

I rapporti tra la banca e le autorità di vigilanza nel nuovo contesto dell'Unione Bancaria

Alberto Urbani

Professore ordinario di Diritto dell'economia nell'Università Ca' Foscari Venezia

Sommario 1. Una breve premessa sul piano metodologico. – 2. La progressiva evoluzione dell'“ambiente normativo” di riferimento, sino al Testo unico bancario. – 3. (Segue) La c.d. Unione Bancaria... – 4. (Segue) ...e i nuovi strumenti “a tutela anticipata” a disposizione delle Autorità di vigilanza per il governo delle crisi bancarie. – 5. Crisi bancarie e trasparenza amministrativa. – 6. Crisi bancarie e luoghi comuni dai quali guardarsi.

1 Una breve premessa sul piano metodologico

Ragionando insieme all'avv. Ravagnan sull'impostazione da dare a questo nostro seminario odierno, è parso opportuno premettere alle relazioni e agli interventi di diritto penale che seguiranno non tanto una vera e propria relazione, quanto piuttosto – e ben più modestamente – una panoramica di carattere generale sull'evoluzione che ha contrassegnato l'ordinamento del credito e della finanza negli ultimi decenni, con un *focus* particolare sulla disciplina delle crisi bancarie e sul ruolo che in questo contesto ricoprono le autorità di vigilanza (tralasciando invece per ovvie esigenze di sintesi quelle che oggi si chiamano “autorità di risoluzione”). La mia sarà pertanto una chiave di lettura tipicamente giuseconomica, e nello specifico una ricognizione sul piano della legislazione bancaria.

Mi sia prima consentita, però, una breve premessa di carattere metodologico. Da qualche tempo a questa parte è in atto un progres-



Edizioni
Ca' Foscari

Open access

© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Urbani, Alberto (2018). “I rapporti tra la banca e le autorità di vigilanza nel nuovo contesto dell'Unione Bancaria”. *Ricerche giuridiche*, 7(2), 121-136.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/001

sivo, ma evidente e nemmeno troppo lento, processo di autonomizzazione del diritto e della legislazione bancaria rispetto alle altre branche del diritto da cui si era soliti in passato considerare l'attività delle banche: ossia dalla triplice e distinta prospettiva del diritto commerciale (essendo la banca un'impresa), del diritto privato (poiché la sua operatività si esplica in primo luogo mediante lo strumento contrattuale), del diritto amministrativo (per i correlati profili di supervisione pubblica sul sistema bancario). È un orientamento che condivido: ritengo infatti che si stia rivelando sempre più sbagliato continuare ad applicare, in modo quasi automatico e talvolta persino acritico, le categorie del diritto comune quando ci si accosta alla materia bancaria. Occorre prendere atto, ad esempio, che anche (ma non solo) sulla spinta di innovazioni promosse a livello sovranazionale, la disciplina sulla *governance* delle banche si atteggia in maniera peculiare rispetto a quella di diritto comune, specifiche essendone a monte le finalità sottese; e lo stesso potremmo dire, sempre e solo per esemplificare, con riguardo alle obbligazioni emesse dalle imprese del settore. Detto altrimenti: è vero che il diritto dell'economia è fortemente tributario degli apporti che nel corso del tempo gli sono venuti e che continuano a venirgli dai tre ceppi nobili del diritto privato, del diritto commerciale e di quello amministrativo, ma un approccio corretto ed aggiornato a questa branca del sapere giuridico esige che se ne riconosca la piena maturità e la raggiunta autonomia disciplinare. Purtroppo invece, anche quando si discorre delle recenti crisi bancarie e - a monte e più in generale - dell'ordinamento del credito e della finanza, del rapporto tra autonomia imprenditoriale del banchiere e vincoli eteronomi a tutela del risparmio, o ancora sul ruolo e i suoi poteri delle autorità di vigilanza, si assiste sovente alla tralattizia trasposizione di canoni ermeneutici e argomentativi ormai estranei all'attuale disciplina dell'attività delle banche, ampiamente superati da scelte di fondo che sia a livello sovranazionale sia, di riflesso, in ambito nazionale seguono sempre più spesso strade proprie.

2 La progressiva evoluzione dell'“ambiente normativo” di riferimento, sino al Testo unico bancario

Se in questa sede discutiamo di crisi bancarie certamente è anche perché - come ricordava in apertura la Prof.ssa Billio - negli ultimi tempi abbiamo dovuto assistere a più di una vicenda di questo tipo, non essendone rimasto affatto estraneo nemmeno il nostro territorio regionale. Mi sembra importante cercare di indagare le ragioni profonde che vi sono sottese, giacché sarebbe semplicistico e profondamente sbagliato limitarsi ad ascriverne la causa ad una sorta di improvvisa “epidemia” di *mala gestio* - mi si perdoni l'immagine - da

parte di esponenti di diverse banche, con le conseguenti ricadute anche sul piano della loro possibile responsabilità penale. Pur non essendo un penalista, mi azzardo a ritenere che un approfondimento come quello che mi propongo di offrire potrebbe risultare interessante anche per valutare i comportamenti tenuti dagli organi apicali delle banche cadute in dissesto nell'ottica del diritto penale, non essendo ad esempio da escludere *a priori* che i cambiamenti in atto nel sistema bancario, unitamente alla situazione economica generale che tutti conosciamo, possano avere in qualche modo ed in una certa misura influenzato l'elemento soggettivo dei reati contestati. Di qui l'utilità di ripercorrere, seppure a grandi linee, alcune tappe evolutive dell'ordinamento bancario italiano.

Orbene, schematizzando e sintetizzando al massimo, potremmo scandire l'ultimo mezzo secolo di storia della legislazione bancaria nazionale in tre fasi essenziali.

La prima, ovviamente più risalente nel tempo, affonda le sue radici nella legge bancaria degli ormai lontanissimi anni 1936-38. Ricordo brevemente che si trattò di una disciplina nata sulle ceneri della crisi del '29, sicché in quel contesto il legislatore trovò naturale porsi come obiettivo prioritario la stabilità delle banche; ne conseguì un modello di vigilanza che oggi ci siamo abituati a definire «strutturale», nel senso cioè che alle autorità di settore fu consentito di incidere con poteri particolarmente penetranti sulla struttura stessa del mercato del credito, iniziando dall'autorizzazione all'attività sino ad approdare alla gestione delle crisi.

Questa scelta di fondo, come ovvio, aveva una serie di riflessi. In particolare, la legge bancaria di quegli anni si caratterizzava per la sua particolare elasticità, dal momento che si limitava a delineare soltanto alcune regole di base lasciando poi alle autorità di vigilanza il compito di darvi attuazione e di declinarle sul piano concreto, senza preordinarle al perseguimento di specifiche finalità. Ne conseguiva una notevole discrezionalità di poteri di intervento. Dal canto loro, alle aziende ed istituti di credito era consentito esclusivamente di "fare le banche", ossia di dedicarsi soltanto all'intermediazione creditizia in senso stretto (raccolta del risparmio tra il pubblico e correlata concessione di finanziamenti) ma non anche di svolgere altre attività finanziarie, fatte salve talune ipotesi marginali. L'intento di preservare la stabilità del sistema indusse inoltre ad una marcata specializzazione degli intermediari sotto molteplici profili, inibendo altresì le commistioni tra banca e industria. A corollario, fu infine considerato necessario sacrificare in larga misura sull'altare della stabilità la promozione della concorrenza tra gli operatori.

Da almeno un quarto di secolo le cose sono tuttavia profondamente e rapidamente cambiate, sia per spinte che all'epoca si chiamavano ancora "comunitarie" sia però, al contempo, perché si avvertì l'esigenza di modernizzare il nostro sistema bancario nazionale e di

porre rimedio ad alcune sue peculiarità considerate distoniche tanto rispetto alle esperienze dei Paesi economicamente più avanzati quanto alla luce dei processi in atto di globalizzazione della finanza. Fu così che tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 venne intrapresa una stagione di riforme radicali ed assai incisive del nostro ordinamento del credito, che approdò come suo punto più qualificante al varo del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia del 1993, sostitutivo della legislazione di oltre cinquant'anni prima, il quale costituisce a tutt'oggi la principale fonte normativa nazionale in quest'ambito per quanto a sua volta modificata a più riprese e, soprattutto, sempre più condizionata dalle scelte conseguenti all'avvento dell'Unione Bancaria di cui subito diremo.

Il Testo unico bancario ruota attorno ad alcune scelte di campo apertamente antitetiche rispetto a quelle che avevano caratterizzato la legislazione previgente. In primo luogo, viene oggi valorizzato il carattere imprenditoriale dell'attività bancaria, come si evince già dalla definizione di «banca» offerta dall'art. 1 t.u.b. Ne consegue che la dimensione concorrenziale dell'attività, che abbiamo visto essere rimasta precedentemente sullo sfondo per molti decenni, nell'attuale assetto normativo è stata viceversa portata in primo piano; per di più, ora le banche si trovano a competere non soltanto tra loro, ma anche con altre tipologie di intermediari che proprio a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso si sono affacciate sul mercato, come ad esempio le imprese di investimento nelle loro molteplici manifestazioni e i fondi pensione, senza tralasciare i crescenti profili di contiguità con gli ambiti operativi di ulteriori soggetti da tempo presenti sulla scena, quali soprattutto le imprese di assicurazione. Il Testo unico bancario ha dovuto pertanto accompagnare questi fenomeni introducendo una norma, sostanzialmente sconosciuta all'assetto normativo precedente, che consente alle banche di affiancare allo svolgimento dell'attività bancaria strettamente intesa anche «ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna» (trascuando ora ai nostri fini le ulteriori possibili attività connesse e strumentali), come dispone l'art. 10, co. 3, t.u.b.: a livello domestico, risiede proprio in quest'ultima disposizione l'apertura al processo di finanziarizzazione dell'attività delle banche.

Di riflesso è radicalmente cambiato anche l'approccio di vigilanza, che da strutturale si è fatto «prudenziale»: le autorità, cioè, predeterminano alcuni requisiti e parametri tecnico-gestionali considerati propri del "bravo banchiere", una volta rispettati i quali - sto evidentemente ma inevitabilmente semplificando - l'autonomia del banchiere può esplicarsi in libertà; anzi, per alcuni versi, addirittura non è nemmeno importante o così rilevante *come* la singola banca arrivi a rispettare quel determinato coefficiente prudenziale, giacché il rispetto di tale coefficiente è considerato già in sé un presidio minimo adeguato a fronte di quello specifico profilo di rischio che si intende presidiare.

Quello da ultimo tratteggiato sembrava un approccio ordinamentale moderno, tanto efficiente quanto efficace, in grado di contemperare le dinamiche competitive dell'industria bancaria con le esigenze collettive di tutela del risparmio. Sennonché invece, come tutti sappiamo, questo convincimento diffuso si è infranto con asprezza contro la severa crisi economica globale esplosa nel 2008, aprendo così la strada alla terza ed ultima tappa del percorso evolutivo della legislazione bancaria di casa nostra che sto rapidamente ripercorrendo.

Al riguardo, credo occorra riconoscere con la dovuta onestà che, nel momento in cui la crisi iniziò a manifestarsi, la quasi totalità degli addetti ai lavori (non escluse le autorità di settore) commise un grave errore di valutazione, stimando una durata della situazione di difficoltà ben più breve di quella che in realtà si sarebbe prodotta. Ricordo ad esempio come, in occasione di un convegno tenutosi in Veneto intorno alla fine del 2009 tra gli esponenti apicali delle banche locali, alla domanda proposta da un questionario sul presumibile decorso della crisi soltanto un ridottissimo manipolo di “pessimisti”, nel rispondermi, arrivò ad azzardare un periodo superiore a due anni, mostrando di temere scenari a tinte fosche ed assai preoccupanti se ciò fosse realmente accaduto: sappiamo come sono andate le cose in seguito.

Quest'ultima mi pare una constatazione tutt'altro che trascurabile dal punto di vista fattuale, qualora si voglia ricostruire sul piano della cronaca storica e comprendere in modo non superficiale lo spirito con il quale i vertici delle banche e delle stesse autorità di vigilanza affrontarono quegli anni, orientandone le scelte. In quel contesto, il sistema bancario fu proteso a sostenere quella che nel gergo comune viene chiamata “economia reale”; e ciò ancor più da parte delle banche cooperative, specie quelle locali e comunque non quotate, stante la cifra peculiare dell'intento da esse perseguito. Si tratta, a mio avviso, di un altro dato di cui tener conto per valutare con obbiettività ciò che sarebbe accaduto nel prosieguo.

In un quadro oggettivamente inedito e difficile, l'assetto generale della regolamentazione di vigilanza bancaria finì ben presto per mostrare impietosamente alcuni suoi gravi limiti, due dei quali più di altri mi paiono meritevoli di essere espressamente menzionati ai nostri fini. Il primo riguarda i cosiddetti effetti prociclici di taluni tra i più importanti coefficienti prudenziali, giacché per evidenti e condivisibili ragioni la regolamentazione tecnica di settore induce le banche ad erogare il credito preferibilmente ai clienti più sani: tuttavia, se da un lato ciò è coerente e funzionale agli obiettivi di sana e prudente gestione dell'azione di vigilanza e rappresenta uno stimolo positivo nelle fasi espansive del ciclo economico, dall'altro lato costringe viceversa gli intermediari a “stringere i cordoni della borsa”, come sovente si usa dire, nel momento in cui l'economia reale comincia ad arrancare, finendo di tal modo per accentuare le diffi-

coltà dei soggetti finanziariamente più deboli. L'altro profilo di criticità, come prima accennato, attiene invece alla *governance* delle imprese bancarie, rivelatasi in allora inadeguata dal punto di vista normativo quanto meno sotto il profilo dell'insufficienza di contrappesi congrui di fronte alla posizione di preminenza e di sostanziale inamovibilità che il principio del voto capitaro assicura(va) ai componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle banche aventi forma cooperativa, unitamente al mancato riconoscimento alle autorità di vigilanza (sino a tempi recenti) di un potere di c.d. *removal*, al bisogno, degli stessi esponenti.

3 (Segue) La c.d. Unione Bancaria...

L'ordinamento – non solo quello nazionale – è dovuto pertanto correre ai ripari in tempi tutto sommato brevi, approdando così alla terza ed ultima tappa ideale del percorso evolutivo che stiamo ripercorrendo: l'Unione Bancaria, nei suoi tre pilastri costitutivi del meccanismo unico di vigilanza, del meccanismo unico di risoluzione (che ha portato ad una disciplina armonizzata delle crisi bancarie) ed infine del sistema accentrato di tutela dei depositi, quest'ultimo peraltro ancor oggi in via di costruzione.

Il nuovo assetto della vigilanza bancaria ha rappresentato una svolta epocale non tanto, se si vuole, sotto il profilo della regolamentazione in sé dell'attività dei soggetti vigilati, sì aggiornata ma al tempo stesso confermata nei suoi tratti caratterizzanti, quanto piuttosto sul piano concreto dell'approccio di vigilanza, giacché la "filiera" inevitabilmente più lunga che si è venuta a creare tra l'autorità responsabile prima della supervisione e l'intermediario vigilato (almeno per le banche e i gruppi bancari c.d. «significativi») ha portato ad una feconda integrazione tra le prassi di vigilanza fino a quel momento in uso nei vari Stati membri ma anche, talvolta e per certi versi, al rischio di un'applicazione tecnicistica più che tecnica della normativa di settore, stante la difficoltà di riuscire sempre a cogliere appieno, a distanza, le inevitabili peculiarità locali dei territori di elezione delle singole banche considerate.

In ogni caso, la situazione di crisi in essere non poteva certo essere fronteggiata unicamente riformando l'architettura generale dei controlli sugli intermediari finanziari e sui mercati. Ed infatti, in parallelo, si sono avuti i ben noti interventi c.d. "non convenzionali" della Banca Centrale Europea, che almeno nel biennio 2011-2012 si sostanziarono in operazioni di rifinanziamento a medio-lungo termine delle banche (c.d. *LTRO*) grazie alle quali il sistema per lo più sottoscrisse titoli di Stato, con il duplice positivo risultato di finanziare indirettamente i debiti sovrani e di consentire agli intermediari, tramite le cedole incassate, di alleggerire il carico delle perdite su cre-

diti pregresse. Per arrivare ad iniziative di concreto sostegno delle imprese non finanziarie si dovette comunque arrivare al programma di c.d. *quantitative easing* successivo, grosso modo a partire dal 2014, con operazioni non a caso denominate di *targeted LTRO* (TLTRO), ossia finalizzate a sovvenire la c.d. "economia reale", con esiti peraltro inferiori a quelli sperati.

Come accennato, ciò che invece non è sostanzialmente cambiata è la "filosofia" sottesa all'approccio di vigilanza prudenziale già in essere. Il punto è cruciale e merita di essere ribadito: una delle principali idee di fondo dell'attuale impianto regolamentare in ambito bancario è dato dalla centralità del patrimonio della banca (oggi, *rectius*: dei suoi fondi propri) come elemento di presidio di tutte le tipologie di rischio insite nello svolgimento dell'attività. In buona sostanza, maggiore è la rischiosità stimata di una data operazione, maggiore sarà la dotazione patrimoniale che sarà chiesto all'intermediario di "accantonare". Se si guarda al rischio di credito, ciò significa in particolare che il finanziamento concesso viene ponderato in relazione al *rating* attribuito a quel dato prestatore di fondi, nel senso che quanto più alto è il rischio tanto più la banca dovrà idealmente impegnare fondi propri.

Ne consegue, in tutta evidenza, che nelle fasi recessive del ciclo economico le banche possono trovarsi, per così dire, in debito di ossigeno, vedendosi cioè costrette ad un rafforzamento sul piano patrimoniale per far fronte all'accresciuto livello di rischio. Si spiegano in questo modo, dunque, sia le operazioni di aumento del capitale sociale deliberate dal ceto bancario su vasta scala, sia l'ampio ricorso all'emissione di obbligazioni subordinate, le quali seppure entro certi limiti sono computabili nei fondi propri delle banche. Ma trovano così motivazione anche quei finanziamenti che nel linguaggio comune vengono ormai comunemente chiamati "baciati" e che si sostanziano nell'erogazione di un credito finalizzato - il più delle volte solo in parte e quasi mai dichiaratamente - alla sottoscrizione da parte del cliente di azioni di nuova emissione della banca finanziatrice.

Non è certamente questa la sede per approfondire la delicata questione dell'applicabilità o meno alle banche popolari - talune delle quali, come a tutti noto, dolorosamente assurte all'onore delle cronache per aver fatto ricorso in modo spregiudicato ad operazioni "bacciate" - del divieto di assistenza finanziaria per la sottoscrizione delle proprie azioni. Al riguardo mi limito unicamente ad osservare come l'evoluzione talvolta maldestra, nel corso del tempo, delle disposizioni che vengono in rilievo ha dato adito a delicate e pericolose incertezze e continua ancora ad alimentare un dibattito interpretativo tutt'altro che esaurito. Premesso, come noto, che sul piano penale è venuto meno l'effetto deterrente che poteva derivare dal vecchio testo dell'art. 2630 c.c., il quale nell'ambito di una norma assai articolata riguardante la «violazione di obblighi incumbenti agli amministratori» richiama-

va, tra gli altri, l'art. 2358 c.c., i dubbi più rilevanti attengono proprio a quest'ultima disposizione, che è invece una prescrizione di stretto diritto societario. Il punto centrale è dato dal fatto che si tratta di una disposizione dettata per le società per azioni, sicché ci si chiede se essa trovi o meno applicazione anche con riguardo alle società cooperative, quali tutte erano all'epoca dei fatti le banche popolari in questione. L'incertezza è inoltre alimentata dalla circostanza che a seguito della riforma del diritto societario dello scorso decennio la disciplina generale delle società cooperative presenta oggi maggiori tratti di autonomia nei confronti di quella delle società per azioni, con la conseguenza che sia gli orientamenti espressi (o comunque di fatto tenuti) nel corso del tempo dalle autorità di vigilanza con riguardo alle c.d. operazioni "bacciate" sia i comportamenti assunti dagli esponenti bancari devono essere contestualizzati tenendo presente l'evoluzione progressiva della disciplina societaria nel suo insieme. Siamo evidentemente di fronte a questioni ampie e complesse che non possiamo certo sviscerate ora, ma ancora una volta mi azzardo ad ipotizzarne il possibile interesse anche dal punto d'osservazione del diritto penale, ad esempio sotto il cennato profilo della valutazione dell'elemento soggettivo dei reati che si ritenesse di ipotizzare.

4 (Segue) ...e i nuovi strumenti "a tutela anticipata" a disposizione delle Autorità di vigilanza per il governo delle crisi bancarie

Il titolo del nostro convegno mi impone di volgere ora l'attenzione all'ambito più specifico della disciplina delle crisi bancarie.

Tutti sappiamo che l'ordinamento italiano, al pari di quelli degli altri paesi finanziariamente evoluti, conosce da tempo pressoché immemorabile una regolamentazione speciale delle crisi bancarie. Le vicende concrete che hanno riguardato alcune banche - italiane e non - dal 2008 in avanti ci hanno però impartito anche da questo punto di vista alcune severe lezioni, rendendo evidente l'inadeguatezza di quell'assetto regolamentare specie nei casi di situazioni di difficoltà non riguardanti singoli enti e destinate a rimanere isolate, bensì di matrice sistemica; l'attuale internazionalizzazione dell'attività bancaria, inoltre, rendeva (e rende) obsoleto, e quindi non più proponibile, un approccio parcellizzato a livello nazionale. Ciò è ovviamente ancor più apprezzabile se guardiamo alla realtà dell'Unione Europea e specialmente all'area dell'euro, giacché ad esempio la consistente attività transnazionale che caratterizza tutti i "campioni del credito" del nostro continente impone risposte comuni tra tutti gli Stati membri, coerentemente del resto con la raggiunta armonizzazione della legislazione applicabile alle banche "sane".

Nel contempo, a partire dagli stessi anni si è dovuto prendere at-

to che da determinate crisi bancarie – o perché riguardanti imprese, di fatto, *too big to fail*, o perché maturate e poi esplose in una situazione economica complessiva già di forte tensione, o ancora per le ricadute potenzialmente devastanti sul tessuto sociale e produttivo dei territori di operatività di queste banche che sarebbe derivato da un loro *default* – si poteva sostanzialmente uscire soltanto grazie a sostegni pubblici di rilevante entità. A conferma di quanto stiamo dicendo, basti ricordare ad esempio che nel quinquennio tra il 2008 e il 2012 l'Unione Europea approvò aiuti di vario genere al sistema bancario per un importo complessivo intorno ai cinquemila miliardi di euro (si noti: si tratta di interventi *approvati*, il che non significa pertanto che tutti quei fondi siano poi stati effettivamente impiegati): sono dunque cifre assai ingenti, talvolta impiegate nella ricapitalizzazione diretta delle banche ma molto più spesso messe a disposizione del sistema sotto forma di concessione di garanzia, di sostegno agli *assets* deteriorati, di interventi a protezione della liquidità.

Ho accennato all'insufficienza e all'inadeguatezza di taluni degli strumenti che per decenni le autorità di settore hanno utilizzato con notevole frequenza per risolvere le situazioni di difficoltà delle banche. Una riprova esemplare si ha se si pensa alla cessione dell'azienda bancaria, di rami d'azienda o di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco: anche quanto è accaduto di recente ci ha dimostrato come per svariate ragioni gli sportelli bancari siano oggi sempre meno appetibili, in primo luogo perché il processo di digitalizzazione che coinvolge anche il modo di operare delle banche (e, con loro, quello della clientela) implica una radicale trasformazione del mercato del credito, nel quale la virtualità ha un peso crescente a spese dell'insediamento in presenza.

Quanto stiamo dicendo ci aiuta a comprendere come i dilemmi che da sempre si pongono al verificarsi di una crisi bancaria da un lato continuino a proporsi anche in un contesto generale profondamente cambiato, ma dall'altro risultano oggi acuiti sia per le dimensioni raggiunte da taluni intermediari, sia per l'attività sempre più complessa ed articolata che li caratterizza, sia in conseguenza dell'integrazione tra i mercati in cui essi operano. Non viene certamente meno, soprattutto, l'alternativa tra il riverbero degli effetti negativi della crisi sul ceto creditorio (che nel caso di una banca sono soprattutto i depositanti e gli obbligazionisti), al pari di tutte le altre imprese che divengono insolventi, ovvero l'intervento pubblico a sostegno dell'ente in difficoltà e/o a copertura delle perdite subite; un'alternativa che tale per vero non è, essendo possibile, oltre che non così infrequente, anche una combinazione dei due approcci.

Non va d'altronde trascurato che tali scelte devono essere assunte in un contesto normativo generale che, come abbiamo visto, è profondamente diverso da quello anteriore all'entrata in vigore del Testo unico bancario, dal momento che la valorizzazione dell'auto-

nomia imprenditoriale della banca e delle dinamiche concorrenziali del mercato incidono sul ruolo e sui poteri delle autorità di vigilanza, e dunque anche sul loro modo di rapportarsi con le banche. Certo, nell'attingere al ricco armamentario di strumenti a disposizione per il governo della crisi le autorità conservano margini abbastanza ampi di discrezionalità, ma si tratta beninteso di una discrezionalità *tecnica*, che non può certo tradursi in arbitrio.

Non va mai dimenticato, a questo riguardo, che le autorità di vigilanza sono vincolate nelle finalità che perseguono, tant'è che l'art. 5 t.u.b. che le elenca - disposizione particolarmente innovativa quando venne introdotta e di palese rottura con il passato - è stata considerata da subito la "meta-norma" dell'intero ordinamento del credito. È interessante osservare come tra queste finalità non figurino, almeno in prima battuta, la tutela del cliente - o, se si preferisce, del solo risparmiatore - che viene invece evocata, ma soltanto a partire dal 2010, in un articolo successivo, il 127, inscritto tuttavia nel quadro specifico delle prescrizioni in materia di trasparenza bancaria. D'altra parte, come risulta chiaramente se si leggono i lavori preparatori al Testo unico, le stesse norme di trasparenza furono inserite nel d.lgs. n. 385/1993 non tanto in un'ottica di protezione della clientela delle banche, bensì in chiave proconcorrenziale: se le condizioni contrattuali sono trasparenti, si argomentò, i clienti (o i potenziali clienti) possono informarsi, possono comparare tali condizioni, e tutto ciò favorisce la concorrenza, indicata invece sin dall'inizio tra gli obiettivi fondamentali del Testo unico. Si tratta - è bene sottolineare anche questo - di un approccio diverso da quello seguito sia dal Testo unico della finanza successivo a quello bancario di soli cinque anni, sia anche dal codice delle assicurazioni private ancora posteriore, sulla scorta di argomentazioni e con conseguenze che non ci è consentito approfondire in questa sede.

Se le «finalità della vigilanza» vengono dunque ravvisate, puntualmente, nella «sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, [nella] stabilità complessiva, [nell']efficienza e [nella] competitività del sistema finanziario nonché [nell']osservanza delle disposizioni in materia creditizia», è allora evidente che le autorità di settore non sono e non possono essere viste come una sorta di organo di controllo in seno all'ente che si affianca a quello interno previsto per ogni singola banca e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti. La vigilanza sull'attività delle banche rappresenta sì un insieme di strumenti che persegue la tutela del risparmio, come ci ricorda indirettamente l'art. 47 della nostra Carta Costituzionale, ma ciò non può in alcun modo tradursi in una sorta di copertura assicurativa pubblica contro il rischio d'impresa degli intermediari creditizi: il rischio bancario è rischio *delle banche*, anche nel caso di situazioni di *mala gestio* da parte dei loro esponenti aziendali. Ne consegue - ovviamente senza entrare nel merito di singole vicende - che sul piano giuridico è francamente assai discutibile evocare assunte responsabilità delle

autorità di supervisione, come invece non di rado capita di sentire: volendo ricorrere ad un paragone, se una persona viaggia a 300 chilometri all'ora in autostrada e a quella velocità causa un grave incidente, la colpa non può certamente essere ascritta alla Polizia Stradale per non aver messo in funzione un numero adeguato di *autovelox*.

D'altro canto, se si volge l'attenzione all'ambito specifico dei poteri di vigilanza in materia di *governance* delle banche è facile avvedersi di come le relative norme attributive, che peraltro le autorità di settore di casa nostra andavano invocando da tempo, siano in molti casi di recente introduzione: si pensi soprattutto a quella che consente ora la rimozione degli esponenti aziendali (c.d. *removal*), potere riconosciuto alla Banca d'Italia soltanto nel maggio del 2015 in attuazione della c.d. CRD4 e da questa prontamente esercitato in una delle vicende che tutti conosciamo, purtroppo però senza ottenere i risultati sperati stante la situazione di ormai avanzato deterioramento della banca in questione.

Ancora, non è privo di rilevanza che l'Unione Bancaria abbia preso concreto avvio non in una fase di espansione economica e di mercati finanziari in tranquilla progressione, situazione questa che avrebbe consentito una assimilazione e una integrazione graduali da parte della BCE delle prassi di vigilanza in essere nei singoli Stati aderenti, bensì, come si è detto, in un contesto di particolare turbolenza, sicché le naturali difficoltà tipiche dei momenti iniziali di qualsivoglia nuova esperienza normativa si sono dovute confrontare da subito con l'esigenza di decisioni delicate e al tempo stesso impellenti.

La complessa articolazione sia degli strumenti predisposti per governare una crisi bancaria sia delle autorità chiamate a selezionarli per avvalersene non agevola di certo la tempestività degli interventi. Quanto ai primi, è noto che il legislatore europeo ha optato per un *mix* articolato di misure di prevenzione, di c.d. intervento precoce e di c.d. *resolution tools*, anche se l'attenzione dei non addetti ai lavori è stata attratta per lo più da questi ultimi (comprendenti, oltre alla ben nota cessione di attività e di passività, la costituzione di enti ponte, di *bad banks* e il tanto temuto *bail-in*). Relativamente invece alla pluralità di pubblici poteri coinvolti nelle decisioni, occorre fare i conti non solo con le interlocuzioni tra la Banca Centrale Europea e le autorità di vigilanza nazionali interessate, ma anche con la voluta diarchia tra autorità di vigilanza e autorità di risoluzione, senza tralasciare che le decisioni da assumere possono implicare valutazioni altresì dal punto di vista della legislazione a tutela della concorrenza e quindi richiedere il concorso decisionale di ulteriori soggetti, nazionali o sovranazionali che siano. Per averne una conferma concreta basta tornare rapidamente con la memoria a quanto accaduto nel nostro Paese prima con la vicenda Ter.Cas. e poi, seppure in una prospettiva affatto diversa, con riguardo alle due banche popolari venete.

Le autorità competenti, dunque (che come si è appena detto non

sono soltanto quelle di vigilanza e quelle di risoluzione), sono chiamate a decisioni non facili. A monte, certo, il legislatore europeo ha compiuto alcune scelte di fondo, che sono di politica del diritto prima ancora che giuridiche in senso stretto. Così, ad esempio, la BRRD (ossia la direttiva 2014/59/UE che ha armonizzato la disciplina delle crisi bancarie nel contesto della *Banking Union*), relegando sostanzialmente ai margini soluzioni di c.d. *bail-out*, ha stabilito che gli effetti negativi di una crisi devono essere sopportati *in primis* dagli azionisti e a seguire dai creditori, secondo un preciso ordine di priorità che ricalca (almeno nel principio che vi è sotteso) quanto accade in una procedura di insolvenza di una comune impresa; o ancora, ha prescritto che in caso di «risoluzione» (discutibile traduzione letterale dell'inglese *resolution*) nessun creditore della banca possa essere chiamato a patire delle perdite più ingenti di quelle che avrebbe sostenuto qualora invece la banca fosse stata posta in liquidazione. Per il resto, però, le determinazioni concrete gravano sulle autorità, al più orientate in questo dalla stella polare dell'interesse pubblico alla tutela della stabilità finanziaria (si osservi: non di quella del singolo ente creditizio), altro criterio riveniente dalla stessa direttiva (se ne leggano ad es. il 13° o il 29° *considerando*).

5 Crisi bancarie e trasparenza amministrativa

Il tempo scorre e mi devo avviare verso la conclusione, non prima però di avere almeno accennato ad un ultimo punto che mi pare tanto importante quanto spinoso, quello cioè del grado di trasparenza amministrativa nei confronti dei terzi cui sono tenute le autorità di settore al manifestarsi di una crisi bancaria.

Il Testo unico bancario, in termini generali e non dunque con specifico riferimento alle situazioni di crisi, all'art. 4 contiene da sempre un richiamo espresso alle disposizioni della legge sulla trasparenza amministrativa 7 agosto 1990, n. 241, pur precisando a chiare lettere che tale rinvio opera nei limiti della compatibilità, compatibilità - è sottinteso - da intendersi riferita alle finalità proprie della vigilanza bancaria. Al tempo stesso, però, l'art. 7 t.u.b. impone alla Banca d'Italia il rigoroso rispetto del segreto d'ufficio, temperato unicamente da eccezioni dettagliatamente disciplinate dalla stessa disposizione e fondate su esigenze di collaborazione con altre autorità di vigilanza del settore finanziario o con l'autorità giudiziaria in relazione a possibili violazioni di norme penali.

In questo quadro nazionale di fondo si è tuttavia recentemente innestato un elemento di novità, giacché il 13° *considerando* della BRRD (lo stesso che ho poc'anzi citato a tutt'altri fini) ammette interferenze con i diritti degli azionisti e dei creditori nei limiti in cui queste non si pongano in contrasto con la Carta dei Diritti Fonda-

mentali dell'Unione Europea, la quale a sua volta, all'art. 42, prevede un diritto delle persone fisiche e di quelle che risiedono o abbiano sede legale in uno Stato membro di accedere ai documenti dei principali organi dell'Unione.

Orbene, in materia sta suscitando un certo scalpore una recentissima sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (causa C-594/2016), datata 13 settembre e della quale al momento si conosce soltanto il dispositivo mentre non ne sono ancora note le motivazioni, che prende le mosse da un caso che ha riguardato proprio il nostro Paese. In relazione alla procedura di liquidazione coatta amministrativa disposta nei confronti di Banca Network Investimenti, infatti, un correntista aveva chiesto alla Banca d'Italia di accedere alle relative informazioni di vigilanza per valutare l'opportunità di agire nei confronti della stessa Autorità; la Banca d'Italia aveva però negato l'accesso ai documenti, inducendo di conseguenza il cliente dapprima a presentare un ricorso al TAR, da questo rigettato, e in un secondo momento a rivolgersi al Consiglio di Stato, il quale invece aveva rimesso in via pregiudiziale la questione alla Corte di Giustizia. Di qui la sentenza in questione, che proprio richiamando la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ha ritenuto che nulla osti alla divulgazione da parte delle autorità competenti degli Stati membri di informazioni riservate ad una persona che ne faccia richiesta per poter avviare un procedimento civile finalizzato alla tutela di interessi patrimoniali che questa assume siano stati lesi a seguito della sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa.

Per una valutazione approfondita della decisione occorre sicuramente attendere le motivazioni. Di primo acchito, mi sia tuttavia consentito esprimere al riguardo qualche riserva, dal momento che pur essendo intuitibili gli obiettivi di fondo che probabilmente lo animano, il provvedimento mi sembrerebbe discostarsi da una lettura fedele dell'art. 53, par. 1, della c.d. CRD4 (direttiva 2013/36/UE), cioè proprio dal dato testuale della norma oggetto di interpretazione da parte dei Giudici di Lussemburgo e che a questo punto vale la pena di rileggere insieme: *«nei casi concernenti un ente creditizio dichiarato fallito o soggetto a liquidazione coatta ordinata da un tribunale, le informazioni riservate che non riguardino i terzi coinvolti in tentativi di salvataggio possono essere comunicate nell'ambito di procedimenti civili o commerciali»*. Nella sentenza in questione mi pare di ravvisare, per così dire, una duplice operazione di ortopedia della norma, che la piega cioè ad una lettura che, da un lato, trascura come nel nostro ordinamento nazionale la liquidazione coatta sia chiamata «amministrativa» proprio perché *non* ordinata da un tribunale e che, dall'altro, sovrappone la comunicazione «nell'ambito» di procedimenti giudiziari con quella soltanto funzionale ad un loro possibile avvio.

Come dicevo, il punto richiederà approfondimenti ulteriori.

6 Crisi bancarie e luoghi comuni dai quali guardarsi

Da tutto quanto precede emerge dunque, in conclusione, un quadro assai composito, che ci dovrebbe indurre a rifuggire dai tanti luoghi comuni che invece mi sembrano purtroppo costellare, da più parti, commenti e prese di posizione, sino ad arrivare addirittura a condizionare talune scelte sul piano concreto.

Ciò vale in primo luogo per lo stesso legislatore. Strumenti come il *bail-in*, ad esempio, presuppongono un cliente bancario consapevole, informato, preparato: ma quanto tutto ciò corrisponde davvero alla realtà, tanto più se guardiamo al nostro contesto nazionale? Quanti sono gli investitori in grado di cogliere il diverso profilo di rischio che distingue un'azione di una società quotata da un'azione di una società chiusa, un'azione da un'obbligazione, un'obbligazione comune da un'obbligazione subordinata? Anche il legislatore, a partire da quello europeo, sembra talvolta procedere per petizioni di principio che ignorano il mondo reale, in questo caso trascurando quanto meno che il livello di educazione finanziaria non è lo stesso in tutti i Paesi dell'Unione Europea e all'interno dei singoli Stati membri. O ancora, e per converso, questa volta guardando invece alle vicende italiane: come si può trascurare che meccanismi risarcitori sostanzialmente a pioggia del tipo di quelli di cui si sta ragionando in queste ore a ristoro dei c.d. "risparmiatori traditi", pur sorretti da intenzioni lodevoli, finiscono inevitabilmente anche per alimentare forme di azzardo morale (magari anche soltanto inconsapevole) e dunque di sostanziale deresponsabilizzazione, nel convincimento che in un modo o nell'altro gli effetti negativi di una crisi bancaria continueranno ad essere sopportati dalla collettività? Eppure si sa quanto il rischio del *moral hazard* sia di rilevanza centrale nel mondo della finanza, sia da parte dei singoli risparmiatori o investitori sia ancor più da parte degli intermediari coinvolti e dei loro esponenti. Da ultimo: in un'ottica di sistema, ma senza con questo intendere frustrare le legittime aspirazioni d'ordine risarcitorio dei soggetti danneggiati da un dissesto bancario, occorre interrogarsi sui possibili riflessi che azioni legali nei confronti di cessionari di attività o passività di banche in crisi se non delle stesse autorità di vigilanza potrebbero produrre in futuro sul piano della disponibilità delle banche sane a farsi carico di soluzioni di mercato delle crisi di soggetti che appartengono al loro stesso ceto e di quella delle autorità a continuare a governare in prima linea tali situazioni di crisi, non di rado incandescenti in termini sociali prima ancora che economici. Probabilmente non del tutto a torto, sotto quest'ultimo punto di vista qualche voce dottrinale autorevole ha adombrato il sospetto che la scelta della riforma del 2016 di far convergere tutte le banche di credito cooperativo in gruppi bancari cooperativi, con l'effetto di portarle sotto la vigilanza diretta della BCE, possa spiegarsi *anche* con l'intento pro-

mosso dalle stesse autorità di vigilanza nazionali e fatto proprio dal legislatore domestico di non dovere gestire più in via diretta e di prossimità possibili nuove situazioni di crisi di banche nella quasi totalità di piccole o al più medie dimensioni.

Come si è visto, nel corso del tempo molta strada è stata compiuta, molte cose sono cambiate; molta altra strada resta però ancora da percorrere, a partire da una necessaria operazione di revisione critica degli obiettivi e delle intenzioni da parte di tutti gli attori coinvolti a vario titolo in una crisi bancaria. In un contesto universitario come quello che ci riunisce oggi per questo convegno, mi sembra tuttavia doveroso chiudere soprattutto con un richiamo al ruolo strategico che l'educazione finanziaria è chiamata ad assolvere anche in chiave preventiva degli effetti della crisi di una banca sul vasto pubblico: tra le tante lezioni che le vicende di questi ultimi tempi ci hanno impartito (o forse dovrei dire: costretti a ripassare), una delle più rilevanti è che nel mondo della finanza l'*ignorantia legis* (ma, per vero, non soltanto *legis*) *non excusat* affatto, ma fa anzi pagare un conto assai salato. Tutti - legislatore, autorità di settore, scuola ed università, intermediari, professionisti, enti ed associazioni, ma anche clienti e semplici cittadini - dovremmo premurarci di non dimenticarla rapidamente, ciascuno per quanto gli può competere, se è vero che la consapevolezza è una delle migliori assicurazioni contro i danni che possono derivare dalla crisi di un intermediario bancario, ma al tempo stesso, e più in generale, è un investimento destinato molto probabilmente a non rimanere infruttuoso.

