

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE / DICEMBRE

2024

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI, PAOLA
LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO
MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO
PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO
QUARTA, GIULIA TERRANOVA, VERONICA ZERBA (SECRETARIO DI
REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Ordinamento finanziario europeo e il ruolo del Testo Unico Bancario. Note introduttive*

SOMMARIO: Premessa - 2. La *governance* bancaria europea - 3. Il sistema di vigilanza multilivello e la struttura dell'architettura normativa bancaria - 4. Il fenomeno della digitalizzazione e il Testo Unico Bancario - 5. Fonti normative di portata unificatrice del diritto bancario - 5.1. *Segue*. Verso un testo unico delle attività finanziarie? - 5.2. *Segue*. Verso un codice bancario europeo?

1. Premessa

Uno sguardo alla storia mostra che, ciclicamente, il manifestarsi di profondi cambiamenti di carattere strutturale del sistema socio-economico pone, dal punto di vista del diritto, l'esigenza di una sistemazione organica; o, quanto meno, impone ai giuristi di interrogarsi in ordine all'effettiva necessità di una risposta normativa nuova o, comunque, diretta a mettere mano all'esistente¹.

Il punto sta in ciò, che nel contesto attuale – caratterizzato da profondi mutamenti derivanti dalle innovazioni di carattere tecnologico, dall'affermazione dell'IA, dalle istanze di sostenibilità, da un rinnovato tessuto sociale-economico post-covid – appare inevitabile interrogarsi circa la capacità delle categorie fondative del Testo Unico Bancario di rispecchiare e supportare l'attuale conformazione del mercato. Insomma, in un contesto di transizione e mutamento, a trent'anni dall'emanazione del TUB, appare inevitabile indagare circa la reale capacità delle categorie e degli istituti ivi contenuti di riflettere l'attuale conformazione del mercato bancario europeo. E questo già con riferimento ai principali pilastri strutturali: i soggetti (non solo i destinatari della vigilanza ma anche le autorità di governo del sistema economico e i relativi rapporti che ne segnano l'azione), l'oggetto (i

* Il contributo ripropone la Relazione di apertura alla sessione antimeridiana del convegno “A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time”, organizzato a cura di Banca d'Italia e ADDE, a Roma, 11-12 dicembre 2023.

¹ A parte stanno, ma in termini complementari, le sovrastrutture concettuali dei rapporti nel mercato operate dalla scienza giuridica, che ha sempre dimostrato una certa resilienza, così da supportare l'affermazione dei diversi sistemi economici in tutte le fasi evolutive del mercato.

confini della nozione di attività bancaria), come anche, ancora prima, il sistema di produzione delle fonti.

A questi interrogativi di vertice cercheremo di dare una prima risposta in queste due giornate di lavoro, favorendo un dialogo critico tra esponenti del mondo accademico e della Banca d'Italia: guardando, da una parte, alla storia recente del diritto bancario, raccogliendone gli insegnamenti che solo l'esperienza ci può consegnare e, dall'altra, esplorando possibili traiettorie evolutive.

Attesa questa peculiare prospettiva, rimane poi da verificare se le direttrici che hanno ispirato storicamente il nostro Testo Unico potranno, come osservato dal Governatore, costituire un "valido modello per il futuro della legislazione europea". Un modello ideale che – nel segno della semplificazione, razionalizzazione e delegificazione – ha ipotecato un successo duraturo nel tempo.

L'avvio della riflessione è assegnato alla Professoressa Luisa Torchia che si occuperà di "sistema di vigilanza multi-livello e istituzioni bancarie europee", cui seguirà l'approfondimento dell'avvocato generale Marino Perassi sull'assetto del sistema delle fonti e così delle interferenze tra regole statali ed europee nel diritto vivente.

2. *La governance bancaria europea*

Che il rinnovamento istituzionale adottato in Europa sia intervenuto in modo profondo sulle modalità di esercizio della vigilanza a me pare una constatazione condivisa. Va pure aggiunto che la centralizzazione della supervisione presso la Banca Centrale Europea non è stata seguita dall'attribuzione alla stessa di un potere regolamentare, che rimane nelle mani degli Stati membri, delle corrispondenti autorità, e dell'Autorità Bancaria Europea secondo uno schema che si allontana dalle tradizionali modalità di esercizio della vigilanza domestica basata sulla triade "vigilanza ispettiva, informativa e regolamentare" (così individuati nel TUB agli artt. 51, 53, 54). Aspetto, questo, di per sé critico in termini di effettiva uniformazione normativa².

² C. BRESCIA MORRA, *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA*, LUISS Guido Carli working paper 20 Maggio 2014, 11 s., disponibile presso SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2448913>; G. FERRARINI, L. CHIARELLA, *Common banking supervision in the Eurozone: strengths*

In un simile contesto, va pure ricordato che l'EBA ha assunto un ruolo trainante, elaborando un *corpus* regolamentare comune che orienta l'esercizio della vigilanza prudenziale e favorisce un intenso dialogo tra le autorità nazionali. Nondimeno, il sistema si espone a taluni profili di criticità, come emerge, ad esempio, nella decisione della Corte di Giustizia Europea del 15 luglio 2021 [Causa: C-911/19 - *Fédération bancaire française* (FBF) contro *Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* (ACPR)] in tema di legittimità degli orientamenti dell'EBA del 22 marzo 2016 sui dispositivi di *governance* e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio, che l'autorità di vigilanza francese aveva considerato direttamente applicabili agli enti creditizi³. Nel ritenere gli orientamenti EBA sottratti all'applicazione del ricorso per annullamento *ex art.* 263 TFUE e, invece, suscettibili di formare oggetto di sindacato tramite rinvio pregiudiziale, la decisione ruota tutta sul perno dell'effettivo valore da assegnare alle *guidelines*. L'inapplicabilità del ricorso per annullamento dipende, infatti, nell'impianto motivazionale della Corte, dalla natura non «*legally binding*» delle *guidelines*, cui gli Stati membri non sono vincolati, potendo discostarsene secondo il meccanismo del *comply or explain*. Si, apre, come si vede, un problema relativo al sindacato di questi atti e alla loro effettiva capacità conformativa.

Sul fronte della supervisione, la *governance* bancaria europea ci consegna una struttura composita, che per il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) si articola come una rete, in cui ciascuna

and weaknesses, ECGI working paper Series in Law n. 223/2013, Agosto 2013, 52 ss.; E.O. WYMEERSCH, *The European Banking Union, a First Analysis* in Financial Law Institute Working Paper Series n. 7, 23 ottobre 2012, spec. 4 ss, disponibile presso SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2171785>.

³ In commento alla decisione, cfr. M. CHAMON, N. DE ARRIBA-SELLIER, FBF: *On the Justiciability of Soft Law and Broadening the Discretion of EU Agencies ECJ (Grand Chamber) 15 July 2021, Case C-911/19, Fédération Bancaire Française (FBF) v Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution*, *ECLI:EU:C:2021:599*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 2022, 286 ss; F. LIGUORI, *Il sindacato di validità degli orientamenti dell'Autorità bancaria europea in Il diritto dell'Unione Europea*, 2022, 467 ss.; J. ALBERTI, *Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le Guidelines di EBA dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2022, 425 ss; F. ANNUNZIATA, *The remains of the day: EU financial agencies, soft Law and the relics of Meroni* in *Riv. it. Dir. pubb. Com.*, 2022.

autorità ha una propria dimensione nodale che converge verso un'autorità centrale chiamata alla supervisione delle banche significative⁴. Insomma, un modello istituzionale fortemente cooperativo che nel SEVIF trova la propria base giuridica: un sistema multilivello di autorità micro e macro prudenziali orientato ad assicurare una vigilanza uniforme all'interno dell'Unione Europea⁵.

Da diverso angolo visuale, il Meccanismo di vigilanza e quello di risoluzione unico, che dimostrano una spinta verso la verticalizzazione delle competenze, dovrebbero consentire una gestione efficace e tempestiva dei rischi a livello micro e macro prudenziale⁶.

⁴ Il tema della struttura a rete della *governance* europea del rischio è trattata con riferimento al SEVIF da M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari*, Padova, 2012, 275, che sottolinea come si tratti di “un assetto organizzativo policentrico, in grado di esercitare una sorveglianza macroprudenziale sui rischi sistemici, proprio perché capace di interconnettersi velocemente con le singole autorità di microvigilanza, sia europee, sia nazionali”; il tema è trattato anche da R. MASERA, *La crisi globale: finanza, regolazione e vigilanza alla luce del rapporto De Larosiere*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, spec. 159 ss. Più recentemente, L. AMMANNATI, *Passato, presente e futuro del modello della rete. Le sue trasformazioni nella "governance" europea dell'economia*, in *An. giur. econ.*, 2018, 329-345, per cui le ESAs «appaiono punto di approdo di una evoluzione del modello della agenzia rete che incorpora la rete delle autorità nazionali all'interno di una persona giuridica disciplinata da norme europee» attraverso gli organi rappresentativi delle autorità transnazionali. Alla dimensione fortemente cooperativa secondo l'A. si accompagna anche un accentramento presso gli organi sovraordinati, specialmente legato all'assunzione di poteri sostituivi delle autorità nazionali, che determinerebbe l'acquisizione di un ruolo sempre più rilevante nella rete.

⁵ E. FERRAN, *Understanding the new institutional architecture of EU financial market supervision*, in E. WYMERSCH (a cura di) *Financial Regulation and supervision: a post crisis analysis*, Oxford, 2012; R. D'AMBROSIO, *Le autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, 109-144; F. RECINE, P.G. TEIXEIRA, *The new financial stability architecture in the EU*, Institute for Law and Finance Working Papers n. 110, Dicembre 2009.

⁶ Con riferimento al SSM, in particolare C. V. GORTSOS, *Competence Sharing Between the ECB and the National Competent Supervisory Authorities Within the Single Supervisory Mechanism (SSM)*, in *European Business Organization Law Review* 2015, 401-420, <https://doi.org/10.1007/s40804-015-0019-6>; L. WISSINK, T. DUIJKERSLOOT, R. WIDDERSHOVEN, *Shifts in Competences between Member States and the EU in the New Supervisory System for Credit Institutions and their Consequences for Judicial Protection*, in *Utrecht Law Review*, 2014,5, 92-115; C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*; C. GANDRUD, M. HALLERBERG, *Supervisory transparency in the European Banking Union*. Bruegel Policy Contribution, 2014/01; E. FERRAN,

La complessità di questa architettura e la sua articolazione composita inevitabilmente si sono tradotte in una modificazione dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia. Una prospettiva della cattedrale che trova conferma anche sul piano del diritto vivente. Così la Corte di Giustizia Europea nel caso *Landeskreditbank* del 2019, attribuendo un ruolo centrale alla BCE, rileva anche che le autorità nazionali hanno un dovere di cooperazione che si traduce in un vero e proprio dovere di assistenza e di attuazione decentrata⁷. Il meccanismo creato con il SSM,

V. BABIS, *The European Single Supervisory Mechanism* University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 10/2013, March, 2013, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2224538>; G. FERRARINI, L. CHIARELLA, *op. cit.*; E.O. WYMEERSCH, *op. cit.*; R. D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*. Quaderni di Ricerca Giuridica, Banca d'Italia, n. 74, Dicembre 2013. Sul SRM si veda, invece, D. BUSCH, *Governance of the European Banking Union Single Resolution Mechanism*, in *Eu. Bus. L. Rev.*, 2017, 447- 498; C. GORTSOS, *The Single Resolution Mechanism (SRM) and the Single Resolution Fund (SRF): Legal Aspects of the Second Main Pillar of the European Banking Union*, 2015, 2019-updated – Edition, April 30, 2019, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2668653>; R. WIGGINS, M. WEDOW, A. METRICK, *European Banking Union B: The Single Resolution Mechanism*, Yale Program on Financial Stability Case Study, 1 Novembre, 2014, 2014-5B-V1, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2577347>; Trattano entrambi i temi, nel più ampio contesto della Unione bancaria, D. SORACE, *I Pilastri dell'Unione Europea*, in P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'Unione Bancaria Europea*, Pisa, 2016; N. MOLONEY, *European Banking Union: assessing its risks and resilience*, in *Common Market Law Review*, 2014, 6, 1609-1670; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in Quaderni di ricerca giudica, Banca d'Italia, n.73, Settembre 2013.

⁷ La sentenza è di grande importanza nella definizione dei rapporti tra BCE e Autorità Nazionali Competenti. Nella sentenza del 2019, la Corte di Giustizia Europea conferma quanto già stabilito dal Tribunale in sede di primo grado, ritenendo quindi che la BCE goda di una competenza esclusiva sulla vigilanza prudenziale, tanto sugli enti creditizi *significant* e *less significant*; alle Autorità Nazionali Competenti la CGUE attribuisce un ruolo di “attuazione decentrata”, nell’ambito di una dimensione di “cooperazione tra autorità nazionali e transnazionali”. Molti autori hanno commentato la sentenza del Tribunale, confermata dalla Corte in appello. Senza pretese di completezza, si vedano K.A. MARKWARDT, *Promoting Economic Cohesion over the Continued Rise of National Interests: Landeskreditbank Baden-Wurtemberg - Forderbank v. European Central Bank*, *International Lawyer* 2020, 291; F. ANNUNZIATA, *New exercises in sovereignty: the Single Supervisory Mechanism as a laboratory of Union Law*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 317-34. Riflettono, tra gli altri spunti, su quale sia il ruolo delle Autorità nazionali nel nuovo contesto tratteggiato dalla sentenza F. ANNUNZIATA, *Chi ha paura della Banca Centrale Europea? Riflessioni a margine del caso Landeskreditbank c. BCE*, in

SRM e il SEVIF, tuttavia, proprio in virtù della sua struttura fortemente cooperativa suo carattere, può incepparsi nel momento in cui il singolo componente abdichi al suo compito, o vi siano incertezze rispetto a quale autorità debba intervenire. Il passato recente lo ha dimostrato⁸.

3. *Il sistema di vigilanza multilivello e la struttura dell'architettura normativa bancaria*

L'esistenza di un sistema di vigilanza “multilivello” viene a riflettersi sulla struttura dell'architettura normativa bancaria. L'attuale articolazione del sistema di fonti del diritto bancario europeo rappresenta non solo il profondo ripensamento della distribuzione di sovranità e potere normativo che i mercati impongono alle istituzioni, ma anche la graduazione dei poteri (pubblici e privati) di conformazione che occorre per assicurare un'omogenea *rule of law*.

Del resto, un'interpretazione uniforme del diritto comunitario, oltre che imposta dai Trattati, si rende necessaria per assicurare le basi minime per la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi in prospettiva di integrazione economica, nonché per affermare forme di efficace reciproco controllo e leale affidamento in proiezione di allargata mutualità sociale e progressiva socializzazione del rischio finanziario entro i più ampi confini della comunità degli Stati membri.

Giurisprudenza Commerciale, 2017,II, 917-944; V. LEMMA, «*Too big to escape*»: un significativo chiarimento sull'ambito di applicazione del *Single Supervisory Mechanism*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, 75-84. Nel prospettiva di una riduzione dei compiti delle autorità nazionali cfr. T.H. TRÖGER, *How Not To Do Banking Law in the 21st Century - The Judgement of the European General Court (EGC) in the Case T-122/15 – Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank v European Central Bank (ECB)*, in *Oxford business law blog*, disponibile su <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/06/how-not-do-banking-law-21st-century-judgement-european-general-court>. DONATO VESE, *Unione bancaria e cooperazione nell'era della crisi. Alla ricerca di un modello politico-organizzativo della governance bancaria multilivello* in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 277-326, pone l'accento sulla cooperazione come elemento distintivo dei rapporti tra autorità nazionali e transnazionali.

⁸ Per un approfondimento sul tema si vedano F. CAPRIGLIONE, *Crisi bancarie e di sistema. Il caso Italia*, in *Federalismi.it*, 2020; A. URBANI, *I rapporti tra la banca e le autorità di vigilanza nel nuovo contesto dell'Unione Bancaria*, *Ricerche giuridiche*, n.7, 2018.

In tale contesto, l'ordinamento bancario – sotto il profilo delle fonti di disciplina – più che un quadro, è venuto a definirsi come un «*puzzle*», in sé oggettivamente distante dall'assetto unitario e rassicurante delle origini⁹. Al fondo di questa situazione, di progressiva perdita da parte degli Stati del monopolio legislativo in ambito bancario, sono stati individuati diversi fattori determinanti, non necessariamente connessi l'uno con l'altro.

Tra questi, vengono in primo luogo in considerazione da un lato la *tecnificazione delle regolazioni dei mercati*, cioè la trasposizione di regole di natura tecnico-finanziaria in norme giuridiche, dall'altro la *giuridificazione dell'attività e dell'organizzazione degli attori dei mercati*, atteso che le prassi organizzative e i modelli di attività delle banche hanno progressivamente assunto rilevanza sul piano giuridico¹⁰.

Secondo una logica di tipo diverso, è pure da rilevare il progressivo processo di *integrazione tra le diverse attività finanziarie*, i cui effetti si esplicano, sul piano organizzativo, con la costituzione in alcuni paesi di autorità nazionali di vigilanza “unificata” e, a livello unionale, di autorità europee sia settoriali che integrate o macro prudenziali; mentre, sul piano funzionale, gli effetti più immediati si registrano con il rafforzamento dei poteri ad esse attribuite. Nella stessa prospettiva, un diverso processo attiene alla *stratificazione multilivello, ma anche all'osmosi delle fonti*. Su questo fronte, si osserva da una parte un aumento significativo dei centri di produzione di regole giuridiche multilivello e multispecie (organismi internazionali, istituzioni europee tra loro in concorrenza, Parlamenti, autorità di regolazione, ecc.) e, dall'altra, l'emersione di fonti nuove quanto a natura, struttura ed efficacia (indirizzi del *Financial Stability Board*, indicazioni del Comitato di Basilea, poi trasfuse nelle norme dell'UE; *hard law* “a cascata” dell'UE - regolamenti e direttive, di primo e secondo livello - , atti della BCE e dell'EBA, atti precettivi delle autorità di vigilanza nazionali; le “Linee applicative” di tali atti, le lettere al mercato, le aspettative di vigilanza e così via).

⁹ S. AMOROSINO, *Il “puzzle” delle fonti normative del mercato bancario e la “dialettica circolare” tra le Corti europee e nazionali* in *Riv. reg. merc.*, 2020, 94 ss.

¹⁰ Si tratta di un fenomeno che, del resto, si registra ormai a partire dalla crisi del 2008, cfr., tra gli altri, O. CAPOLINO, *Il testo unico bancario e gli sviluppi della legislazione europea*, in *An. Giur. Econ.*, 2013, 493 ss.

Infine, l'accento cade tonico sul fenomeno della *giurisdizionalizzazione della "produzione" delle regole*. Nel quadro descritto, ricade in gran parte sui giudici europei, sulla loro attività di *ius dicere*, il compito di "mettere un po' d'ordine" in sede interpretativa/applicativa delle fonti. Fenomeno che ha determinato un mutamento degli equilibri tra legislazione e giurisdizione ampliando la sfera di discrezionalità dell'autorità giudiziaria chiamata a creare la regola del caso concreto¹¹.

4. *Il fenomeno della digitalizzazione e il Testo Unico Bancario*

Centrale, proprio strategica, tra la prima e la seconda parte della sessione antimeridiana, si colloca la relazione del Professore Raffaele Lener in tema di "*Regolazione Fintech e Testo Unico bancario*". Il fenomeno della digitalizzazione ha infatti investito trasversalmente la costruzione strutturale del testo unico bancario, incidendo sulla stessa nozione di «banca» e di «attività bancaria» (come definite sul piano del diritto positivo).

Rispetto alle attività che le banche possono svolgere, il fintech ha determinato la nascita di nuovi attori, che, rivolgendosi alla medesima

¹¹ Per rimanere a livello esemplificativo, si può richiamare l'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, emessa dal Consiglio di Stato (Sez. VI, ord. n. 8650, 10 ottobre 2022), relativamente all'interpretazione di talune disposizioni contenute nella Direttiva 2005/29/CE (in materia di pratiche commerciali scorrette), la cui violazione è stata evocata in relazione al problema dell'abbinamento di prodotti assicurativi non collegati al credito. Senza entrare nel merito della vicenda – in sé nota –, basta a questi fini segnalare che il rinvio pregiudiziale è costruito intorno alla nozione di «consumatore medio» (presupposto per l'applicazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette) di cui si chiede alla Corte di Giustizia di fornire un'interpretazione. Del resto, la stessa definizione dell'ampiezza oggettiva della nozione di «consumatore» risulta affidata alla Corte europea (per le varie tematiche apertesesi negli ultimi anni cfr. AZZARRI, *Spigolature intorno alla nozione di consumatore*, in *Contratti*, 2021, 60 ss.). Per passare ad altri esempi, che interessano direttamente il settore bancario, basta ricordare il caso Pringle in relazione all'istituzione del MES (cfr. per questo ed altri casi, M. RABITTI, *La corte di giustizia tra scelte di mercato e interessi protetti*, in *Persona e Mercato*, 2018, 220 ss.) o la più nota vicenda relativa alla banca Tercas e al tema della nozione di «aiuto di Stato» (tra i molti commenti alla sentenza cfr. ROSSANO, *La Corte di Giustizia UE sul caso Tercas: oltre il danno la beffa*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, II, 1 ss.).

domanda di mercato, si pongono in concorrenza rispetto agli intermediari tradizionali, così aprendo il problema dell'opportunità, delle modalità e delle tempistiche di intervento normativo (: “*wait and see*”, “*same business, same risk, same rules*”, “*new functionality, new rules*”¹²).

L'avvertita esigenza di regolazione della materia, anche nell'ottica di garantire la stabilità del sistema, ha portato, rispetto ad alcuni rami di attività, a ricondurre il fenomeno nel perimetro delle attività finanziarie regolamentate. Così è stato, ad esempio, per la disciplina del *crowdfunding* a seguito dell'emanazione del Regolamento UE n. 2020/1503, ovvero delle *crypto-asset* con il recente Regolamento UE n. 2023/1114 (MICAR).

Nell'ambito del *Digital Finance Package* il legislatore europeo ha seguito una strategia nel segno dell'emanazione di regole nuove, elaborate però nell'alveo di quelle già collaudate nei settori tradizionali. Ne è un esempio paradigmatico il richiamato regolamento MICA, risultato di un processo di “mifidizzazione” del mercato dei *cripto assets*¹³.

¹² M. AMSTAD, *Regulating FinTech: Objectives, Principles, and Practises*, ADBI Working Paper Series, No. 1016, 2019, 8.

¹³ V. FALCE, *Data strategy e finanza digitale. Il caso della “consulenza automatizzata”* in *Ass.*, 2022, 429 ss spec. 437; M.T. PARACAMPO, *I prestatori di servizi per le cripto-attività. Tra mifidizzazione della MICA e tokenizzazione della MIFID*, Torino, 2023. Cfr. F. ANNUNZIATA, *op. cit.*; spec. 14 ss e P. MAUME, *The Regulation on Markets in Crypto-Assets (MiCAR): Landmark Codification, or First Step of Many, or Both?* in *European company and financial law review*, 2023. 243; D.A. ZETZSCHE, F. ANNUNZIATA, D.W. ARNER, R.P. BUCKLEY, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy*, 2020 (aggiornato 2023), European Banking Institute Working Paper Series n. 77, 2020, University of Luxembourg Law Working Paper Series n. 18, 2020, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper n. 59, 2020, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3725395>. La dottrina ha osservato come MiCAR, per più profili, abbia ripreso acriticamente profili di disciplina normativa già collaudati nei mercati regolamentati tradizionali secondo la tecnica del “*copy and paste*”. Nondimeno rimane, come tratto distintivo, l'allontanamento dalla tradizionale disciplina per soggetti, a favore di una normativa legata alle specificità del *fintech* e al supporto tecnologico utilizzato (F. ANNUNZIATA, *op.cit.*, 17; riconosce la tendenza nel Pacchetto sulla finanza digitale M. RABITTI, *Le regole di supervisione nel mercato digitale: considerazioni intorno alla comunicazione della Banca d'Italia in materia di tecnologie decentralizzate nella finanza e cripto-attività*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 119-135). Sempre sulla tecnica normativa adottata si vedano F. BASSAN, *Digital*

Sul fronte della regolazione la principale difficoltà rimane quella di emanare una normativa *su misura* per le specificità del Fintech: una normativa che sappia cogliere, da un lato, le specificità del supporto tecnologico, e della relazione contrattuale tra *users* e *provider* di servizi digitali, e, dall'altro, assicurare la funzionalità dei modelli di *business* che ne connotano la concreta operatività sul mercato¹⁴. In questa prospettiva, occorre coltivare un approccio di tipo funzionale, capace di considerare il tipo di attività svolta e il rischio concreto che essa determina¹⁵.

Nel fare questo, pure la selezione del tipo di apparato tecnologico è in sé decisiva. Tant'è che oggi da alcuni è posta in discussione la stessa effettiva utilità di un'applicazione rigida del principio di neutralità tecnologica¹⁶.

Platforms and Blockchains: The Age of Participatory Regulation, in *Eu. Bus. L. Rev.*, 2023, II, 1103-1132.

¹⁴ E. MACCHIAVELLO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'inquadramento giuridico delle attività svolte dai lending marketplace. Linee di fondo*, in A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. BORELLO, R. FERRETTI, F. LENOCI, E. MACCHIAVELLO, F. MATTASSOGLIO, F. PANISI (a cura di), *Marketplace Lending. Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?*, Quaderni di fintech, Consob n.5, 2019; M. RABITTI, *Le regole di supervisione nel mercato digitale. Considerazioni intorno alla comunicazione Banca d'Italia in materia di tecnologie decentrate nella finanza e cripto attività*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 125.

¹⁵ E. MACCHIAVELLO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *op.cit.*, V. FALCE, *op.cit.*, 437. La direzione è confermata anche nel successivo M. RABITTI, *Le regole di supervisione nel mercato digitale. Considerazioni intorno alla comunicazione Banca d'Italia in materia di tecnologie decentrate nella finanza e cripto attività*, cit., 123-125, dove si specifica che l'affermazione di questo modello nel quadro normativo europeo è stata supportata dalle difficoltà di *enforcement* di una normativa per soggetti nel contesto della digitalizzazione.

¹⁶ Il paradigma normativo della neutralità tecnologica - il cui corollario si basa sul fatto che il legislatore non individua una tecnologia preferibile - comincia a mostrare più profili di criticità. Basta pensare, tra le altre cose, all'impatto, in termini di sostenibilità ambientale, derivante dell'utilizzo di tecnologie DLT particolarmente energivore o ai problemi di sicurezza derivanti dall'uso di questi sistemi. Cfr. M. RABITTI, *Le regole di supervisione nel mercato digitale: considerazioni intorno alla comunicazione della Banca d'Italia in materia di tecnologie decentrate nella finanza e cripto-attività* in *Riv. trim. dir. econ.*, Supp. 3/2022, 127 s.; F. MATTASSOGLIO, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, 226 ss.

Una prospettiva simile, inevitabilmente a carattere funzionale, viene ad allontanarsi sensibilmente da quella regolamentazione per soggetti seguita nel TUB.

5. Fonti normative di portata unificatrice del diritto bancario

La parte conclusiva del *panel* è riservata al tema delle fonti normative di portata unificatrice del diritto bancario. Più precisamente, all'interno di una prospettiva duplice: da un lato rivolta ai progressi riformatori già raggiunti, dall'altro diretta verso gli sforzi, non ancora esauriti, che, *de iure condendo*, si stanno compiendo, a livello sia nazionale sia europeo, per l'adozione di un *packaging* normativo uniformante e unificante, non solo nel settore bancario specificamente inteso, ma più ampiamente nel finanziario. Come si può cogliere dal titolo degli interventi dei colleghi Marco Sepe e Antonella Sciarrone Alibrandi, il tema dell'adozione di una legislazione – formata così da clausole e criteri generali come dalla disciplina di dettaglio – si è posto con urgenza all'attenzione dei legislatori.

In parte per le continue innovazioni e sfide che esso, insieme agli altri settori regolati, deve affrontare: le crisi cicliche dipendenti come da deficienze strutturali interne al sistema finanziario – riconducibili in capo agli operatori e ai regolatori – così da fattori esogeni – come nel caso della pandemia o dei recenti conflitti internazionali –; l'accresciuta attenzione verso i fattori della sostenibilità ambientale, sociale e di *governance*; l'impatto dirompente nell'attività finanziaria delle nuove tecnologie. In parte anche perché le branche del diritto finanziario, inteso in senso ampio, sono destinate alla costante e progressiva interrelazione nonostante le differenze di sistema che comunque persistono.

Al contempo, però, le peculiarità del diritto delle banche hanno richiesto un intervento mirato, di settore appunto, concretizzatosi con l'adozione di misure *ad hoc* che si sono intensificate soprattutto nell'ultimo decennio da parte dell'Unione europea. E che, alla luce di un modello di integrazione verticale normativa del settore, non si esclude possa rafforzare le regole già previste in tema di requisiti prudenziali e vigilanza settoriale multilivello, nonché “espandersi” verso altre aree come quelle delle regole di condotta e dei loro eventuali rimedi.

Muovendo da tali premesse occorre allora guardare gli interventi conclusivi del primo ciclo di relazioni del Convegno.

5.1. Segue. *Verso un testo unico delle attività finanziarie?*

Il primo, “*Integrazione orizzontale: verso un testo unico delle attività finanziarie*”, trae origine dall’analisi fenomenologica e normativa dei mercati regolati. La commistione settoriale si riflette sull’attività d’impresa svolta da banche, sim, sgr, imprese assicurative, ecc. Una tale commistione settoriale si ripercuote in conseguenza lungo il lato del contratto, nella sua accezione di “prodotto” dell’attività di impresa.

Basti pensare al crescente fenomeno distributivo delle cc.dd. *Payment protection insurance*, come pure al collocamento di polizze miste indicizzate a componente finanziaria. In questa direzione è, quindi, necessario interrogarsi sull’opportunità di armonizzare i tre tradizionali comparti del mercato finanziario¹⁷. Non tanto orientando gli sforzi nell’elaborazione di un modello-tipo di intermediario unico, ma, diversamente, nell’individuazione di un *corpus* normativo intersettoriale, un blocco comune di regole generali tramite un’opera di selezione, unificazione e armonizzazione di quelle già esistenti e disseminate nei tre testi normativi fondamentali del mercato finanziario (TUB, TUF e cod. ass.)¹⁸.

La tendenza verso un’impostazione normativa di questo tipo non può obliare le spinte che, in questo senso, provengono dal legislatore europeo¹⁹.

¹⁷ Esigenza, questa, non certo nuova: cfr., già a livello manualistico, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il diritto del sistema finanziario*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, Torino, 2013, 828; DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 64s. Per riferimenti comparatistici, v. almeno, V. COLAERT, *Building Blocks of Investors Protection: All-embracing Regulation Tightens Its Grips*, in *Eur. Comm. Market L. Rev.* 2017, 233.

¹⁸ In questi termini, P. CORRIAS, *Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell’utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. civ.*, 2015, III, 636.

¹⁹ Il quale aveva già espresso in passato un simile approccio orizzontale, attraverso l’adozione del Regolamento UE n. 1286 del 26 novembre 2014 (c.d. Regolamento PRIIPS) relativo ai cc.dd. prodotti di investimento preassemblati rivolti alla clientela al dettaglio – quali polizze *linked*, fondi comuni di investimento, prodotti strutturati e

Ma un programma riformatore, rivolto alla creazione di un vero e proprio testo unico (europeo) delle attività finanziarie, sembra scorgersi all'orizzonte grazie al pacchetto di implementazione della *Retail Investment Strategy* approntato dalla Commissione europea il 24 maggio 2023, accolto nel più ampio progetto del *Capital Market Union Action Plan* promosso dalla Commissione stessa a partire dal settembre 2020. Esso consta nella proposta di adozione, da un lato, del c.d. *Omnibus Directive Proposal*, volto all'integrazione delle Direttive MiFID II (Direttiva 2014/65/UE), IDD (Direttiva 2016/97/UE), UCITSD (Direttiva 2009/65/CE), AIFMD (Direttiva 2011/61/UE) e Solvency II (Direttiva 2009/138/CE) e, dall'altro, di un atto regolamentare che modifichi il Regolamento PRIIPs (Reg. (UE) 2014/1286) con specifica attenzione al regime del *Key information document*.

La protezione degli “utenti” (*users*) dei servizi finanziari è assurda a punto cardinale di tale processo riformatore che richiede l'accoglimento di una base legislativa comune ispirata a una c.d. *cross-sectorial harmonisation* di tipo normativo: in sostanza clausole generali e regole di dettaglio di natura privatistica – con specifico riferimento alle norme di condotta e alla loro giustiziabilità – devono essere raggruppate in un corpo di regole, innanzitutto, di livello unionale. Che, secondo chi sta lavorando direttamente a questo programma, si dovrebbe tradurre in una “Carta europea”²⁰. Ma che, al contempo, richiede uno sforzo da parte dei legislatori degli Stati membri, ai quali si chiede di approntare un set di norme armonizzate²¹.

della previdenza complementare –, introducendo così una base coerente e comune per regolamentare le informazioni obbligatorie e le pratiche di vendita a livello europeo.

²⁰ F. ANNUNZIATA, *How to boost retail investors' participation in financial markets*, in *Study requested by the ECON Committee, European Parliament*, giugno 2023, in più punti, ad es. 8, 28, 43.

²¹ Sulla fondamentale importanza della disciplina del diritto privato nella regolazione del diritto dei mercati finanziari – che comporta regole certe ed effettive – si sono espressi alcuni delle più importanti voci a livello europeo, tra cui O. CHEREDNYCHENKO, *Two Sides of the Same Coin: EU Financial Regulation and the Private Law*, in *European Business Organization Law Review*, XXII, 2021, in part. 167 e 168, laddove l'A. specifica che “The proposed holistic approach to public regulation and private law in the financial sector points to need to construct an integrated theoretical framework in which to analyse the existing legal regimes and develop the new ones in terms of policy goals and interpersonal justice, substantive

Anche alla luce del dibattito sorto in sede europea, dunque, l'adozione di un testo unico delle attività finanziarie non sembra una prospettiva soltanto teorica. Al contrario, un complesso organico e sistemico di regole che disciplinino l'organizzazione e la condotta degli intermediari, nella visuale protettiva dei destinatari finali dei servizi, sembra potersi finalmente concretizzare.

5.2 Segue. *Verso un codice bancario europeo?*

L'intervento della Professoressa Sciarrone, intitolato “Integrazione verticale: verso un codice bancario europeo”, si colloca su una traiettoria diversa, in punto di premesse teoriche nonché di contenuto rispetto al precedente. In questo caso il modello integrativo proviene dal baricentro europeo rivolgendosi, in seguito, verso le legislazioni degli Stati membri.

La piattaforma normativa basata su questo approccio si concentra primariamente sia lungo il plesso dell'organizzazione dell'impresa bancaria (requisiti patrimoniali e organizzativi della banca) sia su quello delle crisi e della vigilanza sui soggetti abilitati.

Nel diritto bancario la “determinante comunitaria” ha segnato profondamente la disciplina interna sin dal recepimento della prima Direttiva di coordinamento in materia bancaria (Direttiva 77/780/Cee)²². Il punto di svolta più rilevante si registra, tuttavia, a partire dall'adozione del Rapporto de Larosière del 2009, colonna fondativa dell'Unione Bancaria Europea. Che, per un suo funzionamento efficiente, ispirato alla realizzazione di una rete di protezione sistemica (*safety net*), richiedeva – e tutt'ora necessita – di tradurre in prescrizioni normative i suoi tre pilastri costitutivi

standards, and enforcement tools» e che « In particular, a complementary relationship between EU financial regulation and national private law, including both substantive and procedural rules, would prompt civil courts to reduce the interpersonal justice deficit at the EU level in cases where they are not— at least not explicitly required to do so by EU law”; M. LEHMANN, *Union des marchés de capitaux et droit privé*, in *Banque et Droit*, 2023, 40 ss.

²² Cfr. S. AMOROSINO in *La regolazione pubblica delle banche*, Milano, 2016. 65 ss.

(supervisione centralizzata, sistema unico della gestione delle crisi, schema comune di garanzia dei depositi).

Questo “lungo movimento legislativo”²³ si è progressivamente indirizzato verso ciò che alcuni autori chiamano “codice bancario europeo”²⁴ e che, più propriamente, si è concretizzato nel c.d. *Single Rulebook*. In sostanza, un *corpus* normativo formato innanzitutto dal c.d. pacchetto Crd IV/Crr – composto dalla Direttiva 2013/36/UE sull’accesso all’attività degli enti creditizi, dal Regolamento (UE) 575/2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento – a cui vanno aggiunti i Regolamenti (UE) 1024/2013 istitutivo del Meccanismo Unico di Vigilanza e 806/2014, relativo al Meccanismo di risoluzione unico, nonché la Direttiva 2014/59/UE (c.d. Brrd). In seguito, per vero, integrati da un *new banking package* (Regolamenti (UE) 2019/876 – c.d. Crr II – e 2019/877 – c.d. Srmr II – e dalle Direttive 2019/879 – c.d. Crd V – e 2019/879 – c.d. Brr II) oltre che da un set normativo sui requisiti prudenziali (Reg. UE 2019/2033), sulla vigilanza prudenziale (Reg. UE 2019/2034) e sull’architettura micro e macroprudenziale delle Autorità di vigilanza (Regg. UE 2019/2175 e 2019/2176).

Si tratta di una produzione di regole densa, che pone sul tappeto diversi interrogativi di soluzione non agevole e che si ricollegano ai temi della mattinata: coordinamento tra la disciplina di dettaglio di natura eurocentrica e TUB, nuovo assetto della vigilanza multilivello, policentrismo normativo. Senza dimenticare il potenziale contrasto teorico che potrebbe schiudersi tra il modello “per silos” che sembra

²³ Così definito da S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria in Europa*, in *Dal testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia*, Roma, 2014. Per una lettura approfondita delle fasi che hanno condotto all’adozione di un corpus normativo delle disposizioni in materia di impresa bancaria si veda A. BROZZETTI, *Il diritto europeo della banca e della finanza tra passato e futuribile*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2023, III, 7 ss.

²⁴ Il disegno riformatore verso un “codice dell’attività bancaria e finanziaria europea” è per vero riconducibile alle parole di T. PADOA-SCHIOPPA, *How to deal with emerging pan-European financial institutions?*, The Hague, 3 November 2004, al link <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2004/html/sp041103.en.html>.

affermarsi nel bancario²⁵ e quello – tratteggiato da Marco Sepe– che invece contempla un'impostazione normativa e regolatoria trans-settoriale.

²⁵ Descritto in questi termini da V. COLAERT, D. BUSCH, T. INCALZA, *European Financial Regulation: Levelling the Cross-Sectoral Playing Field*, Hart Publishing, Oxford, 2019.