

C'ERA UNA VOLTA LA REGOLAZIONE  
«ALL'ORECCHIO»

1. C'era un tempo nel quale la regolazione delle banche avveniva «all'orecchio» dei banchieri.

Il vertice della banca si recava a Palazzo Koch in via Nazionale a Roma e, dopo un'attesa che molto già gli – presidenti donna o amministratrici delegate al tempo non ce n'erano – diceva della considerazione che aveva presso l'Istituto, riceveva direttamente dal Governatore indicazioni di comportamento e di decisione: «acquista la banca vicina in difficoltà», «guardati dal fare questa operazione», «sostieni o abbandona quella società industriale al suo destino».

Questo rito si ripeteva anche a livelli e per decisioni meno rilevanti e gl'attori dell'incontro appartenevano ai diversi livelli decisionali delle organizzazioni interessate. La mimica e i comportamenti erano sovente i medesimi.

Invano si cercherà nei libri una traduzione dell'espressione o cosa significhi regolare «all'orecchio», né il diritto amministrativo se n'è occupato. Anche le dottrine più autorevoli non annoverano né rammentano studi su questa prassi di orientare il mercato del credito e l'operare delle banche.

Parimenti nessuna notizia degli incontri informali veniva data alla stampa e tutto rimaneva nell'informalità e nella segretezza dei rapporti personali.

Una formula anglofona che forse potrebbe tradurre la «regolazione all'orecchio» è *moral suasion*.

Tuttavia, le due espressioni hanno una diversa rilevanza semantica e rinviano a dinamiche differenti.

La *moral suasion*, pur non costituendo l'esercizio di un potere, in quanto non vincola il destinatario della persuasione, ha una dimensione sociale e per certi aspetti pubblica. Vi è una sanzione reputazionale collettiva quando chi ne è destinatario decide di prendere un'altra strada.

Al contrario, il parlare all'orecchio implica una riservatezza, nella quale il regolatore e il regolato condividono una strategia comunicativa e decisionale e, in un rapporto strettamente fiduciario, si vincolano al riserbo.

Nella regolazione informale nessuno s'interroga se sussista il potere d'indirizzare e di decidere, se i suggerimenti corrispondano a un processo decisionale coerente, che ha rispettato le competenze dei funzionari interni. Vi è l'esercizio di una discrezionalità da parte dell'organo di vertice che, talora, va al di là delle prerogative che sono riconosciute a un'autorità pubblica. La decisione dell'autorità non esiste per il mondo del diritto, non è impugnabile o reclamabile.

Per molti aspetti, la trasmissione informale di segnali rappresenta un *order without law*, un modo di dare ordine senza la necessità di formalizzare e di scrivere. Una tecnica, dicono gli studiosi di *Law & Economics*, talora molto efficiente di governare i processi decisionali. Perché così si superano le aporie che sono inevitabili quando si devono, invece, adottare procedure e sulla base di esse decidere. Parimenti, grazie all'adesione spontanea degli operatori, si riducono i costi transattivi delle decisioni pubbliche.

In effetti è così: spesso solo decisioni informali e tempestive assicurano una reazione certa ed efficace, soprattutto di fronte a situazioni di crisi.

Proprio perché trasmessa informalmente, ogni decisione non vincola per il futuro la discrezionalità del regolatore, né all'interno della banca centrale né all'esterno, e non costituisce un precedente.

È evidente che il regolatore è l'arbitro della partita e il re-

golato è la squadra in campo, che deve assumere le scelte e ne sopporta il costo, valutando nel rispetto delle regole quale sia il proprio interesse. E, tuttavia, quando il regolatore decide di orientare decisioni anche discrezionali degli attori del mercato i ruoli si sovrappongono e si scambiano.

L'interesse alla stabilità macroeconomica degli operatori e del mercato si sovrapponeva con quello della singola banca.

2. Per avere il senso di quanto si sta dicendo può essere utile leggere le pagine delle memorie di un banchiere centrale, quelle di Guido Carli, che sono state raccolte su sollecitazione di Natalino Irti sotto il titolo *Pensieri di un ex governatore*.

Guido Carli narra di rilevanti interventi per favorire l'acquisto di titoli obbligazionari, nel corso degli anni '60 del novecento, sì da impedire il collasso del valore e consentire l'ordinato corso dei titoli.

Illuminante la vicenda della prima offerta pubblica di acquisto di azioni, avvenuta in Italia nel 1971, quella delle azioni Bastogi. Operazione messa in campo, attraverso soggetti interposti, da Michele Sindona, un uomo capace di sfruttare gli interstizi dell'ordinamento e le lacune regolatorie per trarre profitto, anche – come accadrà – in modo illecito. Il racconto colpisce perché si tratta di vicende che andranno a ripetersi nel corso dei decenni.

L'offerta pubblica fallisce per decisione e con il concorso decisivo della Banca d'Italia.

Scriva Carli di avere vittoriosamente contrastato il successo dell'iniziativa rifiutando di cedere le azioni Bastogi possedute dalla Banca d'Italia e «invitando ad assumere un comportamento analogo» le banche che avevano in portafoglio partecipazioni azionarie. Lo feci – scrive – perché l'operazione era schermata e non trasparente e il prezzo non congruo.

Era quello un quadro nel quale il paternalismo della banca centrale sulla vita pubblica era a tal punto dominante che in Italia il governo – ricorda ancora Carli – lottava per conquistare la propria indipendenza dalla Banca centrale.

Anche i dissesti bancari, come scrive Luigi Einaudi a proposito dello stile della Banca d'Italia imposto da Donato Menichella, erano gestiti nel riserbo e senza strepito, sì che delle crisi delle banche i depositanti neppure si accorgevano.

3. Ci si può interrogare se sarebbe pensabile tutto ciò oggi.

Intanto, esso è frutto di un quadro normativo largamente superato, atteso che si tratta del modo nel quale hanno agito le banche centrali tipico di altre fasi storiche, in particolare quando erano in vigore le norme della legge bancaria del '36.

Era quello d'allora un mercato bancario in mano a soggetti pubblici e *guidato* piuttosto che regolato, come mostrano le pagine di Massimo Severo Giannini sull'ordinamento settoriale del credito.

Paolo Baffi, già negli anni settanta del Novecento, s'interroga però se fosse autenticamente appropriato il lemma 'governatore', da quando il governo dei flussi monetari apparteneva al Tesoro. E sempre in quella raccolta di lettere, riunite sotto il titolo *Servitore dell'interesse pubblico*, si legge che Baffi già nel 1965 – scrivendo a Ugo La Malfa – auspica, con grande lungimiranza, che le funzioni della Banca d'Italia fossero coordinate a livello comunitario.

Il ruolo proattivo e dirigista della Banca d'Italia atteneva normalmente a scelte inerenti all'esercizio delle funzioni di banca centrale, come avveniva ad esempio quando la Banca d'Italia raccomandava alle banche di comprare titoli di stato italiani. Molto meno frequente era un ruolo attivo e di indirizzo nell'esercizio di attività amministrativa in senso pro-

prio, come è tipicamente la vigilanza.

Esso supponeva un ruolo sostanzialmente pubblico delle banche, un mercato di fatto monopolistico e alieno dalla concorrenza. Le decisioni assunte dalla banca centrale non avvantaggiavano formalmente qualcuno a danno di altri, tanto più che la proprietà delle principali banche era pubblica e i vertici erano di nomina politica, anche se spesso di grande competenza tecnica.

Del pari la regolazione «all'orecchio» è coerente con un sistema molto semplificato dell'organizzazione societaria e non è agevolmente declinabile in comportamenti coerenti con la *governance* societaria e bancaria.

Basti pensare che le istruzioni di vigilanza prevedevano – sino all'avvento di Mario Draghi che ha cancellato la previsione – che l'amministratore delegato della banca, che intendesse procedere a operazioni di concentrazioni o di offerta pubblica di acquisto doveva, almeno sette giorni prima della riunione del consiglio di amministrazione, informare dell'operazione la Banca d'Italia. Con la singolare implicazione di comunicare in anticipo, come già decisa, qualcosa nella competenza esclusiva di un altro organo, il consiglio di amministrazione appunto.

La regolazione informale delle banche presupponeva un sistema di controlli sull'azione amministrativa rispettoso del potere pubblico e alieno dal ricorso ad azioni risarcitorie e a denunce penali, cui oggi siamo abituati.

L'articolo 10 della legge bancaria del '36 prevedeva una vera e propria riserva di legge che rimetteva solo al governatore il compito di denunciare all'autorità penale i fatti rilevanti. E la norma era da taluno interpretata nel senso che anche il governatore, per superiori interessi di stabilità macroeconomica, potesse omettere la denuncia.

Oggi non esiste paese in Europa nel quale gli esponenti di vertice degli istituti bancari subiscano e siano oggetto di co-

sì numerose iniziative della magistratura inquirente e, così pure, destinatari di così tante sanzioni amministrative, come Italia.

Il quadro che si è delineato e l'immedesimazione tra regolatore e regolato si modificano profondamente quando le banche perdono ogni riserva di attività ed entrano in concorrenza tra loro nell'ordinamento domestico e poi in una dimensione europea.

Il *bail in* e il fallimento di intermediari bancari hanno mostrato il costo anche sociale di tali scelte. Ciò ha generato un significativo pregiudizio non solo ai correntisti, ma anche alla fiducia degli operatori e al funzionamento del mercato. Non sono mancate neanche le critiche e le perplessità provenienti dalla BCE in direzione opposta: in particolare, da quegli esponenti che hanno sostenuto che, nel luglio del 2017, lo Stato italiano nella gestione della crisi delle banche venete avrebbe tradito la finalità della *Banking Resolution Directive* e minato così la credibilità della *Banking Union*.

4. Un banchiere ha recentemente consegnato un quadro di ricordi personali raccolti sotto il titolo inquietante: *Esiste un banchiere perbene?*

Il libro narra le vicende che hanno accompagnato le scalate bancarie dei primi anni 2000, la crisi della Popolare di Lodi, l'acquisto di Antonveneta, il riassetto nel sistema che ha preceduto la c.d. legge sul risparmio e le dimissioni rassegnate dal Governatore Antonio Fazio, a fronte dell'emergere di comportamenti poco commendevoli.

A leggere quelle pagine, che evidentemente propongono una rappresentazione molto personale degli accadimenti, si riceve un'impressione del tutto opposta all'idea d'una ordinata e ragionevole regolazione del mercato bancario. Emerge piuttosto la figura di un arbitro che decide di giocare in proprio la partita e inizia a tifare in modo plateale per un

giocatore non particolarmente dotato. Gli incontri tra i protagonisti di quelle vicende trasmettono l'atmosfera e l'inconsapevolezza di un ricevimento di gala a bordo di una nave da crociera destinata al naufragio.

In realtà, quel libro non sembra cogliere l'aspetto più drammatico e sociologicamente più significativo di quella vicenda. Ciò che va in scena è lo scontro tra visioni del mondo, prim'ancora che del mercato bancario, tra concezioni diverse e opposte dell'essere un *civil servant* e un banchiere centrale.

Una tragedia interpretata, talora in perfetta buona fede, dai responsabili della vigilanza bancaria, contesi tra un modello che impone il dirigismo illuminato e la fedeltà al governatore e l'inevitabile collisione con il rispetto di regole formali, con la valutazione oggettiva dei requisiti, con l'imparzialità verso imprese bancarie in concorrenza tra loro. Ne sono prova le laceranti tensioni che hanno colpito taluni dei protagonisti della Banca d'Italia, alcuni dei quali abbiamo personalmente conosciuto. Un dilemma e un conflitto di lealtà che ha lacerato funzionari integri, quelli che sono rimasti al pari di quelli che sono usciti dall'istituto.

I fatti di cronaca sono noti e quelle vicende hanno profondamente modificato le regole istituzionali, ma anche i processi decisionali della Banca d'Italia, il cui stile si è profondamente modificato con l'avvento di Mario Draghi.

5. Avere richiamato talune dirette testimonianze aiuta a comprendere il tema di questo libro, che si occupa delle nuove competenze della Banca centrale europea e della revisione amministrativa e giudiziale delle sue decisioni. Insomma di come si contestano gli atti del regolatore bancario europeo che non si condividono.

Quando il mercato in cui operavano le banche era racchiuso nei confini nazionali, era evidente che le stesse regole

dovessero valere per tutti gli operatori bancari: una banca in Sicilia non poteva essere disciplinata da regole diverse rispetto a quella trentina.

Ci si deve interrogare, tuttavia, se nell'area Euro la scelta di una disciplina forzosamente uniforme fosse inevitabile, almeno in un periodo transitorio. Se una banca italiana, lituana e tedesca inevitabilmente dovessero essere soggette alle medesime regole. Uguaglianza e non discriminazione non significano sempre applicare le medesime regole quando si uniformano tradizioni imprenditoriali e modelli di regolazione profondamente diversi.

La scelta di avere posto al centro della disciplina bancaria i requisiti di patrimonializzazione, applicati in maniera incrementata e rigorosa, ha significato inevitabilmente – dietro l'apparente parità di trattamento – favorire le banche di ordinamenti come quello tedesco nel quale la patrimonializzazione era più agevole e meno costosa.

#### 6. Un altro punto va sottolineato.

Nell'attività di regolazione dei mercati non contano solo le decisioni formali, ma sono al pari di queste rilevanti le prassi, le scelte informali, la dinamica tra istituzioni. Così la trasmissione e la corretta comprensione di informazioni e di segnali è una parte fondamentale di qualsiasi rapporto istituzionale e del funzionamento dei mercati regolamentati.

Contano non solo le cose che si dicono, ma anche il modo nel quale le cose sono dette e così pure il *body language*. Ci si capisce, normalmente, se si è parte della stessa comunità culturale, se si condivide la stessa formazione, se vi è circolazione di persone.

Come scrive Sabino Cassese questi aspetti, che pure non sono né regolati né codificati o scritti da nessuna parte sono, tuttavia, una parte fondamentale per comprendere gli incentivi, i processi di istruzione e assunzione delle decisioni dei

corpi burocratici.

Le comunicazioni tra la Banca d'Italia e le singole banche italiane sono state caratterizzate da uno stile comunicativo asciutto, un rilevante controllo semantico, codici di comunicazione assai collaudati. Le banche avevano canali di trasmissione informali legate anche al fatto che molti bravi funzionari della Banca d'Italia, usciti anticipatamente o pensionati, sceglievano di andare a lavorare per le banche medesime.

Sempre nelle memorie che abbiamo ricordato, Guido Carli definisce «esoterico» lo stile della Banca d'Italia, prodotto di un codice culturale iniziatico e non immediatamente comprensibile ai neofiti o agli estranei.

Le parole avevano un senso rilevante, al di là dello scritto.

Il livello di conformazione spontanea alle decisioni di Banca d'Italia è stato negli anni relevantissimo. Anche quando si trattava di decisioni vulneranti o molto invasive nei poteri dell'impresa bancaria o che colpivano direttamente gli organi sociali.

Le banche italiane, tradizionalmente, non hanno impugnato le decisioni della Banca d'Italia.

Nei casi, per il vero non numerosi, nei quali le banche o singoli amministratori hanno contestato di fronte ai giudici le decisioni della Banca d'Italia, i tribunali, civili e soprattutto amministrativi, hanno normalmente confermato le decisioni. Molto raramente la valutazione discrezionale tecnica dell'autorità è stata messa in discussione.

7. Ci si deve allora chiedere se sia possibile replicare questo modello di interazione, per molti aspetti virtuosa, anche con la Banca centrale europea.

Proviamo a spiegare per quale ragione la nostra risposta è negativa.

In primo luogo, il rapporto e le regole di ingaggio – come

si è soliti dire – si sono profondamente mutate da quando le competenze di regolazione e controllo delle banche dell'area euro sono state trasferite alla Banca Centrale Europea.

Tale competenza riguarda le banche maggiormente significative, ma come ha chiarito il caso *Landeskreditbank v. ECB*, riguarda tutte le banche aderenti all'area dell'euro, quindi anche le banche *less significant*, atteso che alla BCE sono stati trasferiti integralmente i compiti di vigilanza, che non residuano alle competenze delle autorità nazionali se non per delega.

Si è così realizzato un nuovo modello di integrazione e cooperazione amministrativa tra le banche centrali nazionali e la BCE, un sistema amministrativo non ancora sperimentato a livello comunitario. Si tratta, infatti, di una forma di cooperazione del tutto innovativa, che postula una integrazione disuguale sia nel processo decisionale sia a livello operativo. È evidente che solo dopo un congruo periodo di sperimentazione il sistema potrà dirsi a regime.

Certamente è sorprendente che talune regole, che si sono sviluppate grazie alla Corte europea dei diritti dell'Uomo (soprattutto con il caso *Grande Stevens*), in ordine al giusto processo, alla partecipazione diretta, al divieto di *bis in idem* non abbiamo trovato pieno ingresso nelle regole che disciplinano i procedimenti in BCE.

Ci sono molti elementi, sia pure anche solo sociologici, che aiutano a comprendere la distanza rispetto all'esperienza che si è realizzata nel rapporto tra le banche nazionali e la Banca d'Italia.

In primo luogo, i codici semantici sono tutt'altro che colaudati. Basti pensare che ogni banca può dialogare con la BCE utilizzando la propria lingua domestica e ciò è possibile sulla base del fatto tutte lingue ufficiali dell'Unione sono utilizzabili. Tuttavia, per fare solo l'esempio più banale, nelle rispettive lingue *Law*, *Recht* e 'legge' hanno curvature di

significato molto differenti.

In secondo luogo, come insegna la scuola di *public choice*, tutte le nuove istituzioni burocratiche al loro nascere mostrano i muscoli e vogliono affermare il proprio ruolo. Vogliono conquistarsi un proprio spazio e farsi rispettare.

Questo ha prodotto comunicazioni abrasive tra la BCE e le singole banche; confronti personali ruvidi e molto orientati al fare emergere dissensi. Spesso gestiti da *team* compositi e non ancora rodati.

Se la Banca d'Italia avesse scritto che vi sono «gravissimi problemi» nel governo societario di una banca, sarebbe stato verosimile attendersi un imminente commissariamento. Quando lo scrive la BCE il problema può risolversi, talora, con qualche ragionevole e, tutto sommato, secondario presidio organizzativo o con il rafforzamento di talune procedure.

Le istituzioni comunitarie sono il frutto del lavoro di *équipe* di funzionari che hanno formazioni culturali e professionali diverse, provenendo dai vari ordinamenti europei. Questo genera un problema di linguaggi condivisi, di standard lessicali, ma genera anche un problema di stabilità degli interlocutori e dei codici comportamentali.

Un capo ufficio francese o tedesco può avere visioni regolamentari e operative molto diverse. Come scrive di recente Giuliano Amato, ciò non è il prodotto del carattere degli uomini, ma di codici culturali profondi e radicati nella cultura istituzionale della Francia e della Germania, che guarda con fiducia alla discrezionalità amministrativa e al potere pubblico, la prima, e che si affida allo stato di diritto e al rispetto delle procedure, la seconda.

I funzionari italiani cresciuti nelle istituzioni comunitarie sono – per il solito – molto più rigorosi quando sono chiamati a pronunciarsi su vicende che riguardano i loro connazionali.

Tutto ciò genera procedimenti decisionali burocratici complessi, regole e procedure istruttorie onerose e talora non agevolmente governabili. È un approccio che è a dirittura formalmente codificato sotto la parola d'ordine «più regole e meno discrezionalità».

Infine, nel territorio dell'Unione europea le imprese bancarie hanno un ruolo, una considerazione istituzionale e ricevono un trattamento molto diverso. Ad esempio, le banche francesi sono abituate a un confronto più serrato con la loro banca centrale di quello che è stata l'abitudine in Italia.

8. Alla BCE sono assegnati, in relazione dei compiti di supervisione, rilevanti poteri discrezionali.

Ciò implica necessariamente l'esistenza di una zona grigia, spesso coperta da norme generalissime o di principio, la cui concretizzazione si realizza volta per volta a fronte di casi concreti.

Ciò appare a maggior ragione rilevante – e potenzialmente problematico – a fronte della irresponsabilità civile, penale e amministrativa, di cui gode la BCE e i vertici della vigilanza bancaria europea per gli atti compiuti nell'adempimento doveri di ufficio, atteso che non possono essere perseguiti o chiamati in giudizio di fronte ai giudici degli Stati membri (*Protocol 7 on the privileges and immunities of the EU* allegato al Trattato EU).

Il potere della BCE di regolare le banche europee non si manifesta solo attraverso i provvedimenti formali e sono stati compiuti passi nella direzione della regolazione informale.

Lo ha fatto, a esempio, con talune prese di posizione pubbliche: in particolare ha inviato alle banche lettere in materia di remunerazione degli amministratori e di distribuzione dei dividendi. Sono raccomandazioni in senso proprio che la BCE può emanare ai sensi del Trattato di funzionamento dell'Unione, come chiaramente scritto nell'*incipit* delle lette-

re, che rappresentano un modo di fare la vigilanza senza provvedimenti imperativi.

Questo modello di *soft recommendation* è molto distante dalla regolazione all'orecchio di cui abbiamo parlato prima atteso che, tanto per iniziare, sono lettere pubbliche e si leggono nella pagina *web* della vigilanza BCE sotto il titolo provvedimenti e «letters to banks».

È interessante rilevare che questa informalità, tuttavia, è tutt'altro che immune da possibili contestazioni. Ed è ragionevole chiedersi se sia possibile esporre queste raccomandazioni a una revisione formale.

Non è un caso che ci si è chiesti se l'informalità possa governare tutte le procedure, ad esempio quelle che precedono il rilascio di una autorizzazione. Soprattutto se la procedura informale riguarda diritti soggettivi, come quando si tratta di comunicazioni che attengono al rilascio dell'autorizzazione del *fit and proper* degli esponenti bancari, ci si può interrogare se una procedura che si chiuda senza un atto formale sottenda la violazione del diritto di difesa.

9. Tutti questi elementi mettono in luce il fatto che, nel prossimo futuro, un ruolo maggiore avranno il confronto e la contestazione delle decisioni della Banca centrale europea. È, infatti, evidente che la revisione amministrativa e giudiziale costituirà un momento rilevante per mettere alla prova il corretto esercizio della discrezionalità tecnica del regolatore bancario europeo e così pure per integrare le lacune normative e di coordinamento che la disciplina prevede.

Per questa ragione abbiamo pensato che un libro sugli atti della BCE e sulla revisione amministrativa e giudiziale delle sue decisioni potesse costituire un'occasione utile alla riflessione sul sistema bancario europeo. Nel primo capitolo sono analizzati gli atti della BCE, il loro fondamento normativo e gli effetti che producono sui soggetti vigilati. Nel se-

condo capitolo sono, invece, considerati i poteri esercitati dalla BCE con riguardo alle banche e agli esponenti aziendali. Infine, nel terzo capitolo abbiamo descritto le possibili impugnazioni degli atti che si vogliono contestare e le autorità giurisdizionali competenti.