

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2023

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,
FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Le disposizioni di vigilanza per le banche tra diritto pubblico e regole dei privati

SOMMARIO: 1. Le difficoltà di inquadramento delle «Istruzioni» o «Disposizioni» di vigilanza per le banche - 2. La natura giuridica delle indicazioni di vigilanza: le incertezze di diritto positivo... - 3. (segue:) ...e le reticenze e oscillazioni tra gli interpreti - 4. Il catalogo di atti *ex art. 4, co. 1, t.u.b.*: una proposta di lettura - 5. L'ipotesi della natura regolamentare di tutte le indicazioni di vigilanza con contenuto precettivo: critica - 6. I canoni di vigilanza non aventi contenuto precettivo (c.d. *soft law* o *soft regulation*) - 7. La prospettiva di un'estensione di vincolatività delle indicazioni non precettive oltre i principi del diritto pubblico

1. Le difficoltà di inquadramento delle «Istruzioni» o «Disposizioni» di vigilanza per le banche

L'inquadramento giuridico degli atti elaborati da Banca d'Italia nello svolgimento della vigilanza sulle imprese creditizie – quali, per es., le «Disposizioni di vigilanza per le banche» (Circ. 17 dicembre 2013, n. 285) o le più risalenti «Istruzioni di vigilanza per le banche» (Circ. 21 aprile 1999, n. 229) – è tema in ampia parte ancora irrisolto: non è chiaro in giurisprudenza ed è senz'altro controverso in dottrina¹. Ciò, anche al netto delle questioni relative all'ammissibilità costituzionale di simili interventi regolatori², nonché, più di recente, alla mappatura degli intrecci tra corpi di disciplina di livello sovranazionale e livello domestico³.

Il primo terreno – s'intende: primo dal punto di vista storico – su cui si sono manifestate le evocate incertezze è quello della natura, propriamente normativa ovvero solo amministrativa, delle previsioni di

¹ Per puntuali riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, v. par. 3. Un quadro di sintesi in F. CAPRIGLIONE, *Le fonti normative*, in ID., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano-Padova, 2019, 15 ss.

² Nell'estesissima letteratura cfr., in luogo di molti, G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 326 ss.

³ Cfr. per es. M. LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 424 ss., nonché pure R. COSTI, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in *B.I.S.*, 2019, 183 s. (ove in particolare la sottolineatura delle difficoltà, nel raccordo «tra le norme dei paesi membri e quelle dettate dall'Unione Europea», di «individuazione» e «coordinamento» dei diversi corpi normativi).

vigilanza che racchiudono un comando (e che dunque possono essere richiamate, riprendendo una consolidata terminologia, come aventi contenuto precettivo)⁴. Un secondo problema, di più recente emersione, riguarda i canoni di vigilanza invece privi di un simile oggetto – meri orientamenti, statuizioni interpretative, raccomandazioni, ecc. – segnatamente con riferimento alla loro opponibilità, e quindi applicabilità, in assenza di un'esplicita adesione.

Nell'ottica di taluni operatori, forse, dette questioni possono apparire di impatto tutto sommato contenuto. Nel contesto di una collaborazione sostanzialmente quotidiana con l'istituzione incaricata della vigilanza, la conformazione alle indicazioni che da essa provengono è del tutto fisiologica e, per così dire, acquisita: essa s'impone, nei fatti, quale che sia la relativa forza o natura giuridica. «Per chi deve svolgere un'attività» soggetta a una certa autorità – si è osservato in termini generali in ordine alla potestà regolatoria delle *authorities* – «qualunque dichiarazione è considerata come norma»⁵.

In diritto, tuttavia, i cennati problemi restano decisivi.

Quanto ai canoni dichiaratamente non vincolanti, il problema è proprio quello di stabilire se e in che forma, ove manchi una spontanea, espressa, uniformazione alle statuizioni dell'autorità, queste ultime possano comunque assumere rilevanza giuridica, producendo un qualche effetto sui soggetti vigilati (o, addirittura, sui terzi). Il nodo, in altri termini, sorge proprio ove una dichiarata adesione alle indicazioni dell'autorità, nel concreto, non ricorra e si debba così capire se e in che termini esse siano in qualche modo invocabili, direttamente o indirettamente, per qualificare o risolvere un caso.

⁴ La locuzione «atti precettivi» (o «a contenuto precettivo») è ripresa da S. AMOROSINO, *Il "puzzle" delle fonti normative del mercato bancario e la "dialettica circolare" tra le Corti europee e nazionali*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 99 ss., che a sua volta si colloca sulla scia dell'insegnamento di M.S. GIANNINI (*Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, 1984, e *Diritto amministrativo*, Milano, 1993), il quale parlava appunto di «atti precettivi ad efficacia generale» per indicare unitariamente i regolamenti e gli atti amministrativi di programmazione (quest'ultimi intesi come «insiemi di prescrizioni ordinati al conseguimento di obiettivi»). E cfr. pure S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Milano-Padova, 2016, 16 s.

⁵ Così, in via trasversale per tutte le istituzioni regolatorie, G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, G. GITTI (a cura di), Bologna, 2006, 57.

Quanto poi al problema qualificatorio delle disposizioni con contenuto precettivo, non possono sottacersi le plurime ricadute derivanti dall'inquadramento di un atto come propriamente normativo. La cogenza di quest'ultimo è opponibile alla generalità dei consociati, con conseguente applicazione di una serie di regole che non possono estendersi ad altre manifestazioni di attività giuridica, tra cui, appunto, i provvedimenti amministrativi⁶.

La portata di tali due questioni, com'è evidente, non si esaurisce nel campo della potestà regolatoria della Banca d'Italia, né delle sole autorità indipendenti. Detti interrogativi tuttavia si presentano per i provvedimenti di vigilanza bancaria in termini affatto peculiari⁷ e ciò consente di affrontarli con uno strumentario non sempre coincidente a quello impiegabile in altri contesti⁸.

⁶ Molto chiaramente, sul punto, A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2020, 37 ss. Si possono dunque compendiare come tratti tipici, ed esclusivi, degli atti normativi: (i) il regime di pubblicazione e di *vacatio* (art. 10 disp. prel. c.c.); (ii) l'impossibilità di invocare l'ignoranza di quanto la fonte prescrive (*nemo ius ignorare censetur*); (iii) l'assoggettamento della fonte a canoni di interpretazione prestabiliti (art. 12 disp. prel. c.c.), diversi da quelli applicabili alle dichiarazioni di volontà; (iv) la garanzia che di simili fonti – e soltanto di tali fonti – si farà applicazione in giudizio, secondo il c.d. principio di legalità della giurisdizione (cfr. art. 113 c.p.c.); (v) l'ulteriore salvaguardia in virtù della quale le parti sono dispensate dall'onere di indicare gli atti normativi applicabili alla fattispecie, essendo compito del giudice individuarli, secondo il canone *iura novit curia*; (vi) il principio per cui l'eventuale violazione di un atto normativo, da parte di una sentenza civile o penale, costituisce motivo di ricorso per cassazione (art. 111, co. 7, Cost.), essendo compito della Suprema Corte quello di assicurarne l'esatta osservanza e l'uniforme applicazione (art. 65 ord. giud.); (vii) il principio per cui l'eventuale violazione di un atto normativo, da parte di successivi atti amministrativi generali o puntuali, rileva come causa di illegittimità di questi per «violazione di legge» (art. 21 *octies*, co. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241), da far valere davanti agli organi di giustizia amministrativa.

⁷ È il caso, in particolare, delle difficoltà di inquadramento tra atti normativi ed atti amministrativi. Sebbene si tratti di questione comune alle altre autorità indipendenti (cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2019, 280 ss.), le modalità con cui essa si presenta in rapporto alla Banca d'Italia sono specifiche (cfr. già V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza «regolamentare»*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, U. MORERA, A. NUZZO (a cura di), vol. I, Milano, 1994, 48, e B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1996, 227 ss.).

⁸ È vero che, con riferimento alla potestà regolatoria di Banca d'Italia, accanto a chi ha sottolineato la portata della distinzione normativo *versus* amministrativo (cfr. V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza «regolamentare»*, cit., 59, nonché più di recente ID.,

È precisamente la perdurante, e specifica, rilevanza di tutte le evocate questioni nel segmento creditizio a sollecitare il presente lavoro: il quale mira a fare il punto circa i termini in cui esse oggi si pongono, nonché a vagliare la praticabilità di soluzioni che possano aiutare a ricomporre il quadro.

Si cercherà di farlo considerando dapprima le difficoltà che sono emerse con riferimento alla natura giuridica – normativa ovvero amministrativa – delle disposizioni di vigilanza aventi contenuto precettivo (v. parr. 2-5); ed esaminando poi le eventuali condizioni di opponibilità a terzi delle indicazioni di vigilanza prive di forza vincolante (v. parr. 6-7).

Come si vedrà, lungo l'analisi, si avrà modo di dialogare con una sentenza del Tribunale di Napoli del 2019 – reperibile nelle banche dati, ma, a quanto consta, non ancora oggetto di pubblicazione e commento nelle riviste scientifiche⁹ – che ha avuto modo di pronunciarsi, in termini per molti versi innovativi, relativamente ad ambedue le questioni.

I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti, in *Arbitri dei mercati*, M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), Bologna, 2010, ma reperibile in dattiloscritto nel web, da cui qui si cita, 2), vi è stato anche chi ne ha ridimensionato la rilevanza, circoscrivendo l'impatto dei fattori che in nt. 6 si sono indicati *sub (iii)*, (v), (vi) e, inoltre, sottolineando il comune regime cui atti regolamentari e atti amministrativi generali sono sottoposti (cfr. art. 23 l. 28 dicembre 2005, n. 262) in termini di procedimento di adozione (cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impresa società*, 2003, 60 s.). A ogni modo, la contrapposizione sembra rimanere irriducibile (cfr. E. GALANTI, *Il sistema delle fonti*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, ID. (a cura di), in *Trattato di diritto dell'economia*, E. PICOZZA, E. GABRIELLI (diretto da), vol. V, Padova, 2008, 149, nt. 88, nonché più in generale M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 707), anche in ragione della possibilità per l'autorità emanante di discostarsi, nell'adottare eventuali provvedimenti di portata individuale, dalle disposizioni che essa stessa abbia in precedenza elaborato in termini generali (cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 513; cfr. peraltro C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 387 ss.): uno scenario che si può aprire, come ben si può immaginare, solo ove dette previsioni abbiano natura esclusivamente amministrativa; e, s'intende, a condizione di un'adeguata motivazione (cfr. nuovamente E. GALANTI, *Il sistema delle fonti*, cit., 149 s., nonché (M. CLARICH -) E.L. CAMILLI, *sub artt. 2-4*, in *Comm. t.u.b. Porzio*, Milano, 2010, 31 s.).

⁹ Si tratta di Trib. Napoli, Sez. spec. impr., 12 settembre 2019, n. 8035, consultabile in *DeJure*.

2. La natura giuridica delle indicazioni di vigilanza: le incertezze di diritto positivo...

Emersa nella seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, in concomitanza con il passaggio dalla vigilanza strutturale a quella prudenziale¹⁰, l'incertezza classificatoria dei provvedimenti di vigilanza creditizia, tra fonti del diritto e atti amministrativi, trova, nella cornice euro-unitaria della materia¹¹, nuovo e ulteriore alimento. Sono infatti molteplici i luoghi in cui tale diritto sovranazionale contempla la produzione, da parte delle «autorità competenti», di regole destinate alle banche vigilate¹².

Dottrina autorevole ha addirittura letto, nel preambolo di alcuni atti del pacchetto CRD IV, il riconoscimento a tali istituzioni di una potestà normativa sostanzialmente piena ed autonoma¹³. La tesi, pur suggestiva, va messa a confronto con l'articolato di diritto positivo di detti provvedimenti euro-unitari, che ancora si compone di attribuzioni di potere ogni volta puntuali e circostanziate¹⁴: le quali talvolta

¹⁰ Una rassegna di tale percorso in C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2020, 107 ss., nonché in M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. Comm.*, 2019, I, 32 ss.

¹¹ Peculiari problemi si pongono del resto con riferimento agli atti di regolazione dalle stesse istituzioni europee: cfr. F. ANNUNZIATA, *Atti delle autorità e istituzioni europee, tra soft law e controllo della Corte*, in *www.dirittobancario.it* (Editoriale, 19 luglio 2021).

¹² Senza considerare la partecipazione delle «autorità competenti» dei singoli Stati membri al Consiglio dell'EBA (cfr. art. 41 ss. reg. (UE) del 24 novembre 2010, n. 1093, nonché art. 6, par. 1, lett. e, CRD IV). Sull'inquadramento degli atti di Banca d'Italia in ragione dei plurimi legami con le fonti comunitarie, anche alla luce della partecipazione di detta autorità all'elaborazione di queste ultime, anche E. GALANTI, *Il sistema delle fonti*, cit., 140 s.

¹³ In questo senso, in rapporto al *Considerando 54* della CRD IV, cfr. G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, 59 s.

¹⁴ Il coinvolgimento dei supervisori nell'attuazione delle previsioni comunitarie è spesso prefigurato da enunciati che fanno obbligo a dette istituzioni di «assicurare» o «garantire» il conseguimento di determinati risultati (cfr., per es., artt. 80-87 CRD IV): formule che sono a tal punto ampie da suggerire, d'acchito, l'attribuzione di un potere normativo vero e proprio e che tuttavia si prestano pure a letture diverse, legate più alle attività di vigilanza, che a quelle di regolazione. D'altro canto, mentre si rinviengono espliciti riferimenti ai poteri informativi, ai poteri d'indagine, ai poteri

rimettono ai regolatori dei singoli Stati membri specifiche scelte di dettaglio rispetto a opzioni che nelle linee essenziali sono state definite a livello europeo¹⁵; talaltra, legittimano quelle stesse strutture a operare, su spunto dell'EBA o dell'ESMA, di propria iniziativa¹⁶.

sanzionatori di cui le autorità competenti devono essere munite (art. 4) o ancora, e appunto, ai relativi poteri di vigilanza (art. 64), non si registrano cenni in merito a eventuali potestà normative, se non nei termini dell'elaborazione di «prassi» comuni o condivise nell'applicazione della disciplina attuativa delle previsioni europee (cfr. art. 6, par. 1, CRD IV).

¹⁵ È quanto accade, per es., in corrispondenza dell'art. 91, par. 10, CRD IV (ove il mandato è rivolto a esse e, al contempo, agli Stati membri). È forse guardando a tali previsioni che si è osservato che l'attività normativa di Banca d'Italia «trova (almeno in parte) diretto fondamento e giustificazione [...] nelle regole [...] introdotte dalla CRD IV» (così C. FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di organo con funzione di supervisione strategica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 492 s., in part. 493). In altre circostanze, il diritto euro-unitario permette alle autorità nazionali di disapplicare, su base individuale, certe disposizioni: cfr., per es., artt. 7, 8, 15 CRR, nonché (ma in tal caso «conformemente alla normativa nazionale») art. 10 CRR.

¹⁶ È quasi paradigmatico il diverso significato assunto, nel tempo, dalla prescrizione secondo cui le autorità creditizie «provvedono alle raccomandazioni [dell'Unione Europea] in materia creditizia e finanziaria» (art. 6, co. 1, t.u.b.). Mentre infatti, all'indomani del testo unico, si riteneva che essa non contenesse «una attribuzione *ex novo* di poteri di disciplina», poiché «ciascuna autorità può adottare disposizioni attuative dei contenuti delle raccomandazioni nell'ambito e con il rispetto dei limiti che la legislazione nazionale prevede in ordine al loro potere normativo» (Così M. PERASSI, *Le autorità e i poteri di vigilanza nel testo unico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, I, 669 s.), allo stato presente la conformazione degli atti di *soft regulation* elaborati dalle autorità europee trova fondamento direttamente in disposizioni sovraordinate comunitarie (cfr. in part. art. 6, par. 1, CRD IV, che in dottrina si è ritenuto idoneo a far attribuire, «nei fatti, valenza prescrittiva» ad atti di diritto tenue come quelli prefigurati dall'art. 16, par. 3, dei regolamenti 24 novembre 2010, nn. 1093 e 1095: in tal senso M. LAMANDINI, *op. cit.*, 428; sull'art. 6, par. 1, CRD IV si avrà modo di tornare brevemente in par. 6). Del resto, la rappresentazione che di tale attività di uniformazione si dà, oggi, è nel confronto senz'altro più fluida, rilevandosi come essa «a volte, [sia] garantita mediante l'adozione di circolari, istruzioni, atti interni o aggiornamenti dei manuali interni di vigilanza»; «altre volte, [sia] assicurata attraverso l'adozione di atti vincolanti», che possono essere «anche» – cioè, osserva chi scrive, non esclusivamente – «di rango legislativo»: così G. GASPARRI, *I nuovi assetti istituzionali della vigilanza europea sul mercato finanziario europeo e sul sistema bancario. Quadro di sintesi e problemi aperti*, Consob - Quaderni giuridici, 2017, 19, nt. 30.

Di qui, allora, non solo i fenomeni di «stratificazione» e «osmosi» delle fonti, tra le quali la netta prevalenza, appunto, di atti non legislativi¹⁷; ma proprio – per quanto qui interessa – il fisiologico (ri)presentarsi degli interrogativi relativi alla natura dei provvedimenti emanati dalle autorità nazionali. Le fonti europee, ovviamente, nulla dicono in proposito, il che impone di affrontare il problema in ogni singolo ordinamento domestico, alla luce dei principi costituzionali, e più in generale di diritto pubblico, in esso vigenti¹⁸.

Ebbene, nella cornice che qui ci compete, i dati ritraibili dalla legislazione creditizia si rivelano incerti e non conclusivi.

Di difficile ricostruzione, innanzitutto, il quadro delle previsioni contenute nel testo unico bancario.

L'art. 4, co. 1, t.u.b. – quasi una pietra angolare nell'assetto della potestà regolatoria di Banca d'Italia – nel contrapporre atti certamente normativi come i «regolamenti» (adottabili «nei casi previsti dalla legge») ad altri certamente non normativi come i «provvedimenti di carattere particolare» di competenza dell'autorità, lascia in un'area di irriducibile ambiguità la natura delle «istruzioni», evocate e collocate, invece, in posizione mediale tra gli uni e gli altri¹⁹. Non solo: anche a voler ritenere – come pure chi scrive ritiene corretto (v. par. 4) – che le «istruzioni» richiamate dall'art. 4 t.u.b. siano locuzione linguistica che vale a contrassegnare provvedimenti di natura amministrativa, il più delle volte di carattere generale, resta il fatto che la distinzione tra regolamenti e, appunto, atti amministrativi generali è lasciata

¹⁷ Sono locuzioni riprese da S. AMOROSINO, *Il "puzzle" delle fonti normative*, cit., 96 ss., 99 ss., e *passim*.

¹⁸ Vale anche qui il rilievo di chi ha notato che, per quanto le previsioni europee possano prefigurare uno spazio regolatorio per autorità o istituzioni non politiche, esse «non entrano nel merito della loro collocazione», poiché «[t]ale questione è rimessa al legislatore interno in base ai parametri costituzionali applicabili» (così G. DI MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012, fasc. 1, 12). Cfr. anche A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2015, 10 s.

¹⁹ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, cit., 227 ss., saggio con il quale, pur senza farne citazione espressa, la pronuncia del Tribunale di Napoli, 12 settembre 2019, evocata più sopra (v. nt. 9), ha vari punti di simmetria e assonanza.

all'interprete, cui spetta «il compito di ricostruire la volontà del legislatore con riferimento alla qualificazione del potere normativo di volta in volta attribuito alle autorità creditizie»²⁰.

Il catalogo di provvedimenti *ex art. 4 t.u.b.*, d'altro canto, resta privo di una chiara, inequivoca, corrispondenza con le due forme di pubblicazione degli atti di Banca d'Italia delineate dal successivo art. 8 t.u.b.: l'una interna all'ordinamento bancario, sul sito internet dell'autorità, per qualsivoglia genere di atto²¹; l'altra invece tipica dell'ordinamento generale, sulla *Gazzetta Ufficiale*, per i soli provvedimenti di carattere generale le cui disposizioni siano «destinate anche a soggetti diversi da quelli sottoposti [a] vigilanza»²². Un impianto che, nel riferirsi alla platea di coloro su cui gli atti di Banca d'Italia possono avere ricadute giuridiche, certamente non chiarisce quali provvedimenti debbano essere assoggettati all'una ovvero all'altra pubblicazione²³.

È vero che il discrimine fondato sull'ambito dei destinatari può in linea di principio veicolare l'individuazione del confine tra atti con natura regolamentare e atti con natura amministrativa²⁴. Si è notato, tuttavia, che la stessa formulazione dell'art. 8, co. 2, t.u.b. è «sintomatica della difficoltà di discernere *a priori* la natura dell'atto», là ove lascia intendere come «anche singole disposizioni all'interno di un medesimo testo possano avere natura mista di atto amministrativo

²⁰ Così S. VINCI, *Vigilanza regolamentare sulle banche e controlli a carattere «strutturale». Profili critici*, in *La regolazione dei soggetti finanziari nell'attività normativa delle autorità*, M. CERA (a cura di), Milano, 2002, 24.

²¹ La pubblicazione sul sito internet ha sostituito, a far data dal 2015 (d. lgs. 12 maggio 2015, n. 72), l'originaria pubblicazione sul *Bollettino*.

²² Espressione da intendere come «destinati a produrre effetti nei rapporti tra le banche e i terzi»: così V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza «regolamentare»*, cit., 57 s.

²³ Cfr. ancora B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, cit., 238, nonché Trib. Napoli, 12 settembre 2019, cit.; nell'uno e nell'altro caso, tuttavia, le notazioni sono svolte facendo riferimento alle «istruzioni» come a una forma/tipologia di provvedimento (e v. *infra* par. 4, corr. nt. 46).

²⁴ L'importanza della pubblicazione, e delle relative forme, è sottolineata da V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, cit., 4, 7 s. Più accentuata ancora l'opinione di S. STAMMATI, *sub art. 8*, in *Testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia*, F. BELLÌ, G. CONTENTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO, V. SANTORO (a cura di), vol. I, Bologna, 2003, 133, secondo il quale l'art. 8, co. 2, t.u.b. «fornisce «disposizioni [...] decisive [...] ai fini della qualificazione giuridico-formale degli atti approvati dalle autorità creditizie».

generale da una parte e di atto sostanzialmente regolamentare dall'altra»²⁵. Quel criterio, in ogni caso, è assai poco selettivo sul piano applicativo, giacché da tempo la prassi di Banca d'Italia è di ricorrere alla *Gazzetta Ufficiale* anche per disposizioni che sono rivolte a produrre effetti soltanto sui soggetti sottoposti alla sua vigilanza. Tanto che, non senza qualche forzatura, vi è chi ha dedotto la natura senz'altro regolamentare delle varie circolari di Banca d'Italia dalla sola circostanza che esse fossero state oggetto di detta pubblicazione, per sua natura diretta alla generalità dei cittadini²⁶.

Questo essendo il quadro emergente dal testo unico bancario, si deve constatare che l'incertezza non è stata poi risolta – se non è stata addirittura acuita – in occasione della c.d. legge per la tutela del risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262).

Quest'ultima, nel disciplinare alcuni profili procedimentali del potere normativo di Banca d'Italia, al pari di quanto fatto per altre autorità, ha nominalmente incrementato il campionario degli atti da queste emanabili (o delle categorie in cui i medesimi possono essere raggruppati), menzionando i provvedimenti «aventi natura regolamentare», quelli «di contenuto generale» (art. 23, co. 1), nonché, subito di seguito, quelli «di regolazione generale» (art. 23, co. 2)²⁷: nozione quest'ultima, forse, comprensiva delle precedenti due.

È vero, come notato da alcuni autori in rapporto a Banca d'Italia, che tali riferimenti di legge non sembrano «rivoluzionare il quadro»

²⁵ Così E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, n. 41, 1996, 19; similmente S. VINCI, *op. cit.*, 25.

²⁶ Cfr. in questo senso F. GIORGIANNI - C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012, 112, nt. 128 e 129; si tratta naturalmente di una lettura troppo radicale, poiché la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* costituisce «un semplice indizio presuntivo della natura regolamentare dell'atto, la cui ricorrenza è lasciata [...] a una valutazione, autorevole ma non vincolante, della stessa autorità che lo emana» (così E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato*, cit., 19).

²⁷ Non manca poi la nozione, ricordata dalla l. 262/2005 nell'ambito della disciplina dei profili organizzativi di Banca d'Italia (art. 19, co. 6), dei «provvedimenti aventi rilevanza esterna». Sulla distinzione tra atti aventi rilevanza rispettivamente esterna e interna, cfr. F. GUERRACINO, *L'adozione degli atti di regolazione delle autorità del mercato bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, t. 1°, Padova, 2010, 239 ss., 242, nonché, con alcuni rilievi critici, A. MORRONE, *op. cit.*, 209.

delineato dal testo unico²⁸; essi denotano però l'instabilità e precarietà del lessico normativo in materia. In ultima analisi, facendo cenno «agli atti [...] “aventi natura regolamentare o di contenuto generale”», la legge per la tutela del risparmio ha «lasciato impregiudicato il dubbio sulla natura delle istruzioni»²⁹.

3. (segue:) ...e le reticenze e oscillazioni tra gli interpreti

Le descritte ambiguità si riverberano nella giurisprudenza applicata, ove il dato davvero dominante è l'assenza di un orientamento prevalente (e, ancor prima, la carenza di condivisione circa i criteri dai impiegare a fini di inquadramento).

In campi contigui alla vigilanza, come in materia di forma dei contratti bancari³⁰ o nel quadro della disciplina antiusura³¹, le incertezze non sono così accentuate. Relativamente alle indicazioni fornite in sede di supervisione, invece, i nostri giudici mostrano una certa reticenza e, in alcuni casi, una vera e propria vaghezza.

Quando a venire in rilievo è, per es., il rispetto delle disposizioni adottate per il «contenimento del rischio» (art. 53, co. 1, lett. b, t.u.b.) e in particolare delle procedure per la segnalazione alla centrale dei

²⁸ Così B.G. MATTARELLA, *sub* artt. 23 e 24, in *La tutela del risparmio. Commentario della legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d. lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, A. NIGRO, V. SANTORO (a cura di), Torino, 2007, 443.

²⁹ Così C. BRESCIA MORRA - U. MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Trattato CNN diretto da Perlingieri*, vol. XI, Napoli, 2006, 110, nt. 260; notazioni simili in E. GALANTI, *Il sistema delle fonti*, cit., 145. Come si vedrà più oltre, le ripercussioni sistematiche dell'art. 23 l. 262/05 possono essere plurime: e v. par. 5.

³⁰ Tema rispetto al quale (e cfr. l'ormai abrogato art. 3, co. 3, l. 17 febbraio 1992, n. 154) la Suprema Corte ha riconosciuto senz'altro le disposizioni emanate da Banca d'Italia, su conforme delibera del CICR, come «norme di rango secondario»: così Cass., 9 luglio 2005, 14470, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 1015.

³¹ Le istruzioni impartite da Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi (e cfr. da ultimo art. 3, co. 2, d.m. 23 dicembre 2022) – delle quali pure, soprattutto nelle pronunce di merito, si fatica a inquadrare la rilevanza nella valutazione delle singole operazioni di finanziamento (cfr., per es., Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286, in *Guida al diritto*, 2020, fasc. 2, 51, e, in senso difforme, Trib. Crotona, 27 gennaio 2020, n. 77, in *DeJure*, e Trib. Chieti, 4 settembre 2019, n. 565, *ibidem*) – sono spesso descritte in giurisprudenza come «norme tecniche autorizzate»: formula che, sia pur in modo ellittico, ne lascia trasparire l'indole amministrativa.

rischi³², o di quelle che, nell'ambito della disciplina de «il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni» (art. 53, co. 1, lett. *d*, t.u.b.), stabiliscono specifici doveri e responsabilità per gli amministratori, specie non esecutivi, di un'impresa creditizia³³, i giudicanti si limitano a prendere atto del rinvio compiuto dalle previsioni di rango primario alle norme dell'autorità, senza indagarne ulteriormente (o anche solo indicarne) la posizione nella gerarchia delle fonti. Ed è solo là ove occorre pronunciarsi sull'ammissibilità, nel nostro sistema costituzionale e sovranazionale di tutela delle libertà fondamentali (segnatamente alla luce dei principi di tipicità e determinatezza) di taluni illeciti amministrativi, la cui fattispecie è in larga parte definita dalle prescrizioni di Banca d'Italia, che la Cassazione avverte l'esigenza di descrivere queste ultime come «norme regolamentari delegate»³⁴.

Quando poi difetta, nel testo unico bancario (o in altra disposizione di legge), un esplicito fondamento dell'intervento regolatorio di Banca d'Italia, l'atteggiamento dei giudici diventa addirittura oscillante. Talvolta le relative previsioni sono assimilate a vere e proprie fonti dell'ordinamento, da applicare senz'altro in coordinamento con altre norme giuridiche primarie o secondarie³⁵; talaltra si afferma, in termini

³² Cfr. Cass. 26 ottobre 2020, n. 23453, in *Guida al diritto*, 2021, 5; Cass., 9 luglio 2014, n. 15609, in *Diritto e giustizia*, 2014, fasc. 6 novembre; Cass., 1° aprile 2009, n. 7958, in *Foro it.*, 2011, 1, I, 208; Cass., 21 ottobre 2007, n. 21428, in *DeJure*. Cfr. però Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7037, in *Foro amm. CDS*, 2006, 1746 (s.m.), da cui sembra trasparire una valutazione di quelle indicazioni come munite di natura soltanto amministrativa, rivolte dall'autorità di vigilanza alle singole imprese creditizie; si tratta tuttavia di una pronuncia adottata all'esito di un regolamento di giurisdizione e, dunque, con approfondimenti strettamente funzionali allo scopo del procedimento.

³³ Cfr. Cass., 18 aprile 2018, n. 9546, in *DeJure*; Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Giur. Comm.*, 2017, II, 546. Di recente, relativamente alla posizione dei sindaci di società bancaria, cfr. anche Cass., 22 gennaio 2018, n. 1529, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 581.

³⁴ Sulla scorta di Cass., 23 marzo 2004, n. 5743, in *Foro amm. CDS*, 2004, 679 (s.m.), cfr. Cass. 21 gennaio 2015, n. 1043, in *Guida al diritto*, 2015, fasc. 21, 68 (s.m.).

³⁵ Cfr. per es. T.A.R. Campania (Salerno), 7 marzo 2006, n. 247, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1087 (s.m.), la quale – nell'ambito di un contenzioso relativo a una gara per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale, per partecipare alla quale occorre avere «sede o dipendenza» nel territorio dell'ente locale – ha equiparato la

esattamente opposti, che esse hanno valenza circoscritta ai rapporti tra autorità e imprese creditizie e che, dunque, le disposizioni ivi contenute non sono opponibili agli altri consociati³⁶. In queste situazioni, la giurisprudenza dà per acquisita – ma non dimostra, né argomenta – la qualificazione delle previsioni con cui ha di volta in volta a che vedere, con la conseguenza che il relativo inquadramento varia notevolmente.

A caratterizzare tutte tali pronunce, a ogni modo, è soprattutto il mancato approfondimento dell'argomento, delle relative implicazioni, delle ragioni a supporto della soluzione prescelta (o, rispettivamente, di quelle alternative).

Non sorprende, allora, che dette decisioni non abbiano sinora richiamato più di tanto l'attenzione della dottrina. Quest'ultima discute sì, e da tempo, della natura degli atti che Banca d'Italia può emanare quale autorità creditizia e, in particolare, delle «Istruzioni» (Circ. 229/99) e poi «Disposizioni» (Circ. 285/13) di vigilanza, dividendosi tra quanti sostengono la loro valenza «amministrativa»³⁷, quanti ne

nozione di «dipendenza» (priva di riscontro nella disciplina positiva applicabile e, però, presente in quella previgente: cfr. l'art. 28 r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375), a quella di «succursale», invece normativamente fondata (cfr. art. 1, co. 1, lett. e, t.u.b.), e ha poi ricostruito quest'ultima alla luce dell'indicazione, contenuta appunto nelle «Istruzioni di vigilanza» (Circ. 229/99), secondo cui in detta categoria non rientrerebbero «gli sportelli automatici (ATM e POS) presso i quali non è presente personale della banca». Una precisazione particolarmente importante rispetto alle caratteristiche del caso, poiché la gara era stata vinta da un'impresa creditizia che nel compendio geografico comunale aveva, appunto, soltanto una stazione bancomat con retrostante ufficio attrezzato. Nell'ambito di tale giudizio, le determinazioni di Banca d'Italia sono state assunte dall'organo giudicante quale termine di riferimento di una nozione – quella di «dipendenza» – decisiva per la soluzione della controversia, dunque implicitamente come fonti normative a tutti gli effetti.

³⁶ Cfr. in tal senso Cass. 7 novembre 2019, n. 28803, in *DeJure*, relativa alla (in)validità, sotto il profilo della (in)determinatezza dell'oggetto, di una procura con cui una banca aveva conferito il potere di gestione anche stragiudiziale dei propri «crediti anomali». I giudici di legittimità hanno escluso che tale locuzione, di per sé priva di capacità identificativa, potesse essere semantizzata ricorrendo alle definizioni fornite da Banca d'Italia in taluni suoi provvedimenti (la Circ. 27 dicembre 2006, n. 263; la nota intitolata «Nuova rilevazione dei crediti anomali vigente da giugno 2005: gli adeguamenti “Puma 2”»), in quanto dette indicazioni costituiscono «disposizioni rivolte unicamente agli istituti di credito» e sono «espressione del suo potere di vigilanza, senza alcun riflesso sul piano negoziale».

³⁷ In questo senso, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 132, nonché F. CAPRIGLIONE, *sub art. 4*, in *Commentario al testo unico delle leggi in*

affermano la matrice «regolamentare»³⁸ o «sostanzialmente [...] regolamentare»³⁹ e, infine, quanti reputano si debba discernere in base alle previsioni di volta in volta esaminate⁴⁰.

Essa, tuttavia, conduce un simile dibattito senza (poter) avviare un reale dialogo con il diritto applicato, poiché lo studio che la giurisprudenza ha riservato al problema, almeno sino a ora, è così circoscritto da non aver agevolato un effettivo confronto.

Ebbene, la sentenza del Tribunale di Napoli che più sopra si ricordava⁴¹ sembra imprimere una qualche, seppur parziale, inversione di tendenza.

La specifica soluzione di merito che la decisione ha enunciato, per la verità, si sottrae alle alternative di classificazione tra atti normativi e provvedimenti amministrativi. La principale conclusione cui essa è giunta è che le previsioni di Banca d'Italia specificamente rilevanti nella vicenda – contenute nella Circ. 229/99 e relative ai requisiti soggettivi dei soci di banche di credito cooperativo – avevano valore (non già precettivo, e dunque vincolante, bensì solo) interpretativo della disciplina di rango primario in concreto applicabile (cfr. art. 34, co. 2,

materia bancaria e creditizia, ID. (diretto da), Milano-Padova, 2018, 37. Cfr. anche M.A. STEFANELLI, *Le istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia. Parte generale*, Padova, 2003, 228 ss.

³⁸ In questo senso, G. SANGIORGIO, *L'organizzazione politico-amministrativa del settore creditizio*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, Roma, 1992, 22.

³⁹ Così C. BRESCIA MORRA - U. MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, cit., 110. Tornando sull'argomento in tempi più recenti, la prima dei due aa. ha precisato che le istruzioni o disposizioni di vigilanza, «sebbene sul piano formale si[ano] riconducibil[i] alla figura degli atti amministrativi di carattere generale, per ampiezza dei contenuti e dell'ambito dei destinatari app[ai]ono sostanzialmente di natura regolamentare», come confermato anche dalla sottoposizione degli uni e degli altri alla disciplina comune e indifferenziata dell'art. 23 l. 262/2005 (C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, cit., 163).

⁴⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza «regolamentare»*, cit., 55 ss., in part. 58 s.; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, cit., 58 ss., in part. 62; E. GALANTI, *Il sistema delle fonti*, cit., 145 ss., in part. 147 s.; (M. CLARICH -) E.L. CAMILLI, *sub artt. 2-4*, cit., 29 ss., in part. 32. Nello stesso senso, da ultimo, A. ANTONUCCI, *sub art. 4*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, C. COSTA (a cura di), Torino, 2013, 27 s.

⁴¹ Trib. Napoli, 12 settembre 2019, cit.

t.u.b.)⁴², tra l'altro non contenente alcun espresso rinvio all'intervento di Banca d'Italia⁴³. Lungo lo svolgersi dell'argomentazione, tuttavia, il

⁴² La vicenda considerata dal Tribunale di Napoli aveva origine con il recesso dichiarato da due soci di una b.c.c. per venir meno della condizione personale di appartenenza all'ambito territoriale della banca. Lo statuto di quest'ultima, nel riprendere il testo unico (art. 34, co. 2, t.u.b.), ne riproduceva in parte l'enunciato stabilendo che, per essere ammessi come soci, era necessario il dato (formale) della residenza o della sede nell'area di competenza dell'impresa creditizia; in parte, ne traduceva il riferimento al profilo (invece fattuale) dell'«operare con continuità» come prescrizione, in quella stessa porzione geografica, dello «svolgimento in via continuativa dell'attività» (sull'appartenenza territoriale dei soci di b.c.c., cfr. A. BLANDINI, *Localismo e ricorso al mercato dei capitali delle banche cooperative nell'ultimo atto della riforma del diritto societario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, 675 ss.). Il patto sociale comprendeva inoltre la previsione –assente nella fonte primaria – che ricollegava al difetto sopravvenuto di detti requisiti una facoltà di recesso. I protagonisti del caso di specie, che soddisfacevano le prescrizioni statutarie all'atto di ingresso nella compagine (nel 2006), a seguito del trasferimento della residenza e dell'attività lavorativa in altro comune (nel 2012) avevano espresso la volontà di sciogliere il vincolo che li legava alla società. La banca contestava la legittimità del recesso, ritenendo che le caratteristiche soggettive descritte in statuto dovessero essere ricostruite alla luce delle «Istruzioni di vigilanza» di cui alla Circ. 229/1999, secondo le quali il presupposto dell'«operare con carattere di continuità» nella zona di competenza doveva ritenersi soddisfatto «qualora la zona medesima costituis[se] un “centro di interesse” per l'aspirante socio»; con la precisazione che «[t]ali interessi po[teva]no sostanziarsi sia nello svolgimento di un'attività lavorativa propriamente detta (ad es., attività di lavoro dipendente o autonomo che si avval[esser]o di stabili organizzazioni ubicate nella zona di competenza medesima), sia nell'esistenza di altre forme di legame con il territorio, purché di tipo essenzialmente economico (per es., la titolarità di diritti reali su beni immobili nella zona di competenza territoriale della banca)» (così Tit. VII, Cap. 1, Sez. II, § 3, nt. 3). Una notazione, quest'ultima, che Banca d'Italia ha poi confermato nelle «Disposizioni di vigilanza per le banche» di cui alla Circ. 285/13 (cfr. Parte III, Cap. 5, Sez. II, § 3.1, nt. 1). Mentre, dunque, lo statuto della banca adottava una lettura rigorosa dell'art. 34, co. 2, t.u.b. (il requisito di operatività continuativa era da esso inteso esclusivamente come stabile svolgimento di un'attività), le «Istruzioni di vigilanza» ne presceglievano un'interpretazione estensiva (a essere incluso in detta nozione era sia lo svolgimento di un'attività lavorativa «propriamente detta», sia la titolarità di «altre forme di legame con il territorio»). Ora, è senz'altro condivisibile che il brano delle «Istruzioni di vigilanza» in questione avesse una valenza squisitamente interpretativa: il relativo enunciato indicava espressamente ciò che («può» o, diremmo oggi) poteva ritenersi compreso nella nozione di operatività continuativa fissata dall'art. 34, co. 2, t.u.b. Una formula che sul piano letterale esprimeva soltanto una possibile accezione della locuzione e che, quindi, era inidonea a erigere alcun vincolo all'autonomia statutaria. La lettura estensiva della fonte primaria era quindi solo

collegio ha compiuto valutazioni, e annotato riferimenti, che rivelano un approccio senz'altro più analitico rispetto alle pronunce che l'hanno preceduta, sicché, pur in un quadro non completo, è identificabile, ed è apprezzabile, un iniziale discernimento critico dei problemi. A partire dall'esplicita rilevazione delle difficoltà di decifrazione degli indici di diritto positivo – o, quanto meno, di buona parte di essi – che già si sono evidenziate (v. par. 2).

Giova allora riconsiderare la questione, per così dire, dal principio, tornando proprio alla cornice normativa di riferimento.

proposta – e non già imperativamente imposta – alle b.c.c. e ai loro soci. A confermare l'indole non precettiva, del resto, anche la condotta della stessa Banca d'Italia: la quale, nel valutare in sede di vigilanza statutaria (cfr. art. 14, co. 1, lett. c, t.u.b., nonché art. 56 t.u.b.) la declinazione restrittiva fatta propria dai patti sociali, non aveva sollevato obiezioni di sorta – evidentemente – circa il mancato allineamento dei medesimi con quanto affermato nella Circ. 229/99.

⁴³ È vero che il testo unico rimanda a Banca d'Italia la fissazione dei «criteri» in base ai quali gli statuti delle b.c.c. definiscono le «norme» relative «alla competenza territoriale» (art. 35, co. 2, t.u.b.). Tale richiamo sembra però rivolto alle regole di perimetrazione dell'ambito di operatività della banca: che infatti viene identificato dalle «Istruzioni di Vigilanza» come l'area definita (i) dai comuni ove poter stabilire le succursali, (ii) dai comuni, contigui a questi ultimi, in cui poter operare, nonché infine (iii) dai comuni ove, al darsi di certe condizioni, ove poter aprire sedi distaccate statutariamente nominate (Circ. 229/99, Tit. VII, Cap. 1, Sez. II, § 4; cfr. oggi Circ. 285/2013, Parte III, Cap. 5, Sez. II, § 4). Seppur chiaramente connessi, i criteri di competenza territoriale di una b.c.c., da una parte, e i parametri in base ai quali riscontrare l'appartenenza a essa dei relativi soci, dall'altra, sono da considerare separatamente: come emerge pure a proposito dei controlli sulle modifiche statutarie, ove «la competenza territoriale» e «i soci» sono profili oggetto di distinta considerazione (Circ. 229/1999, Tit. III, Cap. I, Sez. II, § 1.2; cfr. oggi la Circ. 285/2013, Parte III, Cap. 5, Sez. II, § 5.1). A ben guardare, inoltre, il requisito dell'operatività continuativa nell'ambito di competenza della b.c.c. è prescritto da una norma di rango primario (art. 34, co. 2, t.u.b.) che è del tutto autosufficiente nel suo contenuto prescrittivo, nel senso che, per essere applicata, non richiede alcuna integrazione o specificazione. Ben si può ben immaginare in effetti una b.c.c. il cui statuto, una volta definita la competenza territoriale dell'impresa – questo sì un passaggio indefettibile – nulla dicesse a proposito dei requisiti di ammissione dei soci. Le indicazioni del testo unico basterebbero per stabilire se chi si candida come socio sia in grado di soddisfare, o meno, le condizioni per essere accolto. Certo le nozioni di «residenza» e di «sede» sono più definite, mentre quella di «operatività continuativa» presenta un'intrinseca elasticità; ma si tratta di un margine di duttilità che, nell'indicare gli elementi chiave del concetto – svolgere una qualche attività («operare») in modo non occasionale («con continuità») – permette comunque un'applicazione della prescrizione diretta, così come il legislatore l'ha dettata.

4. *Il catalogo di atti ex art. 4, co. 1, t.u.b.: una proposta di lettura*

Un dato, sino a ora forse non tenuto nella dovuta considerazione, è che la lista di atti *ex art. 4 t.u.b.* non costituisce un campionario di provvedimenti muniti di una certa forma o di un certo *nomen* (non è, in altri termini, una norma di riconoscimento della tipologia di atti emanabili), ma delinea un quadro di sintesi della varia natura giuridica che le misure adottate da Banca d'Italia possono avere. «[R]egolamenti», «istruzioni», «provvedimenti di carattere particolare» sono esattamente, e solo, questo: il catalogo della diversa coerenza dei provvedimenti elaborabili da detta autorità⁴⁴.

Non è raro, invero, che quella prescrizione sia intesa come norma di rimando alle (altre) occorrenze legislative delle locuzioni che in essa vengono ricordate, soprattutto per quanto concerne i «regolamenti» e le «istruzioni»⁴⁵. La stessa pronuncia napoletana, che più sopra si evocava, è parsa cadere in una simile lettura, quando ha osservato che la legge non chiarisce le modalità della pubblicazione da impiegare «per le istruzioni di vigilanza e per i numerosi casi in cui la legge attribuisce poteri normativi a Banca d'Italia senza precisare la forma nella quale essi vadano esercitati»⁴⁶.

Ora, a parte il fatto che una simile impostazione non sembra coerente con altri, ben più generali, riferimenti di sistema (per es., il significato che alla locuzione «regolamento» è conferito dall'art. 17 l. 23 agosto 1988, n. 400)⁴⁷, un dato da considerare è che in concreto la forma e, per

⁴⁴ Uno spunto in S. VINCI, *op. cit.*, 20 ss., la quale osserva pure che l'art. 4 t.u.b. rivela «consapevolezza, da parte del legislatore, della distinzione tra atti amministrativi di carattere generale e regolamenti».

⁴⁵ Così, per es., quando si rileva che nonostante la previsione dell'art. 4 t.u.b., tale provvedimento di legge «non menziona poi (contrariamente al t.u.f.) atti di tipo formalmente regolamentare da emanarsi da parte della Banca [d'Italia]» (E. GALANTI, *Il sistema delle fonti*, cit., 144, nel testo e in nt. 72. Nello stesso senso (M. CLARICH -) E.L. CAMILLI, *sub artt. 2-4*, cit., 30, nel testo e in nt. 98, nonché C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, cit., 163.

⁴⁶ Trib. Napoli, 12 settembre 2019, cit.

⁴⁷ Ove, per un verso, l'espressione è compatibile con varie soluzioni di forma, differenziate a seconda dell'oggetto della disciplina (decreti del presidente della repubblica, decreti ministeriali, decreti interministeriali: cfr. art. 17, co. 1-3); e, per altro verso, si prevede a chiare lettere che detti provvedimenti debbano «recare la

altro verso, la denominazione degli atti di Banca d'Italia possono mutare anche in misura notevole, rispetto al quadro rappresentato dall'art. 4 t.u.b.

La forma per es. (improntata, come è per tutte le fonti sub-legislative, alla regola dell'atipicità)⁴⁸ può essere quella delle «circolari», o dei «provvedimenti», o delle «comunicazioni». La denominazione, dal canto suo, può assumere le vesti delle «Istruzioni di vigilanza per le banche» (secondo la versione risalente alla Circ. 229/99) o delle «Disposizioni di vigilanza per le banche» (secondo l'enunciato ora in voga) o delle più generiche ancora «Disposizioni»⁴⁹. Non mancano casi, poi, in cui le diversificazioni investono vuoi il titolo dei singoli atti, vuoi le categorie volte a comprenderli: come accade per gli «Orientamenti di vigilanza» (su cui si tornerà *infra*, in par. 6), tra i quali si includono documenti denominati «Linee Guida», o «Raccomandazioni», ecc.

Tutta questa ricchezza di soluzioni e varianti, invece, non ricorre – nel senso che non può ricorrere – sul piano della natura giuridica. Su questo piano, tre sole sono le possibili opzioni, ben indicate dall'art. 4 t.u.b.: fonte secondaria del diritto («regolamenti»), azione amministrativa di portata singolare («provvedimenti di carattere particolare») e, infine, misura amministrativa di portata generale o, come forse da preferire, superindividuale («istruzioni»)⁵⁰.

denominazione di “regolamento”» (art. 17, co. 4), evidentemente sul presupposto che altro sia l'essere fonte di rango regolamentare e altro sia, a scopo di chiarezza, il denominarsi in tal modo.

⁴⁸ Cfr. P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e diritto pubblico*, Torino, 2017, 587 s. Cfr. anche A. MORRONE, *op. cit.*, 196, che parla di «un insieme aperto, disponibile da parte delle fonti primarie abilitanti».

⁴⁹ Anche A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le fonti del diritto del sistema finanziario*, in *Manuale di diritto commerciale*, M. CIAN (a cura di), Torino, 2018, 645, riconosce la varietà di «denominazione e [...] di [...] rango sotto il profilo della gerarchia delle fonti» della normativa secondaria emanata da Banca d'Italia, Consob, Ivass, così implicitamente sottolineando l'indicatività tutto sommato relativa dei titoli di volta in volta impiegati.

⁵⁰ In dottrina non v'è identità di opinioni in merito al tipo di atto amministrativo che i provvedimenti di Banca d'Italia, diversi da quelli particolari, sono (o possono essere). Alcuni evocano la risalente figura degli ordini (F. CAPRIGLIONE, *sub art. 4, cit.*, 37), altri parlano di atti amministrativi generali (M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, cit., 59 ss.), altri ancora, in alternativa a quest'ultima qualificazione, di atti plurimi (R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit.,

Un elemento che genera una qualche confusione, certo, è che quest'ultima locuzione – «istruzioni» (con l'iniziale minuscola) – sia di fatto identica al titolo assegnato, come già ricordato, alla Circ. 229/99 e ad altri provvedimenti: «Istruzioni di vigilanza» (con l'iniziale maiuscola). Ma, una volta che la reale funzione è portata dall'art. 4 t.u.b. siano messe a fuoco, si coglie agevolmente il possibile equivoco e si è, così, in grado di evitarlo e superarlo: ulteriormente supportati, tra l'altro, dalla circostanza che quell'ambigua intestazione sia stata poi sostituita dalla dizione più neutra, e per ciò stesso preferibile⁵¹, di «Disposizioni di vigilanza per le banche» (Circ. 285/2013). Non sono quindi le «istruzioni», intese come la categoria di cui discorre l'art. 4 t.u.b., a essere, come in dottrina pure si è detto, «bonne à tout faire»⁵²: lo sono piuttosto i singoli provvedimenti, magari pure intitolati «Istruzioni di vigilanza», che Banca d'Italia di volta in volta adotta.

Non ci si nasconde, inoltre, che un certo squilibrio nell'art. 4 t.u.b. deriva pure da un ulteriore fattore. Mentre per i «regolamenti» tale disposizione opera solo come norma a supporto della qualificazione della natura dei vari atti, sul presupposto che Banca d'Italia disponga del potere di emanare questi ultimi in virtù di altre previsioni di rango primario; per quanto concerne le «istruzioni», invece, detta prescrizione spiega effetto anche come norma di competenza, ossia come prescrizione che, in termini generali, attribuisce il potere di adottare provvedimenti amministrativi di portata non individuale⁵³.

132). Si tratta di categorie che, pur sullo sfondo di alcune caratterizzazioni in linea di principio nitide, presentano ancora contorni discussi: i maggiori problemi addensandosi sugli atti amministrativi generali, sia in termini generali (cfr. C. CUDIA, *L'efficacia «dimensionale» dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2016, 724 ss.), sia con riferimento alla possibilità di assimilare a essi i regolamenti delle autorità indipendenti (cfr. M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 705 ss.).

⁵¹ Rilievi simili in E. GALANTI, *Il sistema delle fonti*, cit., 144, nt. 70. D'altro canto, la locuzione «disposizioni di vigilanza» era già stata impiegata dalla stessa Banca d'Italia nella *Premessa* della Circ. n. 229/99, proprio a indicare la varietà dei contenuti del documento (cfr. in part. il relativo § 2): la notazione è di S. VINCI, *op. cit.*, 26, nel testo e in nt. 79.

⁵² Così A. ANTONUCCI, *op. cit.*, 27.

⁵³ Cfr. M.A. STEFANELLI, *op. cit.*, 185, la quale, sulla scorta del confronto con la previgente legge bancaria, conclude che «con norma di principio il legislatore ha inteso attribuire alla Banca d'Italia in via generale il potere di emanare istruzioni di vigilanza ogniqualevolta lo ritenga opportuno» (e cfr. pure *ivi*, 160). Cfr. inoltre E.

Anche tale circostanza, però, una volta colta e identificata, non pare eccessivamente problematica e risulta anzi coerente con il sistema.

Da un lato, infatti, l'elaborazione da parte di Banca d'Italia di norme con forza di regolamento – vale a dire di prescrizioni che, modificando l'ordinamento giuridico (*innovatività*), disciplinano una classe di fattispecie future e ipotetiche (*astrattezza*) rispetto a una platea aperta di destinatari (*generalità*)⁵⁴ – presuppone, in conformità all'art. 41, co. 3, Cost., una specifica attribuzione di potere da parte della legge⁵⁵. Dall'altro lato, l'enunciazione di precetti che – in quanto privi di una o più delle citate caratteristiche (in genere, della prima) – hanno rango solo amministrativo⁵⁶, può trovare fondamento già nel solo art. 4 t.u.b.

GALANTI, *Il sistema delle fonti*, cit., 139, nt. 59, nonché già B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, cit., 240. Sulla falsariga proprio di MATTARELLA (ivi, 237) anche Trib. Napoli, 12 settembre 2019, cit., ha rilevato il carattere «tipico» del potere di emanare regolamenti e quello invece «innominato» di adottare istruzioni, sicché queste ultime possono essere emanate «anche quando non è previsto dalle singole norme che regolano i diversi settori dell'attività creditizia».

⁵⁴ È ormai insegnamento tradizionale che per l'identificazione delle fonti del diritto, non potendosi fare affidamento su criteri di natura formale (cfr. sul punto G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 13 ss.), si debba ricorrere agli indici sostanziali ricordati nel testo (cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. I, t. 1°, Milano, 1998, 40 s.), pur nella consapevolezza dei limiti, e pure delle difficoltà applicative, che una simile ricostruzione presenta (cfr. P. CARETTI - U. DE SIERVO, *op. cit.*, 570 ss.).

⁵⁵ Secondo l'insegnamento tradizionale, «la copertura costituzionale generale» dell'attribuzione ad autorità amministrative, mediante leggi, di «poteri di regolazione e controllo relativamente a tutte le attività imprenditoriali che incidono su pubblici interessi» è da ravvisare nell'art. 41, co. 3, Cost. (così, in luogo di molti, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *op. cit.*, 643). Per un'analisi delle implicazioni derivanti dal rispetto di tale riserva di legge, cfr. R. COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. Comm.*, 2008, 1, 1270 ss. Per l'applicabilità dell'art. 41, co. 3, Cost. all'attività bancaria, cfr. G. OPPO, *Libertà di iniziativa e attività bancaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 469.

⁵⁶ Che la distinzione tra atti regolamentari e atti amministrativi debba compiersi sulla base di detti criteri sostanziali ha trovato conferma, oltre che nella giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9; Cons. Giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 14 marzo 2011, n. 200), pure in quella costituzionale (C. Cost. 22 luglio 2010, n. 278). In dottrina, tuttavia, non si è mancato di notare, giustamente, come tale opzione ermeneutica collida con i criteri, invece eminentemente formali, con cui vengono tradizionalmente a distinguersi gli stessi atti amministrativi dagli atti legislativi (come dimostra anche il caso delle cc.dd. leggi-provvedimento: cfr. M.

Le varie tessere che compongono il mosaico – o per lo meno che lo componevano all’emanazione del testo unico bancario – sembrano trovare così, ragionevolmente, collocazione.

5. *L’ipotesi della natura regolamentare di tutte le indicazioni di vigilanza con contenuto precettivo: critica*

Ci si potrebbe a questo punto chiedere se la partizione prefigurata dall’art. 4 t.u.b., come appena ricostruita ed esposta – e come rispondente alle esigenze esistenti al momento del varo del testo unico – sia ancora attuale o si debba considerare superata dagli sviluppi nel frattempo intervenuti. Occorre valutare, in particolare, se le disposizioni elaborate da Banca d’Italia e aventi contenuto precettivo siano oggi di per sé espressione di un potere sempre «regolamentare».

Già diversi anni fa si era rilevato come fenomeno in quel momento in corso di emersione che, per effetto dell’abbandono della vigilanza come pianificazione/programmazione dell’attività e avvicinamento al paradigma della determinazione delle regole e verifica della loro osservanza, «quelle che in passato potevano essere qualificate come norme interne, acquistano sempre più rilevanza esterna diretta nell’ordinamento giuridico generale» e che dunque «gli atti che le pongono vanno annoverati tra le fonti del diritto in senso proprio»⁵⁷.

Il fatto che, a far data dalla legge per la tutela del risparmio, gli atti «aventi natura regolamentare» e quelli «di contenuto generale» (v. par. 2) siano assoggettati al medesimo procedimento di adozione (cfr. art. 23 l. 262/2005), potrebbe aver ulteriormente favorito un tale corso degli

RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 65 ss., 70 s.).

⁵⁷ Così M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d’Italia*, cit., 59, che così marca il progressivo abbandono dell’idea del credito come «ordinamento sezionale», come noto elaborata da GIANNINI (*Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, 1940, 705 ss., poi in *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, 1 ss.). Si è di recente autorevolmente osservato, peraltro, con notazione di peculiare rilievo rispetto all’oggetto del presente lavoro, che in ogni caso quella concezione «non può far pensare all’esistenza di mondi chiusi e separati o non comunicanti; né può offuscare la circostanza [...] della contemporanea pluri-appartenenza e, dunque, della molteplice rilevanza entro più ambiti di atti o interessi» (P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant’anni dall’approvazione dell’articolo 47 della Costituzione*, in *Bancaria*, 2017, fasc. 6, 9).

eventi, agevolando il fenomeno – per così dire contrario a quello della «fuga dal regolamento» da tempo rilevato per gli atti normativi di rango secondario del Governo⁵⁸ – di progressivo abbandono dello strumentario amministrativo e, così, di spinta verso quello degli atti normativi veri e propri.

La più volte evocata pronuncia del Tribunale di Napoli – pur senza compiere alcuna delle riflessioni appena riferite o appuntate – sembra in definitiva assumere una prospettiva di tal genere.

Nel contrapporre i casi in cui le previsioni emanate da Banca d'Italia «integr[a]no il dettato normativo» e le ipotesi in cui esse «si limitano ad impartire direttive ai soggetti vigilati *ex art. 5 t.u.b. e/o a offrire criteri di specificazione o interpretazione*» di quello stesso dettato normativo, i giudici partenopei hanno affermato che solo le prime possono «considerarsi fonte secondaria del diritto e ricondursi nel *genus* dei regolamenti» (e, in quanto tali, possono essere idonee a produrre effetti anche nei confronti di soggetti terzi rispetto al rapporto di vigilanza), mentre le seconde «di certo non possono equipararsi a dei regolamenti».

Stando allo sviluppo testuale della sentenza, vi sarebbe cioè una sostanziale dicotomia tra disposizioni aventi contenuto esclusivamente ermeneutico o, al più, applicativo⁵⁹ e indicazioni di vigilanza aventi contenuto precettivo e natura *ex se* regolamentare. La prospettiva di previsioni aventi sì contenuto precettivo, ma natura soltanto amministrativa, non sarebbe, in buona sostanza, contemplata⁶⁰.

Ora, va riconosciuto che, su un piano per così dire di *policy*, l'idea secondo cui gli atti di vigilanza elaborati da Banca d'Italia siano di per sé, e a tutti gli effetti, atti normativi (e, dunque, fonte secondaria del diritto) può costituire una prospettiva per certi versi invitante,

⁵⁸ Per un inquadramento, cfr. B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 389 ss.

⁵⁹ Come quelle in concreto rilevanti nella controversia del caso di specie: v. nt. 42.

⁶⁰ La prospettiva di una bipartizione tra canoni propriamente normativi, e di rango regolamentare, e canoni solo ermeneutici, era già in qualche modo emersa anche in B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, cit., 242. Si trattava, però, di una prospettiva elaborata non già come strumento per la qualificazione di disposizioni già emanate, bensì come indicazione operativa, rivolta a Banca d'Italia, per l'esercizio *ex novo* della potestà normativa che l'ordinamento le assegna: un esercizio da compiersi, secondo l'a., «in forma regolamentare tutte le volte che [detta potestà] incid[a] sull'attività imprenditoriale».

accattivante. Un sistema delle fonti in materia creditizia più asciutto potrebbe in ultima analisi giovare alla sua utilizzabilità, in quanto il regime applicabile a tutte le sue componenti verrebbe uniformato⁶¹ e, così, semplificato⁶².

⁶¹ E v. nt. 6.

⁶² L'ipotesi ricostruttiva, che sulla scorta della sentenza partenopea si sta discutendo nel testo, potrebbe forse trovare un qualche riscontro, pur se nel campo della trasparenza contrattuale, anche nella recente pronuncia della Corte costituzionale 22 dicembre 2022, n. 263, reperibile in *DeJure*, in materia di rimborso anticipato del credito al consumo (intervenuta quando il presente lavoro era già in fase di revisione finale). Oggetto di considerazione (e, poi, di censura) da parte della Consulta è stata la disciplina che il d.l. 25 maggio 2021, n. 73, conv. in l. 23 luglio 2021, n. 106, ha introdotto al fine di recepire – in rapporto al diritto del consumatore, che abbia restituito anticipatamente il finanziamento, a ottenere una riduzione del costo totale del credito (cfr. art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE) – il principio sancito con la decisione *Lexitor* dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea (sentenza 11 settembre 2019, in causa C-383/18), ossia l'inammissibilità, ai fini dell'individuazione degli oneri dal consumatore ripetibili, di ogni distinzione tra c.d. costi *up-front* e costi *recurring* (e cfr. ora, a seguito del citato d.l. 73/2021, il nuovo testo dell'art. 125 *sexies* t.u.b.). Il sindacato della Corte costituzionale, in particolare, si è appuntato sul regime transitorio delineato dall'art. 11 *octies*, co. 2, d.l. 73/2021, che ha prescritto, per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge di conversione del decreto, che l'evocato diritto alla riduzione del costo totale del credito restasse assoggettato (i) all'art. 125 *sexies* t.u.b. ante-riforma e, ciò che qui segnatamente interessa, (ii) alle «norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti» (riferimento da intendersi al provvedimento «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari - Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», approvato da Banca d'Italia il 29 luglio 2009 e rivisto, tra l'altro, il 9 febbraio 2011: cfr. in particolare i passaggi contenuti in Sez. VII, § 5.2.1, nt. 3, e in Sez. XI, § 2, nt. 1). Ebbene, nello scrutinare la legittimità costituzionale di detto regime transitorio la Consulta, pur senza spendersi in una compiuta analisi circa la natura giuridica delle previsioni elaborate da Banca d'Italia, si è per un verso riferita a esse, *sic et simpliciter*, come a «norme secondarie» (e, in un paio di occorrenze, come a vere e proprie «norme regolamentari») e, per altro verso, ha escluso che il rimando contenuto nell'art. 11 *octies*, co. 2, d.l. 73/2021 potesse estendersi all'ulteriore provvedimento, emanato da Banca d'Italia il 4 dicembre 2019 e intitolato «Linee orientative», poiché non contenente «disposizioni precettive in materia di trasparenza e di vigilanza, suscettibili di essere evocate dall'art. 11 *octies*, co. 2, in quanto le [relative] previsioni non hanno integrato o emendato i precedenti provvedimenti pubblicati in *Gazzetta Ufficiale*». Con il che la Corte costituzionale sembrerebbe aver descritto un quadro non molto lontano da quello prefigurato, in tema di vigilanza sulle banche, dal Tribunale di Napoli: con la distinzione tra, da una parte, mere indicazioni orientative o interpretative e, dall'altra parte, vere e proprie previsioni precettive, di rango

Cionondimeno, è davvero piuttosto arduo individuare un indice normativo, o di sistema, che autorizzi a constatare un simile, definitivo, cambio di passo.

Nonostante i radicali mutamenti intervenuti nel decennio scorso nell'assetto istituzionale del diritto bancario, rispetto a questo specifico problema la cornice ordinamentale resta inalterata. Quegli stessi indici normativi che or ora si richiamavano come prova di una possibile evoluzione in corso di svolgimento, nella loro enunciazione letterale non entrano in aperto contrasto con il catalogo di atti stilato dall'art. 4, co. 1, secondo per., t.u.b. e anzi, in definitiva, sembrano presupporlo e reiterarlo.

A rimanere immutate, soprattutto e in ogni caso, sono le esigenze di fondo del sistema di vigilanza, che rendono ancora intrinsecamente utili tanto atti propriamente regolamentari, quanto atti solamente amministrativi⁶³. Il citato elenco di cui all'art. 4 t.u.b., cioè, continua a rispondere alle necessità regolatorie che Banca d'Italia può incontrare nella supervisione del mercato creditizio, nel senso che le due tipologie di natura giuridica che tale prescrizione contempla per gli atti generali – «regolamenti», «istruzioni» – ben riflettono i tipi di intervento che Banca d'Italia può essere chiamata a compiere.

Se ne ha conferma compulsando brevemente le vigenti «Disposizioni di vigilanza per le banche» (Circ. 285/2013), ove – pur nel contesto di una continua alternanza tra canoni di valenza differente (che si riflette, inevitabilmente, su una certa difficoltà/precarietà della

secondario e natura regolamentare, nonché con l'identificazione della pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* come attributo tipico di questo secondo genere di disposizioni. Tra i fattori che potrebbero aver avuto un'influenza non trascurabile sullo sviluppo argomentativo della Corte, peraltro, oltre che la ricorrenza di un orientamento consimile nel vicino settore della forma dei contratti (e v. nt. 30), la ricorrenza di un riferimento alle «norme secondarie» nel corpo dell'art. 11 *octies*, co. 2, d.l. 73/2011, della cui legittimità costituzionale si trattava.

⁶³ Pur nell'ambito di una scrupolosa ricostruzione dell'impatto del diritto euro-unitario sui principi costituzionali ex artt. 41, co. 3, e 47 Cost., S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., 11 ss., 16 s., annovera tuttora nel sistema delle fonti del diritto bancario (e dei mercati finanziari in genere), sia gli atti di rango regolamentare («prevalentemente di competenza delle autorità di vigilanza nazionali»), sia gli atti di tipo terziario a contenuto tecnico («provvedimenti amministrativi generali a contenuto precettivo», elaborati dalle medesime istituzioni). Sulla categoria delle norme terziarie, cfr. M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 684 ss.

qualificazione) – sono reperibili indicazioni riconducibili, appunto, ad ambedue le declinazioni di intervento. A scopo puramente esemplificativo, si consideri quanto disposto da Banca d'Italia in tema di attività di rischio e conflitti di interesse nei confronti dei soggetti collegati (cfr., sulla scorta dell'art. 53, co. 4 e 4 *quater*, t.u.b., quanto prescritto nella Circ. 285/2013, Parte III, Cap. 11)⁶⁴.

Così, sembra di poter intendere come previsioni a pieno titolo regolamentari quelle concernenti: (i) le nozioni che stabiliscono l'ambito di applicazione oggettivo di detta disciplina («parte correlata», «soggetti connessi», «soggetti collegati», «attività di rischio», atti che «non si considerano operazioni con soggetti collegati», atti qualificabili come operazioni rispettivamente «di maggiore rilevanza», di «minore rilevanza» ovvero «ordinarie», ecc.; cfr. Sez. I, § 3); (ii) l'individuazione degli intermediari e, più in generale, dei soggetti con cui viene perimetrato, invece, l'ambito di applicazione soggettivo del medesimo compendio normativo (cfr. Sez. I, § 4); soprattutto, (iii) l'articolazione del cuore della disciplina in termini, per un verso, di limiti prudenziali (cfr. Sez. II, § 1) e, per altro verso, di procedure deliberative rafforzate (cfr. l'intera Sez. III).

Per contro, si possono ragionevolmente considerare esempio di canoni di matrice prettamente amministrativa – poiché prive di

⁶⁴ Al fine di mantenere il dialogo con la più volte evocata pronuncia del Tribunale di Napoli, 12 settembre 2019, cit., il discorso potrebbe essere compiuto anche con riferimento ai segmenti della Circ. 285/2013 relativi a b.c.c. e banche popolari. Sarebbero per es. un campione di previsioni senz'altro regolamentari quelle relative alla misura entro cui può essere limitato il diritto al rimborso in caso recesso (cfr., sulla scorta dell'art. 28, co. 2 *ter*, t.u.b., e prim'ancora dell'art. 29 CRR, quanto prescritto in Parte Terza, Cap. 4, Sez. III); così come lo sarebbero i criteri sulla base dei quali gli statuti di b.c.c. definiscono la propria competenza territoriale o le modalità di raccolta e di impiego (cfr., alla luce dell'art. 35, co. 2, t.u.b., quanto sancito in Parte Terza, Cap. 5, Sez. II, § 4, e rispettivamente Sez. III, §§ 1-3). Costituirebbe invece esempio di un canone di matrice essenzialmente amministrativa, essendo priva di innovatività rispetto a quanto già statuito a livello legislativo, l'indicazione analitica delle voci di bilancio che devono essere considerate per accertare il rispetto, da parte di una banca popolare (cfr. art. 29, co. 2 *bis*, t.u.b.), dei limiti massimi di attivo individuale e consolidato (cfr. Parte Terza, Cap. 4, Sez. II e All. A); così come lo sarebbe la precisazione dei termini per il perfezionamento dei procedimenti amministrativi (di accertamento, autorizzazione, iscrizione, ecc.) che, in applicazione della complessiva disciplina dedicata alle b.c.c., possono risultare in concreto necessari (cfr. Parte Terza, Cap. 5, Sez. I, § 5).

innovatività, rispetto al quadro legislativo e regolamentare così consegnato – (i) l’indicazione analitica delle modalità di calcolo dei menzionati limiti prudenziali (cfr. Sez. II, § 2); (ii) la prescrizione degli adempimenti operativi per la redazione e l’aggiornamento delle politiche interne in materia di controlli sulle attività di rischio e sui conflitti di interesse nei confronti dei soggetti collegati (cfr. Sez. IV, § 1); (iii) la regolamentazione delle eventuali segnalazioni alla Banca d’Italia, dell’attività di censimento dei soggetti collegati, nonché degli ulteriori provvedimenti che l’autorità di vigilanza può adottare (cfr. l’intera Sez. V); (iv) la precisazione dei termini per il perfezionamento dei procedimenti amministrativi (di identificazione di soggetti ulteriori rispetto a quelli collegati ovvero di determinazione di condizioni e limiti specifici per l’assunzione di attività di rischio ecc.) che possono risultare in concreto necessari (cfr. Sez. I, § 5)⁶⁵.

La piena congruenza dello schema delineato dall’art. 4 t.u.b. rispetto alle reali necessità della vigilanza trova così conferma, per così dire, nei fatti.

A fronte di fonti di rango primario contenenti solo, o soprattutto, regole generali o di principio, occorre che l’autorità sia abilitata ad adottare (e, poi, effettivamente adottati) sia disposizioni che, dotate di caratteristiche (di generalità, astrattezza, innovatività) omogenee a dette fonti, arricchiscano il quadro normativo da loro delineato; sia previsioni che, invece nel rispetto di quanto globalmente prescritto a livello primario e secondario, abbiano funzione essenzialmente attuativa o

⁶⁵ Di qualificazione meno immediata invece, la regolamentazione dei casi di superamento dei limiti prudenziali (cfr. Sez. II, § 3). Dette previsioni, in gran parte in continuità con le indicazioni relative alle modalità di calcolo già richiamate nel testo (cfr. Sez. II, § 2) e, quindi, di natura essenzialmente amministrativa, racchiudono tuttavia una prescrizione di più sicura natura regolamentare, là ove si sancisce che «[s]e il superamento dei limiti riguarda una parte correlata in virtù della partecipazione detenuta nella banca o in una società del gruppo bancario, i diritti amministrativi connessi con la partecipazione sono sospesi»: trattasi infatti di prescrizione attuativa del co. 4 *ter* (e non già, come per le altre indicazioni di vigilanza considerate nel testo, del co. 4) dell’art. 53 t.u.b. Parimenti di decifrazione più articolata le speciali regole relative alle banche di credito cooperativo e alle banche di garanzia collettiva (cfr. Sez. II, § 4), ove si alternano indicazioni di contenuto amministrativo (come per es., ancora una volta, quelle relative ai peculiari criteri di calcolo che in detti intermediari si devono osservare) e regolamentare (come per es., quelle che impongono determinati contenuti allo statuto delle b.c.c.).

esecutiva (o, al più, si rivolgano a cerchie determinate o determinabili di soggetti). È la ben nota distinzione, discussa ma in definitiva irriducibile, tra il disporre e il provvedere⁶⁶.

6. *I canoni di vigilanza non aventi contenuto precettivo (c.d. soft law o soft regulation)*

Le notazioni che precedono mettono indirettamente in luce come ogni sforzo di valutazione, discernimento e qualificazione non può che compiersi sul testo (ossia proprio sull'enunciato, sulla formulazione) delle previsioni di Banca d'Italia di volta in volta considerate. Nessun inquadramento è praticabile *a priori*, sicché l'esame si deve effettuare sul materiale rilevante in concreto: periodo per periodo, proposizione per proposizione.

Ciò vale, per la verità, non solo per distinguere i canoni di matrice regolamentare da quelli di indole amministrativa, ma anche, per così dire a monte di tale alternativa, per discriminare i veri e propri precetti, regolamentari o amministrativi che siano, dalle semplici indicazioni interpretative o orientative, che pure l'autorità di vigilanza emana.

Ci si riferisce a quelle regole che possiamo in ultima analisi classificare come *soft law* – o anche, essendo previsioni elaborate appunto dall'istituzione di supervisione e regolazione, come *soft regulation*⁶⁷ – dirette vuoi a codificare, o a stabilire, prassi o consuetudini (c.d. *pre-law*, o *para-law*, o ancora *quasi-law*)⁶⁸, vuoi a fornire spunti utili per la lettura e l'applicazione di disposizioni normative vere e proprie (c.d. *post-law*)⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, 41.

⁶⁷ Cfr. M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 53 ss., secondo la quale «è *soft regulation* la *soft law* propria di ambiti caratterizzati dalla presenza di autorità di regolazione, configurandosi tra le due nozioni un rapporto di genere a specie» (ivi, 60).

⁶⁸ Cfr., in contesti diversi, le analisi di E. PARIOTTI, *Self-regulation, concetto di diritto, normatività giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2017, 9 ss., di E. BATTELLI, *Brevi riflessioni sul superamento del positivismo legislativo e sull'ordine a normatività graduata nel diritto contrattuale*, in *Pol. dir.*, 2016, 423 ss., in part. 426, nonché ora di M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, 2018, 7 ss., 15 ss.

⁶⁹ Cfr. l'analitica ricostruzione offerta da E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 51 ss., nonché, più di recente, da

Il fenomeno, seppur osservabile in via trasversale in tutto l'ordinamento finanziario⁷⁰, si presenta sotto una luce particolare in quello creditizio, ove pare addirittura ricevere riconoscimento in prescrizioni di rango primario. Nondimeno, gli studiosi di diritto delle banche hanno, sino a ora, dedicato un'attenzione solo relativa al fenomeno, generalmente limitandosi a segnalare la concreta occorrenza⁷¹.

Il testo unico bancario prevede, sin dalla sua emanazione, che Banca d'Italia «determin[i] e rend[a] pubblici previamente i principi e i criteri dell'attività di vigilanza» (cfr. art. 4, co. 2, t.u.b.): così legittimando forme di guida e orientamento non prescrittive, a vantaggio non soltanto delle banche oggetto di supervisione, ma pure delle proprie strutture interne.

A ciò si è aggiunto, di recente, il diritto euro-unitario, che richiama le autorità nazionali di vigilanza ad adottare, «nell'applicazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative» adottate in attuazione di CRD IV e CRR, «strumenti e prassi» di supervisione tra loro convergenti (cfr. art. 6, par. 1, CRD IV)⁷². Il che ben dimostra, sul piano appunto del *soft law/soft regulation*, quel fenomeno di generale espansione della «sfera della regolazione eteronoma, di fonte pubblica»⁷³ che caratterizza tutta la disciplina bancaria, soprattutto dell'ultimo decennio.

Su un più semplice piano di fatto, d'altro canto, è dato rilevare che Banca d'Italia ha nel tempo creato gli «Orientamenti di vigilanza», che

M.E. BUCALO, *op. cit.*, 5 ss. La distinzione tra *pre-law*, *post-law* e *para law* è pure in G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 1 ss.

⁷⁰ Per un primo inquadramento, cfr. G. BRUZZONE - G.D. MOSCO, *L'attività collaborativa delle autorità amministrative indipendenti*, in *Analisi giur. econ.*, 2002, 403 ss. Per una prima analisi delle varie prassi osservate in materia dalle diverse autorità indipendenti, cfr. S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*, 2011, paper 4/2011.

⁷¹ Cfr. per es. C. BRESCIA MORRA - U. MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, cit., 110 s.; nonché A. ANTONUCCI, *op. cit.*, 26, nt. 42.

⁷² Per l'importanza degli strumenti di diritto tenue come «indispensabili misure di governance amministrativa dei mercati finanziari», cfr. M. ORTINO, *Il soft law nella disciplina dei mercati finanziari*, in *B.I.S.*, 2020, 118.

⁷³ La locuzione è mutuata da S. AMOROSINO, *Il "puzzle" delle fonti normative*, cit., 101.

si è già avuto modo di menzionare (v. par. 4), vale a dire un'apposita categoria di atti volta a ricomprendere provvedimenti aventi contenuto programmaticamente non vincolante.

Gli obiettivi di standardizzazione dei comportamenti delle imprese vigilate possono, in definitiva, essere perseguiti mediante una pluralità di strumenti, che tutti convergono verso un comune obiettivo: tant'è vero che, in dottrina, per riferirsi congiuntamente alla potestà normativo-regolamentare e amministrativa di Banca d'Italia e, al contempo, al relativo potere di esercitare *moral suasion* sugli intermediari vigilati, si è efficacemente parlato di «poteri [...] conformativi»⁷⁴ dell'istituzione. Nulla impedisce d'altro canto – e torniamo così a quanto si osservava al principio del paragrafo – che indicazioni di vigilanza meramente interpretative o orientative siano convogliate, in un medesimo atto, accanto ad altre aventi contenuto precettivo (regolamentari così come amministrative): senza che, come si è visto (v. ancora par. 4), eccessiva rilevanza debba essere assegnata alla forma o alla denominazione del provvedimento concretamente interessato⁷⁵. Sta all'interprete assumere un atteggiamento il più possibile laico, vagliando con cautela il composito materiale che di volta in volta viene in rilievo.

L'emanazione di canoni di vigilanza non vincolanti contestualmente a disposizioni di rango regolamentare o amministrativo, tra l'altro, risolve in via di fatto una questione che altrimenti si porrebbe, ossia la sottoposizione delle indicazioni di vigilanza non vincolanti alle regole formali-procedurali, già più sopra richiamate, previste dalla legge sulla tutela del risparmio.

⁷⁴ L'espressione è di M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, cit., 66.

⁷⁵ Si è constatato, tuttavia, in modo del tutto simmetrico a quanto accade, appunto, con le «Istruzioni di vigilanza» (o ora con le «Disposizioni di vigilanza»), che talvolta nell'ambito di atti aventi valenza principalmente ermeneutica, come appunto gli «Orientamenti di vigilanza», sono racchiuse anche «considerazioni aventi un contenuto sostanziale più marcatamente "prescrittivo"»: così, nella dimensione prettamente nazionale, G. FALCONE, *Gli "orientamenti di vigilanza" in materia di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti*, in *N.L.C.C.*, 2019, 231, in relazione a quanto contenuto nella Comunicazione del 12 giugno 2018, in linea di principio avente funzione interpretativa di prescrizioni di legge (cfr. in part. l'art. 117 bis t.u.b.) e di norme di rango secondario (cfr. il d.m. 30 giugno 2012, n. 644).

L'enunciato letterale dell'art. 23 l. 262/05, infatti, stabilisce il proprio campo di applicazione riferendosi soltanto agli atti «aventi natura regolamentare» e «di contenuto generale». Se ne è tratta la conclusione che, almeno in via di principio, i provvedimenti meramente interpretativi non vi dovrebbero rientrare, in quanto «non contribuiscono alla posizione di nuove regole»⁷⁶.

Le ragioni di una simile soluzione sono chiare, comprensibili: l'autorità di vigilanza viene esonerata dall'allestire onerosi procedimenti di consultazione per comunicazioni o provvedimenti volti a fornire chiarimenti di mera natura operativa, magari in prossimità di adempimenti o scadenze. Una simile impostazione, tuttavia, rischia di produrre esiti indesiderati qualora l'orientamento applicativo o interpretativo di Banca d'Italia avesse ben diversa portata e in definitiva veicolasse, mutuando parole dello stesso art. 23 l. 262/05, vere e proprie «scelte di regolazione e di vigilanza del settore»⁷⁷. Ne è consapevole quello stesso interprete, la cui opinione si è appena richiamata, il quale ha precisato che a diverse conclusioni si debba giungere – e, dunque, che all'attivazione dell'*iter* di consultazione si debba pervenire – nel caso in cui i canoni di vigilanza a contenuto ermeneutico «finisc[a]no per far corpo con le disposizioni “interpretate”, definendone e integrandone il contenuto»⁷⁸.

Anche tale notazione è pienamente ragionevole. Come ben si comprende, però, il coordinamento tra tali due opzioni – ossia tra la regola (non assoggettamento all'art. 23 l. 262/2005) e l'eccezione (rispetto di tale norma di legge) – è assai delicato e può risultare, in concreto, disagiata.

Ecco dunque, come già si diceva, la felice constatazione che, almeno in alcuni dei casi più critici, il problema sia assorbito in via di fatto dalla coesistenza, nel medesimo atto, di simili indicazioni interpretative accanto a disposizioni «aventi contenuto regolamentare» e «di

⁷⁶ Così F. GUERRACINO, *op. cit.*, 243 s., 243.

⁷⁷ Una sottolineatura dell'importanza ermeneutica di tale locuzione, nell'economia dell'art. 23 e più in generale a livello sistematico, in M. ANTONIOLI (- A. DI PIETRO - D.U. GALETTA), *I procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali*, in *Le nuove regole del mercato finanziario*, F. GALGANO, F. ROVERSI MONACO (a cura di), Padova, 2009, 435.

⁷⁸ Così ancora F. GUERRACINO, *op. cit.*, 244.

contenuto generale»: vale a dire previsioni la cui adozione è di per sé subordinata al rispetto dell'art. 23 l. 262/05.

7. La prospettiva di un'estensione di vincolatività delle indicazioni non precettive oltre i principi del diritto pubblico

Il principale problema degli atti di *soft regulation*, a ogni modo, al pari di quanto accade per le altre manifestazioni di diritto tenue, rimane quello di stabilire se e in che termini essi siano opponibili – e così, in qualche modo, applicabili – anche in assenza di un'espressa, o comunque dichiarata, manifestazione di adesione⁷⁹.

Di recente, la dottrina amministrativistica ha cercato di individuare nuovi spazi o nuove forme di efficacia per gli atti di *soft regulation*. Si è giunti così a prospettare una forma *sui generis* di obbligatorietà, che non è espressione di vera e propria forza normativa, ma semplice corollario della soggezione di chi opera in quei mercati alla vigilanza (anche) regolatoria delle autorità⁸⁰. Secondo tale prospettiva, la piena osservanza di tali previsioni si imporrebbe «salvo [...] si dimostri che tali indicazioni tecniche sono *contra legem* o che sono inidonee e dunque non adattabili al caso concreto»⁸¹.

Occorre ricordare, tuttavia, che un simile sforzo è stato compiuto avendo riguardo a previsioni formulate come vere e proprie regole prescrittive di condotta, espresse in termini tali da non ammettere, nella loro stessa enunciazione, l'eventualità di un comportamento deviante (come sarebbe, invece, se le indicazioni fossero qualificate come

⁷⁹ Per alcune valutazioni generali circa la possibilità che i canoni di *soft regulation* abbiano contenuti, e producano effetti, definibili come «cripto *hard*», cfr. M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation*, cit., 70 s.

⁸⁰ Cfr. G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 3 ss.

⁸¹ Così ancora G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 3 ss., il quale osserva pure che «la norma tecnica, portata a confrontarsi con le specifiche circostanze di fatto, non è detto che non perda le originarie connotazioni di validità generate o di probabilità statistica, proprie della razionalità scientifica». In una prospettiva ulteriore, altri esponenti della letteratura pubblicistica hanno provato a definire una più moderna disciplina – per es., sotto il profilo della impugnabilità davanti agli organi della giurisdizione amministrativa – per questi provvedimenti che non sono né normativi, né amministrativi e che sono collocati «a metà strada tra il sistema delle fonti del diritto e la *governance* istituzionale» (M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation*, 70 s.).

semplicemente «preferibili» o «raccomandabili»). In assenza di tali caratteristiche di prescrittività per così dire apparente, testuale – e si è fatto anche il caso dei meri orientamenti interpretativi, più sopra richiamati – quella stessa dottrina ha ritenuto che l'unica possibile rilevanza giuridica di un atto di *soft regulation* sia la cosiddetta autolimitazione sull'amministrazione emanante: tenuta a rispettare, nei provvedimenti puntuali successivi, l'opinione espressa con le misure non vincolanti, salvo idonea motivazione a pena di annullabilità, per eccesso di potere, di quei medesimi provvedimenti⁸².

Non sembra questa la sede per prendere compiutamente posizione su simili ipotesi ricostruttive, che del resto si collocano al di là delle capacità di chi scrive. Pare più opportuno valutare se l'attribuzione di rilievo giuridico agli atti di *soft regulation* possa passare anche per diversa via, segnatamente attraverso lo strumentario del diritto privato: verificando cioè se, su quest'ultimo piano disciplinare, sia possibile assegnare a un certo atto – o, anche, a singole previsioni di un certo atto – quella effettività che, alla stregua dei soli principi gius-pubblicistici, non è possibile riconoscere. Verrebbe così a piena emersione uno dei fenomeni distintivi dell'esperienza giuridica contemporanea, ossia l'abbandono di ogni concezione solo verticale delle fonti di produzione del diritto e, in parallelo, l'affermazione di forme di cooperazione orizzontale tra attori diversi (istituzionali e non) nella genesi e, poi, nella diffusione delle regole⁸³. Regole tenui (o, se si desidera, deboli) all'origine e, però, destinatarie di consenso, e così di osservanza, forti.

Non si tratta di un'opzione di campo certo nuova. In dottrina è già stata avanzata e discussa da tempo l'ipotesi di qualificare taluni interventi regolatori delle autorità indipendenti – per la verità principalmente Agcom o (quella che oggi conosciamo come) Arera, ma senza escludere taluni provvedimenti di istituzioni di controllo del settore finanziario – come «clausole d'uso», ossia come componenti

⁸² Così G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 2 e 4.

⁸³ A proposito della potestà normativa delle autorità indipendenti, d'altro canto, si è osservato che il fenomeno di «frammentazione sul piano amministrativo delle fonti del diritto», che da quella consegue, «attesta la progressiva sezionalità del sistema»; il che sollecita a «comprendere la giuridicità dei fenomeni sezionali senza rigide partizioni sistematiche, [...] dunque prescindendo dall'idea, e forse dal pregiudizio, di dover distinguere con nettezza diritto pubblico e diritto privato» (E. DEL PRATO, *Fonti legali ed usi*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 520).

integrativi in via suppletiva (e dunque salvo diversa volontà delle parti) dei contratti stipulati tra gli operatori, assoggettati a vigilanza, e i relativi utenti-clienti (cfr. art. 1340 c.c.)⁸⁴. La tesi non ha mancato di sollevare obiezioni da parte di altri interpreti⁸⁵ e il dibattito non ha ancora raggiunto un approdo condiviso⁸⁶.

Qui si vuole considerare tuttavia, anche in ragione delle caratteristiche della regolazione bancaria e, segnatamente, della peculiare conformazione delle «Disposizioni di vigilanza» o «Istruzioni di vigilanza», una prospettiva ancora diversa, essenzialmente concentrata sui mezzi dell'ermeneutica contrattuale. Si tratta di un'ipotesi ricostruttiva in particolare utile per quelle indicazioni di *soft regulation* che sono espressamente congegnate, anche sotto il profilo della formulazione, come mere opzioni interpretative o applicative.

Uno spunto in questo senso, per la verità, proviene ancora una volta dalla pronuncia, più volte citata, del Tribunale di Napoli⁸⁷.

Attestata, infatti, l'estraneità rispetto alle fonti del diritto del brano delle «Istruzioni di vigilanza» rilevante nel caso concreto, e dunque la relativa natura non vincolante⁸⁸, e verificato il mancato richiamo (direttamente o indirettamente) di quel medesimo passaggio nello statuto della banca interessata, il collegio partenopeo ha cercato di stabilire se esso potesse essere comunque impiegato come mezzo ermeneutico proprio del contratto sociale. Se l'indicazione di Banca d'Italia fosse stata munita di forza cogente, essa avrebbe integrato

⁸⁴ Cfr. F. ADDIS, *Le clause d'uso nei mercati regolati*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 320 ss.; ID., *La produzione di clause d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, G. GITTI (a cura di), cit., 109 ss.; nonché G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, ivi, 100 ss.

⁸⁵ Un ostacolo per così dire di principio potrebbe essere individuato nell'idea secondo cui l'incremento dell'attività regolatoria delle autorità indipendenti ha «a mano a mano eroso il terreno riservato agli usi» (così E. DEL PRATO, *op. cit.*, 517): ove ricorresse la prima, infatti, verrebbero fisiologicamente meno i secondi. Critiche più analitiche e puntuali, a ogni modo, si leggono in V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, 145 ss.

⁸⁶ Per un riesame della questione, cfr. E. BATTELLI, *La rinnovata rilevanza ermeneutica delle clause d'uso*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 573 ss., in part. 588 ss.

⁸⁷ Trib. Napoli, 12 settembre 2019, cit.

⁸⁸ Cfr. R. BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, A. SOMMA (a cura di), Torino, 2009, 31 ss.: «il *soft law*, per definizione, non c'entra con le fonti di diritto, ossia con l'*hard law*».

quest'ultimo secondo lo schema dell'art. 1374 c.c.⁸⁹. In assenza di un simile attributo, però, e in assenza pure, nei patti sociali, di un esplicito rimando al frammento delle «Istruzioni di vigilanza» specificamente rilevante, il problema è stato spostato sul piano dell'interpretazione, volendosi cioè verificare se lo statuto della banca, che di certo vincolava le parti in causa, potesse essere (ri)valutato alla luce dei canoni elaborati dell'autorità di vigilanza⁹⁰.

Si tratta di un'impostazione chiara, inequivoca, che tuttavia si risolve in uno spunto limitato e parziale, poiché circoscritto all'individuazione, tra le regole di interpretazione dei contratti, di quelle per le quali, nel caso concreto, l'ipotesi di dare una qualche valenza alle «Istruzioni di vigilanza» per via ermeneutica risulta non percorribile, non praticabile.

Il tribunale partenopeo ha infatti ritenuto che, nel caso di specie e alla luce degli interessi in gioco, un simile approccio avrebbe determinato un risultato in contrasto con il principio di interpretazione dei contratti secondo buona fede (cfr. art. 1366 c.c.)⁹¹. Non ha però

⁸⁹ Per un inquadramento circa i rapporti tra autonomia contrattuale e fonti eteronome, cfr. U. BRECCIA, *Le fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, 394 ss.

⁹⁰ Sull'interpretazione dello statuto di società di capitali, è d'obbligo il riferimento a C. ANGELICI, *Appunti sull'interpretazione dello statuto di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 797 ss., C. IBBA, *L'interpretazione degli statuti societari tra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 525 ss., U. TOMBARI, *L'interpretazione degli statuti di società. Profili di ermeneutica giuridica*, in *Diritto privato 2001-2002*, voll. VII-VIII, *L'interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, 477 ss.

⁹¹ Non sembra sollevare obiezioni il richiamo al parametro della buona fede come strumento ermeneutico di uno statuto societario: né in astratto, poiché la praticabilità di tale ipotesi è stata di recente attestata anche dalla Suprema Corte (cfr. Cass. 14 marzo 2016, n. 4697, su cui cfr. S. GILOTTA, *Clausole statutarie "di salvaguardia" e principi di interpretazione dello statuto*, in *Giur. Comm.*, 2017, II, 532 ss., nonché E. PEDERZINI, *Variazioni in tema di modifica delle "clausole di salvaguardia" e interpretazione degli statuti di società*, *ivi*, 2017, I, 523), né in concreto, poiché il bilanciamento degli interessi in gioco compiuto dal Tribunale di Napoli sembra svolto correttamente (sui rischi connessi all'impiego del criterio della buona fede in ambito interpretativo, cfr. C. MARCHETTI, *L'interpretazione degli statuti societari: la giurisprudenza italiana nel quadro del diritto comparato*, in *Riv. soc.*, 2016, 868 s.). Nella prospettiva dei giudici napoletani, adottare una lettura estensiva delle previsioni statutarie della b.c.c. interessata alla luce delle previsioni di Banca d'Italia avrebbe significato frustrare notevolmente le aspettative di disinvestimento del socio: tra i due interessi coinvolti – quello del socio recedente alla realizzazione del proprio

chiarito il passaggio a ciò concettualmente preliminare, ossia la ragione per la quale le «Istruzioni di vigilanza» avrebbero potuto (o dovuto) essere impiegate per (ri)leggere lo statuto della banca. Non ha illustrato, in altri termini, perché indicazioni di Banca d'Italia aventi contenuto meramente orientativo siano (o dovrebbero essere) applicabili come strumento di interpretazione, salvo ricorrano, appunto, eventuali fattori ostativi.

Ebbene, gli ultimi rilievi del presente lavoro saranno dedicati a un tentativo di completamento di una simile riflessione, indagando se esistano, e quali siano, i principi che potrebbero supportare l'idea di una opponibilità “di principio” dei canoni di vigilanza non aventi contenuto precettivo.

Di primo acchito, si potrebbe pensare che detta opponibilità possa basarsi sul ruolo istituzionale dell'ente emanante⁹² o, anche, sulla sua

investimento e quello della società bancaria alla stabilità partecipativa – il primo sarebbe stato sacrificato oltre i confini di quanto ci si potrebbe attendere da un'interpretazione dello statuto secondo buona fede. Si può peraltro osservare che, per “fermare” l'interpretazione dello statuto alla luce della visione estensiva delle «Istruzioni di vigilanza» (v. nt. 42), sarebbe bastato il mero confronto della dizione adottata rispettivamente dalla legge, dalle «Istruzioni» appunto e, infine, dallo statuto: elementi idonei, a parere di chi scrive, per mettere a fuoco nella sua oggettiva riconoscibilità la volontà invece restrittiva del contratto sociale (art. 1362 c.c.; cfr. G. ALPA, *Il controllo giudiziale del contratto e l'interpretazione*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2014, 202 s.) o comunque, superando ogni presunzione, per considerare ragionevolmente escluso quanto non espressamente menzionato nello statuto (cfr. art. 1365 c.c.). Tali profili non sono stati considerati dal Tribunale di Napoli, forse influenzato da quella tendenza della nostra giurisprudenza recente a valorizzare sempre più la buona fede come canone interpretativo (facendo passare questo ultimo – C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Jus civile*, 2018, 400 – «da criterio sussidiario di interpretazione oggettiva a primario criterio di interpretazione soggettiva»), anche al di là del principio di gerarchia che, almeno secondo l'impostazione tradizionale (cfr. N. IRTI, *Dubbio e decisione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 64 ss.; cfr. però N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 717 s.), dovrebbe animare l'applicazione dei criteri prescritti dagli artt. 1366 ss. c.c.

⁹² Il che sembrerebbe declinare, in diversa forma e con diversi effetti, quella soggezione al regolatore tanto importante per la dottrina amministrativistica di cui prima si diceva (v. nt. 80-82 e testo corr.).

intrinseca autorevolezza⁹³. Oppure, in una prospettiva legata all'atto, più che al soggetto, si potrebbe fare leva sulla collocazione delle regole di vigilanza rilevanti nel caso di specie nel medesimo provvedimento in cui trovano spazio previsioni dal contenuto propriamente precettivo (di natura regolamentare ovvero amministrativa: v. par. 6).

Senonché dette alternative – tutte suggestive e, nei termini che subito si diranno, pure munite di qualche elemento di fondatezza – non sono in quanto tali coordinabili con l'impostazione di fondo, che qui si sta considerando, ossia di restare concentrati sull'interpretazione dello statuto. Poiché, cioè, l'analisi è stata spostata dal piano delle fonti del diritto a quello dell'interpretazione dei contratti, è su quest'ultimo che va individuato il canale giuridico per veicolare la potenziale applicabilità dei canoni di *soft regulation* contenuti nelle «Istruzioni» o «Disposizioni» di vigilanza.

Passando in rassegna la disciplina dell'ermeneutica negoziale, d'altro canto, v'è un'ipotesi che potrebbe forse risultare congrua allo scopo. La si illustra con la cautela resa necessaria dal limitato approfondimento consentito in questa sede.

Si tratta della ricostruzione del contratto secondo «ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso» (art. 1368 c.c.), ossia i cc.dd. usi interpretativi. Un principio oramai da intendere in chiave evolutiva⁹⁴ e da riferire non soltanto al luogo «in senso fisico»⁹⁵, ma, almeno in certi contesti di negoziazione, al «settore di attività in cui le pratiche si sono diffuse e consolidate»⁹⁶.

⁹³ Si è detto di recente, con riferimento alle autorità europee di regolazione, che la misura per valutare le previsioni di *soft law* non è quella dell'efficacia (poiché trattasi, appunto, di indicazioni non vincolanti), ma quella dell'intensità; e che, tra i fattori che possono influire sull'intensità di una regola di *soft law*, vi è pure la relativa fonte, nel senso che il grado di autorevolezza di quest'ultima può incidere sulla capacità pervasiva o costruttiva della regola nei confronti dei possibili destinatari (M. ORTINO, *op. cit.*, 96).

⁹⁴ L'opportunità di un'interpretazione «evolutiva» dell'enunciato dell'art. 1368 c.c. – la cui formulazione sarebbe altrimenti «antiquata» e «razionalmente non più giustificata» – è argomentata da M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2018, 31 s.

⁹⁵ Così si esprime, incidentalmente ma chiaramente, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2000, 410.

⁹⁶ Così E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Regolamento*, G. VETTORI (a cura di), in *Trattato del contratto*, V. ROPPO (diretto da), Milano, 2006, 357 (e cfr. anche l'opinione di A. GENTILI riportata in nt. 99). Con efficace espressione

Il tema è piuttosto delicato già all'atto dell'inquadramento. Le pratiche generali ermeneutiche sono ancora lontane dal ricevere un assestamento condiviso tra i commentatori, combattuto com'è il coordinamento di tale fattispecie con quella degli usi normativi (cfr. art. 1374 c.c.) e con quella degli usi negoziali (cfr. il già richiamato art. 1340 c.c.)⁹⁷. Eppure la riflessione più recente circa le pratiche interpretative sembra prefigurare, e consentire, un qualche riparo rispetto a simili incertezze “di sistema”.

Si è infatti osservato – persuasivamente – che, se è vero che una clausola d'uso, o un uso normativo, generano fisiologicamente una pratica interpretativa – nel senso che «la regola integrativa tenderà a essere intesa sempre nello stesso modo» – è anche vero che un uso ermeneutico potrà esistere a prescindere dalle prime due figure. Difficilmente l'uso che integra il regolamento contrattuale (ossia l'uso normativo o negoziale) «si porrà all'origine di una controversia interpretativa»; quest'ultima tenderà invece «a riguardare una regola detta o scritta dalle parti» ed è rispetto a tali ultime situazioni che «l'uso

di sintesi, si è notato che il criterio *ex art.* 1368 c.c. risulta utile quando le parti «si siano espresse in gergo» (così R. CALVO, *Dell'interpretazione del contratto*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna, 2021, 157) o «con linguaggio specialistico» (così M. PENNASILICO, *op. cit.*, 33). Il criterio ermeneutico delle pratiche generali interpretative ha dunque indole intrinsecamente oggettiva: «La clausola ambigua non può che assumere il significato (e dunque il contenuto) che, oggettivamente, la pratica diffusa indica (non come possibile o come probabile perché espressione di una presumibile o probabile volontà contrattuale, ma), come *ex lege* inevitabile» (L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, V. CALDERAI (note di aggiornamento a cura di), in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, 329; similmente R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, Assago, 2016, 1375).

⁹⁷ Lungi dal poter dare qui una panoramica esaustiva delle varie posizioni emerse, e al limitato fine di fornire un'idea dell'estensione assunta dal dibattito in materia, si può ricordare come, agli autori che si sono spesi per assegnare a ciascuna delle tre figure un'autonoma connotazione e uno specifico ambito di applicazione (cfr. per es. G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1992, vol. III *Obbligazioni e negozio giuridico*, 95 ss.), si sono contrapposti quanti hanno assimilato gli usi interpretativi a quelli negoziali (cfr. per es. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 410) e quanti ancora hanno sottolineato il rischio che la distinzione, pur se astrattamente nitida, rischi sul piano applicativo di divenire evanescente (cfr. per es. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 516, nonché N. LIPARI, *Le singole fonti del diritto privato*, in *Diritto civile*, N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), Milano, 2008, 121 ss.). Cfr. anche, per una diversa impostazione, A. GENOVESE, *Usi negoziali e interpretativi*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1994, vol. XXXVII, 8.

interpretativo indic[herà] il significato di una determinata espressione»⁹⁸.

Una simile impostazione, senza voler fornire una ricostruzione complessiva alle varie tipologie di usi, è comunque in grado di assegnare alle pratiche generali interpretative *ex art.* 1368 c.c. un loro spazio specifico: il quale, senza escludere interferenze con le altre manifestazioni delle consuetudini in materia contrattuale, risulta in definitiva, dalle stesse, autonomo. Detto spazio specifico è quello di una «regola di linguaggio», in virtù della quale, se una locuzione del contratto, non appartenente all'uso collettivo e corrente, è comunque propria di (una data collettività territoriale o di) un certo settore di mercato⁹⁹, l'interprete non può non considerare il costume ermeneutico che consente di intendere quel testo¹⁰⁰.

È da stabilire, allora, se una disposizione di vigilanza non vincolante di Banca d'Italia, contenente un'interpretazione della lettera della legge¹⁰¹, possa rappresentare, per le clausole statutarie che disciplinino il medesimo segmento di realtà, un uso, una pratica, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1368 c.c.¹⁰². E il quesito – giova sottolinearlo – è se lo possa rappresentare di per sé, ossia indipendentemente dal se e dal come gli operatori destinatari effettivamente lo impieghino: se, infatti, alla regola elaborata dall'autorità si sovrapponesse una generalizzata conformità di lettura (e poi di condotta) tra le banche destinatarie, allora

⁹⁸ Sono rilievi di F. ASTONE, *sub art.* 1368, in *Dei contratti in generale*, E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), in *Commentario del codice civile*, E. GABRIELLI (diretto da), vol. II, Torino, 2011, 570, nt. 9 (e cfr. testo corr.).

⁹⁹ Per la notazione (incidentale, ma chiarissima) che oggi le prassi di settore rilevano anche più di quelle a base geografico-territoriale, cfr. A. GENTILI, *L'interpretazione del contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 249.

¹⁰⁰ Così ancora F. ASTONE, *op. cit.*, 570 ss. e 576 ss. Nel riprendere la tesi in parola, ha osservato A. LIPARI, *L'interpretazione dei contratti bancari e finanziari per riferimento agli usi*, in *Contratti*, 2015, 821: «Qualificata come *uso linguistico*, la pratica generale interpretativa, sottraendosi ai vincoli imposti agli usi normativi e agli usi contrattuali, sopravvive in tutti i campi del diritto contrattuale, specialmente in relazione ad operazioni di particolare complessità tecnica».

¹⁰¹ Nel caso considerato dal Tribunale di Napoli, l'art. 34, co. 2, t.u.b.: e v. nt. 42.

¹⁰² L'utilità del criterio delle pratiche generali nell'interpretazione degli statuti societari è stata sottolineata in termini generali da chi ha notato che «[i]l contratto di società [...] va interpretato in base al significato tecnico delle parole utilizzate, tenendo conto del linguaggio specifico della categoria professionale alla quale può essere ricondotta l'attività della società» (così M. PENNASILICO, *op. cit.*, 63).

(non vi sarebbero certo dubbi di sorta circa l'esistenza di una pratica interpretativa condivisa, ma) non avremmo conseguito alcun risultato utile, rispetto alla soluzione del problema al nostro esame. La questione, invece, è precisamente determinare se una previsione non vincolante elaborata da un'autorità di vigilanza possa in linea di principio costituire in quanto tale, a prescindere dalla condotta degli operatori, il veicolo naturale (ma, s'intende, non imperativo) di esegesi della legge e, per derivazione, delle clausole statutarie che regolino il medesimo ambito (se non altro, quando l'una e le altre si rivelino ambigue, incerte)¹⁰³.

Tali notazioni, nell'evidenziare l'assenza di una prassi interpretativa attuale, potrebbero indurre a dare risposta senz'altro negativa all'interrogativo che ci occupa. Si potrebbe infatti ritenere che, per assurgere a regola di decifrazione di un'espressione linguistica, un dato modo di intenderla debba essere già esteso e consolidato presso un'intera comunità (territoriale o di mercato che sia); sicché, in assenza di simili circostanze di fatto, l'applicazione del criterio *ex art.* 1368 c.c. non sarebbe praticabile.

Eppure, in questo ragionamento, per quanto in principio lineare, resta qualcosa di incongruo.

Non si può trascurare, infatti, che per un qualsiasi giurista che frequenti il diritto creditizio sia del tutto immediato, al fine di ricostruire il contenuto di una norma di legge della materia che presenti margini di equivoco, cercare proprio nelle «Istruzioni di vigilanza» (o, oggi, nelle «Disposizioni di vigilanza»), o in eventuali altri provvedimenti elaborati da Banca d'Italia o dalle autorità regolatorie europee, un qualche spunto orientativo, un indizio possibile, un eventuale appiglio. Non si può trascurare, cioè, che in caso di necessità gli operatori (ossia, innanzitutto, gli intermediari vigilati e, poi, anche i loro consulenti)

¹⁰³ Per uno spunto parzialmente diverso, cfr. G. CAPILLI, *L'interpretazione del contratto secondo gli usi*, Napoli, 2017, 90 ss., secondo la quale non si può escludere che le buone pratiche – intese come «frutto di rivisitazione di pratiche già esistenti», aventi per obiettivo di «essere raccolte per iscritto e avere funzione di “raccomandazioni”» – «poss[ano] essere utilizzat[e] ai fini interpretativi nel caso di ambiguità di clausole contrattuali così come specificato dall'art. 1368 c.c.»; ciò tuttavia – se ben s'intende – solo quando dette buone pratiche «corrispondono a comportamenti ripetuti e già osservati» (ivi, 91) e, dunque, quando possono in definitiva «inquadarsi nell'ambito degli usi c.d. normativi» (ivi, 93).

indirizzano le eventuali ricerche di senso primariamente verso tali atti. Dopo tutto, lo si è già ricordato al principio del presente lavoro, ogni dichiarazione di un'autorità di vigilanza «è considerata come norma»¹⁰⁴; e una manifestazione di simile approccio è (anche) che è alle determinazioni dell'istituzione regolatoria si guardi per avere chiarimenti, o ricevere rassicurazioni, anche quando esse non abbiano contenuto precettivo.

Viene allora da chiedersi se questo non basti per configurare una pratica *ex art.* 1368 c.c.; se il fatto di essere il punto di riferimento fisiologico e sostanzialmente univoco per gli interpreti di un certo segmento dell'ordinamento, e delle previsioni che ne sono parte, non sia sufficiente per divenire lo strumento normale di lettura dell'uno e delle altre – quasi il logico, comune, *vademecum* ermeneutico per trattarli – sì da essere opponibile, almeno in linea di principio e salve diverse evidenze del caso concreto, alla generalità dei soggetti che li impiegano (nel nostro caso: le imprese bancarie, i relativi esponenti e soci, i relativi interlocutori, ecc.).

La risposta che qui si può accreditare, come già si è avvertito, non può essere definitiva. Allo stato attuale dell'analisi, però, sembra poter essere positiva.

Dopo tutto, si tratta di dare ai costumi ermeneutici *ex art.* 1368 c.c. un'accezione, per così dire, non più soltanto di contenuto, ma anche di metodo. Nessun dubbio infatti che, di regola, essi consistano nel valore attribuito, in via convenzionale o per tradizione, a una specifica locuzione o espressione linguistica. Essi possono ricorrere, però, anche nel codice (verrebbe da dire: nel manuale, nel prontuario) che in un dato ambito socio-economico si è soliti utilizzare per determinare, e individuare, quel significato.

Gli usi interpretativi verrebbero così dilatati sino a ricomprendere prassi che si collocano su un piano anticipato, e per così dire preliminare, rispetto alla specifica identificazione di senso. Ed è precisamente in virtù di questo carattere, a parere di chi scrive, che la proposta ricostruttiva in parola permette di superare – segnatamente in presenza di orientamenti interpretativi, ma forse non solo – la contraddizione di fondo dei canoni di *soft law*: fondati, come si è da tempo autorevolmente evidenziato, in una «prospettiva

¹⁰⁴ V. nt. 5.

contrattualistica», sull'adesione degli «attori dell'intesa negoziale» e aventi però una struttura che mira «ad ampliare quel quadro soggettivo, realizzando un non facile processo di conversione della “parte” di un contratto in “destinatario” di una legge»¹⁰⁵. La pratica *ex art.* 1368 c.c., invero, si colloca in posizione mediale rispetto a tali due condizioni apparentemente incompatibili: elemento esterno rispetto alle parti e, però, ragionevolmente impiegabile per interpretare la loro volontà, poiché espressione di una conforme intenzione del consesso sociale di riferimento.

Onde attribuire all'ipotesi di soluzione in questione la giusta misura, d'altro canto, va rammentato che qualificare un costume come uso ermeneutico non implicherebbe senz'altro la sua stabile imposizione ai consociati, bensì soltanto, per così dire, una sua applicabilità potenziale e di principio¹⁰⁶, che non avrebbe modo di emergere e di esprimersi, qualora non vi fosse margine di dubbio nel testo contrattuale, e che in ogni caso verrebbe meno ove ricorressero altri criteri interpretativi (e con essi altri significati) ai quali dare precedenza¹⁰⁷.

In ogni caso, a valle dei problemi di ammissibilità teorica della proposta ricostruttiva in parola, si pone poi la difficoltà, tutta operativa, di determinare quando si sia in presenza di un atto non vincolante che, in un dato settore socio-economico, sia per gli operatori un punto di riferimento (provvisto dei caratteri più sopra evidenziati, ossia) immediato, fisiologico, primario, univoco, ecc. Si tratta di una verifica che, com'è evidente, può essere compiuta solo nella singola vicenda concreta.

Nel caso delle «Istruzioni» o «Disposizioni» di vigilanza, una conclusione in tal senso potrebbe essere supportata proprio da quelle circostanze che si sono prima enumerate: il ruolo istituzionale di Banca

¹⁰⁵ Sono parole di N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 313.

¹⁰⁶ Il carattere non imperativo e l'operatività solo di principio delle prassi interpretative *ex art.* 1368 c.c. sono mostrate con chiarezza da A. GENTILI, *op. cit.*, 246 ss., che qualifica il ricorso a esse come «presunzione, che le parti ben possono escludere».

¹⁰⁷ Nello stesso caso considerato dal Tribunale di Napoli, si è già avuto modo di osservarlo, per escludere la ricorrenza di qualsivoglia ambiguità e, in ogni caso, per determinare l'intenzione delle parti sarebbe stato sufficiente mettere a confronto, e in contrasto, la portata estensiva delle «Istruzioni di vigilanza» e il dettato dichiaratamente restrittivo dello statuto della banca (v. nt. 91).

d'Italia; la relativa autorevolezza; la collocazione delle previsioni non vincolanti nel medesimo contesto ove trovano espressione indicazioni aventi contenuto regolamentare o amministrativo. Ci si potrebbe chiedere, però, se l'ipotesi in discussione sia immaginabile anche quando non ricorrano fattori di tal genere e, in particolare, quando ci si collochi al di fuori di un sistema di vigilanza pubblica (che, in definitiva, tutti li implica o riassume).

Altre manifestazioni di *soft law*, in effetti, pur magari dotate di una propria capacità di richiamo per una certa comunità di lavoro – si pensi per es. al *Codice di corporate governance*, sempre più termine di riferimento per le buone pratiche di organizzazione e gestione societaria – non presentano tutti quei caratteri o, comunque, non li presentano con eguale intensità. Il *Codice* è certo espressione di un ente autorevole e titolare di una funzione di rilievo pubblico, ma parlare di vera e propria istituzione – quanto meno nel significato che all'espressione si può assegnare con riferimento a un'autorità di vigilanza – sembra in ultima analisi eccessivo. Le relative previsioni, inoltre, prediligono la forma sintattica della prescrizione e della raccomandazione, ma sono globalmente sprovviste di veri e propri orientamenti interpretativi (sono dunque non già *post-law*, ma *quasi-law* o *para-law*)¹⁰⁸: sicché più difficilmente si prestano a comporre il materiale giuridico su cui costruire una pratica ermeneutica *ex art.* 1368 c.c., intesa nei termini che più sopra si sono detti. Soprattutto, e infine, il *Codice* si struttura come insieme di regole dichiaratamente rivolte a un'adesione volontaria: arduo è immaginare, dunque, il caso in cui talune circostanze di fatto inducano a ricercare nel *Codice* una possibile soluzione ermeneutica, quando i fatti dicano che una certa società non l'abbia ancora espressamente fatto proprio, incorporandone i principi nelle proprie regole statutarie e prassi di funzionamento.

Nondimeno, non sembra che tutto ciò debba implicare una preclusione definitiva rispetto all'estensione del ragionamento – s'intende, con i dovuti, rigorosi, adattamenti – che si è qui provato ad articolare.

Si pensi, per es., al caso di un contratto sociale di una società (per semplicità espositiva: non bancaria) che, pur in assenza di un'adesione al *Codice*, prevedesse, per i sindaci e se del caso per gli amministratori,

¹⁰⁸ Su tali categorie, per riferimenti, v. nt. 68-69.

la necessaria titolarità di requisiti di indipendenza, identificati «nelle condizioni stabilite dalla legge e secondo i migliori standard di mercato». Una simile previsione – nell'imporre di ricostruire la nozione di indipendenza recepita in quel consesso societario andando al di là di quanto prescritto, a seconda del regime applicabile, dal codice civile o dal testo unico dell'intermediazione finanziaria, e nel restare tuttavia inesorabilmente ambigua – richiederebbe senz'altro di reperire un qualche criterio orientativo o interpretativo fuori dal tessuto contrattuale. Ebbene, in un simile contesto, non sembra peregrino che la comunità dei giuristi d'impresa si proverebbe a rintracciare un qualche appiglio, se non altro nelle sue linee di fondo, e appunto in via di principio, proprio nei canoni del *Codice* quale espressione sempre più accreditata di una buona *governance* societaria.

Su uno sfondo di tal genere, è lecito congetturare che, una volta acclarata la congruenza teorica della proposta di lettura dell'art. 1368 c.c. qui avanzata, le condizioni che rendono configurabile/ipotizzabile, al ricorrere di un atto di *soft law*, una prassi interpretativa debbano essere ricercate, e verificate, non solo nel caso in cui dette previsioni siano emanazione di un'autorità di vigilanza, ma potenzialmente anche in quello in cui siano il prodotto di un'altra tipologia di ente. Non si può certo escludere, ed è anzi ragionevole, che, nell'una e nell'altra circostanza, la praticabilità dell'ipotesi ricostruttiva in parola dipenda da presupposti in ultima analisi non coincidenti (ed è quindi comprensibile che, al di fuori di un sistema di vigilanza pubblica, la verifica in concreto debba essere più serrata, più stringente). Quanto meno in via preliminare, tuttavia, non paiono esservi gli estremi per espungere alcuna delle due opzioni, in radice, dalla discussione.

Si tratta di questioni, teoriche prima e applicative poi, il cui compiuto esame va senz'altro al di là dei limiti che il presente lavoro si era assegnato: il discorso è tuttavia aperto e, a giudizio di chi scrive, andrebbe esplorato più a fondo.