

RECENTI INTERVENTI NORMATIVI A SOSTEGNO DEL SISTEMA BANCARIO E RUOLO DELLO STATO NELLA CRISI DELL'IMPRESA BANCARIA

di Giovanni Falcone

1. Premessa

La scelta adottata dal legislatore italiano di intervenire, a seguito della crisi finanziaria globale che ha avuto origine nel 2007, con interventi - più o meno analoghi a quelli compiuti da altri legislatori europei ed extraeuropei - a sostegno del sistema bancario ha, tra i vari effetti sortiti, riaperto il dibattito su quale possa o debba essere il ruolo e la portata dell'intervento dello Stato a tutela della stabilità dell'intermediario bancario, e, inoltre, di come questo intervento possa giustificarsi e quali limiti debba eventualmente incontrare anche alla luce dei principi comunitari e nazionali in tema di concorrenza.

Vi è peraltro da rimarcare come il sistema bancario italiano non abbia subito, per effetto della crisi finanziaria internazionale, conseguenze tali da dover richiedere interventi limitativi della concorrenza sotto il profilo delle concentrazioni: le misure messe a punto dal legislatore italiano tra il 2008 ed il 2009 riguardano invece, essenzialmente, la tematica degli aiuti di Stato, ed in tal senso vanno letti alla luce dei recenti, copiosi interventi della Commissione proprio con riguardo alle banche.

Non è questa la sede per compiere una disamina sulle concrete previsioni apprestate nei decreti legge 155, 157 e 185: anche se alcune delle disposizioni ivi contenute, nel rimandare a istituti tipici della gestione delle crisi bancarie (essenzialmente l'amministrazione straordinaria) non mancano di porre delicati problemi di raccordo con la relativa disciplina generale, contenuta nel Testo Unico Bancario. L'occasione è

invece propizia per sviluppare una riflessione di carattere più generale sul ruolo dello Stato rispetto al dispiegarsi crisi dell'impresa bancaria (o anche rispetto alle misure predisposte in funzione di una prevenzione della crisi).

Le considerazioni che seguono, pertanto, tenteranno di mettere in luce:

- a) se gli eventi finanziari internazionali e domestici siano stati di portata tale da costringere ad un "cambiamento di rotta" in merito agli orientamenti consolidati in tema di aiuti di Stato alle banche: se cioè, siamo di fronte alla constatazione anche di una "crisi normativa", tale da portare ad un ripensamento delle scelte compiute dal legislatore comunitario e da quello domestico;
- b) come tali considerazioni di ordine generale vengano a declinarsi all'interno di uno specifico ordinamento giuridico, quale quello italiano;
- c) quali possano essere le interconnessioni tra l'applicazione della disciplina comunitaria in tema di concorrenza e il ruolo attualmente svolto dai "regulators" a livello nazionale e a livello europeo.

Infine, alcune considerazioni saranno dedicate

- d) alle problematiche di raccordo delle previsioni del legislatore del 2008-2009 con la disciplina generale della crisi dell'impresa bancaria, e
- e) ai temi scoperti della vigilanza bancaria che la crisi finanziaria internazionale non ha mancato di mettere velocemente in luce, e dei tentativi di dare una soluzione normativa a tali questioni aperte.

2. La "specialità" dell'intermediario bancario.

Quanto ai primi tre punti, non è da sottacere come la crisi dei mercati finanziari, a livello domestico, sia intervenuta in un momento in cui si era già prodotto un importante mutamento nello scenario normativo: il riferimento è alla modifica dell'art. 20 del Testo Unico Bancario, ad opera della legge n. 262 del 2005 - che, al di là delle implicazioni concrete determinate dal

trasferimento dall'autorità garante della competenza ad applicare la disciplina di concorrenza anche al settore del credito - rappresenterebbe, secondo l'opinione di molti commentatori, il superamento di una "impasse" storica: quella per cui, nell'ambito del credito, le esigenze di stabilità dell'intermediario dovessero essere necessariamente prevalenti rispetto all'affermarsi di un mercato pienamente concorrenziale.

Si sosteneva, in realtà, che la previsione volta a conservare all'autorità di vigilanza la competenza all'applicazione della normativa antitrust nascondesse più o meno larvatamente la preoccupazione del legislatore di poter modulare e stemperare, secondo le circostanze del caso, lo svolgimento di un mercato concorrenziale, a tutela della stabilità dell'intermediario bancario, vista evidentemente come valore primario ed essenziale.

Di una sostanziale "ambiguità" del ruolo che la vigilanza era chiamata a giocare era vista come riprova la declinazione, all'interno dell'art. 5 del Testo Unico Bancario, delle finalità dell'azione di vigilanza, che, nella loro possibile contrapposizione, chiamavano l'autorità ad un ruolo essenziale di mediazione e di contemperamento.

Come dire che il modello di vigilanza strutturale non era realmente e definitivamente tramontato, ma che ne rimanevano delle tracce, e delle tracce evidenti, pur nel passaggio al modello di vigilanza prudenziale.

Queste riflessioni da un lato, evidentemente, riposano su un presupposto teorico ben definito: quello della esistenza ineliminabile e strutturale di un "trade off" tra stabilità dell'intermediario e concorrenzialità del mercato, e, dall'altro, rimandano ad una questione più generale, vale a dire le ragioni per le quali, assunto che avrebbe dovuto esservi una supremazia della stabilità sulla concorrenzialità, tale supremazia avrebbe potuto essere fondata.

Che vi sia un interesse pubblico alla stabilità degli intermediari bancari - e non soltanto di essi, sibbene di tutti gli intermediari del mercato finanziario inteso in senso lato - non pare potersi dubitare: e che tale interesse non soltanto giustifichi ma renda obbligatorio un intervento normativo da

parte dello Stato è, nell'ordinamento domestico, dato basilare e munito di fondamento costituzionale (art. 47 Cost.).

Senonché occorre domandarsi se l'intervento dello Stato debba o possa essere unicamente "normativo": nel senso, cioè, di tratteggiare delle regole, ancorché speciali rispetto a quelle di diritto comune, volte peraltro unicamente a rappresentare la "cornice" all'interno della quale la stabilità dell'intermediario bancario debba essere preservata, ovvero quadri e di scenari normativi, binari attraverso i quali la crisi di un intermediario bancario debba trovare il proprio svolgimento, affidandone la cura all'azione della Vigilanza (intesa peraltro, nella sua natura di autorità amministrativa indipendente, come espressione di neutralità e non già di imparzialità dell'amministrazione); o se tale ruolo possa trasmodare in quello non già di assicurare un ambito normativo di tutela, ma di intervento attivo di sostegno economico vero e proprio al singolo intermediario. Il tutto, si badi, senza che per questo ne resti modificato il ruolo della presenza della vigilanza, cui si è appena fatto cenno: senza, cioè, che quell'intervento da "prudenziale" torni ad essere di natura più decisamente "strutturale" .

Ora a ben vedere, la considerazione dell'interesse pubblico alla stabilità dell'intermediario bancario corre il rischio di essere oggetto di uno "slittamento" logico sulla cui portata occorre porsi più di una domanda.

Una prima volta, infatti, si assume (e il dettato costituzionale conferma) la sostanziale "specialità" dell'intermediario bancario, e si giustifica così pienamente un intervento normativo del legislatore volto a fissare delle regole di "diritto speciale" volte alla prevenzione della stabilità, e dunque della crisi.

Una seconda volta, poi, quella stessa "specialità" verrebbe ulteriormente posta a fondamento di un intervento diverso, non regolatorio ma di vera e propria politica economica. Affiora cioè la "tentazione", spesso fondata sull'argomento della "sistemicità" delle crisi bancarie, per cui, in ultima analisi, nessun argine sarebbe posto e tutto sarebbe concesso al potere pubblico pur di addivenire al salvataggio (non soltanto del sistema bancario complessivamente considerato ma anche)

dell'intermediario bancario. Tentazione il cui fondamento viene talora riconosciuto, rispetto al caso italiano, in quei commenti in cui si conclude che, in fondo, l'attribuzione all'autorità di vigilanza di settore della applicazione della normativa antitrust (e, quindi, pare di poter capire, l'affermazione di un modello di prevalenza della "stabilità" sulla "concorrenzialità") ha consentito a "garantire la sopravvivenza di una forte industria finanziaria nazionale"¹.

Ora, se anche una simile "deriva logica" potesse trovare fondamento nella norma fondamentale, non potrebbe peraltro ritrovarlo nella disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato: l'occasione della crisi finanziaria internazionale è stata foriera di una folta produzione di documenti da parte della Commissione, dal cui contenuto è evidente il rifiuto di quella "tentazione di specificità" cui si è appena fatto riferimento, e dai quali invece si evince la ferma volontà di mantenere ferma, in una lodevole opera di adattamento interpretativo, la normativa in tema di aiuti di Stato².

Tra il 2008 e il 2009, infatti, la Commissione è intervenuta con ben quattro comunicazioni in cui ha preso posizione sugli interventi di ristrutturazione e sugli aiuti di Stato in cui ha enfatizzato il rifiuto di quella "tentazione".

Si arriva così, con la comunicazione dello scorso 23 luglio, alla redazione di linee guida sugli aiuti concessi alle banche per pervenire alla loro ristrutturazione³. In tale contesto la Commissione si esprime chiaramente nel senso per cui non soltanto l'attuale congiuntura economica non deve portare ad un affievolimento - e men che meno ad una sospensione - della disciplina degli aiuti di Stato, ma, tutt'al contrario, ad una più rigorosa applicazione di quella stessa disciplina. Militano

¹ Sono affermazioni che si leggono nel commento di E. BRUTI LIBERATI – U. FILOTTO, Concorrenza, stabilità, trasparenza e riassetto del settore bancario: principi normativi e ruolo delle autorità, in *Bancaria*, 2008, (10), 40.

² Si veda al riguardo il contributo di V. GIGLIO, Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, (1), 23 ss.

³ IP/09/1180

in tal senso non soltanto la circostanza che gli aiuti in generale possono contrastare il principio di concorrenza, rinforzando indebitamente il potere di mercato del loro percettore e indebolendo il dinamismo degli altri competitors, incoraggiando l'eccessiva assunzione del rischio (moral hazard), ma anche la necessità di limitare quanto più possibile la limitazione del contributo delle banche e dei rispettivi soci a contribuire ai costi della ristrutturazione; e il fatto che la crisi abbia colpito gli intermediari bancari e gli stessi Stati in modo eterogeneo nel contesto europeo, e questo potrebbe portare ad assumere provvedimenti focalizzati soltanto sui mercati nazionali, mentre invece la crisi finanziaria ha evidenziato anche il problema dell'esistenza di gruppi cross-border, il trattamento delle cui difficoltà non può trovare soluzione in provvedimenti spazialmente limitati come quelli assunti dai singoli Stati.

Il cambiamento dello scenario normativo domestico, allora, risulta - beninteso sempre che si intenda dare spazio alle interpretazioni sopra ricordate - ora coerente con la politica perseguita dalla Commissione. I concetti di stabilità e concorrenza tornano allora in gioco, ma in un contesto differente: spetta all'interprete giudicare della legittimità della loro inedita (?) combinazione nel nuovo scenario nazionale e globale.

3. Gli interventi del legislatore italiano: spunti di carattere sistematico.

Soltanto alcune considerazioni con riguardo agli interventi attuati dal legislatore italiano.

Questi sono rappresentati:

- dal decreto legge n. 155 del 2008, convertito in legge n. 190 del 2008 (che recepisce anche alcuni contenuti del decreto legge n. 157, abrogato);
- dall'art. 12 del decreto legge n. 185 del 2008, convertito in legge n. 2 del 2009.

Sebbene in realtà, da un punto di vista pratico, siano state unicamente le previsioni del secondo provvedimento a trovare

riscontro applicativo, vale la pena di evidenziare anche alcuni passaggi del decreto 155, che sollecitano alcune riflessioni:

- l'art. 1 (che prevede la possibilità, da parte del Ministero dell'economia e delle finanze, di sottoscrivere o garantire aumenti di capitale deliberati da banche italiane che presentano una situazione di inadeguatezza patrimoniale accertata dalla Banca d'Italia): viene introdotto, quale presupposto oggettivo dell'intervento, il riferimento ad una situazione (la "inadeguatezza patrimoniale") di cui non sono ben chiari i rapporti con i presupposti oggettivi che mettono capo ai diversi istituti di trattamento delle crisi bancarie previsti nel Testo Unico Bancario.

- l'art. 2, che prevede che "in presenza di una situazione di grave crisi di banche o di gruppi bancari italiani, anche di liquidità, che possa recare pregiudizio alla stabilità del sistema finanziario, si applicano le procedure di cui al titolo IV del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385", non chiarisce se in questo modo il legislatore stia introducendo un nuovo presupposto oggettivo di applicazione delle "procedure" citate (tra le quali, si badi, rientra non soltanto l'amministrazione straordinaria ma anche la liquidazione coatta amministrativa). Se così fosse, si dovrebbe ritenere che il principio fatto proprio dal legislatore sia quello per cui l'attivazione di quelle procedure dovrebbe aversi anche nel caso di una "grave crisi" (di quale natura? Essa può essere "anche", ma non solo di liquidità!), laddove questa crisi possa recare pregiudizio alla stabilità del sistema finanziario. Più probabilmente il legislatore ha formulato tale previsione in un'altra prospettiva, quella cioè di chiarire che la presenza di tali procedure non impedisce la sottoscrizione o la garanzia di capitale da parte dello Stato. Che poi in realtà non si tratti di "procedure" in generale, ma soltanto della procedura di amministrazione straordinaria lo si apprende soltanto "en passant", dove si dice che spetta ai commissari straordinari di deliberare su tali operazioni.

Infine - ma il punto è stato già oggetto di molteplici osservazioni critiche - il condizionamento della sottoscrizione delle "obbligazioni bancarie speciali" (c.d. "Tremonti bond") da parte dello Stato all'assunzione di impegni da parte della banca

che incidono sulla sua discrezionalità nella erogazione del credito, o nella assunzione di un codice etico rischiano di collidere con le norme del Testo Unico nella misura in cui si ritenga che tali ambiti siano "sensibili" dal punto di vista della "sana e prudente gestione", il cui controllo è rimesso alla autorità di vigilanza.

4. Alcune considerazioni finali: la riforma dell'architettura di vigilanza.

L'attuale crisi dei mercati finanziari internazionali, oltre a riproporre in una nuova veste gli interrogativi di politica legislativa in ordine alla possibilità, alle condizioni ed ai limiti di un intervento pubblico a sostegno della stabilità (non del sistema bancario ma) del singolo intermediario, è stata anche un evento capace di evidenziare quella che sarà probabilmente la mappa del legislatore comunitario e dei legislatori europei nella prossima evoluzione della disciplina delle crisi delle imprese bancarie.

E' stato evidenziato infatti come gli strumenti predisposti dai legislatori nazionali per la gestione delle crisi presentino un ambito di differenziazione notevolmente ampio (caratteristica questa che accomuna, tra l'altro, la regolamentazione del settore bancario a quella del settore assicurativo), e come tale eterogeneità di strumenti finisca per rappresentare un serio ostacolo alla gestione delle crisi dei cc.dd. "gruppi cross border". E' evidente come tale tematica finisca necessariamente per confluire nel dibattito in ordine alla architettura della vigilanza sui mercati finanziari a livello europeo. Il permanere della nazionalità dei controlli di vigilanza (in applicazione del principio dell'home country control) e l'applicazione di criteri di armonizzazione minima, ha posto in evidenza la necessità di coordinamento tra autorità nazionali⁴. Su come debba

⁴ Tali considerazioni si leggono in F. SACCOMANNI, *Nuove regole e mercati finanziari*, in *Bancaria*, 2009, (1), 31. Si vedano pure L. CARDIA, *Armonizzazione normativa e cooperazione per combattere la crisi in Europa*, in *Bancaria*, 2009, (6), 53 ss.; M. ONADO, *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori*, in *Banca impresa società*, 1009, (1), 5 ss.; F. SACCOMANNI, *Le nuove regole e le proposte del Gruppo de Larosière*, in *Bancaria*, 2009, (6), 63

avere luogo tale coordinamento si è già aperto un ampio dibattito, che muove essenzialmente dai limiti ravvisati nel c.d. "metodo Lamfalussy", e si sviluppa nelle possibili soluzioni elaborate dal c.d. "gruppo De La Rosière". L'analisi degli scenari ipotizzati da tale gruppo di lavoro esulano dai limiti di questo intervento, ma un'osservazione può a questo punto essere lecita. L'unificazione dei principi di vigilanza prudenziale, che nella buona sostanza è già un fatto compiuto a livello europeo, non trova corrispondente a livello di prevenzione e di gestione della crisi degli intermediari bancari: di tale gap normativo dovranno necessariamente farsi carico, e a brevissimo termine, il legislatore comunitario e quello domestico.

ss; M. SARCINELLI, *La riforma dell'architettura di vigilanza europea*, in *Bancaria*, 2009, (1), 25 ss.; G. ZADRA, *Per una riforma organica dell'architettura di vigilanza europea: le proposte dell'ABI*, in *Bancaria*, 2009, (2), 2 ss.