



RIFLESSIONI SULLA DIMENSIONE EUROPEA DELLA DISCIPLINA BANCARIA

di

Matteo De Poli

*(Professore di Diritto dei mercati finanziari
– Università di Padova)*

21 marzo 2012

Nate per servire l'economia reale fungendone da complemento necessario per il continuo sviluppo della stessa mediante l'erogazione del credito raccolto tra il pubblico dei risparmiatori, nell'ultimo quarantennio le banche hanno intrapreso e portato a progressivo compimento un processo di allontanamento dalla modalità tipica del loro agire, quella segnata dalla coppia di attività "raccolta del risparmio – erogazione del credito"; è sì vero che tale processo di snaturamento rispetto alla funzione tradizionale dell'attività bancaria ha toccato particolarmente le banche americane e inglesi, ma – seppure in misura minore - esso è stato avvertito anche nell'Europa continentale. Quanto questo processo abbia giovato alla crescita e allo sviluppo economico tutti – oramai, e amaramente - lo sappiamo. Delle banche, pertanto, si parla oggi con accenti fortemente critici: l'ingordigia e l'avidità dei loro manager sono oggetto di commissioni d'indagine, programmi elettorali, progetti legislativi; la loro ritrosia nel finanziare il mondo produttivo sta alla base delle tensioni tra banchieri e settori produttivi; la loro capacità – specie delle grandi banche d'affari - di *insinuare* loro rappresentanti persino nei governi dei più importanti paesi del mondo, compreso il nostro, autorizza i più a colorare con il colore del retro-pensiero anche le scelte più coraggiose.

E, poi, nel 2008, è arrivato il castigo della *Global Financial Crisis*, la situazione in cui il mondo è stato più vicino alla *Great depression* del 1929. Il legame tra crisi finanziaria e

banche (o, comunque, sistema finanziario, del quale le banche sono gli esponenti più rilevanti) è percepito e noto, oramai, da tutti, tanto e tale è stato l'impatto sulla quotidianità dei più di noi. Carnefici e vittime allo stesso tempo, l'ingegneria finanziaria che le banche hanno per prime sperimentato si è ritorta contro loro stesse, mettendole rapidamente in ginocchio, dapprima in Gran Bretagna (il caso di Northern Rock rimarrà nella storia dei *run on the bank*) ma, poi e fondamentalmente, negli Stati Uniti e da lì in tutto il mondo civilizzato e finanziarizzato.

Parzialmente immuni nella crisi finanziaria 2007 - 2009, le ottomila banche europee - che gestiscono più del cinquanta per cento degli attivi di tutto il sistema bancario mondiale - sono ora al centro di una nuova, e forse più grave, crisi, questa volta legata ai debiti sovrani e agli investimenti in titoli pubblici che esse avevano fatto. Un drammatico *continuum*, dal 2007 a oggi, una *downward spiral* da film dell'orrore, che ha posto le banche al centro delle agende dei *policymakers* di tutto il mondo. Come si pone, ci si deve chiedere, il legislatore comunitario verso questo sistema bancario? In che misura i legislatori nazionali hanno perduto la loro sovranità nei confronti del sistema bancario?

Banche e politiche comunitarie

Prima dell'influsso della legislazione comunitaria, e comunque fino a metà degli anni novanta, il sistema bancario italiano era caratterizzato da un profilo marcatamente pubblicistico e dirigistico. La legge bancaria del 1936 - 1938, emanata dopo i grandi scandali della fine degli anni venti (e, in particolare, quello della Banca Romana e della Banca di Sconto), qualificava l'attività bancaria - al suo art. 1, dunque, nel ruolo di un vero "manifesto" - come "funzione di diritto pubblico". Quella legislazione rispecchiava il clima ideologico "corporativo-fascista" dell'epoca e la sua tendenza a disciplinare in modo pubblicistico il maggior numero di attività della collettività. Singolarmente, l'approccio dirigistico resistette alla caduta del regime e all'emanazione della Carta Costituzionale, il cui art. 47 dispose (e dispone tutt'oggi) che "la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito". L'intervento pubblico sul settore creditizio caratterizzò così buona parte del cammino della prima Italia repubblicana e l'attività bancaria fu fatta oggetto di *indirizzo* e di *governo* pubblici, strumentalizzandola al raggiungimento di finalità di politica economica .

Fu agli inizi degli anni settanta che la materia bancaria, sulla scia dei principi sanciti dal Trattato di Roma, approdò nelle aule di Strasburgo e Bruxelles. Chiave di lettura dei vari provvedimenti che da lì iniziarono a incidere inesorabilmente sul diritto bancario nazionale è

la matrice privatistico-liberistica, che, con un apparente paradosso, è visibile anche nei provvedimenti ruotanti intorno ai poteri di vigilanza di Autorità pubbliche. Ciò che conta, però, è che la banca, pur vigilata da Autorità pubbliche – statali o sovrastatali non importa - è concepita come un'impresa operante liberamente sul mercato, non più come un soggetto che svolge funzioni pubbliche.

Le prime mosse comunitarie puntarono a rendere le banche nazionali capaci di prestare i propri servizi nel territorio dell'intera Comunità, ma per fare ciò occorreva armonizzare i criteri di vigilanza, in prima battuta quelli sul capitale, e ciò per evitare una concorrenza sleale tra diversi ordinamenti giuridici, basata sulla tendenza di ciascun Paese ad attrarre capitali stranieri riconoscendo alle banche del proprio Paese più flessibilità e minori costi operativi grazie a controlli più lievi. Vennero concordate, allora, regole minime, rispettate le quali ciascuna banca avrebbe potuto insediarsi, con proprie succursali, nei Paesi membri della Comunità o comunque ivi prestare i propri servizi. Si parlò di “passaporto” europeo, mimando per i servizi ciò che era avvenuto, in punto di nuove libertà, per la circolazione delle persone e delle merci. A fare da apripista fu la Direttiva 183 del 28 giugno 1973, che abolì le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ma fondamentali furono le direttive 780 del 12 dicembre 1977 e 646 del 15 dicembre 1989.

Il nuovo sistema bancario, di matrice europea, vedeva così la libertà di stabilimento di ciascuna banca in ogni Stato membro; la libertà di prestazione di servizi indipendentemente dallo stabilimento fisico mediante succursali; una disciplina comune sulla solvibilità della banca; norme volte alla trasparenza e alla tutela del consumatore.

Iniziò allora, grazie a fusioni e acquisizioni, una stagione di concentrazioni, e da allora fu possibile iniziare a parlare di *banche europee*. Gli italiani sono giustamente fieri di Unicredit, che ha invaso con le armi della democrazia societaria territori oltre confine, specie in Europa centrale e dell'est, anche se occorre ricordare che altri campioni nazionali hanno perso parte della loro autonomia a vantaggio di banche con sede all'estero, che ora le controllano. Di tale processo di confronto su scala sovranazionale se ne giovarono innegabilmente i cittadini europei, che sperimentarono il valore della concorrenza nei servizi finanziari, e noi italiani imparammo (dagli inglesi, particolarmente) che un prestito per l'acquisto di una casa può essere offerto, e restituito, non solo in dieci anni ma anche in venti e perfino in trenta, così come, purtroppo, anche la capacità della finanza di originare bisogni, ancor più di soddisfarli. Si moltiplicarono l'offerte (i “prodotti”, come si dice nel gergo finanziario), le banche affiancarono all'attività tipica - quella fatta di raccolta di capitali e di impiego mediante

prestiti – quella di tipo più finanziaria, in particolar modo la gestione del denaro altrui mediante l’investimento dello stesso nel mercato dei capitali.

Pian piano, il soggetto “banca” iniziò però anche la già citata metamorfosi, che lo allontanò dalla sua originaria missione – supportare l’economia reale – per intraprendere la strada più scoscesa del *player* finanziario assuntore di grossi rischi, propri dell’attività squisitamente speculativa. Si pensi ad esempio al *proprietary trading*, l’azzardo compiuto dalle banche non per conto di un proprio cliente – dai cui effetti negativi esse sono per definizione esenti – ma per conto proprio, semplice viatico per un conto economico in grado di soddisfare gli appetiti dei manager le cui remunerazioni sono legate ai risultati.

Per essere onesti, l’Europa c’entra poco con questa deriva delle sue stesse banche, scritta nelle cose perché intrapresa per prime dalle banche nordamericane; ma la competizione sempre più globale ha spinto anche le banche del continente a confrontarsi con quelle nordamericane sul terreno che esse avevano battuto, quello della corruzione della purezza originaria all’insegna dell’exasperazione del profitto, che è cosa economicamente oltre che eticamente diversa da quella massimizzazione del profitto che caratterizza l’impresa. Lo strumento di tale avvimento fu l’ingegneria finanziaria, ossia la creazione di nuovi prodotti, sempre più complessi, rischiosi e – in prospettiva - profittevoli, ma spesso risultati uno specchietto per l’allodole per chi riteneva di sostituire il sudore e il sacrificio con gli algoritimi.

Se l’originaria politica comunitaria in materia di banche è stata declinata all’insegna della libertà d’impresa, oggi lo sguardo delle autorità europee è indirizzato altrove. Il terreno di gioco è cambiato e la cifra di questa nuova stagione non è più la libertà ma la responsabilità. Invero, acquisita la libertà di concorrere in un mercato aperto, ora si vogliono banche più solide, liquide, misurate, responsabili anche socialmente. Sotto un certo punto di vista, che esse tornino a fare “banca”, in senso proprio, ossia impiegando i capitali raccolti in finanziamenti a settori bisognosi di capitale, è un problema secondario per i *regulators*, perché l’esigenza di stabilità – reale così come percepita - non ammette sconti di alcuna sorta. Ecco così che recentemente, dal 1 gennaio 2011, è cambiata radicalmente l’architettura delle autorità di vigilanza europee. Le nuove autorità sono ora l’*European Systemic Risk Board*, incaricato della vigilanza del sistema finanziario nel suo complesso; e l’*European System of Financial Supervision* – che si occuperà di vigilanza delle istituzioni finanziarie a livello individuale – composto di tre nuove autorità di vigilanza (ESAs): EBA, che vigilerà sul sistema bancario; EIOPA, su quello assicurativo e pensionistico; ESMA, su quello finanziario.

Ancor più recentemente la Commissione europea ha presentato una proposta articolata su tre livelli: requisiti di capitale; *governance*; trasparenza. Rileva soprattutto il tema del capitale, fonte di aspri scontri tra legislatore e banchieri. Il legislatore europeo vuole che le banche siano più e meglio capitalizzate, e che accumulino maggiori riserve in modo da poter assorbire più facilmente i nuovi eventuali *shock*, prevenendo l'insorgere di illiquidità e di insolvenza. Per far ciò la Commissione attuerà le disposizioni internazionali sul capitale delle banche, il cosiddetto Basilea III; attribuirà poi alle Autorità di vigilanza maggiori poteri di monitoraggio, rafforzando in particolar modo le possibilità di prevenire i casi di contagio (*systemic risk*). Anche sul piano della tecnica normativa sono attesi cambiamenti, perché la frammentata legislazione bancaria verrà riunita in un unico testo, rafforzando l'*enforcement* della disciplina. In più, il consolidamento della normativa europea sarà fatto non più tramite lo strumento della direttiva ma con quello del regolamento. Mentre la prima, infatti, entra nei sistemi normativi nazionali attraverso il necessario tramite di una legge, il regolamento entra in vigore nei singoli Stati senza bisogno di atti di recepimento, in tal modo eliminando il rischio di differenti recepimenti tra Stato e Stato.

Anche la *governance* delle banche europee subirà cambiamenti (quanto incisivi saranno è però ancora presto per dirlo, considerato il rilievo degli interessi che si agitano su questo fronte). Dovrà essere di certo rafforzato il ruolo dei consigli di amministrazione, che hanno dato dimostrazione d'incapacità e scarsa autonomia durante la crisi 2007 – 2009. Sarà centrale intervenire sui consiglieri indipendenti, rafforzandone i margini d'intervento e la concreta possibilità di “sfidare” il prepotere degli amministratori delegati; ancora: incentivare la costituzioni di comitati rischi che non guardino solo lo specchietto retrovisore ma anche il parabrezza, non limitandosi – fuori di metafora – a controllare la possibile insorgenza di rischi *noti*, ma studiando il potenziale emergere di rischi *inediti*, come il congelamento del mercato interbancario nel 2008, la cui eventualità nessuno aveva immaginato.

C'è poi il tema “simbolico” per eccellenza, quello dei compensi dei *manager*. Perfino il Paese europeo *market-oriented* per eccellenza, la Gran Bretagna, ha messo da parte il suo solido pragmatismo e l'avversione per ogni deriva moralistica in campo economico e ha brandito la spada del populismo, mettendo sotto inchiesta i compensi dei principali banchieri. Non che la protesta – in particolare, quella sociale, quella dei *taxpayers*. Più critico sarei nei confronti della protesta degli eletti dal popolo e di chi lo governa ... -; non che la protesta, si diceva, non abbia serio fondamento, sia chiaro, ma in un'economia di mercato l'incentivo al guadagno è uno stimolo formidabile all'emersione dei talenti, al miglioramento professionale, alla competizione. Per cui, ben vengano soci che, pur di avere il miglior manager in

circolazione, rinunciano a una parte dei propri utili. Imporre un *cap* ai guadagni non sarebbe, pertanto, una soluzione in linea con i principi dell'economia di mercato e della libera concorrenza cui l'Europa, seppur non fedelisticamente, si ispira dal suo trattato fondativo. Il vero problema, dunque, non è dato dall'ammontare dei compensi - generalmente elevato o molto elevato, ma sempre mediamente inferiore di quello di professionisti degli sport più di richiamo o di esponenti del mondo dello spettacolo -. Così posto, il problema non può uscire dalla sua dimensione privatistica (quella del conflitto tra i soci e gli amministratori) per assurgere a una pubblica, politica. L'angolo visuale da cui valutare la vicenda è, dunque, altro, questo sì pubblico e, dunque, politico: così come sono strutturati (solo in parte minima in misura fissa, mentre la parte più sensibile è legata ai risultati), i compensi dei *manager* bancari stimolano questi all'assunzione di rischi che, quand'anche nel breve periodo producano risultati positivi, vedono questi evaporare nel medio e lungo periodo, quando magari il manager ha già incassato il *bonus* per il risultato fatto temporaneamente conseguire. La nostra Autorità di vigilanza, Banca d'Italia, ha emanato disposizioni sagge ed efficienti, prive di sapore dirigistico ma capaci di limitare sensibilmente la libera trattativa sul compenso tra banche e manager.

Il legame tra sistema finanziario e dimensione europea soffre alcune eccezioni. Vi sfuggono, infatti, le banche territoriali, in Italia le Popolari ma, ancor più, le banche di credito cooperativo, eredi delle storiche casse rurali e artigiane. Quanto a queste ultime, il tema delle aggregazioni e delle concentrazioni su base sovranazionale non può - tecnicamente - essere messo sul tavolo proprio a ragione del legame con il territorio di elezione che queste banche hanno. Pur se generalmente di piccole dimensioni, anch'esse stanno comunque soffrendo dei problemi di liquidità delle grandi banche e dei gruppi. Ancor più, però, soffrono dei problemi d'inefficienza della *governance*, essendo generalmente amministrate e rappresentate da un ceto non professionale, il cui merito, in genere, è dato dall'appartenenza a centri di potere - partiti, in prima battuta -; in questo senso assomigliano molto ad un altro centro di potere finanziario - molto "italiano" - le fondazioni bancarie. Banche di credito cooperativo e fondazioni (ex) bancarie non guardano all'Europa ma al loro territorio di competenza; sono vigilate a livello nazionale, le prime - molto seriamente e incisivamente - dalla Banca d'Italia, le seconde - in modo risibile - dal Ministero dell'Economia. Restano attratte, dunque, dalle logiche domestiche.

Sul rapporto tra banche cooperative e dimensione comunitaria qualche parola va però spesa anche in ordine alla vicenda - non solo italiana, a dire il vero, delle banche popolari. Le popolari sono banche che hanno una struttura "cooperativa" ma una finalità lucrativa. Si

differenziano dalle banche di credito cooperative perché queste ultime perseguono invece non la massimizzazione del profitto ma finalità mutualistiche: una volta a favore degli esponenti delle categorie imprenditoriali cui erano rivolte (artigiani e agricoltori), ora gli esponenti del territorio di riferimento. La Commissione europea aveva originariamente ritenuto le Popolari un *monstrum* da riformarsi radicalmente. Sotto tiro vi è stata, in particolare, la persistente limitazione al diritto di voto dei soci, descritto come un *unicum* nel panorama creditizio mondiale; il principio del voto capitario (ovvero, una testa-un voto, indipendentemente dal numero di azioni possedute); e la clausola di gradimento, ossia l'esigenza che il nuovo socio sia gradito al consiglio di amministrazione. Tutti questi vincoli, si sostiene, disincentiverebbero all'investimento nelle banche stesse, riducendo l'*appeal* dei relativi titoli. Nel 1993 la Commissione europea diede avvio al primo stadio della procedura d'infrazione, inviando all'Italia una lettera di messa in mora concernente la normativa in materia di banche popolari, contenuta nel testo unico bancario. Ivi si sostiene che tali norme, ostacolando l'acquisto di azioni delle banche popolari, costituissero una violazione di principi istitutivi della Comunità europea quali la libertà di stabilimento e la circolazione dei capitali. Preso atto dei chiarimenti pervenuti dall'Italia, però, nel 2006 la Commissione ha deciso di non coltivare la procedura d'infrazione ritenendo che la peculiare disciplina delle banche popolari fosse giustificata dalla loro natura cooperativa, quando sussistente nei fatti, non solo nelle dichiarazioni. Anche queste banche, dunque, sono prevalentemente immuni dalle logiche comunitarie.

Banche e orizzonte comunitario

Qual è, per concludere, il domani delle banche di dimensione di rilievo comunitario?

Il sistema bancario europeo è consapevole dell'esigenza di passare attraverso una stagione di grandi riforme. E' una consapevolezza in parte frutto di onestà intellettuale, in parte di interesse, figlia del bisogno di recuperare consenso "sociale", drammaticamente bruciato dopo la crisi finanziaria del 2007 – 2009. In Gran Bretagna, tempio europeo della finanza, il Governo già nel 2010 ha istituito una Commissione indipendente, la Commissione Vickers, che ha redatto una serie di proposte che influenzeranno di certo i *regulators* europei. Tra le varie proposte, centrale risulta quella che ruota intorno alla convinzione che talune attività finanziarie, come quelle di investimento, possono indifferentemente essere offerte in più paesi senza danno per il cliente, con l'effetto di spingere le imprese finanziarie a collocarsi nella giurisdizione che offre la regolamentazione più leggera e di rendere difficile disciplinarle all'interno di una singola giurisdizione. Ciò non può dirsi, invece, per le attività dirette alla clientela *retail* (depositi, mutui e prestiti e piccole e medie imprese), quest'ultima legata alla

dimensione territoriale: queste sì, si sostiene, possono essere attratte da una normativa nazionale. Ne consegue la proposta di separare le banche d'investimento da quelle commerciali, con le prime che – se passerà la proposta – d'ora in avanti dovranno affidare la gestione delle proprie crisi al mercato, non più allo Stato.

Non vi è dubbio che la strada battuta dal rapporto Vickers condizionerà anche il legislatore europeo. All'orizzonte, dunque, s'intravede un possibile ridimensionamento del modello di “banca universale”, ossia di banca che svolge differenti attività (di deposito e di investimento).

All'orizzonte, però, non vi sono solo problemi di pertinenza della Tecnica. La Politica intende chiaramente allungare la sua presa sul sistema bancario. Quello europeo, a causa della nuova crisi collegata ai debiti sovrani, vive una quotidianità drammatica. Il suo rapporto con la società che lo ospita, con il tessuto produttivo, con l'economia reale, è a livelli di tensione massima. Il *credit crunch* è un rischio sempre presente, come ha ricordato in questi giorni il nuovo Governatore della Banca d'Italia, che ha reso noto come l'offerta di credito delle banche italiana si è ultimamente ridotta sensibilmente, invitando le banche a coniugare in modo virtuoso prudenza e spirito di intrapresa, evitando che l'economia entri in un'“asfissia creditizia”. La comprensione dell'obiettivo difficoltà di questo connubio, oscura ai più, non è agevolata da fatti recenti. Abbiamo tutti saputo che il sistema bancario ha recentemente goduto di un finanziamento della BCE eccezionale sia per la sua dimensione sia per la sua onerosità, assolutamente irrisoria (il denaro è stato prestato per tre anni al tasso dell'un per cento annuo). Bene, quel denaro è confluito nell'attivo delle banche, ma non sotto la voce “impieghi” bensì sotto quella “riserve”. Oggi le banche sono, dunque, più solide ma continuano a razionare i prestiti perché – affermano – il rischio di non vederseli restituiti è molto più alto di una volta. Su questo aspetto la Banca Centrale Europea non prende – almeno formalmente - posizione: meglio attendere che passi la burrasca per fare uscire le navi in mare, si penserà, anche se è possibile replicare che la burrasca non passerà finché il tessuto economico non verrà nuovamente adeguatamente supportato dal sistema finanziario. Forse, allora, far uscire le navi in mare potrebbe aiutare – non solo scaramanticamente né metaforicamente - a far cessare la burrasca.

Ebbene, non è azzardato ipotizzare che se le banche non torneranno presto a svolgere il loro naturale ruolo di sostenitrici dell'economia reale, le vele dei nostalgici della *funzionalizzazione* del sistema bancario si riempiranno di vento. Si potrà dunque riaprire – ovviamente su una partitura aggiornata – la questione del rapporto tra banca e impresa. Quello che, con l'avvento della disciplina europea *pro-market*, sembrava essere considerato un

processo giunto, irreversibilmente, alla sua ultima stazione, rischia di tornare ad essere un fronte di discussione, e già qualcuno, molto autorevolmente, inizia a chiedere che le banche di tipo tradizionale possano tornare ad essere “un vero servizio pubblico” (M. Wolf, *Financial Times*), meritevole pertanto di tutela statale, anche attraverso il denaro dei *taxpayers*.