

Orientamenti programmatici in ordine alla struttura di controllo: delegare ad altri enti oppure potenziare la struttura dell'ISVAP?

AVV. DAVID MORGANTI - STUDIO LEGALE MORGANTI - ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE, ROMA

IL DISEGNO DI LEGGE IN TEMA DI TUTELA DEL RISPARMIO E LA RIFORMA DELLA VIGILANZA: LA NUOVA ARCHITETTURA ISTITUZIONALE

1. INTRODUZIONE

L'articolo 47, primo comma, della Costituzione italiana dispone: *"La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; (...)"*.

1. In base al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, le finalità principali della CONSOB sono trasparenza e correttezza.

2. In base al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo, n. 385 del 1993, la finalità principale della Banca d'Italia è la stabilità sistemica.

È evidente la lacuna prodotta da questo assetto, per cui l'ordinamento giuridico italiano non conosce e non disciplina ancora una competenza istituzionale organica sul bene fondamentale che è il risparmio.

Il Governo, pertanto, ha predisposto il disegno di legge 4705 del 2004 recante taluni interventi per la tutela del risparmio che prospetta non l'unificazione degli organi, bensì l'unificazione della funzione di tutela del risparmio. Dunque, l'obiettivo è quello di creare non un'unica autorità ma, tra altre autorità, un'unica autorità funzionalmente competente sul bene costituzionale "risparmio".

Il disegno di legge auspica una riforma nazionale, coerente con l'evoluzione in atto in Europa, come già è stato fatto in Germania con la creazione della BAF nel maggio 2002 ed in Francia con la creazione dell'AMF nell'agosto 2003.

2. SISTEMI DI VIGILANZA NEI PRINCIPALI PAESI EUROPEI

Regno Unito

Le competenze di regolamentazione e supervisione del sistema finanziario sono state accentrate in un'unica autorità dal dicembre 2001 (Financial Services Authority - FSA). Detta autorità è competente su tutto il settore finanziario ad eccezione di alcuni specifici settori caratterizzati da peculiarità significative quali il credito al consumo, o gli schemi pensionistici aziendali che sono disciplinati e vigilati da un'autorità del settore (Occupational Pensions Regulatory Authority - OPRA). Alla Banca Centrale restano attribuite competenze in materia di stabilità complessiva del sistema finanziario, anche se in parte condivise con la stessa FSA.

La legge istitutiva dell'autorità (il Financial Services and Markets Act - FSMA del 2000) stabilisce quattro obiettivi dell'attività della FSA:

1. garantire la fiducia degli operatori economici nel buon funzionamento del mercato finanziario;
2. promuovere la conoscenza del sistema finanziario presso il pubblico;
3. assicurare un adeguato livello di protezione dei risparmiatori;
4. operare per ridurre l'incidenza della criminalità finanziaria.

Nella propria azione la FSA deve tenere conto di una serie di parametri mirati a garantire l'efficienza e l'adeguatezza dell'attività (deve usare le proprie risorse in modo economico ed efficiente; deve tenere conto della responsabilità dei vertici aziendali nella



gestione delle imprese; deve bilanciare i vincoli e le prescrizioni per il sistema finanziario con i benefici della regolamentazione per le imprese e per i risparmiatori; deve consentire l'innovazione; deve tener conto del processo di internazionalizzazione del sistema finanziario; deve avere presente i benefici della concorrenza).

L'attività di regolamentazione della FSA si basa sul cosiddetto *Risk-based approach* in forza del quale tutte le attività ed i settori, seppur diversi, devono essere disciplinati in modo analogo in presenza di rischi comparabili.

Sotto il profilo organizzativo la FSA è un ente non governativo interamente finanziato con contributi dei soggetti vigilati. Essa risponde del suo operato al Ministero del Tesoro ed al Parlamento (il Ministro del Tesoro ha il potere di promuovere indagini per verificare il corretto svolgimento dell'attività dell'autorità).

La responsabilità dell'attività di vigilanza è stata attribuita a cinque divisioni operative corrispondenti a cinque diversi settori del mercato.

Germania

Anche in Germania una recente riforma (nell'anno 2002) ha introdotto l'autorità unica Ba Fin la quale è subentrata nelle funzioni delle preesistenti istituzioni competenti rispettivamente per il settore bancario, assicurativo e finanziario.

La Banca Centrale resta incaricata di affiancare la nuova autorità nella supervisione del settore bancario in forza della sua elevata specializzazione e conoscenza di detto settore.

Dal punto di vista istituzionale la Ba Fin risponde direttamente al Ministero delle Finanze il quale può dare indicazioni sulla organizzazione dell'autorità.

L'organizzazione interna dell'autorità è basata su articolazioni connesse ai settori vigilati.

Francia

Nel corso dell'anno 2003 è stata adottata una legge di riforma volta a razionalizzare il panorama delle autorità di controllo del mercato finanziario.

Sono confluite in un'unica autorità competente in materia di protezione del risparmio, di informazione degli investitori e di buon funzionamento del mercato (la *Autorité des marchés financiers* - AMF) tre diverse autorità preesistenti aventi attribuzioni distinte (regolamentari, di controllo e sanzionatorie) nel settore finanziario (la *Commission des opérations de bourse* - COB, il *Conseil des marchés financiers* CMF, il *Conseil de discipline de la gestion financière* - CDGF). L'unificazione riguarda solo il settore finanziario propriamente detto in quanto per il settore assicurativo e previdenziale è stata creata un'autorità con specifiche competenze derivante anch'essa dalla fusione dei preesistenti organismi di controllo dei due settori coinvolti. Resta inalterato il sistema di vigilanza sul settore bancario che è affidato alla commissione bancaria ed alla banca centrale.

Una struttura di coordinamento dei vari settori menzionati è stata individuata nel Comitato consultivo per la legislazione e la regolamentazione finanziaria.

Stabilisce la legge che detto organo debba essere sempre sentito in occasione della adozione di qualunque provvedimento normativo a "carattere generale" per i settori bancario, finanziario e assicurativo.

3. LA NUOVA DISCIPLINA ISTITUZIONALE

La strategia che il d.d.l. ipotizza è quella di un corpus normativo che non sia limitato alla supervisione (riforma del sistema di controllo), ma sia anche esteso ad ulteriori necessari elementi di regolamentazione (*market abuse*, revisori, incompatibilità, *corporate governance* e relative sanzioni, assicurazioni rischi, limiti alle prestazioni di garanzia, nuovi criteri sulla circolazione degli strumenti finanziari, attività in paradisi legali).

Il disegno della nuova supervisione vuole essere coerente con il modello europeo, conservando però, laddove possibile, il modello esistente. Tre autorità - Banca d'Italia, nuova supervisione e Antitrust - possono avere adeguata, coerente e simmetrica competenza funzionale, rispettivamente su stabilità, risparmio e concorrenza. La nuova supervisione vuole essere indipendente.

Il disegno di legge 4705 del 2004 è articolato in due titoli.

1. Il titolo I reca la disciplina istituzionale;
2. Il titolo II reca la disciplina delle attività.
3. Il capo I del titolo I - *Finalità*, funzioni e poteri - contiene gli articoli da 1 a 4.
4. L'articolo 1 prevede la trasformazione della CONSOB in Autorità per la tutela del risparmio. L'Autorità è un organismo indipendente, con personalità giuridica di diritto pubblico, piena capacità di diritto privato¹.

La CONSOB è trasformata in Autorità per la tutela del risparmio. *"Si tratta di un organismo indipendente, con personalità giuridica di diritto pubblico, piena capacità di diritto privato e autonomia organizzativa e gestionale, negoziale e contabile, secondo le disposizioni del proprio statuto e dei regolamenti interni"* (art. 1, c. 2, d.d.l.).

La nuova Autorità continuerà ad esercitare le competenze della CONSOB (art. 3, c.1, d.d.l.) ma, e questo è l'aspetto di maggiore interesse, eserciterà anche talune competenze riservate sino ad oggi alla Banca d'Italia (art. 3, c. 3, d.d.l.). Si tratta delle competenze in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari (titolo VI del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385). L'Autorità, inoltre, eserciterà le competenze previste da altri articoli del medesimo d.lgs.: l'art. 11 (raccolta del risparmio); l'art. 12 (obbligazioni e titoli di deposito emessi dalle banche) e l'art. 129 (controlli sulle emissioni di valori mobiliari).

Alla Banca d'Italia, invece, restano attribuite le altre competenze previste dal citato testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, nonché quelle ad essa riservate dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, più noto come legge Draghi).

Alla Commissione di Vigilanza sui fondi Pensione (COVIP) ed all'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di interesse collettivo (ISVAP) restano attribuite le competenze, rispettivamente, in materia di vigilanza sui fondi pensione e sulle imprese di assicurazione e sui relativi prodotti.

Quanto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), essa non solo continua ad esercitare le sue storiche competenze (art. 3, c. 2, d.d.l.), ma acquista anche nuovi poteri. Infatti, per le operazioni di acquisizione e di concentrazione nel settore bancario diventeranno necessarie sia l'autorizzazione della Banca d'Italia, alla quale spetteranno le valutazioni di sana e prudente gestione, sia, ecco la novità, l'autorizzazione dell'AGCM, alla quale spetteranno, invece, le valutazioni relative all'assetto concorrenziale del mercato (art. 29, c. 2, d.d.l.). I provvedimenti di autorizzazione dei due enti saranno emanati con un unico atto entro sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza completa della documentazione occorrente, e dovranno esservi riportate le specifiche motivazioni di ciascun ente (art. 29, c. 3, d.d.l.).

¹ Una prima bozza del disegno di legge in tema di tutela del risparmio è stata presentata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze nella seduta del Consiglio dei Ministri del 22 gennaio 2004. Successivamente il testo del provvedimento è stato approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 3 febbraio 2004, con alcune sostanziali modifiche rispetto alla prima bozza. Il disegno di legge è stato poi presentato alla Camera dei Deputati il 16 febbraio 2004 e stampato con il numero 4705. Il provvedimento è stato infine assegnato in sede referente alle Commissioni riunite VI Finanze e X Attività produttive il 25 febbraio 2004.

Ciò che emerge dal quadro che è stato sin qui delineato è il consolidarsi di un modello di vigilanza cosiddetto per finalità²: la Banca d'Italia persegue la finalità di garantire la stabilità del sistema bancario (art. 2, c. 3 d.d.l.); l'AGCM quella di tutelare la libera concorrenza nel mercato; la nuova Autorità quella di tutelare il risparmio.

Il modello di vigilanza per finalità presenta, tra l'altro, due indubbi vantaggi:

1. in primo luogo, quello di evitare i possibili conflitti di interesse fra le finalità dei controllori;
2. in secondo luogo, attraverso la specializzazione delle Autorità rispettivamente competenti, aumenta l'efficacia dei controlli medesimi.

L'attribuzione alla nuova Autorità della competenza in materia di tutela del risparmio anche in riferimento alla trasparenza delle condizioni contrattuali relative ad operazioni e servizi bancari è funzionale a scongiurare un potenziale conflitto di interessi: quello per cui la Banca d'Italia, tesa a salvaguardare gli interessi specifici del sistema bancario, trascuri, o addirittura ignori del tutto, l'interesse del risparmiatore alla trasparenza ed alla correttezza del rapporto con gli istituti di credito.

Allo stesso modo, l'attribuzione anche all'AGCM del potere di autorizzare le operazioni di acquisizione e di concentrazione nel settore bancario pare perseguire il fine di evitare che la Banca d'Italia avalli operazioni vantaggiose per le banche ma suscettibili di arrecare pregiudizio al principio di libera concorrenza.

La scelta, dunque, di non unificare le varie Autorità indipendenti e di non lasciare comunque invariato l'attuale assetto delle competenze istituzionali - ma di fare piuttosto convergere la funzione di tutela del risparmio in capo ad un unico ente conformemente al modello per finalità - sembra rispondere a due esigenze.

1. Da un lato, al bisogno di razionalizzare l'architettura istituzionale, di risolvere potenziali conflitti di interesse tra Autorità senza cedere alla tentazione di costituire un'unica superautorità.
2. Dall'altro, all'esigenza di costituire un ente preposto in maniera esclusiva alla tutela del bene fondamentale, costituzionalmente protetto, che è il risparmio (art. 47, c. 1, Cost.).

Rimangono da approfondire, rispetto al titolo I, ancora tre aspetti: i criteri di nomina dei commissari della nuova Autorità; i poteri di vigilanza ad essa attribuiti; i rapporti istituzionali tra le varie Autorità e tra queste e l'Esecutivo.

1. Quanto ai poteri di vigilanza, preme segnalare soltanto la possibilità, espressamente riconosciuta alla nuova Autorità (ma non soltanto ad essa), di avvalersi, nell'esercizio dei poteri di vigilanza informativa ed ispettiva, dell'assistenza della Guardia di Finanza, la quale agisce con i poteri ad essa attribuiti ai fini dell'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte sui redditi (art. 4, c. 4, d.d.l.). Si tratta di una novità senz'altro degna di nota, invocata recentemente, tra l'altro, dalla stessa CONSOB³.
2. Quanto, infine, ai rapporti istituzionali, vi sono nel disegno di legge due disposizioni che richiamano in maniera particolare l'attenzione.
 - Innanzitutto l'art. 26, il quale regola i rapporti tra le varie Autorità (Autorità per la tutela del risparmio, COVIP, ISVAP, AGCM e Banca d'Italia), prevedendo che esse coordinino l'attività delle rispettive istituzioni attraverso un comitato permanente di coordinamento che si riunisce una volta al mese, ovvero su richiesta di uno dei componenti. Si tratta di uno strumento di rafforzamento delle forme di collaborazione e coordinamento fra le Autorità che non può non essere considerato con favore per i benefici che può generare in termini di efficacia e di rapidità di intervento.

² Nell'approccio per finalità, o per obiettivi, le autorità svolgono i propri compiti nei confronti dei soggetti vigilati in base alle loro specifiche competenze ed indipendentemente dalla natura dei soggetti vigilati e dei servizi o prodotti da essi offerti. Tipico esempio è il Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria il quale, pur con delle eccezioni, attribuisce alla Banca d'Italia il compito di vigilare sul sistema finanziario avendo come obiettivo la stabilità delle imprese e del sistema finanziario nel suo complesso e alla CONSOB quello di verificare il rispetto delle regole in materia di trasparenza e correttezza. L'approccio per finalità può distinguersi ulteriormente a seconda che vi sia la presenza di una autorità unica o di due autorità.

³ Al contrario, autorevole dottrina non ha mancato di evidenziare, però, che la Guardia di Finanza, operando su richiesta delle Autorità di vigilanza, agisce in veste di polizia giudiziaria. Ne consegue che essa è obbligata, ai sensi dell'art. 347 c.p.p., a riferire al pubblico ministero le eventuali notizie di reato apprese nel corso degli accertamenti, e che il pubblico ministero, ricevuta la comunicazione, si troverà obbligato a procedere (artt. 326 e 358 c.c.p.). Il rischio, per niente peregrino, è che venga così a verificarsi una sovrapposizione di indagini per cui l'Autorità per il risparmio ed il pubblico ministero impartiscono direttive divergenti alla Guardia di Finanza (v. S. SEMINARA, Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio, in Dir. pen. e processo, 2004, p. 504).

- In secondo luogo, l'art. 30, in virtù del quale il Comitato Interministeriale del Credito e del Risparmio (CICR) può chiedere alle Autorità di vigilanza dati, notizie e informazioni varie, nonché emanare atti di carattere generale sui criteri delle attività di vigilanza delle Autorità stesse.

È stato rilevato che questa disposizione consolida il ruolo del CICR, confermandone la posizione di vertice, con la conseguenza, attesa la discrezionalità dei suoi poteri, di intaccare l'autonomia delle Autorità⁴. Si tratta di riserve legittime, anche se l'art. 30, primo comma, d.d.l., prevede che il CICR possa sì emanare atti di carattere generale sui criteri dell'attività di vigilanza, ma solamente *"nel rispetto esclusivo delle finalità indicate dall'art. 2"*. Sicché, la discrezionalità del Comitato interministeriale troverebbe pur sempre un limite scolpito nella lettera della norma. Inoltre, il fatto che alle sedute del CICR partecipino sia il Governatore della Banca d'Italia sia i presidenti delle varie Autorità di vigilanza (art. 30, c. 2, d.d.l.) garantisce comunque lo svolgersi di un contraddittorio tra i rappresentanti delle Autorità medesime ed i rappresentanti del Governo.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

È essenziale che il settore assicurativo conservi un'unicità di controlli in ragione della sua tipicità e separatezza delle attività rispetto al settore creditizio e finanziario; unicità che si auspica sia mantenuta come attualmente è configurata nel nostro Paese.

Al contrario, l'ipotesi di un'artificiosa suddivisione di competenze e controlli tra Istituzioni diverse, sicuramente determinerebbe una disarticolazione dell'attività di vigilanza, un aumento della complessità degli adempimenti per le imprese del settore e, in ultima analisi, una diminuzione dell'efficacia dei controlli e dell'efficienza del mercato.

La peculiarità del mercato assicurativo nei settori vita e danni e la necessità di garantire il consumatore circa la corretta gestione dei rischi non sono strettamente collegate ad aspetti di carattere meramente finanziario, perché ai fini del corretto svolgimento dell'attività assicurativa la finanza è, ancorché importante, soltanto uno strumento.

La peculiarità dell'azione di controllo realizzata dall'ISVAP è strettamente dipendente dall'*unicum* logico e funzionale costituito dall'attività assicurativa e dai prodotti che le Compagnie collocano sul mercato.

Si sottolinea comunque l'esigenza di aumentare gli strumenti di tutela:

- in particolare l'attuale assetto normativo attribuisce all'ISVAP poteri sanzionatori datati, con la previsione di importi non sufficienti a costituire un vero deterrente al perseguimento di comportamenti non conformi e si auspica, quindi, l'inasprimento delle sanzioni, soprattutto per le irregolarità più gravi;
- dovrebbe essere prevista la possibilità di pubblicare le fattispecie oggetto di sanzione, al fine di rafforzare il carattere deterrente dell'attività sanzionatoria;
- quanto ai poteri ispettivi è sentita l'esigenza di accrescere le possibilità di accesso a documenti, dati ed informazioni dei soggetti vigilati da parte dell'ISVAP, al pari di quanto già consentito ad altre Autorità di regolazione e controllo, al fine di aumentare significativamente l'efficacia delle attività ispettive e, in ultima analisi, dei controlli affidati dalla legge a questo Istituto.

⁴ cfr. P. SCHLESINGER, La riforma delle tutele del risparmio. Il progetto del Governo, in *Corr. giur.*, 2004, p. 286; si veda anche l'audizione del segretario confederale della Uil, Lamberto Santini, cit., ed il comunicato stampa del 21 aprile 2004 del Comitato esecutivo dell'ABI, cit.