

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 20 - dicembre 2019

I CONTROLLI PUBBLICI SULL'ACCESSO AL
MERCATO CREDITIZIO E SULLA CRESCITA
TERRITORIALE DELLE BANCHE:
VECCHI PRINCIPI E NUOVE COMPLESSITÀ
ALLA LUCE DELL'ATTUAZIONE IN ITALIA
DEL SSM

Alessandro Benocci

**I CONTROLLI PUBBLICI SULL'ACCESSO AL MERCATO
CREDITIZIO E SULLA CRESCITA TERRITORIALE DELLE BANCHE:
VECCHI PRINCIPI E NUOVE COMPLESSITÀ ALLA LUCE
DELL'ATTUAZIONE IN ITALIA DEL SSM^o**

Alessandro Benocci

*Ricercatore di Diritto commerciale,
Università degli Studi di Pisa*

La regolamentazione bancaria attribuisce alle pubbliche autorità poteri di controllo sia sulla nascita delle banche sia sulla relativa crescita territoriale, che - tipicamente - può avvenire mediante stabilimento di succursali ovvero mediante prestazione di servizi. Su questi temi, le prime due direttive comunitarie portarono a compimento un processo di riforma che si concluse con l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e dei derivati principi di libertà di stabilimento e di libertà di prestazione dei servizi che, nel tempo, hanno dato prova di sostanziale efficacia. La crisi finanziaria e l'evoluzione del mercato bancario hanno imposto un ripensamento dei meccanismi di vigilanza, che tuttavia non ha messo in discussione i vecchi principi, ma ne ha ridisegnato parzialmente i contorni introducendo complessità tali, da richiedere uno nuovo sforzo di sistemazione del dato normativo, anche a seguito dell'attuazione in Italia delle disposizioni del Single (ma non sempre "simple") Supervisory Mechanism.

Banking regulation grants public authorities supervisory powers over both the birth of banks and their territorial growth, which typically can take place by establishing branches or by providing services. On these issues, the first and the second EEC directives introduced the principle of mutual recognition of bank licenses and the derived principles of freedom to establish branches and freedom to provide services that, over time, have proven effective. The financial crisis and the evolution of the banking market have imposed a rethinking of the supervisory mechanisms. However, this has not called into question the old principles, but has partially redesigned their outlines, by introducing such complexities as to require a new effort to systematize legal data, also following the implementation in Italy of the provisions of the Single (but not always "simple") Supervisory Mechanism.

Sommario:

1. Premessa
2. I controlli sull'accesso al mercato creditizio
3. I controlli sulla crescita territoriale della banca mediante articolazione dell'impresa bancaria
 - 3.1. Lo stabilimento di succursali di banche italiane
 - 3.2. Lo stabilimento in Italia di succursali di banche comunitarie
 - 3.3. Lo stabilimento in Italia di succursali di banche extracomunitarie
4. I controlli sulla crescita territoriale della banca mediante espansione dell'attività bancaria
 - 4.1. La prestazione di servizi da parte di banche italiane
 - 4.2. La prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie
 - 4.3. La prestazione di servizi in Italia da parte di banche extracomunitarie
5. Considerazioni conclusive

^o Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Premessa

La specialità dell'impresa bancaria rispetto all'impresa di diritto comune dà conto della specialità della relativa regolamentazione anche sotto il profilo dei controlli pubblici cui una banca è soggetta: rispetto ad un'impresa di diritto comune anche esercitata in forma collettiva, una banca è infatti sottoposta a controlli pubblici diversi e maggiori. Il ruolo istituzionale affidato alla banca dal suo collocamento nel mercato finanziario - quello cioè di erogatore di fondi tendenzialmente a lungo termine in favore dei settori in *deficit*, gravato dall'obbligo di restituzione a vista dei risparmi raccolti nei confronti dei settori in *surplus* - impone alla banca stessa di garantire la selezione dei soli soggetti meritevoli di affidamento, per ridurre i rischi di recupero del credito erogato e i conseguenti rischi di liquidità e per evitare quindi che il pubblico dei risparmiatori avverta una riduzione delle proprie garanzie e dia luogo alla diffusione di fenomeni di panico bancario e, con essi, a spaccature non risarcibili nel sistema dei pagamenti e nell'intero sistema economico e produttivo: tali circostanze hanno allora indotto il legislatore a sottoporre la banca ad una fitta rete di controlli pubblici a miglior tutela degli interessi, anch'essi pubblici, coinvolti dalla presenza *sic et simpliciter* di una banca¹.

Limitandoci ai soli controlli pubblici di tipo amministrativo, il legislatore ha tradizionalmente previsto che la pubblica amministrazione esercitasse nei confronti dell'impresa bancaria dei controlli non solo *ex post* (cioè con funzione di accertamento di illeciti e di irrogazione di sanzioni) né solo *in itinere* (cioè con funzione di monitoraggio e presidio), ma anche *ex ante*: il legislatore prevede cioè che la pubblica amministrazione eserciti nei confronti dell'impresa bancaria anche dei controlli preventivi che, tipicamente, si risolvono nei procedimenti di rilascio o meno dell'autorizzazione all'accesso al mercato creditizio e alla modifica delle condizioni di presenza della banca sullo stesso mercato creditizio. Tra i primi, vi è senz'altro il controllo esercitato dalle autorità di vigilanza sui costituendi enti creditizi in sede di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Tra i secondi, vi sono i controlli esercitati dalle medesime autorità di vigilanza sugli enti creditizi già costituiti non solo in sede di modifica dei relativi assetti proprietari o dei

¹ Cfr. FAMA, *What's Different about Banks?*, in *J. Mon. Econ.*, 1985, 35; SCHUMPETER, *Business Cycles: a Theoretical, Historical and Statistical Analysis of the Capitalist Process*, London-New York, 1939, 107-123; ONADO, *La banca come impresa*, Bologna, 2004, 243 ss.; PORZIO, *Le imprese bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2006, 113 ss.; BENOCCI, *Fenomenologia e regolamentazione del rapporto banca-industria. Dalla separazione per soggetti alla separazione per ruoli*, Pisa, 2007, 24-25.

relativi statuti in senso lato (si pensi per esempio all'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni rilevanti in una banca *ex art. 19 t.u.b.* o all'autorizzazione ad una fusione o ad una scissione bancaria *ex art. 57 t.u.b.*), ma anche in occasione della loro possibile crescita territoriale².

Il legislatore italiano qualifica dunque la banca in ragione di un esercizio dell'attività bancaria non solo riservato, ma anche necessariamente autorizzato, e la regolamentazione bancaria disciplina non solo la nascita di nuovi enti creditizi, ma anche la loro eventuale crescita territoriale, che - tipicamente - può avvenire tramite "articolazione dell'impresa bancaria" (cioè mediante stabilimento di sedi locali della banca, per mezzo delle quali la stessa banca presta i propri servizi sul territorio) ovvero tramite "espansione dell'attività bancaria" (cioè mediante prestazione di servizi, effettuata direttamente dalla banca sul territorio). Come noto, nascita e crescita di una banca sono oggetto di un'attenzione da parte del legislatore comunitario che si è manifestata nell'affermazione del principio del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e nei derivati principi comunitari di libertà di stabilimento e di libertà di prestazione dei servizi: il nuovo *Single Supervisory Mechanism* non ne ha affatto messo in discussione la portata, ma li ha parzialmente ridisegnati mediante l'introduzione di alcune regole di estremo dettaglio e una redistribuzione di competenze particolarmente complessa che - a seguito della recente attuazione in Italia delle disposizioni del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) - giustificano uno sforzo di risistemazione del rinnovato dato normativo, che non può prescindere da uno sguardo alla regolamentazione in materia anche nelle sue linee evolutive.

2. I controlli sull'accesso al mercato creditizio

Con riferimento ai controlli pubblici sull'accesso al mercato creditizio, si ritiene che, storicamente, sia stata l'accelerazione della crisi della banca mista durante i primi anni Venti del secolo scorso ad indurre il legislatore a porre un presidio, già, nel momento dell'accesso al mercato bancario³. In effetti, è con i provvedimenti per la tutela del risparmio del 1926 (r.d.l. n. 1511/1926 e r.d.l. n. 1830/1926) che fu fissato per la prima volta nel nostro ordinamento il principio in forza del quale, per poter essere legittimamente esercitata,

² Cfr. BELLI, *Corso di legislazione bancaria. Legislazione bancaria italiana (1861-2010)*, Pisa, 2010, 21 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 193-194.

³ In questo senso, cfr. BELLI, *Corso di legislazione bancaria*, cit., 130.

l'attività bancaria dovesse essere anche autorizzata. L'art. 2 del r.d.l. n. 1511/1926 prevedeva infatti che «le società e gli altri enti esercenti il credito e le ditte bancarie in genere» non potevano «iniziare le operazioni (...) se non ne [avessero] ottenuta autorizzazione con decreto dal Ministro per le finanze, di concerto col Ministro per l'economia nazionale, sentito il parere dell'Istituto di emissione» (cioè della Banca d'Italia), mentre l'art. 5 del r.d.l. n. 1830/1926 fissava la condizione principale al ricorrere della quale si poteva chiedere ed ottenere un'autorizzazione all'inizio delle operazioni bancarie e infatti prevedeva un capitale minimo che si diversificava a seconda della forma giuridica adottata e dell'ambito geografico di operatività del costituendo ente creditizio (50 milioni di lire per società di capitali, società cooperative, società di persone e ditte individuali con attività interregionale; 10 milioni di lire per società di capitali, società cooperative, società di persone e ditte individuali con attività regionale; 5 milioni di lire per società di capitali, società di persone e ditte individuali con attività provinciale; 300 mila lire per società cooperative con attività provinciale). Con riferimento ai provvedimenti per la tutela del risparmio del 1926, si può quindi osservare: (i) che l'autorizzazione bancaria era concepita come “singola” autorizzazione all'inizio delle operazioni bancarie; (ii) che l'autorizzazione era rilasciata dal Ministro delle finanze di concerto con il Ministro per l'economia nazionale, e quindi da un organo politico, sentito solo il parere dell'organo tecnico Banca d'Italia; (iii) che per ottenere l'autorizzazione, il costituendo ente creditizio poteva assumere una delle varie forme giuridiche offerte dall'ordinamento per l'esercizio delle attività d'impresa commerciale in generale (non solo società di capitali e cooperative, ma - si è visto - anche società di persone e ditte individuali) e versare un capitale minimo fissato direttamente dalla legge in via primaria; (iv) che nel rilasciare l'autorizzazione, la pubblica autorità poteva esercitare un grado di discrezionalità abbastanza ridotto⁴.

Il principio secondo il quale l'attività bancaria può essere legittimamente esercitata solo se autorizzata dalla pubblica autorità è confermato anche dalla legge bancaria del 1936-1938 (r.d.l. n. 375/1936, conv. nelle leggi nn. 141/1938 e 636/1938). L'art. 28 della legge bancaria del 1936-1938 prevedeva infatti che le aziende di credito «non [potevano] costituirsi, né iniziare le operazioni (...) se non ne [avessero] ottenuto l'autorizzazione dall'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito», con precisazione che il neocostituito IDREC aveva la facoltà «di determinare l'ammontare del capitale o del fondo di dotazione minimo cui doveva essere subordinata la

⁴ Sul punto, cfr. POLSI, *Stato e Banca centrale in Italia*, Roma-Bari, 2001, 116.

costituzione di nuove aziende di credito» e che le nuove aziende di credito potevano costituirsi solo in forma di società anonima o in accomandita per azioni ovvero di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata. Con riferimento alla legge bancaria del 1936-1938, si può quindi osservare: (i) che l'autorizzazione bancaria diveniva "duplice" autorizzazione alla costituzione dell'ente creditizio e all'inizio delle operazioni bancarie; (ii) che l'autorizzazione era rilasciata dall'IDREC (organo diretto dal Governatore della Banca d'Italia, ma posto alle dipendenze di un Comitato di Ministri economici presieduto dal Capo del Governo) e quindi era rilasciata da un organo tecnico, ma politicamente non indipendente; (iii) che per ottenere l'autorizzazione, il costituendo ente creditizio doveva assumere la forma giuridica di società di capitali o cooperativa e versare un capitale minimo fissato dall'IDREC in via secondaria; (iv) che nel rilasciare l'autorizzazione, la pubblica autorità poteva esercitare un grado di discrezionalità particolarmente elevato. Sotto quest'ultimo profilo, va osservato che, effettivamente, la legge bancaria del 1936-1938 non poneva alcun limite in ordine agli interessi che l'IDREC poteva considerare ai fini del rilascio o meno dell'autorizzazione e consentiva anzi che l'IDREC tenesse conto di tutti gli elementi di ordine anche politico che rendevano opportuno o meno l'ingresso di un nuovo operatore sul mercato creditizio, coerentemente con la configurazione allora in auge dell'impresa bancaria come impresa-funzione⁵. L'elevato grado di discrezionalità attribuito dalla legge alla pubblica autorità in fase di rilascio dell'autorizzazione non rappresentava tuttavia un problema solo dal punto di vista operativo (soprattutto in termini di sindacabilità giurisdizionale), ma anche dal punto di vista dogmatico: nonostante che l'art. 28 della legge bancaria del 1936-1938 qualificasse espressamente il provvedimento da esso contemplato come "autorizzazione", la dottrina si è infatti divisa tra chi continuava a qualificarlo effettivamente come un'autorizzazione (cioè come un atto della pubblica autorità che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto preesistente in capo al soggetto privato)⁶ e chi lo qualificava invece come una concessione (cioè come un atto della pubblica autorità che trasferisce al soggetto privato la facoltà di esercitare

⁵ Sul punto e sulla possibilità per la pubblica autorità di tener conto di quelle che poi la successiva regolamentazione bancaria europea qualificherà come "condizioni economiche del mercato", cfr. GIANNINI, *Intorno all'autorizzazione all'apertura di sportelli*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1950, 308; FERRI, *La validità attuale della legge bancaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, 135; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 2012, 327.

⁶ Cfr. PRATIS, *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Milano, 1977, 183.

un'attività altrimenti riservata allo Stato)⁷, anche se - viene sottolineato - il problema era forse mal posto, perché la distinzione tra autorizzazione e concessione non dipende tanto dal diverso grado di discrezionalità esercitabile dalla pubblica autorità (che può in realtà essere elevato anche in presenza di un'autorizzazione), quanto dalla circostanza se la facoltà di esercitare l'attività bancaria sia riconosciuta dalla pubblica autorità a titolo originario ovvero a titolo derivativo: e se sul punto poteva sorgere qualche dubbio finché rimase in vigore la legislazione fascista, l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 e il conseguente riconoscimento delle libertà personali ed economiche impose una lettura "costituzionalmente orientata" della legislazione vigente, che indusse la maggioranza della dottrina a ritenere che, nonostante l'ampia discrezionalità, il diritto di esercitare l'attività bancaria era preesistente in capo al soggetto privato e che il provvedimento contemplato dall'art. 28 della legge bancaria del 1936-1938 rimuoveva quindi solo un ostacolo al suo esercizio, compatibilmente con la sua espressa qualifica di "autorizzazione"⁸.

Anche dopo il 1948, le autorità creditizie fecero quindi ampio uso della discrezionalità concessa loro dalla legge, sia pur dovendo tener conto di interessi costituzionalmente più circoscritti quali erano - e sono tuttora - i fini sociali in generale indicati dall'art. 41 Cost. e la tutela del risparmio in particolare, sacralizzata all'art. 47 Cost. Anzi, fu proprio durante il secondo dopo guerra che, forse ancor più che immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge bancaria del 1936-1938, le autorità creditizie posero le basi di una politica restrittiva in materia di accesso al mercato bancario; e ciò, al fine di dare discontinuità alla proliferazione di imprese bancarie che, soprattutto sotto la vigenza dei provvedimenti del 1926, aveva determinato forti difficoltà per la stabilità del sistema bancario e per la tutela del risparmio. Proprio a questo fine, il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (nato nel 1947 sulle ceneri del Comitato dei Ministri istituito con la legge bancaria del 1936-1938) deliberò - nel 1966 - che la Banca d'Italia (che nel frattempo aveva sostituito l'IDREC assorbendone il potere di rilasciare le autorizzazioni in conformità delle deliberazioni del CICR) sospendesse momentaneamente il rilascio delle autorizzazioni «per favorire un processo di razionalizzazione del sistema bancario» e - nel 1971 - che la Banca d'Italia potesse riprendere il rilascio delle autorizzazioni solo per la costituzione di nuove società

⁷ Cfr. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, 720.

⁸ Cfr. PIRAS, *Gli stabilimenti bancari nella dinamica dei rapporti d'impresa*, Milano, 1975, 80.

cooperative aventi la forma di casse rurali e artigiane «per consentire l'accesso al credito ai residenti di comuni di modeste dimensioni in cui non fossero presenti sportelli bancari». Il blocco delle autorizzazioni e il piano di forte controllo strutturale sull'accesso al mercato creditizio determinò una chiusura del sistema bancario, i cui argini vennero però meno dalla metà degli anni Ottanta, sotto la spinta - sul piano sostanziale - dell'introduzione di elementi di concorrenza per l'ingresso nel mercato di nuovi intermediari finanziari non bancari e di succursali di banche estere e - sul piano formale - della necessità di dare attuazione alla prima direttiva comunitaria in ambito bancario (la direttiva 1977/780/CEE oggi confluita nella direttiva 2013/36/UE)⁹.

La prima direttiva bancaria imponeva infatti agli Stati membri che, nel rilasciare le autorizzazioni, le autorità nazionali di vigilanza avrebbero dovuto limitarsi ad accertare la sussistenza o meno di requisiti oggettivi predeterminati, individuati (a) nell'esistenza di fondi propri minimi, (b) nell'esistenza di fondi propri non solo minimi, ma anche distinti da quelli dei proprietari dell'ente creditizio e quindi nell'assunzione di forme societarie riconducibili alle società di capitali o alle società cooperative a responsabilità limitata o agli enti pubblici, (c) nell'esistenza di un programma di attività che precisasse struttura organizzativa e tipologia delle operazioni che si intendeva porre in essere e (d) nella presenza negli esponenti aziendali di un adeguato livello di esperienza e di onorabilità. La prima direttiva bancaria prevedeva soprattutto che, nella valutazione delle richieste di autorizzazione, le autorità nazionali di vigilanza non avrebbero potuto tener conto delle «esigenze economiche del mercato» né tanto meno avrebbero potuto negare un'autorizzazione facendo appello ad esigenze di razionalizzazione del mercato bancario o di politica economica. La direttiva si poneva in netto contrasto con la legislazione italiana vigente e infatti consentiva agli Stati membri che, come l'Italia, legittimavano un ampio uso di discrezionalità tecnica nei procedimenti amministrativi preordinati al rilascio di autorizzazioni bancarie, di beneficiare di un periodo transitorio per adeguare la relativa normativa. Questo spiega perché l'Italia abbia definitivamente attuato la prima direttiva comunitaria solo diversi anni dopo, con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 350/1985, nell'ambito del quale - per la prima volta - sono venuti meno nella legislazione italiana i parametri riconducibili alle esigenze economiche del mercato, per essere sostituiti dalla necessità che la Banca d'Italia tenesse conto esclusivamente della presenza di requisiti oggettivi riconducibili a quelli pretesi dalla direttiva. La nuova normativa è di

⁹ Cfr. POLSI, *Stato e Banca centrale*, cit., 145 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 329.

straordinaria importanza sia disciplinare sia sistematica. Dal primo punto di vista, si può infatti osservare: (i) che l'autorizzazione bancaria torna ad essere concepita come "singola" autorizzazione (ma né alla costituzione dell'ente creditizio né all'inizio delle operazioni bancarie, bensì) all'esercizio dell'attività bancaria; (ii) che l'autorizzazione è rilasciata dall'organo tecnico Banca d'Italia; (iii) che per ottenere l'autorizzazione, il costituendo ente creditizio deve possedere i requisiti oggettivi determinati dalla legge; (iv) che nel rilasciare l'autorizzazione, la pubblica autorità deve limitarsi ad accertare la presenza o meno di requisiti oggettivi senza poter esercitare alcun grado di discrezionalità, con la conseguenza che l'autorizzazione cessa di essere concepibile come atto discrezionale sostanzialmente sottratto al sindacato giurisdizionale e, in presenza dei requisiti oggettivi fissati dalla legge, diviene "atto dovuto", la cui negazione soggiace al necessario controllo del giudice. Dal secondo punto di vista, venivano meno le incertezze in ordine alla natura giuridica del provvedimento che, a pieno titolo, era ora annoverabile nella categoria concettuale delle autorizzazioni, conformemente al *nomen iuris* attribuito espressamente dalla legge; ma, sempre dal punto di vista sistematico, la normativa di recepimento della prima direttiva segna un momento di forte discontinuità con il passato anche con riferimento alla delineazione degli interessi tutelabili in seno al procedimento autorizzatorio: non possono infatti più essere valutate le condizioni economiche di mercato; la Banca d'Italia non può più quindi utilizzare il potere di rilasciare le autorizzazioni bancarie per pianificare la struttura del mercato del credito; l'impresa bancaria cessa di essere impresa-funzione e assume anche normativamente i tratti distintivi dell'impresa-diritto¹⁰.

Tuttavia, il d.P.R. n. 350/1985 non porta definitivamente a termine l'opera di attuazione della prima direttiva. Per giungere ad una collocazione stabile della disciplina dell'autorizzazione, è infatti necessario attendere il breve passaggio del d.lgs. n. 481/1992 e la successiva entrata in vigore del testo unico bancario di cui al d.lgs. n. 385/1993 e del suo art. 14. L'art. 14 t.u.b. si muove senz'altro sulla scia di quanto previsto dalla prima direttiva comunitaria e dal d.P.R. n. 350/1985, ma - rispetto a questi provvedimenti - introduce comunque degli elementi di novità sotto diversi punti di vista. Si vedrà infatti: (i) che l'autorizzazione bancaria continua ad essere configurata

¹⁰ Cfr. PORZIO, *La legislazione bancaria di attuazione della direttiva Cee 77/780. Prime riflessioni*, in *Mezzogiorno d'Europa*, 1985, 383 ss.; COSTI, *Autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e costituzione di enti creditizi*, in *Giur. comm.*, 1986, 567 ss.; NIGRO, *Il d.P.R. n. 350 del 1985 e la legge bancaria: l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1989, 15 ss.; BELLI, *Corso di legislazione bancaria*, cit., 217.

come “singola” autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria, ma con sostanziale valore costitutivo; (ii) che l’autorizzazione continua ad essere rilasciata da un organo tecnico, ma l’organo originariamente competente (cioè la Banca d’Italia) sarà sostituito dalla Banca Centrale Europea che ora rilascia l’autorizzazione su proposta della Banca d’Italia; (iii) che per ottenere l’autorizzazione, il costituendo ente creditizio continua a dover possedere requisiti oggettivi, ma la loro determinazione sarà oggetto di ampia delegificazione ai sensi del comma 4-*bis* della disposizione; (iv) che nel rilasciare l’autorizzazione, la pubblica autorità continua a dover limitarsi ad accertare la sussistenza o meno dei requisiti oggettivi, ma con precisazione che l’autorizzazione può essere negata se, nonostante la sussistenza dei requisiti oggettivi, non risulti garantita la «*sana e prudente gestione*»; l’autorizzazione continua quindi ad essere configurabile come atto tendenzialmente dovuto, ma il testo unico bancario introduce un c.d. “concetto valvola” che consente all’autorità di vigilanza di utilizzare legittimamente un criterio di valutazione sostanzialmente discrezionale che, in definitiva, non scompare e che risulta essere di difficile sindacato giurisdizionale, come confermato non solo dalla dottrina, ma inesorabilmente anche dalla giurisprudenza¹¹.

L’attuale versione dell’art. 14 t.u.b. esordisce confermando come l’autorizzazione debba configurarsi come atto tendenzialmente dovuto: stabilisce infatti che essa «è rilasciata» quando ricorrano le sette condizioni elencate dal comma 1. Per completezza dell’indagine, merita rammentarle telegraficamente:

a) la prima condizione è che sia adottata la forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata; la disposizione è chiara e porta a compimento un processo di restrizione delle forme organizzative utilizzabili dall’imprenditore bancario¹²;

¹¹ Cfr. AMOROSINO, *Commento all’art. 14 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 183; ANTONUCCI, *Commento all’art. 14 t.u.b.*, in BELLI - LOSAPPIO - PORZIO - RISPOLI - SANTORO (a cura di), *Il testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 156 ss.; diversamente, si veda COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit., 329; in giurisprudenza, si veda *ex multis* TAR Lazio, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, 331, con nota di BENOCCI, la quale ha affrontato la questione dell’apprezzamento rimesso dalla legge alla Banca d’Italia in merito alla sana e prudente gestione statuendo che tale apprezzamento è riconducibile alla categoria delle c.dd. “valutazioni tecniche complesse” per le quali è escluso un sindacato giurisdizionale caratterizzato dalla possibilità di sostituzione della valutazione del giudice a quella precedentemente effettuata dalla Banca d’Italia.

¹² I provvedimenti del 1926 consentivano infatti che l’attività bancaria potesse essere esercitata in forma di società di capitali, società cooperative, società di persone e anche in forma

b) la seconda condizione è che la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica italiana; la disposizione è altrettanto chiara e ha evidente finalità antielusiva¹³;

c) la terza condizione è che il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia (attualmente, 10 milioni di euro per le banche società per azioni e per le banche popolari e 5 milioni di euro per le banche di credito cooperativo), in modo da tener conto sia dell'esigenza di non ostacolare l'accesso al mercato di nuovi operatori sia di assicurare adeguati mezzi finanziari alle banche nella fase d'inizio dell'attività¹⁴;

d) la quarta condizione è che venga presentato un programma concernente l'attività iniziale, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto.

di imprenditore individuale. La legge bancaria del 1936-1938 consentiva che l'ente creditizio assumesse la forma di società di capitali o di società cooperativa. La prima direttiva comunitaria e il d.P.R. n. 350/1985 di attuazione consentivano l'uso della forma di società di capitali, di società cooperativa a responsabilità limitata o di enti pubblici. Il d.lgs. n. 481/1992 e il testo unico bancario - concludendo il processo di privatizzazione formale e sostanziale delle banche italiane inaugurato dalla legge Amato del 1990 - non contemplano più la possibilità di utilizzare la forma dell'ente pubblico (tanto è vero che l'art. 151 è rubricato «*Banche pubbliche residue*» tra le quali può oggi essere annoverato il solo Istituto per il Credito Sportivo), confermano la possibilità di utilizzare la forma della società cooperativa a responsabilità limitata (da declinare come banca popolare ovvero come banca di credito cooperativo) e - all'interno delle società di capitali - restringono il campo d'azione delineato a livello comunitario optando per la sola società per azioni ed escludendo quindi sia la società a responsabilità limitata sia la società in accomandita per azioni, senza una ragione particolarmente evidente. In questo senso, si vedano COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 329; PORZIO, *Le imprese bancarie*, cit., 138.

¹³ Questa condizione è stata aggiunta dal d.lgs. n. 333/1999 in attuazione della direttiva 1995/26/CEE e, nell'imporre la coincidenza tra sede legale e direzione generale all'interno del territorio italiano, è preordinata ad arginare quelle pratiche di arbitraggio regolamentare che, separando il luogo in cui è formalmente posta la sede legale della banca dal luogo in cui è sostanzialmente esercitata la relativa attività, mirano a beneficiare del trattamento più favorevole vigente nel Stato in cui è stata posta la sede legale, anche se - nell'era della c.d. "detritorializzazione" - è una condizione che inizia a perdere la sua originaria ragion d'essere. Cfr. VELLA, *L'attuazione della direttiva n. 95/26 Cee in materia di rafforzamento della vigilanza prudenziale delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, 458; ANTONUCCI, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 156 ss.; AMOROSINO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 185.

¹⁴ I provvedimenti del 1926 fissavano già a livello di norma primaria il capitale minimo necessario per poter ottenere l'autorizzazione all'inizio delle operazioni bancarie e lo diversificavano a seconda della forma giuridica adottata e dell'ambito geografico di operatività del costituendo ente creditizio. Dalla legge bancaria del 1936-1938 in poi il capitale minimo è stato determinato in via secondaria prima dall'IDREC e poi - e ancora - dalla Banca d'Italia. Cfr. BELLÌ, *Corso di legislazione bancaria*, cit., 269; AMOROSINO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 185; PUPO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, in COSTI - VELLA (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, 82.

Rispetto alle prime tre condizioni (effettivamente oggettive e chiuse), siamo in presenza di un requisito meno tassativo e dunque più permeabile alle valutazioni discrezionali dell'autorità di vigilanza. Rispetto alle prime tre condizioni, siamo peraltro alla presenza anche di un requisito sostanzialmente plurimo, in quanto è richiesta la presentazione di due distinti documenti di cui deve esserne valutato il contenuto. Con riferimento al programma concernente l'attività iniziale, le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia prevedono che il relativo documento debba indicare gli obiettivi di sviluppo, le attività programmate e le strategie funzionali alla loro realizzazione e - limitatamente ai primi tre esercizi - debba indicare le previsioni sui profili tecnici e di adeguatezza patrimoniale, l'analisi della sostenibilità patrimoniale, la mappatura dei rischi e dei relativi presidi organizzativi e di controllo e gli scenari avversi rispetto alle ipotesi di base formulate e i relativi impatti economici e patrimoniali: la presentazione del programma consente all'autorità di vigilanza di conoscere i progetti industriali e finanziari del costituendo ente creditizio e di apprestare i conseguenti strumenti di vigilanza, ma - durante il processo decisionale che porterà al rilascio o alla negazione dell'autorizzazione - l'autorità di vigilanza non potrà fornire un giudizio di opportunità del programma in relazione alla struttura del mercato creditizio, ma potrà solo valutarne l'adeguatezza rispetto al parametro della sana e prudente gestione dell'intermediario. Con riferimento allo statuto, le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia non prevedono quale debba essere lo specifico contenuto, ma stabiliscono quali siano i modelli organizzativi più adeguati per la *governance* della società bancaria cui lo statuto non può che allinearsi in materia di ripartizione tra i diversi organi interni ed esterni delle varie funzioni di indirizzo, gestione, controllo, direzione operativa e vigilanza interna: anche in questo caso, l'autorità di vigilanza accerta la sussistenza del requisito in esame, "guadagnando" un margine di valutazione discrezionale che, ancora una volta, non può consentire una valutazione orientata a garantire la struttura del mercato creditizio, ma può spingersi sino a tollerare valutazioni orientate a garantire la sola sana e prudente gestione dell'intermediario. A conferma che la sana e prudente gestione costituisce il parametro entro il quale l'autorità di vigilanza può valutare discrezionalmente la sussistenza o meno di un requisito (e di questo requisito in particolare), vi è non solo il successivo comma 2 (a norma del quale l'autorità di vigilanza nega l'autorizzazione se, nonostante la sussistenza delle condizioni, «non risulti garantita la sana e prudente gestione»), ma anche il successivo art. 56 t.u.b., a norma del quale l'autorità di vigilanza deve verificare che le modifiche statutarie «non contrastino con una sana e prudente

gestione», da ciò potendo ricavare che, se tale parametro vige in sede di modificazione degli statuti di un ente creditizio esistente, lo stesso varrà a maggior ragione in sede di costituzione di un nuovo ente creditizio¹⁵;

e) la quinta condizione è che sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione prevista dall'art. 19 t.u.b. per i titolari delle partecipazioni ivi indicate. È dunque necessario che i titolari di partecipazioni superiori al 10% del capitale della banca o comunque di partecipazioni che comportino la possibilità di esercitare un'influenza notevole o il controllo della banca posseggano i requisiti indicati dall'art. 19 t.u.b. in materia di acquisizione a qualsiasi titolo di partecipazioni nelle banche «*in modo da garantire la sana e prudente gestione*» dell'intermediario, con le conseguenze già dette in ordine alla possibilità e ai limiti per l'autorità di vigilanza di conservare spazi di valutazione discrezionale¹⁶;

f) la sesta condizione è che i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo siano idonei, ai sensi dell'art. 26 t.u.b.. È dunque necessario che gli esponenti aziendali del costituendo ente creditizio siano considerati idonei dall'autorità di vigilanza in termini di possesso dei

¹⁵ La necessità di presentare un programma di attività è stata introdotta dalla prima direttiva comunitaria e dal d.P.R. n. 350/1985 posto a sua attuazione e definitivamente fissata dall'art. 14 t.u.b. Cfr. DE TROIA, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, in FERRO-LUZZI - CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, 251; PATRONI GRIFFI - APPIO, *Commento agli artt. 13-14 t.u.b.*, in BELLI - CONTENTO - PATRONI GRIFFI - PORZIO - SANTORO (a cura di), *Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385. Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, 245; COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, 1270; AMOROSINO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 185.

¹⁶ L'autorità di vigilanza potrà quindi *inter alia* valutare: la qualità del titolare di partecipazioni rilevanti del costituendo ente creditizio; la sua reputazione in termini di possesso dei requisiti di onorabilità, competenza e correttezza stabiliti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze ai sensi dell'art. 25 t.u.b.; la sua solidità finanziaria e la sua partecipazione al capitale della banca «*in modo da garantire la sana e prudente gestione*» dell'intermediario. Sul punto, sia consentito il rinvio a BENOCCI, *Rapporto banca-industria e tramonto della separatezza*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2010, 291 ss.; ID., *Commento all'art. 19 t.u.b.*, in BELLI - LOSAPPIO - PORZIO - RISPOLI - SANTORO (a cura di), *Il testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 188 ss. Si vedano inoltre VENTURI, *Commento all'art. 19 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 208 ss.; MAZZINI, *Commento all'art. 25 t.u.b.*, in BELLI - LOSAPPIO - PORZIO - RISPOLI - SANTORO (a cura di), *Il testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 257 ss.; SARTORI, *Commento all'art. 25 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 226 ss. In giurisprudenza, si vedano invece Cass., 28 agosto 1995, n. 9040, in *Giur. it.*, 1996, 308, con nota di IRRERA; TAR Lazio, 9 marzo 1995, n. 407, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, 244, con nota di DE TROIA; TAR Catanzaro, 29 gennaio 2001, n. 66, in *Foro amm.*, 2001, 1362.

requisiti di onorabilità, professionalità, competenza e correttezza stabiliti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze ai sensi, appunto, dell'art. 26 t.u.b., «in modo da garantire la sana e prudente gestione» dell'intermediario, con tutte le conseguenze già dette¹⁷;

g) la settima condizione è che non sussistano, tra la banca o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolino l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza. L'obiettivo è evidentemente quello di impedire l'accesso al mercato bancario da parte di quegli operatori - soprattutto internazionali - i cui nessi partecipativi rendano difficoltoso il controllo e rappresentino un potenziale strumento elusivo. Il risultato è che, nel valutare la sussistenza o meno di questo requisito, la Banca d'Italia può ancora una volta fare uso di margini di discrezionalità che - secondo alcuni - sono addirittura svincolati dal parametro della sana e prudente gestione, mentre - secondo altri - tale vincolo di destinazione non può venir meno, in quanto posto come regola generale dal successivo comma 2, coerentemente con il divieto comunitario di fare ricorso alle condizioni economiche del mercato¹⁸.

Le sette condizioni elencate dal comma 1 tendono dunque a qualificarsi come requisiti oggettivi in ossequio ai dettami comunitari: ciò vale senz'altro per le condizioni meramente formali (forma, sede, capitale), mentre per le condizioni più propriamente sostanziali (programma di attività e statuto e, sia pure in parte, qualità dei soci e degli esponenti aziendali e assenza di stretti legami), la “compulsione” dell'autorità di vigilanza all'uso della

¹⁷ Cfr. LUISE, *Il possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità da parte dei soci e degli esponenti bancari per la tutela del risparmio: evoluzione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, 802 ss.; DE TROIA, *Autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria: requisiti di onorabilità, qualità degli azionisti, sana e prudente gestione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, 246 ss.; MAZZINI, *Commento all'art. 26 t.u.b.*, in BELLI - LOSAPPIO - PORZIO - RISPOLI - SANTORO (a cura di), *Il testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 254 ss.; DE LILLO, *Commento all'art. 26 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 267.

¹⁸ Come la seconda condizione, anche questo requisito è stato aggiunto dal d.lgs. n. 333/1999 in attuazione della direttiva 1995/26/CEE. I c.d. «stretti legami» sono definiti dall'art. 1, c. 2, lett. h), t.u.b. come i rapporti esistenti tra la banca e un altro soggetto, italiano o estero, controllante o controllato, partecipante o partecipato in misura almeno pari al 20%, direttamente o indirettamente, con possibilità per la Banca d'Italia di ampliare ulteriormente la nozione. La norma impone quindi che l'autorizzazione possa essere concessa solo quando tra la banca richiedente e i soggetti sindacati non esistano legami tali ad ostacolare la vigilanza bancaria. Cfr. VELLA, *Attività bancaria internazionale e sistemi di vigilanza: la nuova disciplina comunitaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, 749 ss.; *contra*, COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 361; PUPO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 86.

discrezionalità dovrebbe essere arginata dal parametro della sana e prudente gestione, che - secondo alcuni - costituisce vincolo efficace dell'azione amministrativa impediente il ricorso alla valutazione delle condizioni economiche del mercato, mentre - secondo altri - non può che risolversi in un mezzo che consente all'autorità di vigilanza di continuare a fare uso legittimo di valutazioni discrezionali difficilmente sindacabili sul piano giurisdizionale¹⁹.

Passando ai profili di competenza, la versione originaria dell'art. 14 t.u.b. attribuiva la competenza a rilasciare e a negare l'autorizzazione alla Banca d'Italia. Le disposizioni del Meccanismo di Vigilanza Unico (regolamento 2013/1024/UE del Consiglio sul MVU e regolamento quadro 2014/468/UE sul MVU della BCE) hanno concentrato la potestà autorizzatoria in capo alla sola BCE, sia pure in cogestione con le autorità nazionali di vigilanza. Il comma 2 dell'art. 14 t.u.b. è stato allora modificato dal d.lgs. n. 223/2016 proprio in attuazione delle disposizioni del MVU e prevede adesso che l'autorizzazione debba essere rilasciata dalla BCE, su proposta della Banca d'Italia, ma possa essere negata tanto dalla BCE quanto dalla Banca d'Italia. Il procedimento di autorizzazione postula quindi una ripartizione di competenze che assegna alla Banca d'Italia una funzione istruttoria e alla BCE una funzione decisoria. Più in particolare, la Banca d'Italia deve accertare la sussistenza o meno delle condizioni indicate al comma 1. Se l'istruttoria ha esito negativo, la Banca d'Italia può negare direttamente l'autorizzazione. Se invece l'istruttoria ha esito positivo, la Banca d'Italia deve proporre alla BCE di autorizzare il soggetto richiedente all'esercizio dell'attività bancaria. In quest'ultimo caso, la BCE può verificare ulteriormente che le condizioni indicate al comma 1 sussistano effettivamente, ma deve adottare una decisione entro il termine di 10 giorni decorrenti dalla data di ricezione della proposta della Banca d'Italia, decorsi inutilmente i quali, l'autorizzazione sarà da ritenersi rilasciata in forza del principio del silenzio-assenso; tuttavia, se la BCE riterrà che la propria verifica abbia avuto esito positivo, ben potrà rilasciare espressamente l'autorizzazione, mentre, in caso di esito negativo, negherà l'autorizzazione²⁰.

Sulla base di quanto detto, è evidente che, nell'esercizio delle proprie funzioni di accertamento (di istruttoria in senso stretto per quanto concerne la Banca d'Italia e di verifica in senso lato per quanto concerne la BCE), le autorità di vigilanza non potranno che limitarsi a prendere atto della ricorrenza

¹⁹ Sul punto, si vedano le posizioni di COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 327; ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2006, 191.

²⁰ Cfr. AMOROSINO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 183 e 186.

o meno delle condizioni meramente formali (per intendersi, le prime tre condizioni), mentre potranno spingersi a compiere valutazioni implicanti un certo grado di discrezionalità con riferimento alla ricorrenza o meno delle condizioni più propriamente sostanziali (per intendersi, le seconde quattro condizioni), ma pur sempre dovendo orientare tali valutazioni all'esigenza di garantire la sana e prudente gestione dell'intermediario bancario e non anche alle esigenze economiche del mercato creditizio. L'autorizzazione potrà infatti essere negata tanto dalla Banca d'Italia quanto dalla BCE solo quando non ricorrano una o più delle condizioni indicate al comma 1 ovvero solo quando, nonostante la loro ricorrenza, non risulti garantita la sana e prudente gestione della banca. Laddove invece le autorità di vigilanza ritengano sussistenti le condizioni indicate al comma 1 e ritengano altresì garantita la sana e prudente gestione, esse - ciascuna nell'ambito delle proprie competenze - debbono rilasciare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, la quale - nonostante la qualificazione della legge - ha un sostanziale valore costitutivo perché, in sua assenza, il comma 3 stabilisce che «non si può dare corso al procedimento per l'iscrizione nel registro delle imprese»²¹ né - ai sensi dell'art. 13 t.u.b. - al successivo procedimento per l'iscrizione nell'albo delle banche²².

²¹ Cfr. ANTONUCCI, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 156 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 329; in giurisprudenza, cfr. App. Salerno, 15 giugno 1995, in *Giur. comm.*, 1996, 248, con nota di FAUCEGLIA, e Trib. Firenze, 20 marzo 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 11, con nota di BONTEMPI, che puntualizzano come l'autorizzazione all'attività bancaria costituisca elemento di procedibilità dell'iscrizione al registro delle imprese e - nonostante che Cass., 3 dicembre 2014, n. 2556, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014, precisi che l'iscrizione nel registro delle imprese non è idoneo a provare l'esistenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria - TAR Lazio, 9 marzo 1995, n. 407, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, 244, con nota di DE TROIA, che stabilisce che l'iscrizione nel registro delle imprese in mancanza della prescritta autorizzazione non ne sana la mancanza.

²² Con riferimento all'albo delle banche di cui all'art. 13 t.u.b., va infatti rammentato che, come per qualunque imprenditore commerciale, anche per l'imprenditore bancario è necessario che i soggetti di varia natura operanti nel relativo mercato possano disporre di informazioni veritiere e non contestabili. La maggiore e speciale concentrazione di interessi pubblici e privati coinvolti in presenza di una banca ha storicamente indotto il legislatore ad affiancare al sistema di pubblicità legale previsto per qualunque imprenditore commerciale, fondato sull'iscrizione nel registro delle imprese, un sistema aggiuntivo di pubblicità, fondato sull'ulteriore iscrizione in un apposito albo, che secondo taluni era da ritenersi di mera pubblicità notizia (l'iscrizione produce solo effetti di certificazione anagrafica e di conoscibilità delle informazioni presenti nell'albo), mentre secondo altri era da ritenersi anche di più compiuta pubblicità legale (l'iscrizione produce anche effetti giuridici sostanziali). Certamente, la versione originaria dell'art. 13 t.u.b. continuava ad affiancare al sistema di pubblicità legale, fondato sull'iscrizione nel registro delle imprese, un sistema di pubblicità di un certo rilievo, in quanto unico e

nazionale e quindi sostanzialmente sovrano e chiuso. Nonostante ciò, la maggior parte della dottrina ha costantemente ritenuto che l'effetto dell'iscrizione nell'albo fosse prevalentemente di pubblicità notizia: l'iscrizione nell'albo non produceva cioè effetti giuridici sostanziali, ma aveva una funzione solo informativa; in particolare, l'effetto giuridico sostanziale dell'ingresso della banca nel mercato regolamentato del credito e dunque nell'ambito della vigilanza della Banca d'Italia non derivava dall'iscrizione nell'albo, ma dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria rilasciata dalla Banca d'Italia e dalla successiva iscrizione nel registro delle imprese, di cui l'iscrizione nell'albo era dunque mero atto dovuto e ricognitivo e, per ciò stesso, inidoneo a modificare o integrare la situazione giuridica soggettiva del soggetto cui si riferiva. La versione attuale dell'art. 13 t.u.b. (anch'essa derivante dall'attuazione in Italia delle disposizioni del MVU) conferma le considerazioni appena svolte e infatti continua a prevedere che la Banca d'Italia debba iscrivere in un apposito albo «le banche italiane», «le succursali in Italia di banche extracomunitarie» e «le succursali delle banche comunitarie stabilite nel territorio della Repubblica», ma aggiunge come debba rimanere fermo «quanto previsto dalle disposizioni del MVU in tema di pubblicazione dell'elenco dei soggetti vigilati». In questo modo, il sistema nazionale di pubblicità previsto per le banche è posto «a valle» di quello europeo, perdendo non solo la propria unicità, ma confermando il proprio carattere derivato e la propria funzione, propriamente ricognitiva e dunque meramente informativa. Le «disposizioni del MVU in tema di pubblicazione dell'elenco dei soggetti vigilati» tenute ferme dall'art. 13 t.u.b. e da questo poste «a monte» della disciplina italiana in materia di pubblicità delle banche coincidono sostanzialmente con l'art. 49 del regolamento quadro sul MVU della BCE. In particolare, il primo paragrafo dell'art. 49 del regolamento quadro sul MVU prevede che la BCE debba pubblicare, da un lato, un elenco contenente la denominazione dei «*soggetti vigilati*» che ricadono sotto la «vigilanza diretta della BCE» e cioè dei c.dd. «*soggetti vigilati significativi*» o *significant institutions* e, dall'altro lato, anche un elenco contenente la denominazione dei «*soggetti vigilati*» che ricadono sotto la vigilanza di una ANC e la denominazione della relativa ANC: la BCE deve cioè pubblicare anche un elenco dei c.dd. «*soggetti vigilati meno significativi*» o *less significant institutions*. Tanto l'elenco dei *soggetti vigilati significativi* sottoposti alla vigilanza diretta della BCE, quanto l'elenco dei *soggetti vigilati meno significativi* sottoposti alla vigilanza diretta delle ANC e alla vigilanza indiretta della BCE, sono aggiornati periodicamente, con la possibilità che un soggetto vigilato sia diversamente classificato da significativo a meno significativo e viceversa, con tutte le conseguenze del caso sia in termini di cambiamento dell'autorità di vigilanza competente, sia in termini di trasferimento delle competenze di vigilanza da un'autorità all'altra. Il corollario della disciplina è evidente: non vi è infatti dubbio che l'iscrizione in uno degli elenchi tenuti dalla BCE abbia la consueta efficacia di pubblicità notizia, ma pare abbastanza evidente come - diversamente dall'iscrizione nell'albo domestico - l'iscrizione negli elenchi europei produca anche ulteriori effetti giuridici sostanziali. Se infatti l'iscrizione «in uno dei due elenchi europei» può - essendo atto cronologicamente successivo all'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria concessa dalla BCE - continuare ad essere considerato come un atto ricognitivo, l'iscrizione «nell'uno oppure nell'altro degli elenchi europei» (cioè in quello dei *soggetti vigilati significativi* piuttosto che non in quello dei *soggetti vigilati meno significativi*) costituisce atto conclusivo del procedimento di classificazione o di riesame della significatività di un soggetto vigilato effettuato dalla BCE che, con l'iscrizione, produce i sopracitati effetti giuridici sostanziali in termini di variazione della competenza dell'autorità di vigilanza preposta (BCE o ANC) e del regime giuridico applicabile (europeo o domestico). La circostanza della parziale efficacia di pubblicità legale del sistema europeo di pubblicità bancaria non deve

La disciplina della revoca dell'autorizzazione è stata introdotta nel corpo dell'art. 14 t.u.b. solo recentemente, attraverso l'inserimento dei nuovi commi 3-*bis* e 3-*ter* ad opera del d.lgs. n. 223/2016 di attuazione delle disposizioni del MVU. Con una certa simmetria rispetto all'ipotesi di rilascio dell'autorizzazione, il comma 3-*bis* dispone che, in certi casi, la BCE possa revocare l'autorizzazione «sentita la Banca d'Italia o su proposta di questa». Nell'ambito del procedimento di rilascio dell'autorizzazione, Banca d'Italia e BCE agiscono quindi congiuntamente nell'ambito delle proprie competenze (istruttorie per la Banca d'Italia e decisorie per la BCE); nell'ambito del procedimento di revoca dell'autorizzazione, la BCE può invece agire anche in via autonoma limitandosi a sentire soltanto la Banca d'Italia, ma potendo evidentemente agire anche su suo impulso. I casi previsti dal comma 3-*bis* nei quali la BCE, «sentita la Banca d'Italia o su proposta di questa», può revocare l'autorizzazione ricorrono quando le condizioni poste a fondamento del rilascio dell'autorizzazione siano venute meno, quando l'autorizzazione sia stata rilasciata sulla base di dichiarazioni poi rivelatesi false e quando sia accertato che l'attività bancaria precedentemente autorizzata non è esercitata per un periodo superiore ai sei mesi. Il comma 3-*ter* prevede un altro caso di revoca nel quale - questa volta in via perfettamente simmetrica - la BCE può disporre la revoca dell'autorizzazione solo «su proposta della Banca d'Italia» e riguarda il caso in cui la Banca d'Italia stessa abbia chiesto e ottenuto dal Ministro dell'economia e delle finanze l'apertura a carico di una banca della procedura di liquidazione coatta amministrativa. Con l'inserimento dei nuovi

tuttavia trarre in inganno: alla sopravvenuta efficacia di pubblicità legale del sistema europeo non corrisponde efficacia di pubblicità legale del sistema nazionale; postulando il sistema europeo, il sistema nazionale accentua anzi il proprio carattere derivato e, così facendo, accentua la sua efficacia di pubblicità notizia, perché adesso non svolge più solo una funzione di ricognizione dell'attività autorizzatoria posta in essere, prima, dalla sola Banca d'Italia e, ora, anche dalla BCE, ma svolge anche una funzione di *mirroring* dell'attività pubblicitaria posta in essere direttamente dalla BCE. Su questi temi, si vedano GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Mon. e cred.*, 1949, 113; CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 79; CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 975 ss.; GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM). Legal Aspects of the First Pillar of the European Banking Union*, Athens, 2015, 102 ss.; GNES, *Il meccanismo di vigilanza prudenziale. Le procedure di vigilanza*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di Chiti - Santoro, Pisa, 2016, 243; LACKHOFF, *Which Credit Institutions Will Be Supervised by the Single Supervisory Mechanism?*, in *J. Int. Banking L. Reg.*, 2013, 454 ss.; GUARRACINO, *Le "procedure comuni" nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2014, 252 ss.; MAGLIARI, *Il Single Supervisory Mechanism e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca centrale europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1348.

commi 3-bis e 3-ter, viene quindi superata la *querelle* tra chi riteneva che il successivo venir meno delle condizioni non comportava la revoca dell'autorizzazione e chi invece riteneva che una revoca fosse dovuta, con tutte le conseguenze del caso anche in termini di configurabilità della mancata autorizzazione come causa di nullità della società bancaria²³.

²³ Sul punto, si vedano le posizioni di NIGRO, *L'autorizzazione "all'attività bancaria" nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1994, 285 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 362; PUPO, *Commento all'art. 13 t.u.b.*, in COSTI - VELLA (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, 87. Naturalmente, è ben possibile che un soggetto eserciti di fatto l'attività bancaria in mancanza di un'autorizzazione, e ciò può avvenire non solo nelle ipotesi espressamente previste di autorizzazione negata ovvero di autorizzazione rilasciata e poi revocata, ma anche nell'ipotesi non contemplata di autorizzazione nemmeno richiesta. In ogni caso, la circostanza che l'esercizio dell'attività bancaria debba essere necessariamente autorizzato determina come corollario che il suo esercizio da parte di chi non è stato autorizzato - e quindi da parte di chi banca non è - debba considerarsi abusivo e, come tale, vietato e, se praticato, sanzionato. Il nostro ordinamento configura infatti l'esercizio abusivo dell'attività bancaria (e delle altre attività finanziarie riservate) non solo come illecito amministrativo, ma anche come ipotesi di reato. Tuttavia, il problema si è posto più frequentemente con riferimento alle imprese bancarie non autorizzate che versassero in stato di insolvenza, per comprendere quale procedura concorsuale (liquidazione coatta amministrativa o fallimento) dovesse essere loro applicata. Secondo le posizioni più formalistiche, l'applicazione della disciplina sulla procedura di liquidazione coatta amministrativa presuppone che l'impresa insolvente sia qualificabile come "banca", con la conseguenza che, laddove un'autorizzazione dovesse mancare, una banca non esisterebbe e la procedura di liquidazione coatta amministrativa non potrebbe applicarsi, con conseguente necessaria applicazione della procedura fallimentare. Secondo posizioni più sostanzialistiche, non vi è dubbio che l'applicazione della disciplina bancaria presupponga solitamente che l'impresa bancaria sia autorizzata: il fondamento della specialità della regolamentazione bancaria risiede infatti nella specialità della banca anche in senso formale, ma una parte della disciplina bancaria - per esempio, proprio quella sulle crisi - trova la propria ragion d'essere non tanto nella specialità del soggetto bancario, quanto nella specialità degli interessi coinvolti dalla presenza di un soggetto che - autorizzato o meno - esercita attività bancaria; ne segue la convinzione che anche alle imprese bancarie non autorizzate in stato di insolvenza dovrebbe applicarsi la procedura di liquidazione coatta amministrativa, in quanto procedura idonea a tutelare non solo i tradizionali interessi privati dei creditori concorsuali (per i quali sarebbe sufficiente la procedura fallimentare), ma anche gli ulteriori interessi collettivi dei risparmiatori e pubblici della stabilità del sistema, che sono messi in pericolo dall'esercizio dell'attività bancaria da parte di imprese insolventi anche quando queste non siano autorizzate; viene cioè sottolineato «come sarebbe singolare che la legge proteggesse quegli interessi nei confronti di condotte pericolose poste in essere da enti creditizi autorizzati e non li tutelasse più quando le stesse condotte vengano realizzate da imprese illegali». In quest'ultimo senso, cfr. ancora COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 361; CARRARO, *Le casse peote del Veneto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, 384; BONFATTI, *Commento all'art. 80 t.u.b.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Caprigione, Padova, 1994, 415; *contra*, NIGRO, *L'autorizzazione "all'attività bancaria"*, cit., 306; SANTORO, *Questioni in tema*

3. I controlli sulla crescita territoriale della banca mediante articolazione dell'impresa bancaria

Si è visto come i controlli pubblici riguardino non solo il momento della nascita di una nuova banca, ma anche il momento della crescita territoriale di una banca già esistente, che – a sua volta – può avvenire sia tramite “espansione dell’attività bancaria” (cioè mediante prestazione di servizi sul territorio direttamente da parte della banca) sia tramite “articolazione dell’impresa bancaria” e cioè mediante stabilimento di sedi locali della banca, per mezzo delle quali la stessa banca presta i propri servizi sul territorio. Nell’ipotesi in cui la crescita territoriale della banca avvenga mediante stabilimento di sue sedi locali, si pongono due tradizionali problemi di regolamentazione: quello relativo al *nomen iuris* e alla definizione della sede locale della banca e quello relativo alla disciplina del suo stabilimento.

Con riferimento al primo problema, le sedi locali della banca sono state tradizionalmente qualificate dalla legge recependo la terminologia di volta in volta corrente nella prassi bancaria e utilizzando quindi diversi sinonimi come filiali, succursali, agenzie, dipendenze o recapiti. Con la prima direttiva comunitaria e il testo unico bancario, il legislatore ha tuttavia optato per l’utilizzo del termine univoco di «succursale», della quale ha fornito una definizione che - stando all’attuale versione posta dall’art. 1, c. 2, lett. e), t.u.b. - prevede che, per succursale, debba intendersi «una sede che costituisce una parte, sprovvista di personalità giuridica, di una banca (...) e che effettua direttamente, in tutto o in parte, l’attività a cui la banca (...) è stata autorizzata». Le disposizioni di vigilanza della Banca d’Italia forniscono un ulteriore contributo definitorio e chiariscono che, per succursale, deve intendersi un punto operativo permanente che svolge l’attività bancaria direttamente con il pubblico, anche solo in parte o non continuativamente, con conseguente precisazione che non rientrano nella definizione di succursale «le apparecchiature di *home banking* nonché gli sportelli automatici (ATM e POS) presso i quali non è presente personale della banca, gli uffici amministrativi e i punti operativi temporanei». La certezza terminologica della definizione di succursale è di particolare importanza, perché la relativa nozione costituisce il necessario presupposto per l’applicazione delle

di banca di fatto, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 97 ss.; CRISCUOLO, *Il fallimento della banca di fatto: una conferma*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 226

disposizioni in materia di vigilanza sulla struttura periferica degli enti creditizi²⁴.

Con riferimento al secondo problema, la prima disciplina a regolare lo stabilimento di succursali bancarie è rappresentata dal r.d. n. 1620/1919, il quale, da un lato, distingueva il fenomeno dell'articolazione territoriale delle banche italiane da quello dell'articolazione territoriale delle «banche estere», ma, dall'altro lato, non distingueva all'interno di queste ultime (né poteva peraltro distinguere) quelle che sarebbero state successivamente definite come banche comunitarie da quelle che sarebbero state successivamente definite come banche extracomunitarie e - per le banche estere *tout court* - subordinava all'autorizzazione del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministero degli affari esteri, lo stabilimento in Italia della sola prima succursale, senza occuparsi di stabilimento delle succursali successive. Per distinguere all'interno delle banche estere le banche comunitarie dalle banche extracomunitarie e per disciplinare lo stabilimento di tutte le succursali (prima e successive), è stato necessario attendere l'entrata in vigore di entrambe le direttive bancarie. Con la seconda direttiva (direttiva 1989/646/CEE oggi confluita nella direttiva 2013/36/UE), è stato infatti affermato il principio del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e il conseguente principio della libertà di stabilimento, che avrebbe consentito ad una banca comunitaria di stabilire liberamente le proprie succursali nel territorio di un altro Stato membro e di essere posta sotto la supervisione dell'autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine in ossequio all'ulteriore principio del c.d. *home country control*. Con l'attuazione dei principi comunitari in materia di libertà di stabilimento, il testo unico bancario ha dunque separato la sorte delle banche comunitarie da quella delle banche extracomunitarie e - per le prime - ha previsto la facoltà di stabilire succursali nel territorio di un altro Stato membro senza chiedere autorizzazioni, mentre - per le seconde - ha previsto l'obbligo di chiedere l'autorizzazione sia per lo stabilimento della prima succursale sia per lo stabilimento delle succursali successive. Tradizionalmente, la regolamentazione bancaria ha allora disciplinato lo stabilimento di succursali di una banca in modo diverso in base all'intersezione di tre diversi criteri: il primo è quello della fase del processo di articolazione territoriale della banca (che consente di distinguere tra stabilimento della prima succursale e stabilimento delle succursali successive alla prima); il secondo è quello del territorio nel quale la banca intende stabilire la succursale (che consente di

²⁴ Cfr. PIRAS, *Gli stabilimenti bancari*, cit., 30 ss.; PORZIO, *Le imprese bancarie*, cit., 184-186.

distinguere tra territorio italiano, comunitario ed extracomunitario); il terzo è quello dell'ordinamento giuridico cui appartiene la banca che intende stabilire la succursale (che consente di distinguere tra banca italiana, comunitaria ed extracomunitaria). Questa organizzazione disciplinare può ritenersi ancora valida, ma l'entrata in vigore delle disposizioni del MVU ha imposto all'interprete di tener conto di ulteriori articolazioni; all'interno degli Stati comunitari, adesso è infatti necessario distinguere tra Stati comunitari partecipanti al MVU e Stati comunitari non partecipanti al MVU sia con riferimento al particolare territorio nel quale una banca intende stabilire la succursale sia con riferimento al particolare ordinamento giuridico cui appartiene la banca che intende stabilire una succursale; non solo, perché - all'interno della categoria delle banche degli Stati comunitari partecipanti al MVU - è necessario distinguere anche tra soggetti vigilati significativi, sottoposti alla vigilanza diretta della BCE, e soggetti vigilati meno significativi, sottoposti al controllo diretto della propria Autorità Nazionale Competente per la vigilanza bancaria (ANC) e al controllo indiretto della BCE²⁵). Di tutto ciò, ha tentato di tener conto il d.lgs. n. 223/2016, che ha attuato

²⁵ Ai sensi delle disposizioni del MVU, i c.dd. "soggetti vigilati" possono essere enti creditizi insediati in uno Stato membro partecipante al MVU, società di partecipazione finanziaria insediate in uno Stato membro partecipante al MVU, società di partecipazione finanziaria mista insediate in uno Stato membro partecipante al MVU ovvero succursali stabilite in uno Stato membro partecipante al MVU da un ente creditizio insediato in uno Stato membro non partecipante al MVU. Se soddisfano determinati criteri, i soggetti vigilati sono qualificati come "soggetti vigilati significativi" e, in quanto tali, sono sottoposti alla vigilanza diretta della BCE. I criteri per stabilire se un soggetto vigilato sia o meno significativo sono quattro e, affinché un soggetto vigilato sia classificato come significativo e sia quindi sottoposto alla vigilanza diretta della BCE, è sufficiente che esso soddisfi almeno uno di tali criteri: a) quello della dimensione, che ricorre quando il valore totale delle attività del soggetto vigilato supera i 30 miliardi di euro; b) quello dell'importanza economica, che ricorre quando un soggetto vigilato sia ritenuto rilevante per l'economia di uno Stato membro partecipante al MVU o per l'economia dell'Unione Europea nel suo insieme; c) quello dell'operatività transfrontaliera, che ricorre quando il valore totale delle attività del soggetto vigilato supera i 5 miliardi di euro e il rapporto tra le attività transfrontaliere in più di un altro Stato membro partecipante al MVU e le attività totali è superiore al 20% o il rapporto tra le passività transfrontaliere in più di un altro Stato membro partecipante al MVU e le passività totali è superiore al 20%; d) quello dell'assistenza finanziaria pubblica diretta, che ricorre quando un soggetto vigilato ha richiesto e ottenuto finanziamenti nel quadro del Meccanismo europeo di stabilità (MES o ESM, *European Stability Mechanism*). Per contro, i soggetti vigilati che non soddisfino nemmeno uno dei quattro criteri di significatività sono qualificati come "soggetti vigilati meno significativi" e, in quanto tali, sono sottoposti alla vigilanza diretta della propria ANC e alla conseguente vigilanza "solo" indiretta della BCE. Sul punto, si vedano CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, cit., 975 ss.; GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM)*, cit.,

le disposizioni del MVU anche con riferimento alla disciplina delle succursali e ha quindi modificato l'art. 15 t.u.b. predisponendo un impianto normativo non particolarmente ordinato, ma comunque di raccordo con il nuovo regime europeo di ripartizione delle competenze, il quale pare modularsi mediante il graduale passaggio da discipline in cui la libertà di stabilimento è affermata "in purezza" a discipline in cui la libertà di stabilimento è "contaminata" dalla previsione di obblighi di comunicazione a carico delle banche e di poteri di veto in favore delle autorità creditizie che si intensificano via via che lo stabilimento della succursale comporta situazioni progressivamente più pericolose per gli interessi tutelati dall'ordinamento²⁶.

3.1. Lo stabilimento di succursali di banche italiane

Con riferimento allo stabilimento di succursali di banche italiane, una disciplina appositamente dedicata è stata assente fino all'entrata in vigore dei provvedimenti per la tutela del risparmio del 1926: dall'assenza di controlli, derivò una inevitabile proliferazione di sportelli che creò problemi di stabilità anche sotto il profilo dell'articolazione territoriale delle banche. Con i provvedimenti del 1926, il legislatore tentò di arginare il problema stabilendo che gli enti creditizi dovessero ottenere l'autorizzazione da parte del Ministro per le finanze, di concerto col Ministro per l'economia nazionale e sentito il parere della Banca d'Italia, non solo per iniziare le operazioni, ma anche per «aprire sedi e filiali nel regno, nelle colonie e all'estero». La legge bancaria del 1936-1938 confermò l'impostazione e anche il relativo art. 28 stabilì che gli enti creditizi dovessero ottenere l'autorizzazione dell'IDREC-Banca d'Italia non solo per costituirsi e per iniziare le operazioni, ma anche per

102 ss.; LACKHOFF, *Which Credit Institutions Will Be Supervised by the Single Supervisory Mechanism?*, cit., 454 ss.; MAGLIARI, *Il Single Supervisory Mechanism*, cit., 1348.

²⁶ Cfr. ARIENTI, *Aspetti dell'articolazione territoriale delle aziende di credito*, Milano, 1960, 2 ss.; PIRAS, *Gli stabilimenti bancari*, cit., 70 ss.; CONIGLIANI, *Insedimenti bancari ed efficienza del sistema creditizio*, in *Banca impr. soc.*, 1983, 347 ss.; CLAROTTI, *Il principio comunitario della vigilanza delle succursali estere da parte dell'autorità del Paese d'origine*, in *Banca impr. soc.*, 1984, 23 ss.; TROIANO, *Le banche*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, 326 ss.; in giurisprudenza, si rammenti Corte cost., 8 giugno 1994, n. 224, in *Giur. it.*, 1995, 192, con nota di CELOTTO, che respinge diverse questioni di legittimità costituzionale dell'art. 15 t.u.b. per l'asserita violazione da parte di questo delle norme degli statuti speciali delle regioni Sardegna e Trentino-Alto Adige, che attribuivano alle regioni e alle province autonome alcune competenze in materia di stabilimento di succursali e che il giudice delle leggi ha ritenuto siano divenute non più operanti a causa del primato del principio comunitario della libertà di stabilimento e della sua attuazione nel testo unico bancario.

«istituire sedi e filiali nel regno, nelle colonie e all'estero». Il legislatore attribuì quindi alla pubblica autorità un potere di vigilare anche il processo di articolazione territoriale dell'ente creditizio e di valutare l'utilità e la convenienza dell'apertura della filiale, accordandole un forte potere di controllo strutturale e discrezionale. Questo regime permase nonostante l'entrata in vigore della prima direttiva comunitaria che, nel vietare espressamente agli Stati membri di tener conto delle condizioni economiche del mercato in sede di autorizzazione alla costituzione dell'ente creditizio, avrebbe dovuto indurre gli Stati membri a fare altrettanto anche in sede di autorizzazione all'articolazione territoriale dell'ente creditizio già costituito. Sotto questo profilo, il d.P.R. n. 350/1985 attuativo della prima direttiva comunitaria non fu particolarmente efficace. Tuttavia, l'entrata in vigore della seconda direttiva comunitaria fissò il termine del 31 dicembre 1992 entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto recepire i principi del mutuo riconoscimento e della libertà di stabilimento: l'Italia rischiava quindi di porre le proprie banche in condizioni di inferiorità rispetto alle altre banche comunitarie che - diversamente dalle banche italiane - avrebbero potuto stabilire in Italia le proprie succursali, liberamente. Le direttive comunitarie furono pienamente recepite con il d.lgs. n. 481/1992 e, definitivamente, con il testo unico bancario e con il suo art. 15: l'art. 15 t.u.b. attribuì allora alle banche italiane la facoltà di stabilire liberamente le proprie succursali nel territorio italiano. Il legislatore riconobbe così come tale facoltà rappresentasse manifestazione del diritto di iniziativa economica costituzionalmente garantito; tuttavia, mantenne in capo alla Banca d'Italia il potere di vietare lo stabilimento di succursali per motivi attinenti all'adeguatezza delle strutture organizzative o della situazione finanziaria, economica e patrimoniale della banca; mantenne cioè in capo alla Banca d'Italia un potere di veto che però non poteva essere esercitato tenendo conto delle esigenze economiche del mercato, ma solo di esigenze attinenti alla sana e prudente gestione della banca. La versione originaria dell'art. 15 t.u.b. disciplinava in modo coerente anche l'ipotesi di stabilimento di succursali di banche italiane nel territorio degli altri Stati membri, che poteva avvenire liberamente, e l'ipotesi di stabilimento di succursali di banche italiane nel territorio di uno Stato extracomunitario, che invece poteva avvenire solo se la banca italiana si fosse munita dell'autorizzazione della Banca d'Italia. La versione vigente dell'art. 15 t.u.b. disciplina lo stabilimento delle succursali di banche italiane alla prima parte del comma 01, al comma 1 e al comma 2 e - come si è visto - tiene conto dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni

del MVU: la costruzione della norma è complessa e il raccordo con le disposizioni del MVU non è immediatamente intellegibile²⁷.

La prima parte del comma 01 prevede in particolare che «le banche italiane possono stabilire succursali nel territorio della Repubblica e degli altri Stati membri in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU». Si ritiene che la proposizione «in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU» sia riferita solo all'ipotesi di stabilimento «nel territorio (...) degli altri Stati membri» e non anche all'ipotesi di stabilimento nel «territorio della Repubblica»: infatti, le procedure previste dalle disposizioni del MVU non riguardano le ipotesi puramente domestiche di stabilimento nel territorio di uno Stato membro di succursali di banche aventi sede legale in quello stesso Stato. Si può quindi affermare con ragionevole certezza come la prima parte del comma 01 preveda, da un lato, che «le banche italiane possono stabilire succursali nel territorio della Repubblica» e, dall'altro lato, che «le banche italiane possono stabilire succursali nel territorio (...) degli altri Stati membri in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU». La prima parte del comma 01 regola quindi direttamente l'ipotesi di stabilimento in Italia di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana significativa (per le banche italiane non significative, opera il comma 1) e, così facendo, conferma il principio dell'autonomia decisionale di una banca italiana nelle proprie scelte di localizzazione e la conseguente facoltà per una banca italiana di stabilire liberamente le proprie succursali nel territorio italiano. Per lo meno in presenza di una banca italiana significativa, tale facoltà viene riconosciuta in modo pressoché assoluto, visto che può essere esercitata senza il potere di veto riconosciuto alla Banca d'Italia dal vecchio art. 15 t.u.b.²⁸.

La prima parte del comma 01 regola tuttavia “indirettamente” anche le ipotesi di stabilimento in un altro Stato comunitario partecipante al MVU di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana significativa (per le banche italiane non significative, opera il comma 1) e di stabilimento in uno Stato comunitario non partecipante al MVU di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana significativa (per le banche italiane non

²⁷ Cfr. GIANNINI, *Intorno all'autorizzazione dell'apertura di sportelli*, cit., 309 ss.; GIARDINO, *Espansione delle banche all'estero. Contributo ad una analisi del caso italiano*, in *Banca impr. soc.*, 1983, 165 ss.; FORLATI PICCHIO, *Il trattamento di impresa bancaria di Stati terzi nella Cee*, in UBERTAZZI (a cura di), *La concorrenza bancaria*, Milano, 1985, 101.

²⁸ Sul punto, cfr. ROSSANO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 190; PUPO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, in COSTI - VELLA (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, 88.

significative, opera il comma 1). Per queste ipotesi, la disposizione prevede che lo stabilimento della succursale della banca italiana possa avvenire in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU. Tali procedure sono previste dagli artt. 11, parr. 1 e 3, e 17, par. 1, del regolamento quadro sul MVU della BCE²⁹. Con riferimento alla prima ipotesi, la banca italiana deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla Banca d'Italia, la quale informerà la BCE che informerà a sua volta l'ANC dello Stato membro ospitante e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca italiana potrà stabilire la succursale e iniziare la propria attività sotto la supervisione della Banca d'Italia nella sua qualità di autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine. Con riferimento alla seconda ipotesi, la banca italiana deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla Banca d'Italia, la quale informerà la BCE e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca italiana potrà stabilire la succursale e iniziare la propria attività sotto la supervisione della BCE, che agirà quale autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine³⁰.

Il comma 1 prevede invece che, fermo restando quanto sopra, «la Banca d'Italia può vietare lo stabilimento di una nuova succursale di un soggetto italiano meno significativo per motivi attinenti all'adeguatezza delle strutture organizzative o della situazione finanziaria, economica e patrimoniale del soggetto». La disposizione regola quindi le ipotesi di stabilimento in Italia di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana meno

²⁹ In particolare, l'art. 11, par. 1, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede che «ogni soggetto vigilato significativo che intenda stabilire una succursale all'interno del territorio di un altro Stato membro partecipante notifica la propria intenzione all'ANC dello Stato membro partecipante in cui il soggetto vigilato significativo ha la propria sede principale» e che «l'ANC informa immediatamente la BCE della ricezione di tale notifica». L'art. 11, par. 3, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede invece che, «se la BCE non adotta una decisione contraria entro due mesi dalla ricezione della notifica, la succursale di cui al paragrafo 1 può essere stabilita e avviare alla propria attività» e che «la BCE comunica tali informazioni all'ANC dello Stato membro partecipante in cui sarà stabilita la succursale». L'art. 17, par. 1, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede infine che «un soggetto vigilato significativo che intenda stabilire una succursale o esercitare la libera prestazione dei servizi nel territorio di uno Stato membro non partecipante notifica la propria intenzione all'ANC di riferimento, in conformità alle disposizioni normative dell'Unione applicabili», con precisazione che «l'ANC, ricevuta tal notifica, ne informa immediatamente la BCE», che «esercita i poteri di autorità competente dello Stato membro d'origine».

³⁰ In entrambe le ipotesi, il quinto comma dell'art. 15 t.u.b. integra la disciplina comunitaria prevedendo che, quando la banca italiana intende esercitare anche attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia deve informare la CONSOB delle comunicazioni ricevute. Cfr. MEZZACAPO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, 128.

significativa, di stabilimento in uno Stato comunitario partecipante al MVU di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana meno significativa e di stabilimento in uno Stato comunitario non partecipante al MVU di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana meno significativa. Con riferimento a tutte e tre queste ipotesi, la disposizione riconosce alla Banca d'Italia - sia pur limitatamente allo stabilimento di succursali di banche italiane meno significative - il potere di veto in precedenza riconosciuto per lo stabilimento di succursali di tutte le banche italiane e, come in passato, vincola l'esercizio di questo potere a parametri riconducibili non tanto alle esigenze economiche del mercato, quanto più propriamente all'esigenza di garantire la sana e prudente gestione della banca. Con riferimento alla seconda e alla terza ipotesi, la disposizione domestica deve tuttavia coordinarsi con le disposizioni del MVU e in particolare con gli artt. 11, par. 2 e 4, e 17, par. 2, del regolamento quadro sul MVU della BCE³¹. Con particolare riferimento alla seconda ipotesi (stabilimento in uno Stato comunitario partecipante al MVU di succursali di una banca italiana meno significativa), la banca italiana deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla Banca d'Italia, la quale informerà la BCE e l'ANC dello Stato membro ospitante e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca italiana potrà stabilire la succursale e iniziare la propria attività sotto la supervisione della Banca d'Italia nella sua qualità di autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine. Con particolare riferimento alla terza ipotesi (stabilimento in uno Stato comunitario non partecipante al MVU di succursali di una banca italiana meno significativa), la banca italiana deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla Banca d'Italia e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca italiana potrà stabilire la succursale e

³¹ In particolare, l'art. 11, par. 2, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede che «ogni soggetto vigilato meno significativo che intenda stabilire una succursale all'interno del territorio di un altro Stato membro partecipante, notifica la propria intenzione alla propria ANC». L'art. 11, par. 4, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede invece che, «se l'ANC dello Stato membro d'origine non adotta una decisione contraria entro due mesi dalla ricezione della notifica, la succursale di cui al paragrafo 2 può essere stabilita e dare avvio alla propria attività», con precisazione che «l'ANC comunica tali informazioni alla BCE e all'ANC dello Stato membro partecipante in cui la succursale sarà stabilita». L'art. 17, par. 2, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede infine che «un soggetto vigilato meno significativo che intenda stabilire una succursale o esercitare la libera prestazione dei servizi nel territorio di uno Stato membro non partecipante notifica la propria intenzione all'ANC di riferimento, in conformità alle disposizioni normative dell'Unione applicabili», con precisazione che «l'ANC di riferimento esercita i poteri di autorità competente dello Stato membro d'origine».

iniziare la propria attività sotto la supervisione della Banca d'Italia nella sua qualità di autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine³².

Il comma 2 prevede infine che «le banche italiane possono stabilire succursali in uno Stato terzo previa autorizzazione della Banca d'Italia». La disposizione regola quindi l'ipotesi di stabilimento in uno Stato extracomunitario di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana. Il maggior rigore si giustifica in ragione dell'esigenza di verificare nel Paese di insediamento l'esistenza di una legislazione e di un sistema di vigilanza adeguati e la possibilità di agevole accesso alle informazioni finanziarie essenziali. Queste esigenze impongono una valutazione che l'organo di vigilanza può fare solo caso per caso con conseguenti ampi margini di valutazione discrezionale, che - né a livello di fonte primaria né a livello di fonte secondaria - sono ancorati a tassativi parametri di riferimento³³.

³² Cfr. BELLÌ - BENOCCI, *Commento agli artt. 15-18 t.u.b.*, in BELLÌ - LOSAPPIO - PORZIO - RISPOLI - SANTORO (a cura di), *Il testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 177 ss., che parlano di libertà di stabilimento "in uscita".

³³ Anche in questa ipotesi, quando è previsto che la banca italiana eserciti attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia deve informare la CONSOB. Cfr. PIRAS, *Le filiali estere di banche italiane*, in CAPRIGLIONE - MEZZACAPO (a cura di), *Il sistema valutario italiano*, Milano, 1981, 771 ss.; PUPO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, cit., 89. Con riferimento alla disciplina dello stabilimento di succursali di banche italiane, va in particolare sottolineato che, se le attività esercitate nel territorio di uno Stato comunitario mediante stabilimento di succursali sono attività ammesse al mutuo riconoscimento e il soggetto che le esercita non è una banca italiana, ma una società finanziaria italiana, la fattispecie concreta si situa al di fuori del perimetro dell'art. 15 t.u.b., ma la circostanza che l'attività esercitata rientri comunque nel novero delle attività ammesse al mutuo riconoscimento e che il soggetto che le esercita rientri comunque nel novero dei soggetti finanziari vigilati ha indotto prima il legislatore comunitario e poi il legislatore domestico a consentirne l'esercizio. La fattispecie è regolata dall'art. 18 t.u.b. che, più in generale, estende l'applicazione dei principi comunitari della libertà di stabilimento di succursali e della libertà di prestazione dei servizi previsti per le banche italiane e comunitarie anche alle società finanziarie italiane e comunitarie che esercitano attività (non bancarie, ma comunque finanziarie) ammesse al mutuo riconoscimento ai sensi dell'art. 1, c. 2, lett. f), t.u.b. Come vedremo in seguito, il legislatore si occupa primariamente di disciplinare l'esercizio comunque effettuato di attività bancarie e di attività sia ammesse sia non ammesse al mutuo riconoscimento da parte di banche italiane (in Italia, in uno Stato comunitario o in uno Stato extra comunitario) ovvero da parte di banche comunitarie (in Italia) ovvero da parte di banche extracomunitarie (in Italia). Allo stesso tempo, il legislatore non prende in considerazione l'esercizio in Italia di attività da parte di società finanziarie extracomunitarie, in quanto ipotesi posta al di fuori dell'ambito di applicazione dei principi comunitari, né prende in considerazione l'ipotesi di esercizio di attività non ammesse al mutuo riconoscimento da parte di società finanziarie non bancarie italiane o comunitarie, in quanto ipotesi posta al di fuori dell'ambito di applicazione della regolamentazione bancaria *tout court*. Il legislatore postula invece l'ipotesi che attività ammesse al mutuo riconoscimento possano essere esercitate anche da società finanziarie diverse dalle banche e, per garantire il necessario coordinamento e la relativa

3.2. Lo stabilimento in Italia di succursali di banche comunitarie

Con riferimento allo stabilimento in Italia di succursali di banche comunitarie, si è visto che la prima disciplina in materia è rappresentata dal r.d. n. 1620/1919, che tuttavia si occupava di insediamento in Italia di succursali di «*banche estere*» (senza distinzione tra quelle che poi saranno

parità di trattamento, provvede ad estendere l'applicazione dei principi comunitari in materia bancaria anche all'esercizio di quelle attività da parte di quei soggetti nell'ambito del territorio dell'Unione europea. In questo senso, si può quindi sostenere che, nella materia che ci occupa, il legislatore non ha tanto regolato direttamente e differentemente gli operatori (banche e società finanziarie), ma ha soprattutto disciplinato uniformemente le attività ammesse al mutuo riconoscimento da chiunque esercitate con la conseguenza di porre l'accento più sul profilo funzionale che non sul profilo dei soggetti agenti. La circostanza va sottolineata. La regola dell'estensione dei principi comunitari in materia bancaria anche alle società finanziarie che esercitano attività ammesse al mutuo riconoscimento è stata introdotta dalla seconda direttiva comunitaria e va ricordato come - al tempo dell'emanazione della seconda direttiva - il sistema bancario italiano si caratterizzasse per una forte specializzazione funzionale, in forza della quale le banche italiane potevano esercitare attività finanziarie non bancarie utilizzando non tanto il modello di banca universale, quanto il modello di gruppo creditizio polifunzionale; fu quindi su pressione della delegazione italiana impegnata nella redazione della direttiva che - come è stato osservato - fu attuata una «difesa della via italiana alla banca universale, costituita dal gruppo creditizio polifunzionale», mediante l'adozione di una regolamentazione delle attività, più che dei soggetti, in modo da assicurare la necessaria neutralità della normativa a fronte delle diverse possibilità organizzative dell'impresa bancaria. Ciò detto, la norma comunitaria accorda il beneficio del mutuo riconoscimento previsto in materia bancaria anche in favore delle società finanziarie che svolgano una o più attività ammesse al relativo regime quando tali società (i) siano filiazioni di enti creditizi, (ii) siano inserite nel sistema di vigilanza che ricomprende gli enti creditizi e (iii) siano garantite dall'ente creditizio controllante nell'adempimento delle relative obbligazioni. L'attuazione in Italia della norma comunitaria è avvenuta definitivamente con l'art. 18 t.u.b., modificato prima dal d.lgs. n. 72/2015 in attuazione della direttiva 2013/36/UE e successivamente dal d.lgs. n. 223/2016 in attuazione delle disposizioni del MVU. In generale, l'art. 18 t.u.b. prevede dunque che una società finanziaria italiana possa esercitare in uno Stato comunitario attività ammesse al mutuo riconoscimento sia mediante stabilimento di succursali sia mediante prestazione di servizi e - simmetricamente - che una società finanziaria comunitaria possa esercitare in Italia le medesime attività in entrambe le forme. Affinché una società finanziaria possa accedere al beneficio del mutuo riconoscimento, la disciplina prevede tuttavia che la società finanziaria debba possedere determinati requisiti e debba adempiere a determinati oneri per evitare che il beneficio venga accordato indistintamente anche al di fuori dell'ambito comunitario di matrice bancaria e per arginare quindi il rischio di lacune nella vigilanza su attività comunque rischiose per la stabilità del sistema finanziario e per la protezione dei risparmiatori. Sul punto, cfr. DESIDERIO, *Riflessioni preliminari sulla proposta di seconda direttiva banche*, in *Banca impr. soc.*, 1988, 428 ss.; CAPELLI - GRASSI, *Commento agli artt. 15-18 t.u.b.*, in BELLI - CONTENTO - PATRONI GRIFFI - PORZIO - SANTORO (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, 283; BELLI - BENOCCI, *Commento agli artt. 15-18 t.u.b.*, cit., 185.

definite comunitarie e quelle che poi saranno definite extracomunitarie) e si occupava di «primo insediamento» di una succursale, lasciando lo stabilimento in Italia delle successive succursali delle banche estere alla disciplina comune prevista per lo stabilimento in Italia delle succursali delle banche italiane, quindi richiedendo un'autorizzazione del Ministro delle finanze solo dal 1926 e un'autorizzazione dell'IDREC-Banca d'Italia dal 1936 in poi. Ai sensi delle disposizioni del r.d. n. 1620/1919, lo stabilimento in Italia della prima succursale di una banca estera era invece subordinato all'autorizzazione del Ministro del tesoro d'intesa con il Ministro degli affari esteri, i quali - nel valutare la domanda di autorizzazione - potevano tener conto delle condizioni di reciprocità in termini ampiamente discrezionali. La regolamentazione bancaria iniziò a distinguere tra banche comunitarie e banche extracomunitarie solo con la direttiva 1973/183/CEE, che vietava trattamenti discriminatori tra enti aventi la propria sede legale in uno dei Paesi membri e che fu attuata in Italia con una delibera CICR del 1976 che trasferì la competenza autorizzatoria dall'organo politico ministeriale all'organo tecnico Banca d'Italia, ferma restando la possibilità per l'autorità di vigilanza di esercitare un controllo strutturale con ampi margini di discrezionalità sia in sede di primo insediamento sia in sede di insediamenti successivi. Questo assetto rimase stabile anche dopo l'affermazione da parte della prima direttiva comunitaria del divieto di tener conto delle condizioni economiche di mercato in sede di autorizzazione alla costituzione dell'ente creditizio e anche dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 350/1985, che attuò in Italia la prima direttiva, ma che - sulla declinazione di tale divieto anche in sede di autorizzazione all'articolazione territoriale dell'ente creditizio già costituito - si rivelò abbastanza timido. Con l'introduzione dei principi del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e della libertà di stabilimento da parte della seconda direttiva comunitaria, gli Stati membri furono obbligati ad adeguarsi e in Italia il recepimento di tali principi è avvenuto definitivamente con l'art. 15 t.u.b.. Con riferimento allo stabilimento in Italia delle succursali di banche comunitarie, la versione originaria della norma distingueva allora tra primo insediamento e successivi insediamenti e prevedeva che una banca comunitaria potesse stabilire in Italia la prima succursale, previa comunicazione alla Banca d'Italia da parte dell'autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine, e le successive succursali, liberamente. La versione vigente dell'art. 15 t.u.b. disciplina lo stabilimento in Italia delle succursali di banche comunitarie alla seconda parte del comma 01 e al comma 3 e - ancora

una volta - tiene conto dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni del MVU³⁴.

La seconda parte del comma 01 prevede in particolare che «le banche degli altri Stati comunitari [partecipanti al MVU] possono stabilire succursali nel territorio della Repubblica in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU». La disposizione regola quindi le ipotesi di stabilimento in Italia di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca significativa di altro Stato comunitario partecipante al MVU, di stabilimento in Italia di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca meno significativa di altro Stato comunitario partecipante al MVU e di stabilimento in Italia di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca di altro Stato comunitario non partecipante al MVU, anche se - per quest'ultima ipotesi - il primo insediamento è sottoposto alle regole speciali di cui al comma 3. Per tutte e tre queste ipotesi, la disposizione prevede che lo stabilimento in Italia della succursale della banca comunitaria possa avvenire in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU. Tali procedure sono previste dagli artt. 11 e 13 del regolamento quadro sul MVU della BCE³⁵. Con particolare riferimento alle prima ipotesi (stabilimento in Italia di succursali di una banca significativa di altro Stato comunitario partecipante al MVU), la banca comunitaria deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla propria ANC, la quale informerà la BCE che informerà a sua volta la Banca d'Italia e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca comunitaria potrà stabilire la succursale e iniziare la propria attività sotto la supervisione della propria ANC nella sua qualità di autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine. Con particolare riferimento alla seconda ipotesi (stabilimento in Italia di succursali di una banca meno significativa di altro Stato comunitario

³⁴ Cfr. DE VECCHIS, *Dipendenze in Italia di enti creditizi stranieri*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1981, 64 ss.; ID., *Filiali in Italia di banche estere*, in *Bancaria*, 1982, 1342 ss.; BELLI, *Appunti sulla disciplina giuridica delle filiali di banche estere operanti in Italia*, Siena, 1984, 21 ss.; VELLA, *Le succursali di banche estere in Italia*, Milano, 1987, 23.

³⁵ Si vedano le note *supra* con riferimento al testo dell'art. 11 del regolamento quadro sul MVU della BCE. Con riferimento all'art. 13 del regolamento quadro sul MVU della BCE, va invece rammentato come la norma stabilisca che «se l'autorità competente di uno Stato membro non partecipante comunica le informazioni (...) all'ANC dello Stato membro partecipante in cui la succursale deve essere stabilita, tale ANC notifica immediatamente alla BCE la ricezione di tale comunicazione», con precisazione che, «entro due mesi dalla ricezione della comunicazione da parte dell'autorità competente di uno Stato membro non partecipante, la BCE, nel caso di una succursale significativa (...) o l'ANC di riferimento, nel caso di una succursale meno significativa (...), si preparano a esercitare la vigilanza sulla succursale (...) e, se necessario, indicano le condizioni in presenza delle quali, per motivi di interesse generale, la succursale può esercitare la propria attività nello Stato membro ospitante».

partecipante al MVU), la banca comunitaria deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla propria ANC, la quale informerà la BCE e la Banca d'Italia e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca comunitaria potrà stabilire la succursale e iniziare la propria attività sotto la supervisione della propria ANC nella sua qualità di autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine. Con particolare riferimento alla terza ipotesi (stabilimento in Italia di succursali di una banca di altro Stato comunitario non partecipante al MVU), la banca comunitaria deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla propria autorità nazionale di vigilanza, la quale informerà la Banca d'Italia che informerà a sua volta la BCE e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca comunitaria potrà stabilire la succursale alle eventuali condizioni impartite dalla Banca d'Italia o dalla BCE e iniziare la propria attività sotto la supervisione della BCE, che agirà quale autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine³⁶.

Il comma 3 prevede invece che, «per le banche degli Stati comunitari non partecipanti al MVU che intendono stabilire succursali nel territorio della Repubblica, il primo insediamento è preceduto da una comunicazione alla Banca d'Italia da parte dell'autorità competente dello Stato di appartenenza». La disposizione regola quindi solo l'ipotesi di stabilimento in Italia della prima succursale di una banca di altro Stato comunitario non partecipante al MVU. La disposizione introduce dei minimi elementi di specialità rispetto a quanto previsto in generale dall'art. 13 del regolamento quadro sul MVU in materia di stabilimento in Italia di succursali *tout court* di una banca di altro Stato comunitario non partecipante al MVU. Con riferimento allo stabilimento in Italia della prima succursale di una banca di altro Stato comunitario non partecipante al MVU, il comma 3 prevede infatti che l'autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine (cui sarà stata notificata l'intenzione di stabilire in Italia la prima succursale da parte della banca comunitaria come da regola generale) debba informare la Banca d'Italia (che per regola generale dovrà informare anche la BCE), con consueta precisazione che la succursale potrà iniziare le proprie attività decorsi due mesi dalla comunicazione, ma con ulteriore precisazione che - oltretutto la BCE come da regola generale - sia la Banca d'Italia sia anche la CONSOB possono indicare delle condizioni cui subordinare l'esercizio dell'attività della succursale «per motivi di interesse

³⁶ Anche nelle tre ipotesi indicate, l'art. 15, c. 5, t.u.b. stabilisce che, quando è previsto che la banca comunitaria eserciti attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia deve informare la CONSOB delle comunicazioni ricevute. Cfr. ROSSANO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, cit., 192; PUPO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, cit., 90.

generale»: i problemi interpretativi posti dall'ampiezza della formula sono del tutto evidenti³⁷.

3.3. Lo stabilimento in Italia di succursali di banche extracomunitarie

Con riferimento allo stabilimento in Italia di succursali di banche extracomunitarie, si è già visto come il r.d. n. 1620/1919 sia stato il primo provvedimento normativo ad occuparsene - disciplinando tuttavia solo il «*primo insediamento*» in Italia di succursali di «*banche estere*» e subordinandolo all'autorizzazione del Ministro del tesoro d'intesa con il Ministro degli affari esteri - e come la disciplina dello stabilimento in Italia delle successive succursali di banche estere già insediate fosse rimessa alle regole comuni in materia di stabilimento in Italia di succursali di banche italiane: non era quindi richiesta alcuna autorizzazione sino al 1926, mentre

³⁷ Strumentale all'esercizio di tale potere anche da parte della CONSOB è che, quando è previsto che la banca comunitaria eserciti attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia deve informare la stessa CONSOB delle comunicazioni ricevute. Cfr. BELLI e BENOCCI, *Commento agli artt. 15-18 t.u.b.*, cit., 177 ss., che parlano di libertà di stabilimento "in entrata". Con riferimento alla disciplina dello stabilimento in Italia di succursali di banche comunitarie, le attività esercitate in Italia mediante stabilimento di succursali sono attività ammesse al mutuo riconoscimento e il soggetto che le esercita non è una banca comunitaria, ma una società finanziaria comunitaria, il legislatore consente a certe condizioni l'estensione del principio della libertà di stabilimento di succursali previsto per le banche comunitarie non tanto ai sensi dell'art. 15 t.u.b., quanto ai sensi dell'art. 18 t.u.b. e ciò, in ragione della circostanza che l'attività esercitata rientra comunque nel novero delle attività ammesse al mutuo riconoscimento e che il soggetto che le esercita rientra comunque nel novero dei soggetti finanziari vigilati; sul punto, si veda *supra* in nota. Con riferimento alla disciplina dello stabilimento in Italia di succursali di banche comunitarie, si pone tuttavia anche la questione relativa al trattamento giuridico da offrire all'ipotesi in cui, sempre mediante stabilimento di succursali, una banca comunitaria intenda esercitare in Italia attività non ammesse al mutuo riconoscimento: l'ipotesi è consentita dall'art. 17 t.u.b. con l'osservanza delle prescrizioni imposte dalla disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia; in questo caso, il legislatore estende l'applicazione del principio della libertà di stabilimento di succursali previsto in caso di esercizio di sole attività ammesse al mutuo riconoscimento perché, per quanto l'attività esercitata non sia ammessa al mutuo riconoscimento, il soggetto che le esercita mediante stabilimento di succursali è pur sempre una banca comunitaria che, in quanto tale, è sottoposta ad un *set* regolamentare comune ed è comunque sottoposta alla vigilanza nazionale ed europea. Sul punto, cfr. TROIANO, *Gli intermediari bancari*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, Padova, 2010, 536 ss.; MARCHETTI, *Osservazioni sull'attuazione della seconda direttiva Cee in materia bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, 285; BELLI, *La collaborazione tra le autorità di vigilanza*, in BROZZETTI - SANTORO (a cura di), *Le direttive comunitarie in materia bancaria e l'ordinamento italiano*, Milano, 1990, 34; COSTI, *I controlli di liquidità e le succursali comunitarie*, in *Banca impr. soc.*, 1995, 199.

era richiesta un'autorizzazione del Ministro delle finanze dal 1926 e un'autorizzazione dell'IDREC-Banca d'Italia dal 1936 in poi. Si è visto anche come tale sistema sia rimasto sostanzialmente invariato finché, nell'ambito della revisione dell'intero ordinamento delle succursali bancarie imposto dalle due direttive comunitarie, il testo unico bancario non ha provveduto a distinguere tra succursali di banche comunitarie e succursali di banche extracomunitarie e a riscrivere interamente anche le norme riguardanti queste ultime. Come la disciplina previgente, il testo unico bancario ha mantenuto la distinzione tra primo insediamento della succursale di banca extracomunitaria e stabilimento di succursali di banche extracomunitarie già insediate e ha dedicato alla prima fattispecie l'art. 14, c. 4, t.u.b. e alla seconda fattispecie l'art. 15, c. 4, t.u.b..

Con riferimento all'art. 14, c. 4, t.u.b., la disposizione originaria prevedeva che lo stabilimento in Italia della prima succursale di una banca extracomunitaria dovesse continuare ad essere previamente autorizzato dal Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministro degli affari esteri e sentita la Banca d'Italia: la disposizione si poneva in una certa continuità con il suo precedente normativo, ma in contrasto con le esigenze di ridurre gli spazi di controllo strutturale poste dal nuovo ordine normativo di derivazione comunque comunitaria. Il d.lgs. n. 303/2006 correttivo della legge n. 262/2005 sulla tutela del risparmio ha quindi modificato la disposizione, modificando le competenze e disponendo in particolare che lo stabilimento in Italia della prima succursale di una banca extracomunitaria deve essere autorizzato direttamente dalla Banca d'Italia, sentito il solo Ministro degli affari esteri, con conseguente espulsione del Ministro dell'economia e delle finanze dal sistema autorizzatorio e degradazione del Ministro degli affari esteri a funzione meramente consultiva: il tentativo è evidente ed è quello di spostare l'accento da una valutazione prevalentemente politica ad una valutazione più propriamente tecnica, lasciando sopravvivere la necessità di una consultazione di carattere solo diplomatico, in modo da non legittimare spazi di valutazione che possano fondarsi sulle esigenze economiche del mercato. Spazi di valutazione discrezionale non possono tuttavia non residuare e ciò, sia in ragione dei requisiti sulla base dei quali l'autorizzazione è concessa (capitale minimo e soprattutto programma di attività e idoneità degli esponenti aziendali) sia in ragione della circostanza che l'autorizzazione è concessa «tenendo anche conto della condizione di reciprocità», che la Banca d'Italia ha declinato nelle proprie disposizioni di vigilanza negli evanescenti termini di inesistenza di impedimenti alla vigilanza, esistenza nello Stato extracomunitario di una adeguata regolamentazione di vigilanza

ed esistenza con l'autorità nazionale di vigilanza dello Stato extracomunitario di accordi per lo scambio di informazioni finanziarie adeguate³⁸.

Con riferimento all'art. 15, c. 4, t.u.b., la norma si limita a prevedere che, se per lo stabilimento della prima succursale è richiesta l'autorizzazione della Banca d'Italia sentito il Ministro degli affari esteri, per lo stabilimento di succursali di banche extracomunitarie già insediate è richiesta solo la «previa autorizzazione della Banca d'Italia» senza ulteriori specificazioni, da ciò seguendone uno spazio di valutazione limitato solo dalle finalità istituzionali, che sono tuttavia evidentemente ampie. Ulteriori specificazioni sono contenute nelle disposizioni di vigilanza, che si limitano a prevedere che, nel valutare le domande di autorizzazione, la Banca d'Italia deve tener conto «del permanere delle condizioni richieste per lo stabilimento della prima succursale (...) e dell'adeguatezza della situazione tecnico-organizzativa di essa», circoscrivendo quindi non molto l'ampio margine di discrezionalità esercitabile dalla Banca d'Italia, che si rivelerà tale non solo in sede di autorizzazione al primo insediamento *ex art. 14, c. 4, t.u.b.*, ma anche in sede di stabilimento delle successive succursali *ex art. 15, c. 4, t.u.b.*³⁹.

4. I controlli sulla crescita territoriale della banca mediante espansione dell'attività bancaria

Si è anticipato come i controlli pubblici sulla crescita territoriale di una banca già esistente siano esercitati non solo quando lo sviluppo della banca avvenga tramite “articolazione dell'impresa bancaria” (cioè mediante stabilimento di sedi locali della banca, per mezzo delle quali la stessa banca presta i propri servizi sul territorio), ma anche quando avvenga tramite “espansione dell'attività bancaria” e cioè mediante prestazione di servizi sul territorio direttamente da parte della banca. Tradizionalmente, le due

³⁸ Cfr. FORLATI PICCHIO, *Il trattamento di imprese bancarie di Stati terzi nella CEE*, cit., 95 ss.; VELLA, *Le succursali di banche estere in Italia*, cit., 23 ss.; PATRONI GRIFFI - APPIO, *Commento agli artt. 13-14 t.u.b.*, cit., 253; ANTONUCCI, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 156 ss.; AMOROSINO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 185.

³⁹ Si pone a questo punto il problema se tali regole dovranno applicarsi anche allo stabilimento in Italia delle succursali di banche britanniche, se e quando diventerà efficace la c.d. *Brexit*: la circostanza dipenderà con evidenza dal contenuto dei futuri accordi che saranno conclusi tra UE e Governo britannico. Cfr. FORLATI PICCHIO, *Il trattamento di impresa bancaria di Stati terzi nella Cee*, cit., 101; STANZIALE, *L'accesso al mercato*, in RAZZANTE - LACAITA (a cura di), *Il governo delle banche in Italia. Commento al testo unico bancario e alla normativa collegata*, Torino, 2006, 103; ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., 210.

manifestazioni di crescita territoriale di una banca sono soggette a regole e a controlli fortemente differenziati, rispettivamente più rigorosi in caso di stabilimento di succursali e meno rigidi in caso di prestazione di servizi. Il r.d. n. 1620/1919 disciplinava per esempio lo stabilimento in Italia di succursali di banche estere, ma non la prestazione di servizi in Italia da parte di banche estere, che fu inizialmente ipotesi non regolata, per essere successivamente sottoposta a controlli da parte della Banca d'Italia sulla base della sola regolamentazione secondaria. I provvedimenti del 1926 e la legge bancaria del 1936-1938 disciplinavano - sempre per esempio - lo stabilimento (in Italia) di succursali di banche italiane, ma non la prestazione di servizi (in Italia) da parte di banche italiane, che era libera, in quanto coperta dall'autorizzazione all'inizio delle operazioni. È poi vero che le direttive comunitarie in materia bancaria affermarono - come corollario del canone del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e di quello del c.d. *home country control* - sia il principio della libertà di stabilimento sia il principio della libertà di prestazione di servizi, ma - nel distinguere contemporaneamente il fenomeno della crescita territoriale delle banche comunitarie da quello delle banche extracomunitarie - prevedero che, se una banca comunitaria poteva stabilire una succursale nel territorio di un altro Stato comunitario previa comunicazione all'autorità di vigilanza dello Stato ospitante cui veniva riconosciuto la facoltà di vietare l'insediamento per motivi di adeguatezza, una banca comunitaria poteva invece prestare servizi nel territorio di un altro Paese membro senza stabilirvi una succursale, semplicemente informando l'autorità di vigilanza dello Stato ospitante, senza che questa potesse vietare alcunché. Premesso questo, è allora evidente come una disciplina che si occupi di prestazione di servizi, effettuata in un determinato territorio da una banca senza stabilirvi succursali, presupponga comunque la nozione di succursale: una disciplina che si occupi di prestazione di servizi da parte di una banca non copre cioè soltanto le intuitive ipotesi di esercizio transnazionale di attività bancarie o finanziarie senza lo stabilimento di alcun punto operativo (cioè il c.d. esercizio mediante spostamento del prestatore del servizio), ma anche l'esercizio tramite stabilimento di punti operativi non qualificabili formalmente come «*succursali*»: se l'esercizio di attività in un determinato territorio da parte di una banca dovesse avvenire tramite sportelli automatici ATM sprovvisti di personale, la disciplina applicabile non sarebbe quella più rigorosa in materia di stabilimento di succursali, ma quella meno rigida in materia di prestazione di servizi. Ciò detto, le disposizioni in materia di prestazione di servizi (essenzialmente, l'art. 16 t.u.b.) presentano forti elementi di parallelismo strutturale con quelle in materia di succursali: anche l'art. 16 t.u.b. disciplina

infatti la prestazione di servizi da parte di una banca in modo diverso a seconda che la banca sia italiana, comunitaria o extracomunitaria e a seconda che la banca intenda prestare i propri servizi nel territorio italiano ovvero nel territorio di uno Stato comunitario o di uno Stato extracomunitario. Al criterio ordinamentale e a quello geografico deve tuttavia aggiungersi un ulteriore criterio - di tipo funzionale - che consente di graduare la disciplina anche a seconda che i servizi prestati da una banca in un determinato territorio rientrino o meno tra le attività ammesse al mutuo riconoscimento di cui all'art. 1, c. 2, lett. f), t.u.b.. Non solo, perché - con l'entrata in vigore delle disposizioni del MVU e la loro attuazione in Italia con il d.lgs. n. 223/2016 - è ora necessario articolare la disciplina anche a seconda che: (i) all'interno della categoria degli Stati comunitari, la banca intenda prestare i propri servizi nel territorio uno Stato comunitario partecipante al MVU ovvero non partecipante al MVU; (ii) all'interno della categoria delle banche comunitarie, la banca abbia la propria sede in uno Stato comunitario partecipante al MVU ovvero non partecipante al MVU; (iii) all'interno della categoria delle banche degli Stati comunitari partecipanti al MVU, la banca sia un soggetto vigilato significativo ovvero meno significativo⁴⁰.

4.1. La prestazione di servizi da parte di banche italiane

Con riferimento alla prestazione di servizi da parte di banche italiane, l'art. 16 t.u.b. prevede che esse possano, da un lato, «esercitare le attività ammesse al mutuo riconoscimento in uno Stato comunitario senza stabilirvi succursali secondo quanto stabilito dalle disposizioni del MVU e nel rispetto delle procedure fissate dalla Banca d'Italia» (comma 1) e, dall'altro lato, «operare in uno Stato terzo senza stabilirvi succursali previa autorizzazione della Banca d'Italia» (comma 2). Le due disposizioni non contemplano quindi né l'ipotesi di prestazione di servizi in Italia da parte di banche italiane né la prestazione in uno Stato comunitario da parte di una banca italiana di servizi non ammessi al mutuo riconoscimento. La prima ipotesi non è regolata, ma è evidentemente coperta dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria di cui all'art. 14 t.u.b.. La seconda ipotesi è invece espressamente regolata, ma solo in via secondaria, dalle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, che si limitano

⁴⁰ Cfr. CIRILLO, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, 142; BELLI - BENOCCI, *Commento agli artt. 15-18 t.u.b.*, cit., 182; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 385; BARIATI, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 196.

tuttavia a stabilire che l'esercizio in uno Stato comunitario da parte di una banca italiana di attività non ammesse al mutuo riconoscimento deve avvenire nel rispetto delle disposizioni vigenti nell'ordinamento dello Stato comunitario ospitante e comunque previa comunicazione sia in favore della Banca d'Italia sia in favore dell'autorità di vigilanza dello Stato comunitario ospitante⁴¹.

Con particolare riferimento alla prestazione in uno Stato comunitario da parte di una banca italiana di attività ammesse al mutuo riconoscimento, il primo comma fissa il principio della libertà di prestare tali attività - direttamente e senza stabilimento di succursali - con l'unico onere di osservare le disposizioni del MVU e le procedure della Banca d'Italia⁴². Sotto questo profilo, le disposizioni del MVU (artt. 12 e 17 del regolamento quadro sul MVU della BCE) si differenziano e prevedono che, se lo Stato comunitario nel cui territorio la banca italiana intende prestare i servizi "partecipa al MVU" e la banca italiana è "significativa", allora la banca italiana deve notificare la propria intenzione alla sola Banca d'Italia, che informerà a sua volta BCE e ANC dello Stato comunitario ospitante; se invece lo Stato comunitario nel cui territorio la banca italiana intende prestare i servizi "partecipa al MVU" e la banca italiana è "meno significativa", allora la banca italiana deve notificare la propria intenzione non solo alla Banca d'Italia, ma anche alla BCE e all'ANC dello Stato comunitario ospitante; se infine lo Stato comunitario nel cui territorio la banca italiana intende prestare i servizi "non partecipa al MVU", allora la banca italiana (per la quale non si pone il problema della sua significatività o meno) deve notificare la propria intenzione alla Banca d'Italia, che informerà a sua volta la BCE. Sotto questo profilo, le vigenti disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia non aggiungono altro di rilevante⁴³.

⁴¹ Cfr. PUPO, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, in COSTI - VELLA (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, 91.

⁴² Il tutto, con la precisazione prevista dall'art. 16, c. 5, t.u.b. che, nell'ipotesi in cui la banca italiana intenda esercitare anche attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia dovrà dare notizia alla CONSOB delle comunicazioni ricevute.

⁴³ In particolare, l'art. 12 del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede che «i soggetti vigilati significativi che intendano esercitare per la prima volta la propria attività nel territorio di un altro Stato membro partecipante nel quadro della libera prestazione dei servizi, notificano la propria intenzione all'ANC dello Stato membro partecipante in cui il soggetto vigilato significativo ha la propria sede principale», con precisazione che «d'ANC dà altresì comunicazione di tale notifica all'ANC dello Stato membro partecipante in cui i servizi saranno forniti»; inoltre, prevede anche che «i soggetti vigilati meno significativi che intendano esercitare per la prima volta la propria attività nel territorio di un altro Stato membro partecipante nel quadro della libera prestazione dei servizi notificano la loro intenzione alla propria ANC», con precisazione che «la notifica è comunicata alla BCE e all'ANC dello Stato

Con particolare riferimento alla prestazione in uno Stato extracomunitario da parte di una banca italiana delle proprie attività (qualunque attività, senza possibilità di distinguere tra attività ammesse e non ammesse al mutuo riconoscimento), il secondo comma prevede che le banche italiane possano operare previa autorizzazione della Banca d'Italia⁴⁴. Su questo punto, le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia intervengono invece diffusamente e impongono che la domanda di autorizzazione debba contenere informazioni quantomeno riguardanti lo Stato extracomunitario ospitante, le attività che si intendono esercitare e le relative modalità operative, con precisazione che, nel valutare la domanda di autorizzazione, la Banca d'Italia potrà richiedere un parere all'autorità di vigilanza dello Stato extracomunitario ospitante e rilasciare l'autorizzazione solo se avrà accertato l'esistenza nello Stato extracomunitario ospitante di una legislazione e di un sistema di vigilanza adeguati e l'inesistenza di ostacoli all'accesso alle informazioni finanziarie da parte della banca italiana e della Banca d'Italia⁴⁵.

4.2. La prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie

Con riferimento alla prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie, l'art. 16, c. 3, t.u.b. prevede che le banche comunitarie possano «esercitare le attività previste dal comma 1 nel territorio della Repubblica senza stabilirvi succursali dopo che la Banca d'Italia sia stata informata dall'autorità competente dello Stato di appartenenza». Se una banca comunitaria intende esercitare direttamente le proprie attività in Italia, sono quindi previsti gli stessi limiti, e dunque la stessa libertà, previsti per l'inversa ipotesi di esercizio in uno Stato comunitario di attività da parte di una banca italiana. È quindi sufficiente che la Banca d'Italia riceva la notifica da parte

membro partecipante in cui i servizi saranno forniti». Con riferimento al testo normativo dell'art. 17 del regolamento quadro sul MVU della BCE, si veda *supra* in nota la relativa articolazione.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 16, c. 5, t.u.b., la Banca d'Italia informerà poi la CONSOB nell'ipotesi in cui la banca italiana intenda esercitare anche attività di intermediazione mobiliare.

⁴⁵ Con riferimento alla disciplina della prestazione di servizi da parte di banche italiane, va in particolare sottolineato che, se le attività esercitate senza stabilimento di succursali sono attività ammesse al mutuo riconoscimento e il soggetto che le esercita non è una banca italiana, ma una società finanziaria italiana, il legislatore consente a certe condizioni l'estensione del principio della libertà di prestazione di servizi previsto per le banche italiane non tanto ai sensi dell'art. 16 t.u.b., quanto ai sensi del già visto art. 18 t.u.b. e ciò, in ragione della circostanza che l'attività esercitata rientra comunque nel novero delle attività ammesse al mutuo riconoscimento e che il soggetto che le esercita rientra comunque nel novero dei soggetti finanziari vigilati; si veda *supra* in nota per le relative e più ampie riflessioni.

dell'autorità di vigilanza dello Stato comunitario d'origine⁴⁶. Tuttavia, il terzo comma fa riferimento alle sole «attività previste dal comma 1» e quindi alle sole attività ammesse al mutuo riconoscimento: solo per l'esercizio di queste valgono i principi - sia "in uscita" sia "in entrata" - della libertà di prestazione dei servizi⁴⁷. Con riferimento all'esercizio in Italia da parte di banche comunitarie delle sole attività ammesse al mutuo riconoscimento, la norma primaria si limita a prevedere il solo onere informativo in favore della Banca d'Italia da parte dell'autorità di vigilanza dello Stato comunitario d'origine. Le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia sono aderenti, ma - per quanto non espressamente richiamate dalla norma - intervengono anche le disposizioni del MVU (artt. 12 e 15 del regolamento quadro sul MVU della BCE), dalle quali è consentito estrarre regole differenziate che prevedono che, se la banca comunitaria ha sede in uno Stato comunitario "partecipante al MVU" ed è "significativa", la banca comunitaria deve informare la propria ANC, che informerà a sua volta BCE e Banca d'Italia; se invece la banca comunitaria ha sede in uno Stato comunitario "partecipante al MVU" ed è "meno significativa", la banca comunitaria deve informare la propria ANC, la BCE e la Banca d'Italia; se infine la banca comunitaria ha sede in uno Stato comunitario "non partecipante al MVU", la banca comunitaria (per la quale non si pone il problema della sua significatività o meno) deve informare la propria autorità nazionale di vigilanza, che informerà a sua volta la Banca d'Italia, che a sua volta informerà la BCE⁴⁸.

⁴⁶ Il tutto, con obbligo per la Banca d'Italia di darne comunicazione alla CONSOB in caso di esercizio di attività di intermediazione mobiliare ai sensi dell'art. 16, c. 5, t.u.b..

⁴⁷ Nell'ipotesi in cui le attività che una banca comunitaria intende esercitare in Italia non siano ammesse al mutuo riconoscimento, non si applica infatti l'art. 16 t.u.b., ma il già visto art. 17 t.u.b., che, come visto anche in materia di limiti alla libertà di stabilimento, prevede l'obbligo per la banca di osservare le procedure autorizzative comunque previste dalla Banca d'Italia.

⁴⁸ Cfr. PUPPO, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, cit., 93. Sull'imperatività e la conseguente inderogabilità delle disposizioni sulla prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie, cfr. Cons. Stato, 26 agosto 2009, n. 4229, in *Foro it.*, 2009, 561. Con riferimento al testo normativo dell'art. 12 del regolamento quadro sul MVU della BCE, si veda *supra* in nota. Con riferimento all'art. 15 del regolamento quadro sul MVU della BCE, va invece rammentato come esso preveda che «se l'autorità competente di uno Stato membro non partecipante trasmette una notifica (...), l'ANC dello Stato membro partecipante in cui sarà esercitata la libera prestazione dei servizi è destinataria di tale notifica», con precisazione che «l'ANC informa immediatamente la BCE della ricezione di tale notifica». Per completezza, si osserva come, con riferimento alla disciplina della prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie, vada in particolare sottolineato che, se le attività esercitate in Italia senza stabilimento di succursali sono attività ammesse al mutuo riconoscimento e il soggetto che le esercita non è una banca comunitaria, ma una società finanziaria comunitaria, il legislatore

4.3. La prestazione di servizi in Italia da parte di banche extracomunitarie

Con riferimento alla prestazione di servizi in Italia da parte di banche extracomunitarie, l'art. 16, c. 4, t.u.b. prevede che le banche extracomunitarie possano «operare in Italia senza stabilirvi succursali previa autorizzazione della Banca d'Italia». Anche in questo caso, è ravvisabile una certa simmetria con l'inversa ipotesi di esercizio di prestazione di servizi in uno Stato extracomunitario da parte di una banca italiana. Anche in questo caso, è infatti previsto che la banca possa «operare» senza che si possa distinguere tra attività ammesse e attività non ammesse al mutuo riconoscimento e, anche in questo caso, è previsto che la banca possa operare «previa autorizzazione della Banca d'Italia». La norma primaria si limita a stabilire che l'autorizzazione è rilasciata tenendo conto delle condizioni di reciprocità.

La norma primaria è infatti integrata dalla disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, che affermano che, nel richiedere l'autorizzazione, la banca extracomunitaria deve presentare un programma che indichi le attività che la banca intende esercitare e le relative modalità operative e un'attestazione rilasciata dall'autorità di vigilanza dello Stato extracomunitario d'origine concernente l'assenso all'iniziativa, la solidità patrimoniale e l'adeguatezza tecnico-organizzativa della banca e l'esercizio nello Stato extracomunitario d'origine da parte della banca delle attività che si intendono esercitare in Italia. Le disposizioni di vigilanza proseguono prevedendo che, nell'esame della domanda di autorizzazione, la Banca d'Italia tiene conto dell'inesistenza di impedimenti ad un esercizio efficace delle funzioni di vigilanza, dell'esistenza

consente ancora una volta l'estensione del principio della libertà di prestazione dei servizi previsto per le banche comunitarie non tanto ai sensi dell'art. 15 t.u.b., quanto ai sensi dell'art. 18 t.u.b. e ciò, in ragione della consueta circostanza che l'attività esercitata rientra comunque nel novero delle attività ammesse al mutuo riconoscimento e che il soggetto che le esercita rientra comunque nel novero dei soggetti finanziari vigilati (si veda *supra* in nota per le relative riflessioni). Con riferimento alla disciplina della prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie, si pone tuttavia anche la questione relativa all'ipotesi in cui, sempre senza stabilimento di succursali, una banca comunitaria intenda esercitare in Italia attività non ammesse al mutuo riconoscimento: l'ipotesi è consentita dall'art. 17 t.u.b. con l'osservanza delle prescrizioni imposte dalla disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia ed è evidente come, in questo caso, il legislatore estenda l'applicazione del principio della libertà di prestazione di servizi previsto in caso di esercizio di sole attività ammesse al mutuo riconoscimento, in ragione della circostanza che, per quanto l'attività esercitata non sia ammessa al mutuo riconoscimento, il soggetto che le esercita senza stabilimento di succursali è pur sempre una banca comunitaria che, in quanto tale, è sottoposta ad un *set* regolamentare comune ed è comunque sottoposta alla vigilanza nazionale ed europea.

nello Stato extracomunitario d'origine di una regolamentazione adeguata sotto il profilo dei controlli di vigilanza, dell'esistenza di accordi per lo scambio di informazioni e dell'esercizio delle attività con le stesse modalità previste per le banche italiane e la possibilità per queste di svolgerle, a condizioni di reciprocità, nello Stato d'origine della banca⁴⁹.

5. Considerazioni conclusive

Concludendo, i controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche sono articolati dal legislatore italiano in conformità alle disposizioni comunitarie in materia di mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e di libertà di stabilimento di succursali e di prestazione di servizi e, da ultimo, anche in conformità alle nuove disposizioni del MVU. La circostanza ha dato luogo ad una disciplina particolarmente articolata e complessa, ma completa, che ha la sua principale *sedes materiae* negli artt. 13 ss. t.u.b. e nelle disposizioni sia comunitarie (poste a monte) sia nazionali di vigilanza (poste a valle) di volta in volta richiamate.

Volendo darne una rappresentazione sintetica, la disciplina passata in rassegna può dirsi organizzata come segue:

A) con riferimento all'esercizio di attività da parte di "banche italiane", l'esercizio in Italia di attività sia ammesse sia non ammesse al mutuo riconoscimento è in primo luogo disciplinato dall'art. 15, c. 01, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento di succursali (ed è libero), e dall'art. 14, c. 1 e 2, t.u.b., se effettuato mediante prestazione di servizi (ed è coperto dall'autorizzazione all'attività bancaria cui è subordinato); in secondo luogo, l'esercizio in uno Stato comunitario delle sole attività ammesse al mutuo riconoscimento è disciplinato dall'art. 15, c. 01 e 1, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento di succursali (ed è subordinato a comunicazione), e dall'art. 16, c. 1, t.u.b., se effettuato mediante prestazione di servizi (ed è subordinato a comunicazione), mentre l'esercizio delle sole attività non ammesse al mutuo riconoscimento, sia mediante stabilimento di succursali sia

⁴⁹ Norma primaria e norma secondaria si allineano poi prevedendo entrambe che, laddove l'operatività in Italia della banca extracomunitaria includa anche attività di intermediazione mobiliare, è necessaria non solo l'autorizzazione della Banca d'Italia, ma anche il parere favorevole della CONSOB. Cfr. DESIDERIO, *Riflessioni preliminari sulla proposta di seconda direttiva banche*, cit., 428 ss.; CIRILLO, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, cit., 142; BARIATTI, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, cit., 196; PUPO, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, cit., 94; GUARRACINO, *Le "procedure comuni" nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi*, cit., 252-254.

mediante prestazione di servizi, è disciplinato dalle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia (ed è pure subordinato a comunicazione); in terzo luogo, l'esercizio in uno Stato extracomunitario di attività sia ammesse sia non ammesse al mutuo riconoscimento è disciplinato dall'art. 15, c. 2, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento di succursali (ed è subordinato ad autorizzazione), e dall'art. 16, c. 2, t.u.b., se effettuato mediante prestazione di servizi (ed è pure subordinato ad autorizzazione);

B) con riferimento all'esercizio di attività da parte di "banche comunitarie", l'esercizio in Italia delle sole attività ammesse al mutuo riconoscimento è invece disciplinato dall'art. 15, c. 01 e 3, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento di succursali (ed è subordinato a comunicazione), e dall'art. 16, c. 3, t.u.b., se effettuato mediante prestazione di servizi (ed è pure subordinato a comunicazione), mentre l'esercizio in Italia delle sole attività non ammesse al mutuo riconoscimento è disciplinato dall'art. 17 t.u.b., indipendentemente dalla circostanza che la banca comunitaria intenda esercitare in Italia tali attività mediante stabilimento di succursali ovvero mediante prestazione di servizi;

C) con riferimento all'esercizio di attività da parte di "banche extracomunitarie", l'esercizio in Italia di attività sia ammesse sia non ammesse al mutuo riconoscimento è infine disciplinato dall'art. 14, c. 4, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento della prima succursale (ed è subordinato a autorizzazione), dall'art. 15, c. 4, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento di succursali successive (ed è subordinato a autorizzazione), e dall'art. 16, c. 4, t.u.b., se effettuato mediante prestazione di servizi (ed è pure subordinato a autorizzazione).

Volendo tentare una *reductio ad unum* dei dati normativi considerati, si può quindi osservare come, pur nella sua complessità, la disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche si risolve in una disciplina preordinata alla regolamentazione dell'esercizio delle "attività delle banche" e, in particolare, alla regolamentazione delle "attività delle banche" senza limiti temporali, ordinamentali, geografici o funzionali. La disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche si articola tuttavia diversamente proprio in ragione del diverso intersecarsi di fattori temporali, ordinamentali, geografici e funzionali; e regola allora l'esercizio delle "attività delle banche" proprio tenendo conto dei seguenti quattro fattori che, alla luce dell'attuazione in Italia delle disposizioni del MVU, possono adesso considerarsi così riorganizzati:

1. il primo fattore - di tipo temporale - coincide con la fase di vita della banca e impone di distinguere tra nascita e crescita della banca e, all'interno della crescita, tra crescita mediante prestazione di servizi e crescita mediante

stabilimento di succursali e, all'interno della crescita mediante stabilimento di succursali, tra crescita mediante stabilimento della prima succursale e crescita mediante stabilimento di succursali successive alla prima;

2. il secondo fattore - di tipo ordinamentale - coincide con il diritto oggettivo dello Stato d'origine della banca e impone di distinguere tra banca italiana, banca comunitaria e banca extracomunitaria e, all'interno delle banche comunitarie, tra banca comunitaria avente sede in uno Stato partecipante al MVU ovvero non partecipante al MVU e, all'interno delle banche comunitarie aventi sede in uno Stato partecipante al MVU, tra banca significativa e banca non significativa;

3. il terzo fattore - di tipo geografico - coincide con il territorio dello Stato ospitante la banca e impone di distinguere a seconda che la banca intenda esercitare le proprie attività in Italia, in uno Stato comunitario o in uno Stato extracomunitario e, all'interno degli Stati comunitari, a seconda che la banca intenda esercitare le proprie attività nel territorio di uno Stato partecipante al MVU ovvero non partecipante al MVU;

4. il quarto fattore - di tipo funzionale - coincide con l'attività che la banca intende esercitare e impone di distinguere tra attività ammesse e attività non ammesse al mutuo riconoscimento.

Nel tener conto dei quattro fattori sopra indicati, la disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche regola l'esercizio delle "attività delle banche" mediante la predisposizione di regimi disciplinari che, a loro volta, si diversificano in base alla tipologia dei controlli, alla ripartizione delle competenze tra autorità di vigilanza e all'articolazione delle procedure che i soggetti vigilati devono seguire. Il legislatore modula questi diversi regimi disciplinari in base alla diversa fattispecie concreta risultante dal concorso dei quattro fattori anzidetti e li modula mediante un graduale passaggio da regimi meno restrittivi (orientati alla libertà di esercizio delle attività) a regimi progressivamente più limitanti (obblighi di comunicazione dei soggetti vigilati, diritti di veto delle autorità di vigilanza, necessità di autorizzazione) via via che l'esercizio delle attività da parte della banca porta a graduali aumenti di pericolo per gli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico. L'attuazione in Italia delle nuove disposizioni del MVU in materia di controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche ha dunque introdotto forti complessità, ma - nel rispettare i tradizionali principi comunitari - ha consentito all'interprete di preservare uno strumento di

orientamento che ha permesso di comprendere l'organizzazione della disciplina e di individuarne sostanzialmente la *ratio*⁵⁰.

⁵⁰ In conclusione, due notazioni finali per esigenze di completezza. Quando si parla di disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche come disciplina dell'esercizio delle "attività delle banche", si intende dare alla nozione di "attività delle banche" il significato desumibile dall'art. 10 t.u.b., il quale, oltre a fissare i confini della nozione di "attività bancaria" nell'esercizio congiunto e funzionale di «raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito», prevede anche che le banche possano esercitare non solo l'attività bancaria, ma anche «ogni altra attività finanziaria (...) nonché attività connesse e strumentali» con salvezza delle sole «riserve di attività previste dalla legge», così ponendo anche una nozione di "attività delle banche" di perimetro maggiore e diverso rispetto a quello di "attività bancaria". In questo senso, la disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche si presenta quindi come disciplina dell'esercizio delle "attività delle banche" qualunque sia l'attività esercitata. Non solo. Rammentando quanto già detto in precedenza, la disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche può infatti configurarsi non solo come disciplina dell'esercizio delle "attività delle banche" qualunque sia l'attività esercitata, ma anche come disciplina dell'esercizio delle "attività ammesse al mutuo riconoscimento" chiunque sia il soggetto che le esercita. Tornando a quanto detto in nota sull'art. 18 t.u.b., va confermato come il legislatore si occupi di disciplinare l'esercizio comunque effettuato di attività bancarie e di attività sia ammesse sia non ammesse al mutuo riconoscimento da parte di banche italiane (in Italia, in uno Stato comunitario o in uno Stato extra comunitario) ovvero da parte di banche comunitarie (in Italia) ovvero da parte di banche extracomunitarie (in Italia). L'art. 18 t.u.b. si spinge oltre e postula invece l'ipotesi che attività ammesse al mutuo riconoscimento possano essere esercitate anche da società finanziarie diverse dalle banche e, per garantire il necessario coordinamento e la relativa parità di trattamento, provvede ad estendere l'applicazione dei principi comunitari in materia bancaria anche all'esercizio di quelle attività da parte di quei soggetti nell'ambito del territorio dell'Unione europea, andando a regolare uniformemente le attività ammesse al mutuo riconoscimento da chiunque esercitate con la conseguenza di porre l'accento più sul profilo funzionale che non sul profilo dei soggetti agenti.