verrebbe da dire forse in modo un po' provocatorio che abbiamo alleggerito il sistema delle autorizzazioni, introducendo nelle nostre materie, al di là dei casi in cui il Diritto comunitario impone l'autorizzazione espressa, il principio generale del silenzio-assenso.