

## Introduzione

In un recente libro-intervista, Sabino Cassese ha indicato cinque aree tematiche che più delle altre meriterebbero a suo avviso nuovi approfondimenti da parte dello studioso di diritto pubblico: la natura dell'Unione europea; le figure di composizione; la diffusione di poteri non autoritativi e informali; la tendenza alla frammentazione dei poteri pubblici; il rapporto pubblico-privato<sup>1</sup>.

A ben riflettere, l'Unione bancaria europea sembrerebbe collocarsi in uno dei punti di intersezione fra queste cinque proposte tematiche.

A seguito della crisi<sup>2</sup> finanziaria globale, economica e dei debiti sovrani<sup>3</sup>, i

---

<sup>1</sup>S. CASSESE-L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2014, 130.

<sup>2</sup>Come evidenziato nell'ambito dell'analisi semantica e lessicografica compiuta da Reinhart Koselleck, il concetto di crisi – fin dal suo primo apparire nella Grecia classica – ha assunto una pluralità di significati diversi. In effetti, è soltanto con la crisi economica mondiale del 1857 che l'aggettivazione economica del termine è penetrata nel “vocabolario della modernità” diventandone anzi parola d'ordine. Sul punto, cfr. R. KOSELLECK, *Krise*, in O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK (cur.), *Geschichtliche Grundbegriffe: historisches Lexikon zur politischen Sprache in Deutschland*, III, Köln, Klett-Cotta, 1972, 617 ss., tr. it.: *Crisi. Per un lessico della modernità*, Verona, Ombre Corte, 2012.

<sup>3</sup>Sull'impatto “costituzionale” della crisi economica, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. X. CONTIADES (cur.), *Constitutions in the global financial crisis: a comparative analysis*, Farnham, Ashgate, 2013; F. BALAGUER CALLEJÓN-M. AZPITARTE SÁNCHEZ-E. GUILLÉN LÓPEZ-J.F. SÁNCHEZ BARRILAO (cur.), *El impacto de la crisis económica en las instituciones de la Unión Europea y de los Estados miembros*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 2015; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, in *Revista española de derecho constitucional*, 98, 2013, 91 ss.; G. CERRINA FERONI-G.F. FERRARI (cur.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato: modelli comparati e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2012; R. BIFULCO-O. ROSELLI (cur.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, Giappichelli, 2013; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012. Nell'ambito della sociologia del diritto, cfr. inoltre P. KJAER-G. TEUBNER-A. FEBBRAJO (cur.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspec-*

Regolamenti (UE) n. 1024 del 2013 e n. 806 del 2014<sup>4</sup> hanno avviato infatti un complesso percorso di messa in comune delle competenze di supervisione e risoluzione nel quadro di nuove strutture europee integrate: il *Single Supervisory Mechanism* (SSM) e il *Single Resolution Mechanism* (SRM)<sup>5</sup>. Questa linea di sviluppo non poteva non riverberarsi sulla natura dell'UE, sulle figure di composizione che emergono al suo interno e sulla tendenza alla frammentazione dei poteri pubblici. In effetti, come ogni crisi, anche quella scoppiata nel 2007 ha condotto alla moltiplicazione degli apparati e degli schemi di produzione delle regole. Peraltro, andando al di là del modello della "rete" sperimentato nelle relazioni fra agenzie europee e regolatori nazionali di settore<sup>6</sup>, l'Unione bancaria ha delineato un ben più penetrante sistema di cogestione di funzioni di amministrazione attiva e di regolazione, nonché di cooperazione e integrazione tra apparati europei e autorità nazionali competenti. Sebbene gli apparati statuali conservino alcune non marginali competenze, la compattezza della *Banking Union* è assicurata attraverso una penetrante regia di due strutture sovranazionali – la Banca centrale europea (e in particolare il *Supervisory Board* della BCE) ed il *Single Resolution Board* (SRB<sup>7</sup>) – le quali sembrerebbero andare ad aggiungersi alle già numerose componenti di quello che è stato ribattezzato come l'"esecutivo frammentato" dell'Unione europea<sup>8</sup>.

---

*tive: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart, 2011. Sulle diverse narrative della crisi, cfr. M. POIARES MADURO, *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, in *RSCAS Policy Papers*, 2012.

<sup>4</sup> Si tratta, precisamente, del Regolamento (UE) n. 1024 del 2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi nonché del Regolamento (UE) n. 806 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il Regolamento (UE) n. 1093 del 2010.

<sup>5</sup> In prospettiva, il progetto di *Banking Union* prevede inoltre l'istituzione di un sistema europeo unico di assicurazione dei depositi (EDIS), il quale dovrebbe superare l'attuale *network* di sistemi di garanzia dei depositi nazionali armonizzati introdotto con la direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (*Deposit Guarantee Schemes*). Cfr. *infra* cap. II, par. 10.

<sup>6</sup> Sul modello della rete, cfr. *infra* cap. III, par. 10.

<sup>7</sup> Si tratta di una nuova agenzia atipica formata, fra l'altro, dai rappresentanti delle autorità di risoluzione degli stati membri (cfr. *infra* cap. II, par. 9).

<sup>8</sup> Il punto verrà affrontato nel cap. III, par. 8. Per il momento è sufficiente anticipare che l'idea del carattere "frammentato" dell'esecutivo UE si deve in particolare agli studi di P. MAGNETTE, *L'Union européenne: un régime semi-parlementaire*, in P. DELWIT-J.M. DE WAELE-P.

Le trasformazioni in atto presentano ulteriori rilevanti conseguenze sul piano della diffusione di poteri non autoritativi e informali nonché in relazione al rapporto pubblico-privato.

In particolare, i Regolamenti istitutivi dell'Unione bancaria hanno attribuito al Parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali un complesso di diritti di informazione e poteri di controllo-verifica, così delineando meccanismi di responsabilità democratica che molte analogie presentano con le procedure dialogiche di *accountability* già introdotte in altri ambiti di parlamentarizzazione dell'Unione europea<sup>9</sup>: Dialogo monetario, Dialogo politico, Dialogo economico (cap. III, par. 7). In un certo senso, tutte queste procedure dialogiche sembrerebbero rappresentare il “versante parlamentare” – o se si preferisce la “risposta parlamentare” – al Metodo aperto di coordinamento (MAC), al quale era stata infatti mossa la critica di sacrificare eccessivamente le istituzioni rappresentative a vantaggio della Commissione e delle burocrazie europee e nazionali (cap. III, par. 7). Sotto questo profilo, il nuovo “dialogo bancario” configurato dai Regolamenti istitutivi sembrerebbe condividere con il MAC l'ampiezza delle attività informali (o comunque a basso tasso di formalizzazione) che precedono o seguono l'adozione di decisioni formali e una naturale vocazione per l'uso discreto dei poteri di influenza e persuasione.

Quanto al rapporto pubblico-privato<sup>10</sup>, le trasformazioni in atto squadrano scenari contraddittori: da un lato – dopo il «cedimento della supervisione pubblica»<sup>11</sup> che ha condotto alla esplosione della crisi – si assiste

---

MAGNETTE (cur.), *A quoi sert le Parlement européen?*, Bruxelles, Editions Complexe, 1999, 25 ss. e spec. 28 e D. CURTIN, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, in *Modern Law Review*, 1, 2014, 1 ss. e spec. 7. In argomento, cfr. altresì S. GOZI, *Il Governo dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2000, 137 ss.

<sup>9</sup> Sul concetto ampio di “parlamentarizzazione” impiegato in questo volume – il quale si estende anche al coinvolgimento dei Parlamenti nazionali e sub-statali nel processo decisionale europeo – cfr. *infra* cap. III, par. 2.

<sup>10</sup> Il problema della dicotomia pubblico-privato – la quale appare sempre più «sotto pressione» (F. SAITTO, *Economia tra diritto pubblico e privato*, in *Treccani. Il libro dell'anno 2016*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, in corso di pubblicazione) – si intreccia con il più ampio tema, che qui non può essere neppure sfiorato, del rapporto fra stato e società. Peraltro, sulla necessità di superare un rigido *Dualismus* fra stato e società, cfr. almeno K. HESSE, *Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, in *DöV*, 1975, tr. it.: *Osservazioni sulla problematica odierna e sulla portata della distinzione del rapporto tra Stato e società*, in A. DI MARTINO-G. REPETTO (cur.), *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, 227 ss.

<sup>11</sup> F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2008). Il caso italiano*, Padova, Cedam, 2009, 45.

a una ripresa e intensificazione delle forme di controllo sull'attività bancaria; dall'altro lato, con il passaggio dal paradigma del *bail-out* a quello del *bail-in* (cap. II, par. 8) le nuove regole europee di gestione delle crisi bancarie sembrano comportare una potenziale riduzione del ruolo del pubblico nelle operazioni di salvataggio<sup>12</sup>. Da questo originale intarsio esce così ulteriormente «confermata la crescente complessità della dialettica pubblico-privato, che certo non elimina la centralità del potere pubblico nell'economia, ma ne ridefinisce, ancora una volta, termini e modalità d'azione»<sup>13</sup>.

Il tema dell'Unione bancaria presenta una ulteriore peculiarità. Il suo studio richiede infatti di utilizzare sia il “microscopio” sia il “telescopio”, scegliendo a seconda dei casi lo strumento più adeguato e talvolta impiegandoli assieme. Per un verso, infatti, le riforme intervenute nel settore bancario hanno presentato profili caratterizzati da un marcato grado di tecnicità. Il che forse spiega la tendenza delle diverse “province” della scienza giuridica<sup>14</sup> e

---

<sup>12</sup> Secondo la linea interpretativa proposta da A. LUCARELLI, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra stato assicuratore e stato regolatore. Crisi delle banche e nuove forme di risanamento: tra mercato, regola della concorrenza e dimensione sociale*, in *Federalismi*, 18, 2016, il *bail-in* rappresenterebbe la chiusura della stagione dello “stato assicuratore” (2008-2011) e il ritorno al modello dello “stato regolatore”, secondo dinamiche a metà strada tra l'Ordoliberalismo della Scuola di Friburgo ed il liberalismo della Scuola di Vienna.

<sup>13</sup> F. SAITTO, *Economia tra diritto pubblico e privato*, cit.

<sup>14</sup> Richiamo qui alcuni dei principali studi senza pretesa di esaustività. Nell'ambito del diritto dell'economia, cfr. F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea: una sfida per un'Europa più unita*, Torino, Utet, 2013; C. BRESCIA MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca Impresa Società*, 1, 2015, 73 ss. Fra gli studiosi di diritto europeo, cfr. G.L. TOSATO, *The governance of the banking sector in the EU – A dual system*, in E. BARUCCI-M. MESSORI (cur.), *Towards the European Banking Union: achievements and open problems*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2014, 23 ss.; ID., *The legal basis of the Banking Union*, ivi, 43 ss.; A. DI MARCO, *Il controllo delle banche nell'UEM: la (problematica) nascita di un sistema integrato di vigilanza prudenziale*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2013, 549 ss. Tra i cultori del diritto bancario e finanziario, cfr. G. BOCCUZZI, *L'Unione bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, Bancaria, 2015; D. BUSCH-G. FERRARINI, *European Banking Union*, Oxford, OUP, 2015. Fra gli amministrativisti, cfr. M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Diritto pubblico*, 3, 2013, 975 ss.; S. ANTONIAZZI, *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2014, 717 ss. Tra i costituzionalisti e i comparatisti, cfr. G. CERRINA FERONI, *Verso il Meccanismo Unico di Vigilanza sulle Banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority*, in *Federalismi*, 17, 2014; A. PISANESCHI, *La regolazione comunitaria del credito tra European Banking Authority (EBA) e Banca centrale europea: prime osservazioni sul Single Supervisory Mechanism*, in L. MELICA-L. MEZZETTI-V. PIERGIGLI (cur.),

delle altre scienze sociali<sup>15</sup> a ripartirsi il loro approfondimento, sebbene, a dire la verità, non sempre con un adeguato “gioco di squadra”<sup>16</sup>. Per altro verso, anche quelle che potrebbero apparire come delle mere *technicality* – quanto meno agli occhi dello studioso al quale possono risultare meno familiari sul piano del *background* disciplinare – complessivamente considerate hanno finito per incidere sui “rami alti” del processo di integrazione costituzionale<sup>17</sup> in Europa e sulle dinamiche di composizione osmotica fra gli ordinamenti costituzionali degli stati membri e quello dell’UE.

È in questa cornice che la presente ricerca si propone di offrire un contributo all’approfondimento dei profili costituzionali della *Banking Union*.

---

*Studi in onore di G. De Vergottini*, III, Padova, Cedam, 2014, 2283 ss.; S. BARONCELLI, *L’Unione bancaria europea e il meccanismo di risoluzione delle crisi*, in *Quad. cost.*, 2, 2014, 447 ss. e, se si vuole, N. LUPO-R. IBRIDO, *Which democratic oversight on the Banking Union? The role of the Euro-national parliamentary system*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2, 2015, 289 ss.

<sup>15</sup>Tra gli economisti, cfr. *ex multis*, G. FORESTIERI, *L’Unione bancaria europea e l’impatto sulle banche*, in *Banca Impresa Società*, 3, 2014, 489 ss. nonché i contributi di numerosi economisti nel volume di E. BARUCCI-M. MESSORI (cur.), *Towards the European Banking Union: achievements and open problems*, cit. Fra i politologi, cfr. L. QUAGLIA-D. HOWARTH, *The New Intergovernmentalism in Financial Regulation and European Banking Union*, in C.J. BICKERTON-D. HODSON-U. PUETTER (cur.), *The New Intergovernmentalism States and Supranational Actors in the Post-Maastricht Era*, Oxford, OUP, 2015, 146 ss.; S. FABBRINI-M. GUIDI, *The European Banking Union: Institutional Features and Accountability Implications*, paper presentato all’EUI di Firenze il 22 maggio 2015 in occasione del seminario “*European Banking Union. Democracy, Technocracy and the State of Integration*”, in corso in pubblicazione.

<sup>16</sup>Fa eccezione il recente volume di M.P. CHITI-V. SANTORO (cur.), *L’Unione bancaria europea*, Pisa, Pacini, 2016, nel quale la riflessione sull’Unione bancaria è sviluppata nel quadro di un interessante dialogo interdisciplinare.

<sup>17</sup>L’adeguatezza del concetto di “integrazione costituzionale” – chiaramente debitore della suggestioni derivanti dalla *Integrationslehre* smendiana – a dare conto delle dinamiche di intensificazione dei vincoli (costituzionali) fra UE e stati membri non è unanimemente condivisa. Secondo M. LUCIANI, *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, in *XXI Secolo. Norme e idee*, Roma, Treccani, 2009, 339 ss. è la stessa prospettiva smendiana a risultare inutilizzabile con riferimento all’UE in quanto l’unità politica europea non sarebbe paragonabile a quella di uno stato. A tale approccio è stato replicato che «il carattere graduale» del rafforzamento del processo di integrazione costituzionale in Europa «è perfettamente coerente con il paradigma teorico dell’“integrazione, il quale rinvia (...) ad un processo di unificazione sempre in divenire». In secondo luogo, l’espressione “integrazione costituzionale” appare giustificata dal coinvolgimento crescente «della sfera pubblica europea sulle grandi scelte del processo di integrazione, le quali sono state non soltanto il frutto di accordi tra governi, ma anche l’esito di procedure “discorsive” e di fora di comunicazione pubblica» (P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e “integrazione” costituzionale in Europa. Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 199 ss., spec. 201-202).

Tre sono in particolare i livelli di indagine che si intersecano in questo studio e che verranno sviluppati in altrettanti capitoli del volume: l'angolatura dei diritti e in particolare la parabola storica della libertà di banca (cap. I); la prospettiva delle interazioni "verticali" fra processo di integrazione europea e sovranità nazionali (cap. II); il piano "orizzontale" degli equilibri istituzionali nell'UE e in particolare il nodo della *accountability* democratica delle autorità di supervisione e risoluzione (cap. III).

Il primo segmento di ricerca si propone di esaminare in chiave storica e comparatistica l'evoluzione della dialettica fra autonomia dell'impresa bancaria e eteronomia del controllo pubblico. L'obiettivo di questo primo capitolo – come è facile intuire – non è quello di proporre una esposizione analitica e esaustiva della storia costituzionale della banca (né, a maggior ragione, di una storia della banca). Piuttosto, il criterio di rilevanza che si è scelto di seguire è dato dai punti di contatto fra alcune esperienze e fatti storici, i quali – assunti nella loro valenza paradigmatica – consentono di fare luce sullo spessore autenticamente costituzionale dell'itinerario evolutivo del rapporto fra banca e ordinamento della comunità politica.

Il *focus* del secondo capitolo è invece specificamente dedicato al processo di integrazione bancaria in Europa. Dopo aver ripercorso le varie tappe che hanno condotto alla istituzione del SSM e del SRM (cap. II, par. 1-10) si cercherà di valutare il grado di integrazione realizzato dall'Unione bancaria: numero e peso specifico delle competenze condivise a livello europeo; tasso di convergenza delle legislazioni bancarie; modalità di composizione osmotica degli apparati (cap. II, par. 11). Peraltro, il problema della dialettica fra centro e periferia nell'UE non può essere impostato esclusivamente in una prospettiva "quantitativa", ossia di maggiore o minore integrazione. Sul piano "qualitativo" occorre invece domandarsi come le trasformazioni in atto abbiano impattato sulla relazione dialettica unità-differenza nell'UE (cap. III, par. 13) nonché sulla tenuta di strumenti concettuali elaborati all'interno di modelli di unità statale sovrana (cap. II, par. 12). Sotto questo profilo, un criterio per categorizzare le complessità poste dal processo di integrazione può essere rintracciato nel prisma delle "sovrapposizioni"<sup>18</sup>. Questo tornante di ricerca ha evidenziato, fra l'altro, la tendenza all'arretramento di tutti i criteri statici di risoluzione delle antinomie e di allocazione del potere (ge-

---

<sup>18</sup> Sulla ipotesi di ricerca delle sovrapposizioni, cfr. R. FERRARI ZUMBINI, *Overcoming overlaps (In other words ... beyond "this" Europe)*, in *SOG Working Paper Series*, 16, 2014. Per una sua applicazione anche al tema dell'Unione bancaria, cfr. G. STOLFI, *Tempi (post-)moderni: nuovi impulsi normativi europei alla prova delle sovrapposizioni*, in *SOG Working Paper Series*, 32, 2016.

rarchia, competenza, etc.) a vantaggio di moduli collaborativi di tipo dinamico i quali assumono come punto focale non già la fattispecie astratta ma il problema nella sua concretezza.

Infine, il terzo segmento di ricerca (cap. III) permette di esplorare le connessioni fra il livello “macro” delle relazioni interistituzionali nell’UE e il livello “micro” della organizzazione del potere nell’Unione bancaria. In particolare, nel punto di giunzione fra il sistema e il sub-sistema si colloca il problema del controllo del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali su autorità di supervisione e risoluzione che – pur sganciate dal circuito democratico-rappresentativo – sono titolari di competenze di decisione dalle fondamentali implicazioni politiche. A più di otto decenni di distanza dalla conferenza di Carl Schmitt alla camera di commercio di Berlino<sup>19</sup> riemerge dunque con forza la delicata questione dei “poteri neutrali”. Un tema, quest’ultimo, il quale – a causa della annosa *querelle* relativa al *deficit* democratico dell’Unione europea – finisce per assumere su scala sovranazionale contorni tutt’affatto peculiari (cap. III, parr. 2 e 8.2).

Si tratta di problemi enormi i quali sarebbe pernicioso pensare di affrontare in una prospettiva “introvertita” e chiusa rispetto all’apporto del metodo storico-comparativo<sup>20</sup>. E ciò non soltanto per ragioni metodologiche di ordine generale – l’idoneità della comparazione a guidare l’interprete dal testo al contesto nonché alla ricerca di *Prinzipien*<sup>21</sup> e *Praktische*

---

<sup>19</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Die neutralen Größen im heutigen Verfassungsstaat*, in *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates*, ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, 41 ss. I contenuti della conferenza berlinese sono ripresi in ID., *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1929, tr. it.: *Il custode della Costituzione* (1931), Milano, Giuffrè, 1981, spec. 144, 149, 165-167.

<sup>20</sup> Sul rapporto fra metodo comparativo e pluralismo disciplinare, cfr. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e “integrazione” costituzionale in Europa. Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, cit., spec. 248. Sulla importanza della interdisciplinarietà, cfr. K.R. POPPER, *The Nature of Philosophical Problems and their Roots*, in *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, tr. it.: *La natura dei problemi filosofici*, in *Congetture e confutazioni: lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, il Mulino, 1972, spec. 118; S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2006, 597 ss.

<sup>21</sup> Nel significato individuato da R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*<sup>2</sup>, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, tr. it.: *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2006, 101 ss. e spec. 106-107, secondo il quale i *Prinzipien*, intesi come «precetti di ottimizzazione» (*Optimierungsgebote*) sarebbero «norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali». Mentre dunque le regole (*Re-*

*Konkordanz*<sup>22</sup> – ma anche per alcuni aspetti specifici che attengono più direttamente al tema qui in esame<sup>23</sup>.

In primo luogo, la ricostruzione del cammino del processo di integrazione bancaria in Europa impone di mettere a fuoco i contatti, le contaminazioni e le reciproche influenze che hanno segnato il percorso storico della libertà di banca nella sua relazione dialettica con l'autorità politica. Ebbene, come si vedrà nel primo capitolo, questa relazione si è sviluppata non già nel quadro di trapianti o meccaniche recezioni, bensì nell'ambito di circuiti "comunicativi" e "migrazioni", le quali peraltro hanno rifuggito da qualsiasi schema di natura omologante<sup>24</sup>.

---

*geln*) sarebbero «norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate», in quanto contenenti «determinazioni (*Festsetzungen*) nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile», i principi individuerebbero «solo precetti-*prima facie*», ragioni «per giudizi giuridici concreti». La distinzione fra principi e regole proposta da Alexy presenta alcuni importanti profili di affinità rispetto a quella elaborata da R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977, tr. it.: *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982. Secondo quest'ultimo autore, le regole offrono solo l'alternativa tra integrale applicazione e integrale disapplicazione, mentre i principi sfuggono alla logica del "tutto-o-niente".

<sup>22</sup> Sul concetto di "concordanze pratiche", ampiamente ripreso dalla dottrina italiana, d'obbligo è il riferimento a K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*<sup>20</sup>, Heidelberg, C.F. Muller, 1999, 317 ss.

<sup>23</sup> È appena il caso di sottolineare che il ricorso al metodo comparativo non individua solamente il segno di una pur feconda e indispensabile apertura alla (ri)considerazione dei concetti giuridici in chiave storico-culturale. L'impiego del metodo comparativo trova piuttosto copertura giuridica in vere e proprie meta-norme sulla interpretazione, le quali contribuiscono ad integrare i percorsi di riconoscimento del diritto vigente. Ricordo, a titolo meramente esemplificativo, due diverse clausole "comparative": innanzitutto, l'art. 6, par. 2 TUE attribuisce ai diritti CEDU risultanti dalle "tradizioni costituzionali comuni" agli stati membri lo *status* di principi generali del diritto dell'Unione europea. Tale categoria – ripresa anche dal Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE – presuppone dunque l'esistenza di un criterio di giudizio della legittimità dell'azione delle istituzioni UE e degli stati membri al quale risulterebbe consustanziale l'impiego in sede ermeneutica del metodo storico-comparativo. In secondo luogo, il Protocollo n. 15 (ancora non entrato in vigore) si propone l'obiettivo di "codificare" all'interno del Preambolo CEDU il principio del "margine di apprezzamento" quale vincolo nella interpretazione della Convenzione. Anche a prescindere dal perfezionamento del processo di ratifica del Protocollo n. 15 può rintracciarsi la presenza di una meta-norma sull'interpretazione ormai consolidata nella giurisprudenza di Strasburgo in base alla quale l'ampiezza del margine riconosciuto agli stati contraenti deve essere modulato (anche) alla luce dell'esistenza o meno di un *consensus standard* fra gli stati contraenti, e dunque sulla base di criteri comparatistici. Ciò significa che ogni singolo atto normativo e giudiziario – lungi dall'assumere rilievo solamente nello stato nel quale è stato adottato – diviene, attraverso un processo circolare che ha il suo punto di snodo a Strasburgo, un "segmento" potenziale del diritto positivo degli altri stati contraenti.

<sup>24</sup> Per una sottolineatura di come i processi di comunicazione fra esperienze costituzionali non si esauriscano nella recezione meccanica di testi e formanti, ma debbano essere studiati

In secondo luogo, occorre considerare che la garanzia della indipendenza delle autorità di vigilanza – vale a dire uno dei principali baluardi della libertà di impresa bancaria – presenta un “costo” in termini di legittimazione democratica. Ebbene – ed è questo un punto decisivo – non è detto che nelle previgenti discipline operanti a livello nazionale, le banche centrali e le altre autorità di settore risultassero maggiormente *accountable* in comparazione con la BCE. O meglio, si tratta soltanto di una ipotesi che necessita però di essere sottoposta ad una attenta verifica anche ponendo a raffronto le principali esperienze delle autorità nazionali di vigilanza. Se così è, non si può escludere in radice la possibilità che l’Unione bancaria abbia apportato (o possa apportare) qualche avanzamento in termini di legittimazione delle autorità di vigilanza e risoluzione.

\* \* \*

*Nel licenziare questo volume desidero esprimere un pensiero riconoscente ai proff. Paolo Rido-  
la, Andrea Manzella e Nicola Lupo, i quali – anche in questa occasione – non mi hanno fatto  
mancare la loro guida e il loro incoraggiamento. Con loro desidero ringraziare i proff. Vincenzo  
Lippolis, Raffaele Bifulco e tutti coloro che – a vario titolo – mi hanno sostenuto nel portare a  
termine questo impegno. In particolare, sono grato ai proff. Francesco Capriglione e Marcello Cla-  
rich per la lettura di una versione provvisoria del manoscritto e le preziose osservazioni.*

*Peraltro, la realizzazione di questo lavoro non sarebbe stata possibile senza l’amicizia e la con-  
suetudine di dialogo con i colleghi del Centro di studi sul Parlamento della LUISS Guido Carli e del-  
la Sezione di Diritto pubblico dell’Università La Sapienza di Roma. La mia gratitudine va poi ad  
Andrea Antonuzzo, che mi ha offerto un aiuto fondamentale al momento di chiudere il lavoro.*

*Alessia e la mia famiglia sono state, come sempre, pazienti e insostituibili compagne di viaggio.  
Questo studio è dedicato a loro.*

*Naturalmente, di ogni mancanza, rimango l’unico responsabile.*

R.I.

Roma e molti altri luoghi, 22 febbraio 2017

---

nella loro natura dinamica e dialettica, cfr. S. CHOUDRY (cur.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge-New York, CUP, 2006, al quale si deve l’immagine delle “migrazioni costituzionali”. Sullo schema del *Textstufenparadigma*, cfr. P. HÄBERLE, *Die Entwicklungsstufe des heutigen Verfassungsstaates*, in ID., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlino, Duncker & Humblot, 1992, 105 ss., secondo il quale lo stato costituzionale si sta sviluppando nel quadro di un globale processo di produzione e recezione, di interazione mondiale fra costituzioni, sicché i testi costituzionali vengono “scambiati”, sviluppati, migliorati e integrati nei rispettivi contesti nazionali. Una proposta teorica, quest’ultima, radicalmente diversa dunque da quella suggerita dalla dottrina dei “*legal transplants*” (A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*<sup>1</sup>, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974).



## Capitolo I

# Libertà di banca e autorità politica: esperienze, paradigmi, migrazioni

SOMMARIO: 1. Primi appunti per una “genealogia” della libertà di banca. – 2. La banca nella tradizione giuridica pre-westfaliana. – 2.1. Storia e preistoria della banca: il divieto di prestito a interesse e il problema dell’unità della comunità politica. – 2.2. Moneta e credito: prodromi di “tutela del risparmio” nella tradizione giuridica medioevale. – 2.3. L’età comunale e la rivoluzione spaziale delle fiere. – 2.4. Utopie pre-westfaliane: l’*Alitino* di Gasparo Scaruffi. – 3. Libertà di banca e processi di unificazione statale. – 3.1. Oltre il “sistema bancario naturale”: le origini della *Bank of England*. – 3.2. L’imitazione del *Peel Act* inglese e la diffusione delle grandi banche nazionali di emissione in Francia, Germania e Italia. – 3.3. Ascesa e declino del free banking negli Stati Uniti (1789-1863). – 3.4. Dalla “*free banking era*” alla istituzione del Federal Reserve. – 4. La banca nello stato costituzionale di democrazia pluralista. – 4.1. Gli anni fra le due guerre: le banche centrali tra autonomia e subordinazione. – 4.2. La crisi del 1929 e la ripresa del controllo pubblico sul settore bancario. – 4.3. La tutela del risparmio nelle Costituzioni di democrazia pluralista. – 4.4. L’art. 47 della Costituzione italiana e la teoria degli ordinamenti sezionali. – 4.5. L’impatto delle dinamiche di europeizzazione rispetto alla evoluzione delle legislazioni bancarie nazionali: cenni e rinvio. – 4.6. Contaminazione e dissonanze fra il sistema *Bundesbank* e la *governance* bancaria e monetaria dell’Eurozona. – 4.7. L’evoluzione della legislazione bancaria statunitense nel quadro dei processi di globalizzazione e deregulation. – 4.8. L’autonomia delle banche centrali nazionali: linee di tendenza e problemi aperti. – 5. L’evoluzione della libertà di banca: un bilancio di carattere interlocutorio.

## 1. Primi appunti per una “genealogia” della libertà di banca

Nella premessa al suo affascinante seppure incompiuto affresco sulla storia monetaria d’Europa, Marc Bloch si è interrogato sulla opportunità di

una definizione del concetto di moneta ai fini di una migliore comprensione della sua storia: ma è davvero necessario – scrive lo storico francese – «dare una definizione preliminare della moneta? Non credo. Sarebbe come attribuire alla moneta una funzione “una volta per tutte”; nulla di più antistorico e, come vedremo, di più falso»<sup>1</sup>.

L'indicazione metodologica di Bloch può risultare molto utile anche in relazione al tema (del resto strettamente connesso) della banca<sup>2</sup>.

È affermazione comune, infatti, che banche siano esistite fin da epoche assai lontane<sup>3</sup>. Gli studi archeologici attestano come, già in età premoneta-

<sup>1</sup>Le lezioni che nel 1935 Bloch dedicò alla storia monetaria europea sono ora raccolte in M. BLOCH, *Esquisse d'une histoire monétaire de l'Europe*, Paris, Colin, 1954, tr. it.: *Lineamenti di una storia monetaria d'Europa*, Torino, Einaudi, 1981. L'opera si interrompe bruscamente a pag. 124 dell'edizione italiana con il periodo «ma la storia monetaria non è mai pienamente comprensibile senza uno studio dei prezzi». Nella sua toccante postilla, Fernand Braudel – pur non nascondendo le problematiche derivanti dalla pubblicazione di lezioni incompiute e non rivedute – ha sottolineato tuttavia l'importanza di questo volume, la cui lettura rappresenta per tutti coloro che hanno amato March Bloch l'opportunità «di ascoltarlo ancora un istante con la sua voce, alla ricerca di problemi a volta a portata di mano, a volte all'orizzonte della ricerca storica».

<sup>2</sup>Come è stato osservato anche da autorevoli cultori dell'economia della banca, «l'attività bancaria non va intesa come un concetto univoco, ma come una nozione variabile nel tempo e nello spazio in funzione delle circostanze storiche, delle vicende del sistema finanziario, delle finalità perseguite dai pubblici poteri e degli stessi valori che ispirano e guidano le collettività». In questo senso, la diffusione, nell'attuale contesto storico, «di valori maggiormente improntati all'efficienza» avrebbe comportato una dilatazione della nozione di attività bancaria, così come confermato dalla definizione accolta dalla Seconda Direttiva europea sulle banche (R. RUOZI (cur.), *Economia della banca*, Milano, Egea, 2011, 1 ss. e spec. 8).

<sup>3</sup>La ricostruzione delle origini della banca è oggetto di discussione fra gli storici. E. DE SIMONE, *Moneta e banche attraverso i secoli*<sup>2</sup>, Milano, FrancoAngeli, 3 ss. individua tre diverse teorie sulla nascita dell'istituto bancario. La prima ricollega la più antica forma di banchiere con il sacerdote sumero; la seconda ritiene che di banca si possa parlare, a rigore, solamente a partire dall'esperienza dei trapeziti greci; la terza situa la nascita della banca nell'Italia del XII secolo d.C. In ogni caso, in merito alla identificazione delle operazioni primigenie ed essenziali dell'attività bancaria sembra prevalere l'opinione che rintraccia tali attività nell'accettazione di depositi e nell'erogazione di prestiti (questo secondo gruppo di operazioni a condizioni ovviamente più convenienti). Del resto, c'è un fatto – ricorda M. ONADO, *Banca e sistema finanziario*, Bologna, il Mulino, 1982, 32 – il quale «costituisce per la banca l'esatto corrispettivo dell'invenzione della ruota». Si tratta di quel “peccato originale” dei primi antichi banchieri che ha portato, all'insaputa dei depositanti e probabilmente in violazione anche di patti espressi con questi ultimi stipulati, all'impiego dei valori depositati, i quali venivano così restituiti alla scadenza con beni della stessa specie e qualità. In questo senso, l'istituto del deposito irregolare può essere considerato come l'antecedente diretto del moderno deposito bancario. Su questa vicenda e sulla sua importanza nell'itinerario storico della banca, cfr. G. DELL'AMORE, *I de-*

le, operazioni di deposito, di custodia, conservazione e con il tempo anche di mutuo fossero ampiamente diffuse nella civiltà sumera e babilonese e, in un certo senso, alcune parti del codice di *Hammurabi* possono essere considerate come il primo embrionale esperimento di legislazione bancaria<sup>4</sup>. Dunque – anche al netto della *querelle* fra “catallattici” e “statalisti”<sup>5</sup> – non

---

*positi nell'economia delle aziende di credito*, Milano, Giuffrè, 1951, 43 ss. Sull'evoluzione del deposito irregolare nel diritto romano, cfr. G. ASTUTI, *Deposito (dir. rom. e interm.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 212 ss.; E. SIMONETTO, *Deposito irregolare*, in *Dig. disc. priv.*, V, Torino, Utet, 1989, 279 ss.; G. NEGRI, *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, Torino, Utet, 220 ss.

<sup>4</sup>Il codice di Hammurabi, scoperto nel 1902, stabiliva, fra l'altro, che tutti i contratti di prestito dovessero essere sottoposti al visto di funzionari del sovrano. Peraltro, già alcuni decenni prima del rinvenimento del codice di Hammurabi, gli archeologi avevano trovato traccia di operazioni di deposito ed erogazione di credito nelle tavolette di contabilità risalenti al IV millennio a.C. Peraltro, tra gli storici della banca, Raymond Bogaert esclude che si possa parlare di una banca sumera o babilonese. Secondo questa linea interpretativa, l'esistenza di una attività bancaria vera e propria sarebbe da ricollegare alla contestuale realizzazione di tre condizioni: lo svolgimento in forma professionale dell'attività bancaria; l'erogazione di prestiti attraverso denaro ottenuto in deposito e non già mediante capitali propri; l'impiego di moneta coniata (R. BOGAERT, *Les origines antiques de la banque de dépôt: une mise au point accompagnée d'une esquisse des opérations de banque en Mésopotamie*, Leyde, Sijthoff, 1966).

<sup>5</sup>La prima posizione attribuisce al “mercato” l'invenzione della moneta. In altre parole, la moneta non sarebbe nata “per legge”. Essa dovrebbe essere considerata semmai una istituzione sociale, sicché la sanzione proveniente dall'autorità politica avrebbe potuto solamente perfezionare un meccanismo che trovava le proprie radici nel mercato (C. MENGER, *On the origin of money*, in *The Economic Journal*, 1892, 5). Al contrario, secondo gli “statalisti”, è il crisma della convenzione oppure della legge che permette alla moneta di essere accettata come mezzo di pagamento. Assai suggestiva, sotto questo profilo, è un passaggio del *Secondo trattato sul governo*, ove John Locke individua nella moneta il frutto di una convenzione conclusa da individui pre-politici nello stato di natura. Attraverso il consenso – scrive Locke – si è così scoperto «il modo in cui un uomo può, ricevendo oro e argento (...) possedere, legittimamente e senza danneggiare nessuno, più di quanto egli stesso possa usare». Con il passaggio dalla società senza governo alla comunità politica, compito dell'autorità sarebbe innanzitutto, secondo Locke, quello di garantire la convenzione pre-politica con la quale si identifica in una quantità di metallo reale il valore immaginario della moneta (cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690), tr. it.: *Due Trattati sul governo e altri scritti*, Torino, Utet, 1982, 255 ss.). Incerta è la collocazione del pensiero di Aristotele rispetto a queste due posizioni. Infatti, nel lavoro su *La Politica*, Aristotele identifica la nascita della moneta con questa semplice scoperta: accettando temporaneamente, in cambio della propria merce, un bene che non si desidera è possibile ottenere, attraverso una seconda operazione di baratto, ciò che invece si vuole effettivamente. Questa interpretazione sembra tuttavia cozzare con la diversa ricostruzione proposta nella *Etica Nicomachea*, dove la nascita della moneta viene attribuita a una convenzione o a una legge. Peraltro, ritiene che si tratti di una contraddizione inesistente J. SCHUMPETER, *History of economic analysis*, I, New York, OUP, 1954, tr. it.: *Storia dell'analisi economica*, I, Torino, Boringhieri, 1960, 79.

è azzardato affermare che, sul piano storico, l'origine della banca abbia preceduto e non seguito<sup>6</sup> l'introduzione della moneta<sup>7</sup>.

Anche nel mondo greco, l'attività bancaria era ampiamente diffusa<sup>8</sup>, mentre l'esperienza romana<sup>9</sup> – pur senza superare dal punto di vista tecnico il punto di arrivo della banca greca – ha dato una avanzatissima sistemazione giuridica all'attività creditizia<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup>L'erogazione del credito da parte delle banche antiche ha anzi rappresentato un fattore decisivo nel percorso che ha condotto alla creazione della moneta. Se è vero infatti che il superamento del baratto ha notevolmente facilitato l'erogazione sistematica del credito, fornendo in particolare uno strumento agile per misurare e saldare il debito, è vero anche che la forma pubblica della verità e accettabilità della moneta riposa essenzialmente su una struttura simbolica di credito. Cfr. M. AMATO, *Le radici di una fede. Per una storia del rapporto fra moneta e credito in Occidente*, Milano, Bruno Mondadori, 2008, 89.

<sup>7</sup>Le origini della moneta sono fatte risalire generalmente a una epoca antecedente all'inizio della riflessione documentata dell'uomo su se stesso. Erodoto aveva rintracciato l'origine della moneta in Lidia durante il regno di Gige (VII-VI sec. a.C.). Altre testimonianze attribuiscono questa innovazione a Fidone, Re di Argo. Secondo la ricostruzione storica prevalente, peraltro, la tappa della coniazione si deve ai Lidi, mentre la diffusione vera e propria della moneta fu opera di Fidone (cfr. E. DE SIMONE, *Moneta e banche attraverso i secoli*<sup>2</sup>, cit., 9).

<sup>8</sup>Nel mondo greco esistevano almeno quattro diverse tipologie di istituzioni di credito: i templi, i quali effettuavano operazioni di deposito (ma, a differenza, dei templi mesopotamici, non impiegavano i depositi per l'erogazione di crediti); le banche pubbliche di credito, le quali erano dirette da un concessionario il quale aveva acquistato dalla *polis* il diritto di esercitare in via esclusiva il cambio delle monete; le banche pubbliche "statali", le quali erano istituite dalle autorità civili e venivano gestite da appositi magistrati; infine, le banche private, le quali derivano dalla trasformazione dei cambiatori di monete – i c.d. trapeziti – in veri e propri banchieri. Invero, pur svolgendo un ruolo tutt'altro che disprezzabile nelle operazioni di cambio e di pagamento, le banche greche hanno avuto un impatto abbastanza limitato sull'economia del tempo. Più diffusamente, cfr. E. DE SIMONE, *Moneta e banche attraverso i secoli*<sup>2</sup>, cit., 10 ss.

<sup>9</sup>Attraverso i contatti con le colonie greche dell'Italia meridionale, l'attività creditizia è approdata a Roma. Seguendo un percorso evolutivo non dissimile da quello dei trapeziti ellenici, anche i cambiatori di monete romani, i c.d. *argentarii*, si sono trasformati in veri e propri banchieri. All'esperienza romana va senz'altro riconosciuto il merito di aver dato una avanzatissima sistemazione giuridica all'attività creditizia. Tuttavia, sul piano strettamente tecnico, la banca romana non ha mai superato il punto di arrivo della banca greca, ma tutt'al più si è limitata a riadattare le innovazioni elleniche alle nuove esigenze di grande potenza di Roma. Ha osservato J. RIVOIRE, *Histoire de la banque*, Paris, Presses universitaires de France, 1984, tr. it.: *Storia della banca*, Roma, Lucarini, 1987, 10-13 che ai romani si deve, fra l'altro, il primo esempio di "denazionalizzazione" del credito. Assicuratisi il controllo dell'Egitto, una delle prime manifestazioni di autorità di Roma è stata la soppressione del monopolio del sistema di banche reali tolemaiche istituito nel III secolo a.C.

<sup>10</sup>Le tecnologie di pagamento creditizie – sostiene C. GIANNINI, *L'età delle banche centrali*, Bologna, il Mulino, 2004, 97-98 – nascono proprio con l'esperienza romana. Da allora la loro

Peraltro, come emerge già da questi rapidi cenni alle esperienze antiche, la molteplicità di varianti e configurazioni assunte dalla banca nel tempo e nello spazio ne rende, se non impossibile, quanto meno problematica la *reductio ad unitatem*. Anche in questo ambito sembrerebbe così trovare conferma l'intuizione di Koselleck, il quale evidenziava che ogni concetto è legato a una parola, ma non necessariamente tutte le parole appaiono in grado di esprimere un concetto<sup>11</sup>.

Va da sé che gli ordinamenti giuridici vigenti si sono preoccupati di individuare, talvolta in maniera anche molto analitica, le caratteristiche morfologiche della banca e le finalità dell'attività bancaria<sup>12</sup>. Peraltro, che tali indicazioni definitorie – diversamente declinate nelle varie esperienze giuridiche – siano di per sé sufficienti a fare luce sullo scopo della banca e sulle implicazioni di ordine costituzionale che l'attività bancaria ha assunto nel suo divenire è, quanto meno dubbio. Infatti, soprattutto in una prospettiva costituzionale, lo studio della banca impone di non arrestare l'orizzonte di ricerca all'accadere del diritto, al “dato” di un determinato ordinamento positivo, ma semmai di scavare nel fiume carsico della storia che scorre al di sotto di esso. Ebbene, se intendiamo fare “nostre”, secondo la terminologia orestaniana<sup>13</sup>, le tante esperienze *particolari* che compongono la trama di questa

---

natura non è cambiata. Si sono trasformati, semmai, «l'assetto istituzionale di supporto, nonché le modalità di standardizzazione dei titoli di credito».

<sup>11</sup> Cfr. R. KOSELLECK, *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt, Suhrkamp, 1979, tr. it.: *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, Marietti, Genova, 1986, 91 ss., spec. 102 ss., secondo il quale la specificità dei concetti rispetto alle parole va rintracciata nella idoneità dei primi di veicolare un intero contesto semantico, *rectius*, una pluralità di contesti semantici, i quali, gli uni sugli altri, si lasciano esprimere mediante i concetti stessi. Sulla distinzione fra la forma di pensiero del “concetto” e quella del “tipo”, F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 268 ss., i quali, riprendendo una intuizione di E. JÜNGER, *Typus, Name, Gestalt*, Stuttgart, Klett Cotta, 1963, evidenziano come il tipo non possa «mai essere totalmente definito, ma solo indicato e spiegato, poiché la tipicità da esso richiamata si basa su di un complesso di caratteristiche che ha un nucleo fisso, ma non rigidamente chiuso». In altre parole, «il concetto divide, il tipo lega». Sulla questione della storicità dei concetti giuridici, cfr. inoltre i contributi di Pugliatti, Jemolo, Calogero e Cesarini Sforza ora raccolti nel volume di N. IRTI (cur.), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>12</sup> Per una comparazione fra la nozione di banca negli ordinamenti europei e in quello statunitense, cfr. C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*<sup>2</sup>, Bologna, il Mulino, 2016, 69 ss. Sulla nozione di attività bancaria, cfr. altresì G. DESIDERIO, *L'attività bancaria. Fattispecie ed evoluzione*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>13</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Della “esperienza giuridica” vista da un giurista*, in ID., *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, il Mulino, 1981, 487 ss. e spec. 506-508. Sul concetto di esperienza giuridica, cfr.

storia, sarà innanzitutto necessario prendere consapevolezza della contingenza degli strumenti concettuali del quale si serve lo studioso della banca. Da qui, fra l'altro, la scarsa utilità di una definizione astratta e universale di banca e l'esigenza piuttosto di risalire alle radici di una idea, o meglio, per prendere in prestito il fortunato titolo di uno studio dedicato all'evoluzione del rapporto fra credito e moneta in Occidente, alle "radici di una fede"<sup>14</sup>.

Del resto, la relazione debitore-creditore – intesa come radice antropologica di qualsiasi sistema economico – preesiste «alla sua configurazione propriamente monetaria, e anzi, *eccede* strutturalmente la dimensione puramente economica della gestione dei pagamenti e delle loro dilazioni». Non è solo l'economico ma è innanzitutto il politico – «ossia la possibilità di una vita comunitaria basata sulla condivisione di una legge» – a strutturarsi attorno alla relazione debito-credito. In questo senso, «nessuna economia, neppure la più "primitiva", può fare a meno del credito, quanto meno nella forma elementare di una fiducia che preesiste alla strutturazione delle relazioni di scambio e di debito al suo interno. E nessuna economia, nemmeno la più "avanzata", può cancellare la dimensione da cui essa proviene, ossia la dimensione del bisogno e del debito»<sup>15</sup>.

## 2. La banca nella tradizione giuridica pre-westfaliana

### 2.1. Storia e preistoria della banca: il divieto di prestito a interesse e il problema dell'unità della comunità politica

Secondo una linea interpretativa molto diffusa, il passaggio dalla "preistoria" alla "storia" della banca può essere individuato con la fine della rile-

---

anche cfr. anche E. OPOCHER, *Esperienza giuridica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, Giuffrè, 735 ss.; G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, Maglione, 1932, ora anche in *ID.*, *Opere*, II, Milano, Giuffrè, 1959, 245 ss.; A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957; G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953; A. PUNZI, *Dialogica del diritto: studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1999, spec. 77 ss.

<sup>14</sup>Mi riferisco al lavoro di M. AMATO, *Le radici di una fede. Per una storia del rapporto fra moneta e credito in Occidente*, cit., spec. 17, nel quale si osserva che la relazione debito-credito implica «non solo un aspetto giuridico», emblematicamente rappresentato dall'obbligazione, «ma anche un aspetto religioso». Questo aspetto «non viene meno, nonostante ogni apparenza, neanche nelle società secolarizzate moderne e ultramoderne. Anche queste ultime riposano su una fede, e forse in un modo tanto più religioso quanto meno consapevolmente ammesso».

<sup>15</sup>Cfr. M. AMATO, *Le radici di una fede. Per una storia del rapporto fra moneta e credito in Occidente*, cit., 17.

vanza della proibizione dell'usura<sup>16</sup>. Prima di allora, il credito era, sì, ben presente nell'ambito dell'economia europea, ma in un *format* diverso dal prestito a interesse, come attestato da antiche forme contrattuali, quali il contratto di commenda e il respiro commerciale<sup>17</sup>.

La condanna dell'usura – la quale non ha impedito il progresso della banca ma certamente ne ha deviato il corso del suo sviluppo – si intreccia dunque con uno dei grandi fili conduttori della storia costituzionale della banca, vale a dire il problema del rapporto fra struttura economica – della quale l'attività bancaria costituisce ovviamente una delle componenti decisive – e unità della comunità politica<sup>18</sup>. In ultima battuta, infatti, il divieto di prestito a interesse intendeva identificare una norma di giustizia naturale volta a preservare il mantenimento del legame sociale<sup>19</sup>.

Prima ancora che la scolastica cristiana denunciassero l'immoralità del prestito a interesse, tale forma di guadagno fu osteggiata da molte esperienze del mondo antico<sup>20</sup>. La legge mosaica lo ammetteva esclusivamente in relazione ai prestiti erogati a stranieri<sup>21</sup>. Platone, Catone e Seneca lo avevano considerato riprovevole. Aristotele aveva deprecato il profitto ge-

---

<sup>16</sup> Cfr. M. AMATO, *Le radici di una fede. Per una storia del rapporto fra moneta e credito in Occidente*, cit., spec. 27-28.

<sup>17</sup> Non mancavano ovviamente le eccezioni. In Grecia, per esempio, le leggi di Solone avevano riconosciuto la libertà dei tassi d'interesse. Quanto al diritto romano, l'interesse – pur non essendo proibito – poteva essere stipulato soltanto nell'ambito di contratti diversi dal *mutuum*.

<sup>18</sup> Ripercorre i grandi passaggi della discussione sul rapporto fra interesse generale e interesse privato, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica: la prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale AIC 2011*, Napoli, Jovene, 2014, 3 ss., spec. 16 ss.

<sup>19</sup> Lo rileva M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica: la prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., spec. 16 ss. e 40-41.

<sup>20</sup> Anche l'Islam – al pari delle altre due grandi religioni monoteistiche – ha condannato il prestito a interesse. Infatti, mentre il "*ribā*" (interesse, usura) era pratica molto diffusa nella società araba pre-islamica, esso è stato esplicitamente vietato dal Corano. Sebbene a partire dal XIX secolo vennero aperte numerose banche, specialmente nell'Impero ottomano, il divieto di *ribā* ha mantenuto la sua natura di obbligo religioso, creando così problemi di coscienza nel ricorso ai servizi di una banca. Tuttavia – negli ultimi tre decenni del XX secolo – si è andato diffondendo il fenomeno delle banche islamiche, vale a dire una forma di credito alternativo basato sul perseguimento di utili nel rispetto dei principi dell'Islam, in particolare attraverso un ampio ricorso al c.d. sistema partecipativo. Sulla banca islamica quale forma di credito alternativo, più diffusamente, cfr. E. DE SIMONE, *Moneta e banche attraverso i secoli*<sup>2</sup>, cit., 258 ss.

<sup>21</sup> Cfr. *Deuteronomio* XXIII, 20-21: «non esigere nessun interesse dal tuo fratello (...) Esigi invece l'interesse dallo straniero, ma non dal tuo fratello».

nerato dal denaro, affermando che la ricchezza può nascere soltanto dall'intelletto e dal lavoro dell'uomo<sup>22</sup>. Del resto, la concezione del mondo delle società antiche era «sostanzialmente volta alla conservazione dell'esistente piuttosto che a realizzare grandi cambiamenti economici e sociali»<sup>23</sup>. Si spiega in questa chiave, dunque, la ragione dell'ostilità nei confronti del prestito a interesse, il quale – anche quando non proibito espressamente – era comunque considerato come qualcosa di “innaturale”.

Il cristianesimo ha ripreso quell'antichissimo tema, traducendo il principio-fulcro dell'etica economica medioevale nella massima “*nummus non parit nummos*” (“il denaro non può generare denaro”)<sup>24</sup>. Una prescrizione recepita anche dalla legislazione delle autorità civili franche, le quali vietarono il divieto di prestito a interesse.

E così, come ricorda Onado, nei manuali dei confessori medioevali ritroviamo il banchiere assieme «a prostitute, giullari, cuochi, soldati, macellai e osti»<sup>25</sup>. Dante, da parte sua, collocò gli usurai nello stesso girone dei bestemmiatori e dei sodomiti, condannandoli a patire una pioggia di fuoco su una spiaggia infernale. Insomma, il banchiere era compreso fra coloro che esercitavano *inhonesta mercimonia* e *illicita negotia*. Nell'ambito di una concezione del mondo nella quale il denaro rappresentava un tabù e la terra costituiva l'unico fondamento dell'ordine sociale, il lavoro infame del banchiere si poneva così all'avanguardia della nuova frontiera del disprezzo.

Qualcosa incominciava tuttavia a cambiare dopo l'anno Mille. La migliore conoscenza reciproca delle civiltà portata dalle Crociate e dalle esplorazioni dell'Oriente, unite alla ripresa economica, contribuirono a dare un nuovo impulso all'attività creditizia e monetaria<sup>26</sup>. Marco Polo riferisce ad esempio dello stupore dei primi viaggiatori europei alla scoperta

<sup>22</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Roma-Bari, Laterza, 1973.

<sup>23</sup> E. DE SIMONE, *Moneta e banche attraverso i secoli*<sup>2</sup>, cit., 20.

<sup>24</sup> Il divieto di prestito a interesse si basava, fra l'altro, su un versetto del Vangelo di Luca (VI, 34-35) contenuto nel discorso della Montagna: «E se prestate a coloro da cui sperate ricevere, che merito ne avrete? Anche i peccatori concedono prestiti ai peccatori per riceverne altrettanto. Amate invece i vostri nemici, fate del bene e prestate senza sperarne nulla, e il vostro premio sarà grande e sarete figli dell'Altissimo; perché egli è benevolo verso gl'ingrati e i malvagi».

<sup>25</sup> Così M. ONADO, *Banca e sistema finanziario*, cit., 32-33. Per uno studio dei mestieri e delle professioni attraverso le lenti dei manuali dei confessori medioevali, cfr. J. LE GOFF, *Au Moyen Âge: temps de l'Église et temps du marchand*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 3, 1960, 417 ss., tr. it.: *Tempo della Chiesa e tempo del mercante*, Torino, Einaudi, 2000, spec. 133 ss.

<sup>26</sup> Sulla nascita del mercato nell'Europa medioevale, cfr. P. PRODI, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Bologna, il Mulino, 2009.

della moneta cartacea nella provincia cinese dello Szechwan<sup>27</sup>.

Messa a confronto con queste trasformazioni, la Chiesa riaffermava tuttavia la propria posizione tradizionale: nel 1179 il terzo Concilio lateranense allontanava gli usurai dai sacramenti, proibendo altresì ai sacerdoti di accettare le loro donazioni. Tra il 1265 e il 1273, la *Summa* di San Tommaso dava una sistematizzazione nel linguaggio cristiano alle posizioni già espresse da Aristotele nella *Etica Nicomachea*. Per dirla con Jacques Le Goff, fra il «tempo della Chiesa» – calibrato sui ritmi lenti del lavoro e della preghiera – e il «tempo del mercante» – fondato su attività la cui unica trama era il guadagno – veniva a realizzarsi una antitesi irriducibile: e così, «rifiutare un beneficio sul tempo, scorgervi uno dei vizi fondamentali dell'usura», significava «non solo attaccare l'interesse nel suo principio, ma distruggere ogni possibilità di sviluppo del credito»<sup>28</sup>.

Malgrado la conferma della condanna ecclesiastica, a partire dal 1100 la «ruota della fortuna dei mestieri medioevali»<sup>29</sup> incominciava a cambiare direzione. In una società profondamente impregnata di religione, quale quella medioevale, si faceva strada infatti la convinzione dell'esistenza di un luogo intermedio dell'aldilà: un evento – sottolinea Le Goff nel suo volume su *La nascita del purgatorio*<sup>30</sup> – che va ben oltre la storia della religione e che si ricollega invece alle nuove strutture socio-politiche del feudalesimo e alle conquiste economiche e mercantili del basso Medioevo. Si affermava così una nuova “geografia” dell'aldilà, nella quale il peccato non era più chiamato a decidere tragicamente il destino dell'uomo, ma che al contrario lasciava aperta una speranza. Forse non per tutti, ma certamente per coloro che, come i banchieri, potevano permettersi di sostenere finanziariamente gli enti religiosi con le loro generose donazioni.

È del tutto evidente che la condanna della Chiesa non poté impedire lo sviluppo della banca, tutt'al più che l'usura fu una attività ampiamente tollerata per tutto il Medioevo e che le tecniche per aggirare la proibizione canonica assunsero in quel periodo forme sempre più sofisticate<sup>31</sup>. È inve-

---

<sup>27</sup> M. POLO, *Il Milione*, Milano, Adelphi, 1975, 81 ss.

<sup>28</sup> J. LE GOFF, *Tempo della Chiesa e tempo del mercante*, cit., spec. 4.

<sup>29</sup> L'immagine è presa in prestito da J. LE GOFF, *Tempo della Chiesa e tempo del mercante*, cit., 53.

<sup>30</sup> J. LE GOFF, *La naissance du Purgatoire*, Paris, Gallimard, 1981, tr. it.: *La nascita del purgatorio*, Torino, Einaudi, 1982.

<sup>31</sup> La principale di queste tecniche era probabilmente rappresentata dal cambio con lettere. Tale metodo consisteva nella negoziazione di cambiali pagabili su altra piazza in una diversa

ce oggetto di discussione se la condanna dell'usura abbia ritardato lo sviluppo economico europeo. In realtà, secondo Keynes – ma tale interpretazione è controversa – il divieto ecclesiastico non ha costituito un ostacolo decisivo alla rinascita dell'economia e del credito, e anzi, sotto alcuni aspetti, esso ha addirittura favorito la spinta all'investimento, orientando i capitali verso gli impieghi, almeno per l'epoca, maggiormente produttivi<sup>32</sup>.

La proibizione del prestito a interesse – benché spesso non rispettata – è rimasta a lungo nella legislazione civile, mentre soltanto nel 1917 il codice di diritto canonico ha riportato questa fattispecie al più moderno significato di divieto di prestito a interesse smodato. È peraltro significativo che una delle primissime decisioni adottate dall'Assemblea nazionale francese a seguito della sua costituzione nel 1789 fu quella di legalizzare il prestito a interesse. Vero è che quella interdizione non era più osservata da molto tempo. E tuttavia, anche sul piano simbolico, la decisione di espungere l'usura dalla legislazione penale intendeva dare un riconoscimento al contributo offerto dai banchieri alla causa della rivoluzione, e dunque il loro “sorpasso” sui finanziari, assai più legati all'*ancien régime*.

## 2.2. Moneta e credito: prodromi di “tutela del risparmio” nella tradizione giuridica medioevale

L'itinerario storico della banca segnala anche un ulteriore dato, ossia che la relazione fra credito e potere non si esaurisce mai in un rapporto esclusivamente di tipo gerarchico e conflittuale. O meglio: può esservi un rapporto di potere di questo tipo, forse, in relazione al singolo debitore insolvente, nei confronti del quale il creditore può attivare le procedure esecutive e fallimentari istituite già negli ordinamenti più antichi. Fin dalla riforma monetaria di Solone è tuttavia apparso evidente che dal rischio di insolvenza di una intera classe di debitori discende un elemento solidaristico che unisce debitore e creditore e che inevitabilmente precede qual-

---

moneta. L'interesse era in sostanza occultato all'interno del prezzo della tratta, la lettera di cambio appunto. In sostanza, attraverso l'operazione di cambio si giustificava l'operazione di credito, mentre il profitto sul cambio sostituiva l'interesse.

<sup>32</sup> Cfr. J.M. KEYNES, *The general theory of employment, interest and money*, London, Macmillan, 1936, tr. it.: *Occupazione interesse e moneta: teoria generale*, Torino, Utet, 1953, 312). In argomento, cfr. anche E. DE SIMONE, *Moneta e banche attraverso i secoli*<sup>2</sup>, cit., 31-32, il quale, aderendo alla interpretazione keynesiana, rileva che «la Chiesa si schierava, così, dalla parte del contraente più debole, nell'intento di proteggerlo dalle esose richieste dei prestatori di professione».