

RENZO COSTI
Professore emerito di Diritto Commerciale
dell'Università di Bologna

IL MERCATO BANCARIO NEL CONTESTO EUROPEO

Relazione della seconda sessione del convegno
in memoria del Prof. Gianguido Sacchi Morsiani.

Il convegno si è svolto on-line nell'ambito delle attività della ricerca PRIN 2017
“Garanzie dei diritti e qualità dei servizi” della Scuola di Specializzazione in Studi
sull'Amministrazione Pubblica SPISA e Laboratorio della Ricerca
SPISA, in collaborazione con il Reale Collegio di Spagna in Bologna
Bologna, 14 Maggio 2021

Prima di formulare qualche riflessione sul tema affidatomi, vorrei dedicare poche parole al ricordo di Gianguido Sacchi Morsiani, con riferimento al ruolo che ebbe nella nascita della Rivista Banca impresa e società.

Come ricordavamo nel n. 0 della Rivista, uscito nel 1982, la stessa era “il frutto di una serie di riflessioni e di esperienze maturate ad un tempo nell'ambito del Centro Studi della Federazione delle Casse di Risparmio dell'Emilia Romagna, in alcuni settori della cultura accademica e all'interno della Casa Editrice Il Mulino”.

E non v'è dubbio che il Centro Studi della Federazione (che già aveva una rivista denominata Risparmio e territorio) vedeva in Gianguido il punto di riferimento più importante.

E quel numero 0 era aperto proprio da un articolo di Gianguido dal titolo “L'impresa del credito fra tutela e concorrenza”.

Quella Rivista si proponeva di assicurare una leggibilità reciproca fra giuristi ed economisti, allora molto difficile. E credo che la Rivista abbia assolto brillantemente quel compito.

Io poi ad un certo momento avrei voluto chiuderla perché aveva esaurito la propria funzione, ma i giovani, capitanati da Francesco Vella, si opposero... ma questa è un'altra storia.

Vengo, dunque, al tema affidatomi: “Il mercato bancario nel contesto europeo”. Con un’avvertenza. Non mi occuperò del profilo del tema più importante dal punto di vista giuridico: quello delle fonti del diritto bancario; tema che vede il proprio baricentro nel coordinamento fra le norme dei singoli paesi e quelle dettate dall’Unione europea (direttive, regolamenti, decisioni delle autorità di vigilanza comunitaria: EBA).

Cercherò di entrare nel merito delle scelte normative, a prescindere dalla loro fonte, e mi chiederò quali trasformazioni abbia vissuto l’ordinamento bancario, soprattutto a seguito della crisi degli anni 2007-2013 e anche per impulso dell’ordinamento comunitario. Cercherò insomma di confrontare l’ordinamento bancario vigente prima di quella crisi e l’ordinamento introdotto, soprattutto per impulso comunitario, a seguito di quella crisi e oggi vigente.

Questi i punti sui quali fermerò l’attenzione:

- 1) la concezione di banca;
- 2) la vigilanza;
- 3) l’organizzazione dell’impresa bancaria e i diritti sulla stessa;
- 4) la disciplina della crisi.

2. La concezione della banca

a) L’ordinamento precedente la crisi del 2007 – 2013 affondava le proprie radici nel Testo Unico bancario del 1993 ed era caratterizzato da una radicale contrapposizione con la legge bancaria del 1936.

In quest’ultima la banca rappresentava non l’esercizio di un diritto, ma l’adempimento di una funzione: quella della raccolta del risparmio e l’esercizio del credito.

Questa concezione della banca trovava nella teoria dell’ordinamento sezionale, elaborata soprattutto da Massimo Severo Giannini, la propria proiezione sistematica: l’ordinamento

bancario vedeva al vertice una struttura politico-amministrativa che emanava le direttive che le banche, nell'adempimento della propria funzione, dovevano osservare.

Soprattutto su sollecitazione dell'Unione europea questa concezione della banca come funzione perdetta progressivamente terreno e il Testo Unico del 1993 (art. 10) non esitava ad affermare che l'attività bancaria ha "carattere di impresa", del resto in coerenza con il dettato costituzionale che sanciva la natura di diritto soggettivo dell'esercizio dell'attività economica (art. 41, 1° comma); diritto soggettivo che non poteva essere inciso dal potere pubblico se non in forza della legge. La banca veniva considerata un'impresa che opera su un mercato concorrenziale.

Ma il Testo Unico del 1993 non si limita a proclamare che l'esercizio dell'attività bancaria costituisce l'esercizio di un diritto costituzionalmente protetto, ma opta decisamente per il modello della banca universale. È questa la concezione della banca recepita nel nostro ordinamento, come in quello della maggior parte dei paesi ad economia avanzata, che si trova ad affrontare la crisi dei primi anni 2000.

b) È diversa la nozione di banca uscita dalle riforme che quella crisi ha imposto?

Sul punto mi pare importante segnalare che alcune vicende avrebbero potuto, effettivamente, giustificare anche una modificazione, della disciplina dell'attività bancaria, capace di smentire una concezione della banca come esercizio di un diritto in un mercato concorrenziale, ossia smentire la concezione della banca fatta propria dal Testo Unico del 1993. Ma, a mio avviso, queste vicende non hanno portato ad una nozione di banca effettivamente diversa da quella recepita dal Testo Unico bancario.

A mio avviso, molte regole introdotte con riferimento dirette ad assicurare una corretta gestione della banca e ad evitare le crisi sistemiche, introducono vincoli alla libertà d'impresa e limiti all'autonomia privata, ma non impediscono di poter continuare a ritenere che l'attività bancaria costituisce l'esercizio di un diritto di iniziativa economica, sia pure

limitato da norme che prendono atto della rilevanza pubblica della banca e impongono vincoli alla libertà di impresa.

Gli interessi pubblici non sono fini che la banca debba perseguire, ma limiti alla sua libertà di impresa. E non significa neppure che la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito siano funzioni di interesse pubblico, come la legge del 1936 sanciva: la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito sono attività private e non funzioni pubbliche, anche se l'ordinamento pone dei vincoli al loro esercizio; vincoli che riflettono anche la tutela che la costituzione (art. 47) offre al risparmio.

3. La vigilanza

a) L'ordinamento bancario vigente all'inizio della crisi aveva visto la fine della vigilanza strutturale e il ruolo esclusivamente microprudenziale della vigilanza. La legge bancaria del 1936 aveva attribuito ai vertici della vigilanza il potere di disegnare la struttura del sistema bancario.

E questo fu l'ordinamento della vigilanza che resse il nostro sistema bancario fino alla metà degli anni Ottanta, e che fu superato, anche se con molto ritardo, sotto la spinta delle direttive comunitarie.

b) Come è cambiata la vigilanza per effetto delle riforme introdotte a seguito della crisi finanziaria del primo decennio del 2000?

La modificazione più importante è sicuramente rappresentata dalla introduzione, effettuata da un Regolamento comunitario del 2010, di una disciplina della vigilanza macroprudenziale. La vigilanza macroprudenziale ha il compito di controllare il rischio sistemico, ossia "un rischio di perturbazione del sistema finanziario che può avere gravi conseguenze negative per il mercato interno e l'economia reale" (art. 2) e responsabile della vigilanza macroprudenziale è il "Comitato europeo per il rischio sistemico" (CERS) (art.

3), mentre il relativo esercizio è attribuito alla BCE e alle banche centrali dei paesi membri.

Mi pare, tuttavia, che siano punti fermi degli obiettivi della vigilanza macroprudenziale *a)* limitare i comportamenti prociclici delle banche e *b)* evitare che la crisi di una banca si estenda alle altre banche.

Una cosa è certa: la vigilanza sistemica non rappresenta un ritorno alla vigilanza strutturale, non attribuisce né al CERS né alla BCE né alle banche centrali dei paesi membri il potere di delineare la struttura del mercato bancario; ma va oltre la vigilanza microprudenziale, perché comporta una visione complessiva del mercato nella prospettiva di evitare rischi sistemici, anche se si tratta di una prospettiva molto particolare, quella della stabilità; prospettiva che non pretende di disegnare il piano ottimale del sistema creditizio.

Senza contare che la vigilanza macroprudenziale si avvale degli stessi strumenti di intervento sulle banche utilizzati dall'Autorità per svolgere le funzioni di vigilanza microprudenziale.

c) Anche la vigilanza microprudenziale ha subito qualche modificazione, imposta dalle lacune che la crisi ha contribuito a segnalare. In particolare, sono stati accentuati i poteri di intervento sull'organizzazione della banca. Basti in proposito ricordare i requisiti che debbono possedere gli esponenti aziendali della banca e il potere dell'Autorità di vigilanza di rimuovere gli amministratori della stessa. Ma tornerò sul punto fra un attimo.

d) Anche per quanto concerne i diritti proprietari è stato accentuato il potere dell'Autorità di vigilanza *a)* sia per quanto riguarda l'idoneità degli azionisti della banca e *b)* sia per quanto attiene ai loro diritti patrimoniali, che possono essere sacrificati in nome della stabilità dell'istituto di credito.

e) Per non parlare della severità delle sanzioni che l'Autorità di vigilanza può irrogare per la violazione delle norme di vigilanza, del "non equo" procedimento previsto per la loro irrogazione e della discrezionalità del potere sanzionatorio, accentuato dall'articolazione

dello stile della vigilanza fondata su *standards* e non su *rules*, legislativamente determinate. Ma tutto ciò non basta per attribuire alla vigilanza un potere di “governo” dell’attività creditizia, anche quando la stessa abbia per oggetto il rischio sistemico; e ciò basta per escludere che si sia tornati alla vigilanza strutturale.

4. Governance delle società bancarie

Da sempre l’ordinamento bancario dedica particolare attenzione al modello organizzativo delle banche.

a) Così il Testo Unico del 1993 non solo impone vincoli al tipo societario che può essere adottato per l’esercizio dell’attività bancaria (società per azioni e società cooperative), ma attribuisce alla Banca d’Italia il potere di emanare “disposizioni di carattere generale aventi per oggetto” “l’organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni” (art. 53, 1° comma).

Il Testo Unico stabilì anche che i partecipanti al capitale dovevano possedere i necessari requisiti di onorabilità (art. 14, lett. *d*) e che gli esponenti aziendali dovevano presentare adeguati requisiti di professionalità (art. 14, lett. *e*). Le Istruzioni della Banca d’Italia, in attuazione delle disposizioni dell’art. 53 del TUB, hanno costantemente indicato i criteri organizzativi ai quali le banche dovevano attenersi, ma fu solo nel 2008 (disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche), che la vigilanza dettò una disciplina organica del “Governo societario” (espressione che venne inserita nell’art. 53 della legge 15 dicembre 2011, n. 217).

Quella disciplina sembrava aver introdotto presidi sufficienti per assicurare un’organizzazione delle società bancarie capace di garantire, almeno dal punto di vista amministrativo, una sana e prudente gestione dell’impresa bancaria. E anche i requisiti di onorabilità dei soci e di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali sembravano

sufficienti per un'adeguata proprietà della banca e una sua gestione sufficientemente professionale.

Ma la crisi degli anni successivi, avviatasi quando erano già vigenti le regole del governo societario del 2008, mise in evidenza comportamenti di *mala gestio*, che contribuirono a determinarla, e situazioni proprietarie non sufficientemente attente alla sana e prudente gestione dell'impresa bancaria.

Nella riacquisita consapevolezza che le regole di *governance* hanno una rilevanza determinante per una sana e prudente gestione delle società bancarie, e che quelle vigenti non erano adeguate a tale scopo, vennero dettate *a*) nuove norme di vigilanza (decreto legislativo 12 maggio n. 285 del 17 dicembre 2013) e *b*) nuove norme legislative (decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72) che hanno reso più stringenti sull'organizzazione delle banche della Banca d'Italia e della Banca centrale europea.

b) In questa sede non è possibile, ovviamente, un esame analitico delle norme che oggi disciplinano il governo societario delle banche. Mi limiterò a qualche accenno.

Anzitutto un paio di annotazioni preliminari. Come è stato già segnalato, le norme di vigilanza attribuiscono valore giuridico ad una serie di regole aziendalistiche, che, normalmente, non venivano considerate giuridicamente rilevanti. Così sono oggetto delle norme di vigilanza le tecniche dei controlli dei rischi effettuati dalla struttura aziendale; controlli che richiedono l'osservanza delle regole tecniche necessarie per una corretta condotta aziendale.

È necessario poi precisare che il potere dell'Autorità di vigilanza di sottoporre a valutazione più stringente le scelte organizzative, certamente riduce la libertà organizzativa dell'imprenditore bancario, ma ciò non significa, come pure è stato ipotizzato, che le banche cessino di essere imprese e che venga cancellata la loro esposizione al mercato e alla concorrenza. Le norme più incisive in materia di organizzazione prendono atto della

peculiarità economica dell'impresa bancaria, della non coincidenza fra le scadenze dell'attivo e quelle del passivo, del grado di indebitamento, della difficoltà che incontra la valutazione delle poste dell'attivo e introducono norme dirette al contenimento del rischio “nelle sue diverse configurazioni”, come stabilisce l'art. 53 del Testo Unico. L'incisività delle norme in materia di organizzazione del governo societario non tende al conseguimento di fini diversi da quelli di controllo dei rischi e della stabilità della banca e non ripubblicizza la banca.

5. La disciplina della crisi

Le vicende del periodo 2007-2013 hanno inciso anche sulla disciplina della crisi delle banche.

a) Nel vigore della legge bancaria del 1936 gli obiettivi principali dell'ordinamento erano la stabilità della banca (e del sistema bancario) e la tutela del risparmio dei depositanti. In quel contesto il salvataggio delle banche insolventi veniva realizzato soprattutto attraverso il trasferimento dell'azienda bancaria insolvente a banche ritenute idonee a tale compito da parte dell'Autorità di vigilanza. Mentre la tutela del risparmio veniva, in definitiva, addossata alla finanza pubblica attraverso le anticipazioni emesse dalla Banca d'Italia a favore delle banche che avessero subito danni dall'intervento di salvataggio effettuato; la Banca d'Italia, per far fronte al relativo onere, stampava carta moneta e scaricava così sulla collettività il costo del salvataggio (Decreto Sindona).

La concezione della banca come impresa, in una prospettiva privatistica, comportò l'abbandono dell'intervento pubblico a tutela dei risparmiatori con la sostituzione (negli anni Ottanta) dello stesso con quello di un Fondo interbancario di tutela dei depositanti, finanziato, in un'ottica mutualistica, dal sistema bancario, mentre, almeno secondo la prassi, le banche insolventi venivano o acquistate da altre banche o sottoposte a liquidazione per la

loro espulsione dal mercato.

Facendo uso di un linguaggio approssimativo si poteva, dunque, affermare che la disciplina delle banche in crisi dettata dal T.U. del 1993 era, almeno sulla carta, rimessa a scelte di mercato (anche se il decreto Sindona non fu mai abrogato).

b) Queste scelte del legislatore degli anni Novanta si sono dimostrate incapaci di fronteggiare l'insolvenza bancaria manifestatasi dopo il 2007 e, soprattutto, di far fronte ad una crisi sistemica.

c) La disciplina della crisi della banca uscita dalla crisi si differenzia decisamente dalla disciplina pre-crisi per l'introduzione, anche nel nostro ordinamento, e in attuazione di una direttiva comunitaria, della procedura di risoluzione (d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180).

Il nuovo ordinamento conserva la procedura di liquidazione coatta amministrativa, ma introduce il procedimento di risoluzione, proiettato al salvataggio della banca.

La Banca d'Italia, a norma dell'art. 20 del d.lgs. 180/2015, pronuncia la risoluzione della banca in crisi quando accerta "la sussistenza dell'interesse pubblico"; interesse pubblico che ricorre quando la risoluzione è "necessaria e proporzionata" per conseguire *a)* la continuità delle funzione essenziale della banca; *b)* la stabilità finanziaria; *c)* il contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche; *d)* la tutela dei depositanti protetti dai sistemi di garanzia; e la liquidazione coatta amministrativa non consentirebbe di realizzare questi obiettivi nella stessa misura.

Per realizzare un tale risanamento, considerato di interesse pubblico, potranno essere coattivamente azzerate le partecipazioni azionarie e ridotti i crediti non protetti dai sistemi di garanzia, fermo restando che le perdite dei creditori non possono essere superiori a quelle che gli stessi subirebbero in caso di liquidazione (*bail-in*). Per realizzare il risanamento di una banca, nei cui confronti sia stato adottato un provvedimento di risoluzione, può intervenire anche il finanziamento pubblico, purché sia accompagnato da un assorbimento,

sia pure parziale (8%), delle perdite da parte degli azionisti e dei creditori.

Dunque, la nuova disciplina della banca insolvente prevede sia la liquidazione coatta, non necessariamente atomistica, sia una procedura di risanamento (la risoluzione), che si affida sia al contributo di azionisti e creditori sia ad un limitato e condizionato sostegno pubblico.

E il risanamento non è uno strumento di tutela del risparmio ma, anzi, il risparmio deve essere sacrificato all'interesse pubblico, rappresentato soprattutto dalla conservazione in vita delle funzioni della banca. Il che consente di affermare che il *bail-in* costituisce una violazione, consentita, della norma costituzionale (art. 47) che tutela incoraggia il risparmio.