



# DUE SCRITTI DI SEVERINO CAPRIOLI SUL DIRITTO BANCARIO SAMMARINESE

---

*È una sintesi, curata dal dottor **Massimiliano Simoncini**, di due recenti saggi di Severino Caprioli: Sulle buone relazioni tra le banche e i loro clienti, contributo ad una giornata di studio dell'Associazione bancaria sammarinese del 2006, con alcuni sviluppi, destinato agli studi in onore di Nicola Picardi; e La fiaba del segreto bancario sammarinese, ovvero discrezione e discernimento, pubblicato negli Studi in onore di Franco Coppi, Torino, 2011, pp. 737-764.*

1. **D**ue insiemi di precetti, introdotti recentemente nell'ordinamento sammarinese, hanno attirato l'attenzione di Severino Caprioli -studioso, da lungo tempo osservatore di vicende sammarinesi- a lui confermando la persistente ricorrenza di certi difetti della nostra legislazione. Si tratta di due leggi del Consiglio grande e generale: del 29 giugno 2005 n. 96, *Statuto della banca centrale della repubblica di San Marino*; e del 17 novembre 2005 n. 165, *Legge sulle imprese e sui servizi bancari, finanziari e assicurativi*.

Già ad una prima lettura delle norme contenute nelle due leggi ne appare evidente il carattere "a mosaico", derivante dall'essere intessute di trapianti da un ordinamento codificato, quello italiano, facilmente potendosi riconoscere nella l. 165/2005 enunciati, spesso nel loro preciso dettato e talvolta con leggere varianti, di molti articoli dell'italiano *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (d. legs. 1 settembre 1993), sul quale

si è ancora una volta esercitata la pratica del mosaico normativo.

Meglio chiarire subito che sulle due leggi sammarinesi s'intrecciano strettamente questioni di grande complessità, legate alle particolari discipline ed alle finalità delle normative sull'antiriciclaggio; ed ai loro rapporti con il c.d. segreto bancario e l'anonimato nelle sue varie forme (societario, fiduciario e di segregazione in trust); da intendersi quali vicende capaci di incidere sotto il profilo della generale responsabilità patrimoniale a cui, anche a San Marino per norma di ordine pubblico, ciascuno è tenuto.

Il "malvezzo del mimetismo legislativo" - che, ripercorrendo la legislazione sammarinese, trova ampia casistica non tutta encomiabile - in parte può ascrivere alla mancanza di una dottrina sammarinese; poche le eccezioni, che l'Autore segnala con riguardo alle sole materie qui considerate: due articoli di Gian Luigi Berti nella rivista dell'Associazione bancaria italiana (1983), *Il sistema monetario e la moneta d'oro di San Marino*, e *Su alcune questioni inerenti ai rapporti valutari fra San Marino e Italia*, ed il paragrafo sui contratti bancari di Luigi Lonfernini (*Elementi di diritto civile sammarinese. Le obbligazioni*, 2000).

Non è il primo garbato avvertimento sulle conseguenze della mancanza di una dottrina sammarinese - per le cui ragioni ed effetti si veda il programma *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente, Miscellanea dell'Istituto giuridico sammarinese*, febbraio 1991 - e su quanto tale assenza possa condurre a risultati aberranti:

"insofferenti di ogni più consolidata massima di esperienza. Non ultima di quella galileiana, ricordata opportunamente a tutti da Edoardo Ruffini: "Se tu costruisci una macchina con certe dimensioni ben calcolate, certi rapporti, questa macchina funziona; se questa stessa macchina con lo stesso disegno, mantenendo gli stessi rapporti, tu la costruisci in dimensioni più grandi, può darsi che non funzioni, o che funzioni male". L'importanza delle *dimensioni* di quella *macchina* che è un ordinamento dà pieno rilievo alla massima formulata dal Galilei, quando si rifletta sul nesso circolare fra organizzazione e norma. La possibilità stessa che gli uffici di quell'ordinamento funzionino dipende dall'esistenza di personale adeguato, sicché il numero dei cittadini fra cui sceglierne i titolari non è indifferente

all'efficienza delle istituzioni.”

Palese è il rischio che questa repubblica proseguendo nella pratica dei trapianti si riduca “ad una sorta di colonia giuridica di Stati confinanti”, preoccupazione non ignota all'Astuti quando già nel 1961 rilevava il danno derivante a San Marino da certe “rinunzie al proprio diritto”.

Paradigma di tali maldestri trapianti dall'ordinamento italiano può facilmente rinvenirsi osservandoli nella legge sammarinese 13 giugno 1990 n. 68, *sulle società*, dalla quale non si discostano la successiva l. 23 febbraio 2006 n. 47 e la memorabile l. 18 marzo 1999 n. 34 *dell'arbitrato*, da ritenersi poco più che la trascrizione dal titolo VIII del libro IV del *codice di procedura civile* italiano (con modifiche fino alla l. 5 gennaio 1994 n. 25).

L'A. sostiene che non può confutare l'asserto - essere la propensione al mimetismo legislativo difetto emergente dalla normativa sammarinese - il richiamo che Gino Gorla faceva della *lex loci vicinioris*, nel senso che tale criterio aveva nell'originario sistema del diritto comune come ragionata applicazione giurisdizionale della legge del luogo vicino; non potendo essere che errato giustificare l'odierno andazzo mimetico rappresentandolo come la prosecuzione di quell'*imitari quod per Italiam observatur* che motivò una norma eccezionale contenuta nello statuto seicentesco (*Leges Statutae* Lib. II, 64), “appropriata ad ordinamenti fra loro indipendenti, ma compresi tutti nell'unità di un solo impero, lontani ormai secoli dalla San Marino moderna”.

L'A., per questa via, rammenta che la persistente “inclinazione mimetica dei sammarinesi non trova più fondamento nel sistema delle fonti introdotto dalla riforma della *Dichiarazione*” (art. 4 della l. di revisione 26 febbraio 2002 n. 36) e giunge a ritenere che una lettura attenta del complesso formato dalle leggi 96/2005 e 165/2005 forse si concluderà con l'auspicio di un saggio e pronto ripensamento delle riforme, che è pure questo “una costante nella tradizione legislativa sammarinese”, come ad esempio in passato a proposito della l. 68/1990, ripetutamente novellata anche di recente.

Un ripensamento, però, che l'A. ci ammonisce a non confondere con la giusta considerazione dell'esigenza di pervenire a discipline uniformi; uniformazione che ci consiglia di perseguire percorrendo idealmente la linea tracciata in passato da Vittorio Scialoja. Che tali discipline voleva fossero fondate su riconoscibili consuetudini commerciali, viste rigorosamente nel sistema del diritto comune - consuetudine dei *mercatores* posta in luce dallo

stesso Vittorio Scialoja come “diritto comune mercantile”, che “fa parte del diritto comune generale” - ma guardandosi dalla odierna dominante “retorica di una *lex mercatoria* dalle scaturigini insondabili”.

Nel riordinare la materia l’A. suggerisce possa cogliersi spunto centrale dalla considerazione - derivante dall’osservazione della realtà - espressa da Gian Luigi Berti: “agli effetti valutari San Marino non può essere considerato *estero*” rispetto all’Italia, con tutte le ragionevoli conseguenze. Che è una maniera per dire: unità di mercato (struttura) e dualità di ordinamenti (sovrasttrutture). Del riflettersi dell’unità di mercato nell’unità di nazione si rinvengono conseguenze nell’ordinamento della repubblica: come è noto, qualche istituto di credito sammarinese faceva parte di associazioni italiane fra istituti bancari, risultando perciò vincolato nelle modalità d’azione a norme di varia indole, vigenti nell’ordinamento italiano; e del resto quei negozi d’associazione, atti di autonomia privata (con le relative norme italiane), potrebbero trovare limiti soltanto nell’ordine pubblico interno sammarinese.

L’asserto trova ancor maggiore conferma nei rapporti liberamente costituiti dalla repubblica sammarinese con altri Stati. Il discorso (sui riflessi in repubblica dell’unità di mercato) si allarga in specie alla *Convenzione in materia di rapporti finanziari e valutari tra la repubblica di San Marino e la repubblica italiana* e all’*atto aggiuntivo* (entrambi sottoscritti a Roma il 2 maggio 1991). Basti considerare i punti 3, 4 e 5 della Convenzione:

*“3. La repubblica di San Marino si impegna a recepire sostanzialmente nel proprio ordinamento la normativa valutaria italiana, comprese le clausole di salvaguardia, adeguandolo [...] ai mutamenti dell’ordinamento valutario italiano prontamente comunicati alla controparte.*

*4. Le autorità sammarinesi si impegnano ad evitare, nelle forme ritenute più opportune, che nei rapporti delle istituzioni creditizie e finanziarie, aventi sede legale o dipendenze in San Marino, con residenti italiani si creino, sotto i vari profili, condizioni concorrenziali distorsive rispetto a quelle presenti in Italia. [...].*

*5. Al fine di assicurare un corretto e ordinato funzionamento delle istituzioni creditizie e finanziarie, le autorità sammarinesi si impegnano a mantenere un adeguato sistema di vigilanza.”*

Dall’esegesi delle tre disposizioni risulta centrale quanto convenuto

con il punto 4; mentre pare che la disciplina sancita con la l. 165/2005 sia stata dettata per adempiere all'obbligo contratto dalla repubblica sammarinese verso la repubblica italiana con il punto 5.

Tale punto 4 della Convenzione suscita nell'A. una considerazione di buon senso ch'egli ritiene pregiudiziale ad ogni disamina dei problemi che l'organo competente di Banca centrale si troverà a dover risolvere nel dettare la disciplina imposta con l'art. 61 della l. 165/2005 - "trasparenza" e "correttezza" nei rapporti fra le società soggette alla vigilanza ed i loro clienti - di cui si tratterà più ampiamente nel prosieguo:

“le “forme più opportune”, atte ad “evitare che si creino condizioni concorrenziali distorsive” “nei rapporti delle istituzioni creditizie e finanziarie aventi sede legale o dipendenze in San Marino” (punto 4 della convenzione) possono in via d'ipotesi determinarsi con il mezzo di uno schietto e dignitoso rinvio, meglio assai di un avventuroso trapianto.”

Ciò vale a dire che per adempiere ai patti, ed evitarne la violazione, converrà esaminare attentamente l'ipotesi del rinvio alle discipline poste dall'autorità italiana competente, e non soltanto per assicurare quella disciplina uniforme di cui tutti sentono l'esigenza, ma anche per evitare altri trapianti non adeguatamente meditati, che potrebbero produrre inopinate conseguenze su tale adempimento.

Contro l'ipotesi di provvedere nella materia con semplice rinvio alle discipline vigenti in Italia non varrebbe la retorica invocazione della sovranità sammarinese; argomento suggestivo di carattere ideologico, che può essere brandito sul piano politico solo se si sia ignari del sistema sammarinese dei precetti quale risulta dalla *Dichiarazione*.

Neppure ci si può ritenere liberati dalle tre proposizioni normative contenute nella convenzione italo-sammarinese del 2 maggio 1991 osservando che essa viene espressamente “sostituita” dall'accordo stipulato il 26 novembre 2009, reso esecutivo con il decreto consiliare del 2 luglio 2012 numero 79 (art. 5 comma 1), poiché:

“Il loro disposto rimane nell'ordinamento sammarinese disseminandosi in due convenzioni internazionali distinte: l'*Accordo tra il governo della repubblica di San Marino e il governo della repubblica italiana in materia di cooperazione economica*, stipulato il 31 marzo 2009 ed esecutivo con il decreto consiliare

2 luglio 2012 n. 80, per cui “le parti *si impegnano a evitare* il verificarsi di *condizioni distorsive della concorrenza* e collaborano per assicurare un’efficace *vigilanza* sulle attività finanziarie” (art. 1 comma 2); e l’*Accordo tra il governo della repubblica di San Marino e il governo della repubblica italiana in materia di collaborazione finanziaria*, stipulato il 26 novembre 2009 e reso esecutivo con il decreto consiliare 2 luglio 2012 n. 79, che impone addirittura la “reciproca ed effettiva collaborazione senza porre vincoli di riservatezza nello scambio di informazioni tra le autorità competenti ” (art. 1 comma 2), sancisce l’“impegno a garantire un’efficace vigilanza”, ad “assicurare gli obblighi di segnalazione di operazioni sospette nonché la trasmissione, anche in deroga al segreto bancario, dai soggetti obbligati alle controparti dell’altro Paese delle informazioni necessarie per...” (art. 3) e via dicendo.”

In altre parole il contenuto obbligatorio dei precetti della Convenzione del 1991 è ripresentato tal quale negli Accordi del 2009, seppur disseminato e specificato in più clausole.

**2.** La critica alla scarsa vitalità del trapianto operato dalle due leggi numeri 96 e 165, non può che proseguire attraverso la *ricognizione del sistema introdotto con le due leggi sammarinesi del 2005*: opera che l’A. svolge attraverso linee di lettura che ne toccano i punti ritenuti specialmente significativi, per un vaglio di coerenza rispetto al sistema sammarinese e per eseguire puntigliosa disamina degli imprestiti (italiani) nelle singole disposizioni; da ciò trae giovamento la comprensione di quanto il mosaico, composto dalla disciplina discendente da tali disposizioni, sia insufficiente a conseguire gli effetti voluti dalle stesse leggi. Le disposizioni richiamate dimostrano anche l’infondatezza di certe affermazioni rinvenibili nella dottrina italiana circa l’omogeneità dei due sistemi.

Ed ecco una differenza che subito emerge dal confronto e fa osservare all’A. che l’art. 36 della legge sammarinese 165/2005 “intrude il segreto bancario, contro il segreto d’ufficio regolato dall’art. 7 dell’italiano d. lgs. 383/1993” questo essendo “tutt’altra figura”. Di tale distinzione viene dato

conto nell'altro scritto dell'A. qui considerato, nel quale è fatta ampia trattazione delle vicende e dei pregiudizi sorti attorno alla natura e disciplina del segreto bancario, quale istituto gravemente malinteso nel sistema.

Tema questo, inutile dirlo, assai delicato nella realtà sammarinese, ma schiettamente affrontato dall'A. con lo scritto dall'eloquente intitolazione *La fiaba del segreto bancario sammarinese, ovvero discrezione e discernimento*.

Principale oggetto di discernimento deve essere l'equivoco costituito dal ritenere l'esistenza di un unico genere e diverse specie di segreto "co-acervando profili dell'esperienza che riflettono aspetti del vivere associato irriducibilmente distinti", allo stesso tempo costruendo il segreto (bancario) come prerogativa della persona - da fondare addirittura sui diritti fondamentali ad essa spettanti - anziché come istituto che, ben più modestamente, attiene al patrimonio della persona, ma coinvolge anche il patrimonio di altri soggetti.

Sotto tale profilo, sgombrato il campo da ogni retorica della riservatezza bancaria costruita come diritto della personalità, a fronte del dovere di riserbo degli istituti finanziari resta solo da considerare il rapporto con la generale garanzia patrimoniale sancita in ogni ordinamento moderno con norme di ordine pubblico civile (in Italia l'art. 2740, comma 1, del codice civile, non privo del suo corollario nel seguente art. 2741 che riceve il principio della *par condicio creditorum*; avvertendosi che deve ritenersi nulla ex art. 1343 c.c. ogni fattispecie privata tendente a limitare questa garanzia). Garanzia che nell'ordinamento sammarinese si compendia nella consimile norma di diritto proprio prevista nell'art. 1 della legge 16 marzo 1854 *legge ipotecaria*: "tutti i beni immobili e mobili si ritengono naturalmente destinati a garantire l'adempimento delle obbligazioni legittimamente contratte dal debitore a favore dei di lui creditori". Norma che replica i precetti e principi già fatti evidenti da molteplici *loci* di diritto comune.

Mentre la stessa esigenza di pareggiare la condizione dei creditori circa l'intero patrimonio del decotto emerge dall'art. 10 della l. 15 novembre 1917, n. 17 *sulla cessione dei beni ai creditori, sul concordato e sul concorso dei debitori*: "il debitore [...] intenda, mediante il concorso o contributo, di pareggiare la condizione dei propri creditori"; tutte norme che attengono a quel "*ius publicum che privatorum pactis mutari non potest*" (Papiniano).

Per altro verso, oltre la diretta contrarietà alle norme di carattere pub-

blico appena ricordata, dall'A. viene a fondo argomentata la critica della costruzione del segreto bancario come diritto della persona anche sotto al profilo dell'inefficacia del congegno, a mezzo del quale esso si costituirebbe. Difatti, sottoposto il fenomeno ad attenta analisi logico-giuridica, impiegando le coppie di antitesi fra credito e obbligazione e fra garanzia e responsabilità, risulta all'evidenza non verificabile l'ipotesi contraria di un accordo fra debitore e creditore capace di escludere la garanzia patrimoniale: essa sarebbe autocontraddittoria e si ridurrebbe ad una fattispecie estintiva del rapporto. Non si esita, per tale via, a pervenire alla conclusione che il costruito, originato da due fattispecie obbligatorie volontarie tra loro distinte, produrrebbero l'effetto di autolimitare la garanzia patrimoniale per volontà del debitore stesso e, per tagliar corto, nell'ipotesi del deposito bancario recante una clausola che vincoli il depositario al segreto, presenterebbe un carattere elusivo della garanzia patrimoniale: "e come *privatorum pactum* per diritto comune resta inefficace, giacché una convenzione fra privati *ius publicum mutare non potest* (Papiniano D. 2,14,38 *De pactis*, l. *ius publicum*), e perché testualmente *contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur [I patti stipulati contro le norme del diritto civile non sono ritenuti validi]* (Gaio D. 2,14,28 pro *De pactis*, l. *contra iuris civilis*, pr.).".

Si avverte, per di più, che di fronte a questi precetti il contegno tenuto da quel debitore può costituire la condotta ed incorrere nei rigori della sanzione penale prevista dall'art. 209 del codice penale (*Frode nel pignoramento o nel sequestro*), la quale recita: "Il debitore, che per eludere o diminuire la garanzia dei creditori, distrae od occulta in qualsiasi modo le proprie attività patrimoniali, è punito, [...], con la prigionia di primo grado e con la multa a giorni di secondo grado. Il reato è estinto se il reo, prima che sia pronunciata sentenza di primo grado, adempie le sue obbligazioni".

Potendosi ben rinvenire nell'intento di quel debitore la lesione del bene tutelato dalla norma fatto palese dalla *Relazione al codice* § XXX ("evitare che il debitore disonesto vanifichi con frode o con altre manovre la garanzia costituita dal suo patrimonio"), più che dalla riduttiva rubrica dell'articolo. Mentre è certo da escludere, per il principio di specialità sancito espressamente dall'art. 49 della legge 11 dicembre 1974, n. 86, che tale disposto penale possa essere stato abrogato per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 165/2005, la cui clausola di abrogazione generale (art. 157,



comma 3) è inoltre smorzata dallo stesso legislatore col porre l'elenco delle norme da intendersi espressamente abrogate.

La ragione della sottovalutazione del fenomeno deve trovarsi ancora una volta nell'aver ricercato nel segreto bancario il solo profilo della riservatezza, con scarsa considerazione del fatto che il rapporto sottostante al cosiddetto segreto bancario è trilaterale, necessariamente comprendendo anche il terzo creditore del cliente, non già predeterminato dall'origine, ma determinabile di volta in volta in ragione del credito che quegli possa vantare nei confronti del cliente. Per il vero, questa inadeguata rappresentazione del segreto bancario - di cui l'A. ci parla - trova riscontro nella dottrina sammarinese che fonda la propria prospettiva sull'apparente definizione del segreto bancario come divieto ai soggetti autorizzati di rivelare a terzi le notizie acquisite nell'esercizio delle loro attività, che apre l'art. 36, comma 1, l. n. 165/2005. Definizione che, in effetti, impedisce di cogliere il senso pieno di tale istituto; senso che, per altro, discende in modo facilmente apprezzabile dal comma 5 (poi divenuto 6, in seguito alla legge 21 gennaio 2010 n. 5), lettere *c* e *d* (nel testo originario, in seguito divenute lettere *a* e *b*), ove compare la legittimazione del terzo e la struttura trilaterale del fenomeno; altrettanto enigmatica risulta la prosa delle lettere *e* ed *f* (nel testo originario, in seguito divenute lettere *d* ed *e*), ma certo queste non mettono in gioco la riservatezza della persona, bensì la sua solvibilità sotto il profilo del rischio creditizio come in specie nella situazione del protestato.

Non è comprensibile per l'A. come, davanti a siffatte norme, si sia potuta creare una dogmatica della riservatezza nel senso predetto che, addirittura, individui l'art. 36, l. 165/2005 - come pare fare la successiva legge 29 novembre 2010, n. 190, anche se solo in riferimento alle ipotesi considerate nel *trust* - quale *locus communis* del segreto bancario, coacervando e confondendo figure, affatto diverse, come il segreto d'ufficio ed il segreto professionale, disposto spiegabile solo con l'ignoranza della patologia sanzionata penalmente nell'art. 209 del codice penale.

Posto che effetto della clausola di segretezza è la limitazione della generale garanzia patrimoniale sancita dalla legge - e non riducibile per atto di autonomia privata - essa clausola risulta inefficace per norma dell'ordinamento sammarinese ("Le obbligazioni aventi causa o fine illecito sono nulle", come l'A. ci indica emergere fin da iniziale indagine giurisprudenziale).

ziale dell'autorevole T. C. Giannini) sicché il terzo creditore del cliente resta legittimato a conoscere la sua solvibilità attraverso, come riconosciuto dalla giurisprudenza, l'*actio ad exhibendum*, certo provandone i presupposti e non in base ad un interesse generico a conoscere il saldo della somma depositata. Risulta, per altro, impossibile ricostruire il segreto in termini di consuetudine: per la presenza delle norme di diritto comune citate; e perché nel sistema: "*Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*" [Non è piccola l'autorevolezza della consuetudine e dell'uso protratto da lungo tempo, ma essa non può giungere sino a vincere la ragione umana o la legge] (Costantino, a. 319, C. 8,52 [53], 2 *Quae sit longa consuetudo*, 1. *consuetudinis ususque*).

Si aggiunga, rimarca l'A., che esistono oggi nell'ordinamento sammarinese alcune maniere indirette introdotte dalle *reformationes* per limitare la garanzia patrimoniale, quali il *trust* come ora (ri)disciplinato dalla legge 1 marzo 2010, n. 42, e l'*istituto dell'affidamento fiduciario* disciplinato con la coeva legge n. 43/2010, che generano situazioni le quali però, nel ricorrere delle ipotesi previste, pure non sfuggono ai rigori dell'art. 209 del codice penale.

L'invito dell'A. è di nuovo a ben distinguere tra i significati di *segreto bancario* (entrato nel lessico del legislatore sammarinese solo presupposto dall'art. 24 della l. 12 febbraio 1986 n. 21) e *segreto d'ufficio* (che dalla stessa legge n. 21/1986 era espressamente disciplinato all'art. 23; poi nel 104, comma 2, l. n. 165/2005), apprezzandone i significati ripercorrendo le origini storiche e giuridiche del segreto bancario nell'ordinamento sammarinese.

**3.** Non manca poi l'A. di offrire sintetica descrizione della disciplina dell'art. 36 l. n. 165/2005 (come ora novellata con la legge 21 gennaio 2010 n. 5) evidenziandone la stratificazione e l'interpolazione celata dalla sua integrale riscrittura - tecnica normativa di sostituzione spesso impropriamente impiegata invece di modificare singoli articoli o commi: "come se la repubblica si trovasse ogni volta al momento zero della propria attività normativa: un'ipotesi teoricamente e praticamente inammissibile" - nel modo che segue.

"Con l'art. 36, comma 1: "Per segreto bancario s'intende il di-

vieta dei [!] soggetti autorizzati di rivelare a terzi i dati e le notizie acquisite nell'esercizio delle attività riservate di cui all'allegato I"; il rinvio al I allegato offre estro per ricordare come con questa legge la repubblica sammarinese introduce un regime oligopolistico per le imprese di banca e di assicurazione. Dapprima si fa la rassegna dei soggetti obbligati a stendere il velo del segreto (commi 2-4), i quali vanno dagli amministratori fino ai dipendenti di qualsiasi ordine o grado, fino ai tirocinanti e via discorrendo. Segue la limitazione di quel troppo ampio *terzi* che figura in premessa: vengono ammessi a richiedere "dati e notizie" agli istituti di credito ed alle imprese di assicurazione, l'autorità giudiziaria penale e la speciale autorità di vigilanza (cfr. art. 41, c. 1), nel senso che i soggetti obbligati al segreto "non possono opporlo" alle loro richieste (comma 5). Segue ancora la determinazione di limiti - da dirsi interni - al segreto bancario: non senza paradossi od ovvietà. "Con apposita dichiarazione scritta" il cliente può consentire infatti che la banca o l'impresa assicuratrice comunichi "a un determinato destinatario" elementi riservati (comma 6, lettera a); a sua volta la banca o l'impresa assicuratrice può comunicare a chiunque "i dati e le notizie <che> provengano da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque" (comma 6, lettera b). Nel proprio interesse, al solo fine della propria difesa in giudizio civile o penale, la banca o l'impresa assicuratrice può addurre "dati e notizie coperte da segreto bancario" (comma 6, lettera e). Si sono già viste le figure considerate nel comma 6 alle lettere c, d, f, g (già in precedenza esaminate). Morto il cliente, o iniziata la procedura d'interdizione o quella d'inabilitazione, oppure aperto il concorso dei creditori, la dichiarazione liberatoria prevista nel comma 6, lettera a, è sostituita da un'autorizzazione commissariale (comma 7). La violazione del segreto bancario, commessa dalla banca o dall'impresa assicuratrice, viene sanzionata penalmente (art. 139)."

Il giudizio sul testo dell'art. 36, comma 1, così considerato nella sua struttura, è netto: esso non potrà mai richiamarsi come un buon esempio di

definizione lessicale, ma piuttosto un cedimento a deplorevoli mode italiche anche dopo che la legge del 21 gennaio 2010 n. 5 vi ha interpolato:

“nel comma 1 dell’art. 36 le parole “senza specifica e finalizzata autorizzazione scritta dell’interessato”; nel comma 2 le parole “i membri del comitato di sorveglianza” dopo le parole “i commissari”; fa terminare didascalicamente il comma con le parole “e, conseguentemente, rivelato tali dati e notizie”; e, abbandonato lo stile ermetico per intrudere all’inizio del comma 5 un ancor più didascalico “ai seguenti soggetti nell’esercizio delle pubbliche funzioni”, per abolire i corollari processual-penali della lettera a; e cedendo alle occasioni, per stemperare in un elenco analitico “i pubblici organi ed uffici sammarinesi” dogmaticamente rappresentati nell’originaria lettera b: ecco perciò nominati nelle nuove lettere b e c “la Banca centrale della repubblica di San Marino nell’esercizio delle proprie funzioni di vigilanza” e “l’Agenzia di informazione finanziaria” (a questo elenco si avvicinava il testo, nella forma sostituita con l’art. 86, comma 1, della l. 92/2008); mentre si apre infine l’ordinamento all’osservanza degli “accordi internazionali quando nella lettera d vengono menzionati “l’Ufficio centrale di collegamento e gli altri organi ed uffici sammarinesi deputati allo scambio diretto di informazioni con gli omologhi organi esteri in attuazione degli accordi internazionali vigenti” – in conformità del resto all’art. 1 della *Dichiarazione*, anche nella forma sancita con la l. 26 febbraio 2002 n. 36, art. 2. Tolle dal comma 6 la lettera a (dislocata, come visto, nel comma 1 e l’ovvia lettera b; identica resta la lettera c (ora lettera a); identiche restano la penultima e l’ultima lettera (già f e g, ora lettera d e lettera e); può sembrare che l’attuale lettera b sia una diversa stesura dell’originaria lettera e; mentre ancora ad accordi internazionali fa capo la nuova lettera c. Nel comma 7 sembra abolita l’autorizzazione del magistrato, richiesta nel testo originario; e da ciò verosimilmente derivano le altre varianti.”

Di contro appaiono all’A. preziose le ulteriori modifiche dell’art. 36 della l. 165/2005, portate dal d.l. 190/2010 (ratificato con il d.l. 24 febbraio

2011 n. 36), i cui artt. 7 e 8 dettano norme circa la facilitazione dello scambio di informazioni e di dati anche informatizzati.

È da vedere con attenzione come ora si connettano l'art. 36 della l. 165/2005 e l'art. 209 del codice penale nell'ordinamento sammarinese ricordando che "sono le antinomie a fare sistema".

Già s'è accennato che, coacervando nell'unico *locus communis* del segreto bancario anche il segreto d'ufficio, non si può apprezzare l'esistenza di diversi generi piuttosto che di diverse specie di segreto invece con chiarezza emergenti nell'ordinamento. Difatti, anche se in prima approssimazione nel codice penale sammarinese il segreto potrebbe sembrare una categoria generale, descritta e sanzionata da un impianto che pare darle parvenza di fenomeno unitario, la logica delle cose prorompe in figure collocate al di fuori dell'apparente *sedes materiae* degli articoli 190-193 del codice, collocati nel libro II, titolo I (*Reati contro la persona*), capo IV (*Reati contro l'inviolabilità dei segreti, Misfatti*) ed ove bene, all'art. 191, il legislatore presuppone la categoria del segreto ma non la descrive. Lo stesso codice invero contempla, oltre all'art. 209, posto nel diverso capo IV (*Reati contro il patrimonio*), ed in esso ancora si rinvencono altre disposizioni riguardanti specie di segreto negli articoli: 328 *Spionaggio*, 329 *Rivelazione di segreto politico*, 340 *Rivelazione colposa di segreto*, 395 *Violazione del segreto di voto*. E, più recentemente, vengono all'attenzione le fattispecie di riciclaggio e terrorismo, le quali, a prescindere dalla loro origine lessicale - e dalla loro provenienza dalla necessità di osservare obblighi contenuti in strumenti internazionali - considerano condotte illecite contemplandole rispettivamente all'inizio ed al termine del circuito del credito, ma sia nell'uno che nell'altro caso mirano a tutelare l'ordinato svolgersi della vita sociale con il quale risultano incompatibili i fini ulteriori cui mirano i privati col mezzo del segreto bancario: così come risultano incompatibili quelli sanzionati dall'art. 389 (*Evasione fiscale*) che era e resta misfatto anche dopo la riscrittura operata con l'art. 12 della legge 29 gennaio 1996, n. 5.

Al riguardo l'A. chiarisce che, seppur posti su piani differenti, l'introduzione di tali fattispecie deve considerare l'insanabile conflitto tra fini prevalenti della collettività e fini di privati, quando i fenomeni riconducibili al segreto bancario possano essere legati da sinergia non occasionale alla patologia dei trasferimenti dei capitali. Ciò può capitare soprattutto allor-

quando la costruzione del segreto bancario si voglia ritenere poggiata sulla riservatezza e, accantonando la struttura dei fenomeni, renda impercettibili i tratti dei due reati così, di conseguenza, il loro accertamento. Dunque, non è neppure possibile intendere la disciplina raccolta nella l. n. 92/2008 senza sgombrare la mente dall'ideologia della riservatezza, che induce confusione tra distinti livelli d'esperienza ed inclina a ritenere doveroso per espresso precetto di legge ciò che è altrimenti necessario come requisito però denotante la struttura del fenomeno disciplinato, risultando ovvio che la banca come qualunque altro stipulante un contratto debba conoscere l'altro contraente; siccome l'identificazione e gli obblighi connessi in capo ai dipendenti e collaboratori risultano più ovvi se si ricordano il generale divieto di favoreggiamento e lo speciale obbligo di segnalare all'Agenzia di informazione finanziaria "ogni operazione... che induca a ritenere che le risorse economiche, il denaro o i beni oggetto dell'operazione medesima possano provenire dai misfatti di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo..." (art. 36, comma 1, lettera a, l. 92/2008; con sanzione penale, prevista nell'art. 55). Ancora ovvio che se è posto ai soggetti finanziari il divieto di "tenere conti anonimi o con intestazioni fittizie" (art. 30, l. 92/2008) l'identificazione del cliente nella sua identità avvenga in presenza di lui, non escludendosi di certo la rappresentanza (art. 23, comma 1; cfr art. 27, comma 2, lettera a). Appare meno ovvia l'efficacia degli obblighi d'informazione, simmetricamente posti e sanzionati anche a carico del cliente, sullo scopo e natura del rapporto continuativo o dell'operazione occasionale (art. 22, comma 1, lettera c) che ridondano nella ricerca dei motivi oltre alla causa del negozio: e non più efficace sarà la "cura d'anime" affidata al dipendente od al collaboratore della banca dall'art. 40, comma 9, dove si legge: "non costituisce violazione degli obblighi di segretezza il tentativo dei soggetti designati di dissuadere il cliente dal porre in atto un'attività illegale"; il quale potenziale cliente, quand'anche lealmente dissuaso da sanzione non menta sui motivi, nessuno può credere che qualcosa possa trattenerlo dalla fuga dai locali della banca, vale a dire la perfetta inefficacia del tentativo; sicché ci rammenta l'A.: "se la fattispecie descritta nel comma 9 dell'art. 40 forma eccezione al segreto bancario, questo nulla ha che vedere con la riservatezza."

4. Forti di questi chiarimenti sulle relazioni e interazioni tra discipline penali e civili connesse al riserbo bancario, non è difficile comprendere *il senso delle operazioni che i “dipendenti o collaboratori” delle banche devono compiere*, discernendo negli atti dei clienti i tratti potenzialmente lesivi di interessi pubblici (piuttosto che improntare le proprie comunicazioni ad un riserbo ispirato da una “discrezione finalizzata al presidio di meri interessi privati”) perché alla fine possano, attraverso gli organi competenti, essere trasmesse le *notitiae criminis* all’autorità giudiziaria. D’altro lato, finalmente smitizzato il segreto bancario, diviene più facile mettere a fuoco i compiti dell’ente di vigilanza, proseguendo nella disamina delle due leggi 96 e 165 del 2005.

L’analisi delle disposizioni di tali leggi, sottolinea l’A. stesso, deve compiersi prestando attenzione alla loro collocazione nel quadro istituzionale sammarinese, quadro in cui poi le discipline attuative della l. 165/2005 dovranno essere calate, ma tenendo ben presente quanto già accennato circa le differenze “per struttura ed articolazioni e dimensioni” tra l’ordinamento italiano e quello sammarinese.

Premesso che: “la Banca centrale viene qualificata come “un ente” di “natura giuridica privata” (art. 2 c. 1 della l. 96/2005) con funzioni varie: di banca centrale, di autorità di vigilanza, di autorità valutaria (art. 2 c. 2 della l. 96/2005); e con fini vari, tra i quali spiccano “stabilità del sistema finanziario e tutela del risparmio” (art. 3, lettera *a*, della l. 96/2005), si osserva che i *regolamenti della Banca centrale* sono “cogenti nei confronti dei soggetti vigilati” (art. 30 c. 1 della l. 96/2005). Essi vengono posti dalla banca “per il tramite dei suoi organi e per le rispettive aree di competenza” (ancora art. 30 c. 1 della l. 96/2005). E sono da rendere pubblici, quando ovviamente “abbiano rilevanza pubblica e destinazione generale” (art. 30 c. 2 della stessa l. 96/2005).”

L’A. rileva come non possa seriamente mettersi in dubbio che i regolamenti competano all’assemblea della Banca centrale, sebbene ciò non sia scritto nella legge e la previsione dell’art. 8, lettera *g*, della l. 96/2005, sembri generica; mentre espressamente all’assemblea è attribuito il potere di deliberare il “codice di condotta” per il personale dipendente e per i titolari degli organi, previsto dall’art. 43 della l. 96/2005; ma sull’efficacia di questo tipo di strumento non si devono “coltivare illusioni eccessive”.

Passando alle materie da disciplinare, l'A. annota in particolare che i *regolamenti dell'autorità di vigilanza* contengono “disposizioni vincolanti e di carattere generale”, esecutive ed integrative della stessa legge in base all'art. 39 commi 1 e 2 della l. 165/2005 e vengono pubblicati sul *Bollettino ufficiale della repubblica di San Marino* (c. 4): ma si vedano già gli articoli 33 lettera a; e 34 c. 2, lettera a, della l. 96/2005. Sebbene non sia detto espressamente (art. 15 c. 2 della l. 96/2005), pare che essi competano al Coordinamento della vigilanza posto che “gli atti della Banca Centrale in materia di vigilanza e di unità di contrasto del riciclaggio, deliberati dal Coordinamento della Vigilanza, sono emanati dal Direttore Generale” (art. 30 c. 3 della l. 96/2005).

Con previsione espressa viene imposto un regolamento che “prescriva il contenuto obbligatorio dei contratti” di assicurazione e di riassicurazione (art. 122 comma 1 della l. 165/2005), che è una specie del genere previsto nell'art. 64 c. 2 della stessa l. 165/2005.

L'autorità di vigilanza deve anche provvedere con proprio regolamento all'esecuzione e all'integrazione dei disposti contenuti negli articoli 61 - 68 della l. 165/2005 (capo IV *Trasparenza, correttezza dei comportamenti e protezione dei clienti*). Sull'art. 61 della l. 165/2005 si dovrà tornare in seguito. L'A. ci invita a considerare fin d'ora con particolare riguardo la materia (“...disposizioni, relative alla disciplina delle regole di comportamento, da osservare nei rapporti con i clienti...”), che l'autorità di vigilanza deve disciplinare in conformità alla previsione dell'art. 66 c. 3 (“... in modo che l'attività si svolga con correttezza e con adeguatezza rispetto alle specifiche esigenze dei singoli.”).

Dalla previsione di regolamenti, che sono “provvedimenti contenenti disposizioni vincolanti” (art. 39 c. 1s. della l. 165/2005), discende che i contratti soggetti a tali regolamenti devono conformarsi, a pena di nullità, alle previsioni di questi secondo i tipi a contenuto predeterminato previsti dagli articoli 64 c. 2, 122 c. 2 della l. 165/2005; ma l'A. oltre a dubitare se i tipi contrattuali predeterminati siano da considerare moduli o formulari, ritiene sia più affidabile configurarli come “contratti eventualmente nulli per contrarietà a norma”, piuttosto che parlare di veri e propri atti solenni (per dirla all'italiana); neppure ci nasconde i problemi che potranno insorgere per il carattere di nullità relativa che potrà essere fatta valere solo dal cliente o,



per i contratti stipulati *ex art.* 65 della l. 165/2005 da soggetti non autorizzati, dalla controparte (articoli 64 c. 4, 65 c. 1 della l. 165/2005). D'altra parte l'A. ci riferisce che "il garbuglio neppure sembra evitato da quel testo italiano, da cui discende la norma sammarinese (articoli 117 comma 6s., 127 c. 2 del d. lgs. 385/1993 *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*)".

Si soggiunge che "altre nullità, ma di singole clausole difformi dalla norma, si rinvencono negli articoli 64 c. 3, 148 c. 3 della l. 165/2005; mentre in termini di "non validità" si esprime l'art. 125 c. 1; con effetto di riduzione della clausola per l'art. 125 c. 2 (quando non concorra il dolo dell'assicurato)". Complicato sarebbe il discorso della nullità delle "clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse, prezzi o corrispettivi, o comunque di ogni altra condizione economica" prevista dall'articolo 64, c. 3, anch'essa relativa (art. 64, c. 4).

L'A. ci dà conto dell'uso finora fatto della funzione regolamentare attribuita dalla legge, fornendone l'elenco completo. E poi rileva che "il potere normativo dell'autorità di vigilanza si manifesta pure in *circolari* ed *istruzioni* (art. 39 c. 2s. della l. 165/2005); mentre "hanno carattere generale ma non vincolante" le *raccomandazioni*, con le quali la stessa autorità può "interpretare [a] le disposizioni" della l. 165/2005 e [b] i propri provvedimenti (art. 40 della stessa l. 165/2005). Si potrebbe al riguardo, volendo richiamare "sublimi teorie", dire che le *raccomandazioni* possono avere carattere di interpretazione autentica - interpretazione autentica nel senso dell'ordinamento italiano, non in quello risalente dell'ordinamento sammarinese - ma tale carattere potrebbe riconoscersi alle sole raccomandazioni relative a provvedimenti d'indole generale della stessa autorità di vigilanza, giammai a quelle che portassero interpretazioni della l. 165/2005, che come tali violerebbero le prerogative del Consiglio grande e generale".

Ciò osservato, l'A. prosegue suggerendo che anche il testo dell'art. 40 merita una prudente riscrittura, se si vogliono evitare situazioni imbarazzanti, non ultimo il rischio di incostituzionalità.

"L'aporia segnalata qui sopra è manifesta nel più significativo esercizio del potere previsto dall'art. 40 della l. 165/2005: la *Raccomandazione n. 2009/1, Interpretazione autentica dell'articolo 36, comma 6, della legge n. 165/2005*, emessa con provvedimento del Direttore generale della Banca centrale di San

Marino, il 30 gennaio 2009. Questo atto interviene su materie delicatissime, per non dire allarmanti; ed espressamente fondato com'è sull'art. 40 della l. 165/2005, dichiara senza darlo a vedere il proprio “carattere generale ma non vincolante”! Per raggiungere lo scopo cui ragionevolmente mira la Banca centrale, è necessaria la parola del legislatore. Si veda intanto il disegno presentato al Consiglio grande e generale dal Segretario di Stato per le finanze e il bilancio il 9 ottobre 2009 (*Modifiche alla legge n. 165 del 17 novembre 2005 “Legge sulle imprese e sui servizi bancari, finanziari e assicurativi”*), che non lascia aperta la via a grandi speranze.”

Al momento della riscrittura dell'art. 40 della l. n. 165/2005 sarà anche necessario coordinare bene questo articolo con il disposto dell'art. 30 c. 1 della l. 96/2005, per cui i *provvedimenti* della Banca centrale, “sotto forma di regolamenti, ordini, circolari, lettere uniformi, raccomandazioni e istruzioni [...] avranno, oltre al carattere cogente nei confronti dei soggetti vigilati, anche la funzione esplicativa ed interpretativa dei compiti assegnati dalla legge alla Banca centrale stessa”: disposto che si giudica di per sé non privo di una sua ambiguità.

Passando al tema -che per l'A. meriterebbe ben più che un cenno- delle relazioni fra autorità di vigilanza e poteri dello Stato, ci si limita a sottolineare come il “segreto bancario” non sia opponibile all'autorità giudiziaria penale, né all'autorità di vigilanza (art. 36 c. 5, lettere *a, b*, della l. 165/2005; per la Banca centrale cfr. l'art. 29 c. 3 della l. 96/2005); mentre il Coordinamento della vigilanza dà notizia “in via riservata” al Congresso di Stato delle “gravi irregolarità accertate”; e deve pure “trasmetterla all'autorità giudiziaria nei casi previsti dalla legge” (art. 35 della l. 96/2005). Si vedano gli articoli 102 c. 2, 104 c. 3 della l. 165/2005, che ribadiscono questa seconda competenza del Coordinamento (con espressa esclusione dell'obbligo di referto per i semplici “dipendenti dell'autorità di vigilanza”, gerarchicamente subordinati al Coordinamento in forza del c. 2).

Ma per l'osservanza puntuale di queste norme sarà necessario un ripensamento delle categorie raccolte sotto la formula suggestiva del *segreto bancario*, unico vero punto in cui la legge sammarinese differisce dal modello italiano (il testo unico italiano prevede il generale segreto d'ufficio:

art. 7), ripensamento che dovrà avvenire nel senso in precedenza descritto, assoggettandolo a revisione rigorosa, una volta che sia epurato da ogni preclusione ideologica tendente a collocare in esso un baluardo della sovranità sammarinese e da ogni dottrina che avvalorerà interpretazioni sollecitate da ambiziose definizioni (comma 1 art. 36, l. n. 165/2005), spintesi ben oltre quel timido tentativo che era l'art. 24 della l. 21/1986.

5. Passati in rassegna i punti salienti e più problematici discendenti dalla disciplina posta con le predette leggi 96 e 165 del 2005, circa gli organi, le funzioni ed i poteri di Banca centrale, l'A. è pronto ad affrontare quelle che egli stesso chiama *questioni poco metafisiche intorno alla natura della Banca centrale sammarinese*.

Una prima questione, sul piano lessicale, riguarda la futura disciplina imposta dall'art. 61 della l. 165/2005 al fine di assicurare "trasparenza" e "correttezza" nei rapporti fra le società soggette alla vigilanza ed i loro clienti, visto che nell'ordinamento sammarinese all'esecutivo competono i regolamenti attuativi delle leggi: art. 3 c. 13 della *Dichiarazione* (sostituito dall'art. 3 della l. di revisione 26 febbraio 2002 n. 36); sicché il potere, attribuito all'autorità di vigilanza dalla legge n. 165/2005, di emanare regolamenti in base agli articoli 39 e 61 deve coordinarsi con il precetto costituzionale.

Più considerazione ed attenzione merita la qualificazione data dal legislatore del 2005 alla Banca centrale: un ente di "natura giuridica privata con funzioni evidentemente pubbliche". In precedenza non si era caduti nell'impaccio di richiamare tale categoria di alta dogmatica; infatti pure scrivendo la l. 86/2003 il legislatore "non compiva un'operazione meramente lessicale quando manteneva per la neonata Banca centrale la qualifica di "ente a partecipazione pubblica e privata" (art. 2), senza specularne la "natura" ("ente a partecipazione mista pubblica e privata" era l'Istituto di credito sammarinese per l'art. 1 c. 1 della l. 9 marzo 1988 n. 34, *Statuto dell'Istituto di credito sammarinese*: norma da ritenersi abrogata per effetto dell'art. 157 c. 3 della l. 165/2005)".

Sul punto della natura di Banca centrale non si poteva essere più chiari: pur noto che ai legislatori spetta porre norme, non enunciare dottrine definendo fenomeni o dettare "nozioni", il senso di una tale "privatizzazione" e degli effetti di questa, all'A. pare proprio corrispondere alla via italiana

verso l'esclusione dei controlli pubblici, cioè all'esenzione dalle regole che disciplinano i procedimenti amministrativi ed i provvedimenti conclusivi di tali procedimenti e risoltasi - a tacer d'altro per carità di patria - nella riduzione dell'ambito dei reati propri degli ufficiali pubblici.

Nonostante la definizione dell'ente ("natura privatistica") la stessa l. 165/2005 attribuisce la qualità di "pubblici ufficiali" sia ai "dipendenti dell'autorità di vigilanza nell'esercizio delle proprie funzioni", sia ai tecnici cui l'autorità di vigilanza abbia affidato lo svolgimento di singole "verifiche e accertamenti" (art. 104 c. 1 della l. 165/2005; con rinvio all'art. 42 c. 3); ed invece di rimettere eventuali controversie alla competenza del giudice ordinario, rende suscettibili di "ricorso giurisdizionale amministrativo" i "provvedimenti di carattere particolare dell'autorità di vigilanza" (art. 38 c. 6 della l. 165/2005) ed i "provvedimenti sanzionatori" della Banca centrale (art. 31 c. 3 della l. 96/2005).

Per meglio intendere la questione, l'A. rinviene il principio che discerne, in un paese a diritto comune, il carattere privato o pubblico di un soggetto o di una situazione, descritto nella formula di Ulpiano (D. 1,1,1,2 "... *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*"), carattere che "si evince dalla disciplina concernente quel soggetto, le sue funzioni e gli strumenti congrui ad esse; non dall'astratta parola del legislatore. Ovvio che non tutto ciò che sia pubblico è necessariamente statale; ovvio che nell'ordinamento sammarinese ad ogni soggetto pubblico si applichi la norma costituzionale, sancita nell'art. 14 della *Dichiarazione*"; ma non si dimentichi però che la legge ha disposto a favore di tutto il "personale della Banca centrale", nelle ipotesi di putativo "rispetto degli obblighi e dei doveri" d'ufficio (art. 28 della l. 96/2005), l'esenzione dalla responsabilità civile. In tale formula pare rinvenirsi ulteriore imprestito, posto che la norma sarebbe da ritenere o superflua in un sistema a diritto comune vigente qual è la repubblica sammarinese, od opinabile appunto alla stregua dell'art. 14 della *Dichiarazione* ("I pubblici funzionari rispondono degli atti lesivi dei diritti dei cittadini, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge", comma 3).

Certo è tuttavia, nonostante le intonazioni privatistiche, che "i dipendenti dell'autorità di vigilanza nell'esercizio delle proprie funzioni" (art. 104 c. 1 della l. 165/2005) sono capaci del misfatto descritto e sanzionato

nell'art. 350 del codice penale sammarinese”: il reato (*Omesso rapporto*) può discendere da uno dei contegni di mancata osservanza degli obblighi informativi in materia di riciclaggio in precedenza accennati.

Fatte queste considerazioni comincia a svelarsi l'opinione dell'A. che Banca centrale possa qualificarsi come una società atipica, regolata dalla l. 96/2005, con partecipazione dello Stato. Ciò trova ulteriore fondamento nel fatto che, comprendendo il patrimonio sociale un fondo di dotazione, una riserva ordinaria, un'eventuale riserva straordinaria (art. 19 della l. 96/2005), la maggioranza delle quote in cui è diviso il fondo di dotazione spetta allo Stato mentre il resto alle “società sammarinesi esercenti attività creditizie, finanziarie o assicurative” (art. 20 c. 2 della l. 96/2005).

“Per intendere quest'ultimo requisito, da cui dipende la capacità di acquistare quote della Banca centrale, si ricordi che nel sistema sammarinese alcune attività sono riservate a determinate specie di soggetti individuate dal legislatore (art. 1, lettera *nn*, art. 3, della l. 165/2005), con esclusione di ogni altro. Questa riserva è assicurata da sanzioni penali: artt. 133 (che pure modifica l'art. 321 del codice penale), 134 della l. 165/2005; e dalla sanzione civile della nullità degli atti (art. 65 della stessa l. 165/2005).”

Ma constatato che la l. 96/2005 deroga alla disciplina generale delle società - in conformità alle norme del diritto comune riflesse nella regola di specialità che figura tra i principi generali dell'ordinamento sammarinese (art. 49 della l. 11 dicembre 1974 n. 86 cit.) - l'A. si appresta, esaminati altri tratti e ragioni della singolarità dell'ente, ad affermare che esso non può ascrivere tra quelli che si è soliti definire di “natura giuridica privata”; schiettamente pubblicistiche sono le funzioni attribuite ed assai incisive le ingerenze delle istituzioni pubbliche nelle nomine e nella formazione degli organi direttivi; evidente il contrasto tra i poteri regolamentari esercitati ed i limiti dell'autonomia privata. La singolarità dell'ente può spiegarsi e le aporie che porta con sé possono dissolversi solo considerandole frutto inavvertito del trapianto di norme italiane dettate per un ente pubblico a formazione progressiva quale è la Banca d'Italia.

Tuttavia, che Banca centrale non possa agevolmente qualificarsi ente di “natura giuridica privata”, risulta dall'analisi di molti tratti della sua di-

sciplina e si evince, non solo dalla struttura dell'assemblea (art. 6 della l. 96/2005) - che replica la struttura del fondo di dotazione (art. 20 c. 1s. della stessa l. 96/2005) - ma anche perché la legge dichiara inestinguibile l'ente assegnandogli una "durata illimitata" (art. 2 c. 1 della l. 96/2005), con ciò esentandola dalle fattispecie estintive delle società, previste nell'art. 90 della l. 13 giugno 1990 n. 68 *sulle società*, ora art. 106 della l. 23 febbraio 2006 n. 47, sicché estinzione o metamorfosi della Banca centrale non potranno essere effetto del verificarsi di fattispecie (estintive o modificative), ma di norme sopravvenute. Difficile non trarre la conseguenza che questo "ente" di "natura giuridica privata" venga posto così fuori dell'ambito che siamo soliti comprendere sotto la figura dell'autonomia privata.

Segue a conferma della tesi l'elencazione delle incisive ingerenze delle istituzioni pubbliche sammarinesi nella Banca centrale:

"Così per "ammettere nuovi soci" l'assemblea delibera su proposta del consiglio direttivo, ma "previo gradimento del Congresso di Stato" (art. 8, lettera *c* della l. 96/2005); così il consiglio direttivo nomina sì il direttore generale, ma con il "gradimento del Consiglio grande e generale" (art. 12 c. 2, lettera *f*, della stessa l. 96/2005; replicato nell'art. 14 c. 1). Ed ancora il Consiglio grande e generale delibera sulle modifiche del fondo di dotazione, proposte dall'assemblea dei soci della Banca centrale (art. 8, lettera *e*, della l. 96/2005); nomina il consiglio direttivo (art. 10 c. 1 della l. 96/2005), il presidente della banca (art. 13 c. 2 della l. 96/2005) ed il presidente del collegio dei sindaci (art. 16 c. 1 della l. 96/2005, che riserva la nomina dei due "membri effettivi" ai "soci di minoranza" della banca, vale a dire ai soci privati). E per quanto ciò possa valere, al Consiglio grande e generale la banca risponde "del raggiungimento delle sue finalità"; come pure ad esso presenta una relazione consuntiva annuale (art. 4 della l. 96/2005). Non è un caso, se "l'interesse della repubblica" è il parametro su cui deve misurarsi l'attività di chi "ricopre cariche" nella Banca centrale (art. 17 c. 4 della l. 96/2005)."

E però, che stabilire la natura dell'ente Banca centrale non sia un mero "passatempo dogmatico", è poi fatto palese dalle conseguenze sul pia-

no dell'effettività della tutela giurisdizionale (“Così l'obbligo di motivazione - sancito nella legge fondamentale per i soli provvedimenti delle amministrazioni pubbliche: art. 14 c. 2 della *Dichiarazione* - diventa meno che un *flatus vocis*; e forse risulta impossibile ogni tutela giurisdizionale: art. 15 c. 1”), avverso gli atti emanati facendo uso dei poteri deliberativi fatti prerogativa del presidente (comunicata al vicepresidente dal c. 6) per le ipotesi di urgenza sanciti nell'art. 13 c. 4s. l. 96/2005; poteri che non è chiaro se discendano dall'investitura consiliare (art. 13 c. 2 della stessa l. 96/2005); origine ancora più difficile da ipotizzare nel caso dell'analogo potere spettante al vicedirettore generale (art. 14 c. 5 della l. 96/2005). Prerogativa che però costituisce il paradosso di ridurre a presunzione assoluta di legalità gli atti presidenziali non preceduti dalla delibera dell'assemblea (“riesumazione di *arcana imperi*”) che, dunque, in concreto può impedire il vaglio di legittimità del giudice amministrativo.

Osservato il puntiglioso coordinamento tentato con il catalogo contenuto dagli artt. 146-153, tra la disciplina della l. n. 165/2005 e le norme dell'ordinamento con le quali questa si dovrebbe comporre in sistema:

“Le norme poste dalla l. 165/2005 derogano alla disciplina generale delle società soggette alla vigilanza della Banca centrale (art. 147; ma cfr. l'art. 99 c. 3) ed a quella della locazione finanziaria (art. 148); prevalgono sul diritto comune in materia di prescrizione (art. 149 c. 1). Non derogano alla l. 17 marzo 2005 n. 37, sull' *istituto del trust*, come disciplina generale (art. 151 c. 2). Si coordinano con la disciplina della patente di esercizio (art. 153). L'elenco non è completo: basti considerare che l'art. 77 della l. 165/2005 deroga alla l. 15 novembre 1917 n. 17 *sulla cessione dei beni ai creditori, sul concordato e sul concorso dei creditori*; ma la fa salva nei casi previsti dall'art. 87 c. 2 (cfr. peraltro gli articoli 85 c. 6, 92 c. 3, 98 c. 5).”

Per l'A. qualche dubbio può sorgere sulla “natura” della Banca centrale, come fissata nella l. 165/2005, per il fatto della previsione di regolamenti della Banca centrale (art. 30 della l. 96/2005) e di regolamenti dell'autorità di vigilanza (già previsti dagli articoli 33 lettera a, 34 c. 2, lettera a, della stessa l. 96/2005; ed ancora dall'art. 39 c. 1s. della l. 165/2005). Due sono le ipotesi possibili al riguardo: se tali atti normativi sono mediamente rife-

ribili allo Stato - seppur resterebbe da chiarire per quale via - la costruzione urta contro il preciso dettato costituzionale che riserva al Congresso di Stato il potere regolamentare (art. 3 c. 13 della *Dichiarazione*); se, invece, sono da qualificare quali atti di autonomia privata collettiva, la costruzione, pur avendo il pregio della coerenza con la natura privatistica dell'ente, avrebbe il limite di renderli applicabili solo in un ambito corrispondente alla struttura del corpo sociale, già indicato nei partecipanti al fondo di dotazione (art. 20 della l. 96/2005); ma ciò sarebbe incompatibile con le funzioni e la disciplina del Comitato per il credito ed il risparmio, che è certo un organo statale a carattere politico come facilmente evincibile dall'art. 48 c. 2 della l. 96/2005, organo al quale spetta l'"indirizzo e l'orientamento dell'attività di vigilanza bancaria, finanziaria e assicurativa"; sicché, posto che ex art. 101 l. 165/2005 a tali indirizzi l'autorità di vigilanza "deve attenersi nello svolgimento delle proprie funzioni di vigilanza e nell'emanazione dei provvedimenti di carattere generale", tali regolamenti non possono che essere esclusi dal campo dell'autonomia privata. Sulla natura pubblicistica del Comitato non possono esservi dubbi, deponendo in tal senso la sua stessa composizione "fissata eloquentemente dall'art. 48 c. 1 della l. 96/2005".

Ed ecco sulla questione le prevedibili conclusioni, suscettibili solo di attenuare le antinomie derivanti dall'aver accolto in premessa la natura privatistica dell'ente Banca centrale, ma incapaci di risolvere il problema della collocazione degli "atti normativi" di Banca centrale nel sistema delle fonti sammarinesi del diritto: anche questo è effetto di non meditato trapianto legislativo.

"L'aporia si dissolve quando la si consideri come un effetto inavvertito del trapianto. Basti considerare che la Banca d'Italia è un ente di diritto pubblico a formazione progressiva (inutile sarebbe evocarne qui l'intricata vicenda) ed a struttura complessa. Originalissima è la qualifica "ente di natura giuridica privata", voluta dal legislatore sammarinese del 2005 per la Banca centrale: traccia appena dissimulata del trapianto, paradosso del mimetismo. Qui i grandi maestri del diritto comune storico evocherebbero l'*argumentum a simili per contrarium*. Ma il potere normativo attribuito dalla l. 96/2005 e dalla l. 165/2005 all'ente di diritto privato Banca centrale della repubblica di San Marino



ripete il potere normativo che spetta nell'ordinamento italiano all'istituto di diritto pubblico Banca d'Italia. Bisogna avvertire che se l'aporia trova la sua spiegazione sufficiente in un trapian- to non adeguatamente meditato, rimangono irrisolti i problemi dinnanzi al sistema sammarinese delle fonti di precetto.”

6. A conclusione dell'esame, che l'A. definisce brevissimo, alcune ul- teriori osservazioni sulla gravosità dei compiti affidati dalla legge all'autorità di vigilanza (Banca centrale) confortano la persuasione che miglior scelta la repubblica farebbe - per evitare che si creino condizioni concorrenziali distorsive e per assicurare una disciplina uniforme e mantenere sull'uni- co mercato dei due Paesi un adeguato sistema di vigilanza senza per ciò intaccare la sovranità sammarinese - nel richiedere un'integrazione dello strumento internazionale sottoscritto a Roma il 2 maggio 1991 (sostituito di recente con gli accordi del 2009). La via per realizzare tale soluzione po- trebbe passare per la modulazione del disposto dell'art. 61 della l. 165/2005 a mezzo dell'atto normativo (un decreto reggenziale) che introdurrebbe l'ac- cordo nell'ordinamento interno sammarinese. Diversamente, la costituzione ed il funzionamento di nuovi uffici non potranno che dare occasione a spese ingenti, non soltanto per quanto riguarda le attrezzature indispensabili, ma anche e soprattutto per la ricerca e per l'adeguata remunerazione di perso- nale altamente qualificato.

Verso tale conclusione convergono alcune ultime osservazioni svolte dall'A. sul testo del capo IV *Trasparenza, correttezza dei comportamenti e protezione dei clienti* nel titolo I *Strumenti e àmbiti della vigilanza* della parte II *Vigilanza sulle attività riservate* della legge 165/2005. Si tratta di due brevi commenti (definiti “due modeste glosse”); in specie sulla difficoltà del passaggio dalla “metafora ottica” della “trasparenza” - da intendersi come “completezza della dichiarazione” di un parte (impresa proponente) portata a conoscenza dell'altra (cliente) - all'introduzione di norme sulla “protezione dei clienti”. Tema questo delicatissimo, che trova il suo punto di partenza nella (naturale) disparità fra i soggetti che stipulano il contratto, mentre ha il proprio fine nella tutela del contraente debole; e che pure il legislatore sammarinese, ponendo norme sulla “protezione dei clienti”, rivela essere il tema delle clausole vessatorie.

Del resto non v'è dubbio alcuno che, partecipando all'economia del paese ogni attività nel circuito del credito, ad esse attività economiche sia applicabile l'art. 4 della *Dichiarazione* ("tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzioni di condizioni economiche", c. 1; non di meno "la repubblica assicura uguale tutela dei diritti e delle libertà", "promovendo le condizioni per l'effettiva partecipazione dei cittadini alla vita economica del paese". c. 3). Da ciò discende che le prossime discipline di tali attività si debbano conformare al principio di uguaglianza sostanziale tra i cittadini, già qui vigente per diritto comune come ritenuto dal Consiglio grande e generale in una delibera del 30 novembre 1994 (parere dell'esperto in diritto, prof. Severino Caprioli).

"Ad esempio gli "obblighi di informazione precontrattuale" e tutti gli altri "obblighi di informazione", che l'autorità può imporre agli enti soggetti alla propria vigilanza (art. 61 della l. 165/2005), assicurano appunto la completezza di quelle dichiarazioni in cui consistono le varie proposte ai potenziali clienti. Al medesimo scopo si indirizzano i documenti informativi, testualmente ordinati a che "il contraente possa pervenire a un fondato giudizio sui diritti e sugli obblighi contrattuali" (art. 62 c. 2 della l. 165/2005); perciò spetta pure all'autorità di vigilanza fissare "i criteri di riconoscibilità della pubblicità e di chiarezza e correttezza dell'informazione" (art. 63 c. 5 della l. 165/2005). Perciò i testi contrattuali proposti ai potenziali clienti dalle imprese autorizzate "devono essere redatti in maniera chiara e comprensibile" (art. 64 c. 1 della l. 165/2005): dove finalmente il requisito di un messaggio si determina alla stregua del destinatario, abbandonata l'ardua figura cartesiana della chiarezza."

Allora, prosegue l'A., se è vero che spetta alla vigilanza la "protezione dei clienti", come parti dei contratti stipulati da imprese di credito, il piano istituzionale - con tutti i limiti in precedenza osservati - certo "interagisce con lo svolgersi dell'autonomia privata".

Da qui anche l'augurio che coloro i quali dovranno predisporre o modificare la disciplina voluta dall'art. 61 della l. 165/2005, siano in grado di adottare una regolamentazione con "il realismo del pratico avveduto ed il

rigore del cittadino fedele alla costituzione”; ed il monito che essi sappiano svolgere il compito liberi da inopportuni “fervori teorizzanti” di cui si dà pronta esemplificazione, cogliendo spunto dalla supposta esclusione del “soggetto professionale” dalla prevista tutela.

“Frutto di fervore teorizzante è la figura del “soggetto che non necessita della protezione riservata ai clienti” (art. 66 c. 4 della l. 165/2005), da identificare con il “cliente professionale” preannunciato nell’art. 1 c. 1, lettera *m*. Ci si deve chiedere: nelle trattative con un tal cliente professionale l’istituto bancario sarà libero di non “comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza”, come deve comportarsi al contrario “nei confronti” dei clienti bisognosi di protezione (art. 66 c. 1, lettera *a*, della l. 165/2005)? Mentre un’immagine idilliaca dell’autonomia privata regge l’apparizione del “conflitto d’interessi” nell’art. 66 c. 1, lettera *c*, come se il conflitto non appartenesse alla struttura di ogni contratto, mentre conflitto d’interessi è tutt’altra situazione. Il precetto della lettera *b* descrive una situazione di alta complessità, dove il soggetto abilitato ai servizi bancari, finanziari, assicurativi deve ponderare con i propri interessi (ovvio) gli interessi del cliente (detti “esigenze”): una situazione che arieggia quella di un ente erogatore di pubblici servizi; e che si attaglia piuttosto al momento-consulenza, preparatorio di contratti. Una linea ribadita nel comma 3 (“correttezza e ... adeguatezza alle specifiche esigenze dei singoli”).

Anche da quest’ultima osservazione della complessità dei compiti e dei problemi che dovrà risolvere l’organo competente nel dettare la disciplina imposta con l’art. 61 della l. 165/2005, l’A. è portato a non escludere che sia scelta migliore l’ipotesi che vengano determinate “con il mezzo di uno schietto e dignitoso rinvio, meglio assai di un avventuroso trapianto” quelle “forme più opportune”, atte ad “evitare che si creino condizioni concorrenziali distorsive” “nei rapporti delle istituzioni creditizie e finanziarie aventi sede legale o dipendenze in San Marino” (punto 4 della convenzione); cosa che richiederebbe soltanto un’integrazione dello strumento internazionale sottoscritto a Roma il 2 maggio 1991, reso esecutivo con il d. r. 28 maggio 1991 n. 66 e pochi altri accorgimenti, pena dover sostenere ingenti spese.

“L’atto normativo che introdurrebbe l’accordo nell’ordinamento interno sammarinese, un decreto reggenziale, ben potrebbe modulare nella maniera opportuna il disposto dell’art. 61 della l. 165/2005. Fuori di quell’ipotesi, la costituzione ed il funzionamento di nuovi uffici daranno occasione a spese ingenti, non soltanto per quanto riguarda le attrezzature indispensabili, ma anche e soprattutto per la ricerca e per l’adeguata remunerazione di personale altamente qualificato.”