

LA COMPARAZIONE NELL'AMBITO DEL DIRITTO BANCARIO E DEL DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI. C'È ANCORA SPAZIO?

di Eugenio Maria MASTROPAOLO *

ABSTRACT

Il saggio affronta un argomento metodologico relativo alla comparazione e si interroga se ed in che misura vi possa essere spazio per l'applicazione di metodologie di comparazione nell'ambito del diritto bancario e del diritto dei mercati finanziari, nonostante la loro forte armonizzazione per effetto della normativa dell'Unione Europea. Rimangono infatti ampi spazi per il ruolo del diritto comparato e ciò per effetto della mancata armonizzazione della disciplina civilistica e dell'organizzazione e competenze delle autorità settoriali, seppur coordinate a livello europeo dalla European Banking Authority e dalla European Securities Market Authority.

Il saggio - inizio della collaborazione dell'Autore con la Rivista - vuole essere un omaggio alla Prof.ssa Claude Ducouloux - Favard a poco più di un decennio dalla sua scomparsa che ha influito fortemente sulla formazione scientifica dell'Autore, soprattutto nella sua fase iniziale, ospitandolo a Parigi, presso l'Università Paris IX Dauphine.

SOMMARIO

1. Antefatto 1
2. Le qualità del comparatista ed il metodo di comparazione 2
3. Il ruolo del diritto comparato rispetto al diritto bancario e dei mercati finanziari 3
4. Conclusioni 4

1. ANTEFATTO

* Professore a contratto di Diritto dell'Economia e di Diritto Bancario presso l'Università Telematica Pegaso.

¹ Il presente contributo prende le mosse da un intervento effettuato dall'Autore nell'ambito del momento di ricordo di Claude Ducouloux - Favard tenutosi durante il Convegno "Stato ed Impresa nel diritto delle relazioni economiche

Questo articolo, che rappresenta l'inizio della mia collaborazione con la Rivista De Iustitia, attraverso la partecipazione al suo Comitato di Redazione e al suo Comitato di Valutazione, è dedicato a Claude Ducouloux - Favard a poco più di un decennio dalla sua morte¹.

Chi era Claude e cosa abbia rappresentato per lo studio comparato del diritto francese ed italiano ed in genere per l'elaborazione di metodologie di comparazione è lo scopo del contributo.

L'ultimo incarico scientifico di Claude è stato *maitre des conferences* all'Università di Paris IX Dauphine. Fui indirizzato a lei dal Prof. Diego Corapi e dal Prof. Luigi Moccia. Dovevo svolgere una ricerca finanziata dal Consiglio Nazionale delle Ricerche italiano sul tema della *fiducia*. Mi trovai a studiare tutt'altro. La trasposizione della direttiva sui servizi di investimento in Francia ed in Italia e le sue conseguenze. Di qui è nato il mio interesse al diritto dei mercati finanziari ed al diritto bancario.

Claude aveva una scrittura minuta: conservo ancora un suo biglietto inviatomi qualche giorno prima di un'importante occasione e poco prima della sua scomparsa. Una volta mi ha raccontato come, quando da giovane ricercatrice si recò a Roma presso l'Unidroit, incontrò il Prof. Bernardino Libonati (erano grossomodo coetanei) che le chiese se, nel prendere i suoi fitti appunti, era sua intenzione ricopiare l'intera biblioteca.

Claude era anche una disegnatrice e pittrice. Quando girava a Roma di appuntamento in appuntamento portava sempre con sé un quaderno dove disegnare a matita scorci romani. Le piacevano soprattutto le fontane perché le consentivano di percepire numerosi particolari.

Claude a suo modo era anche una pioniera ed una rivoluzionaria, in un mondo accademico molto maschile ed autoreferenziale. Tale ambiente

transnazionali" organizzato dall'Università del Molise, Facoltà di Giurisprudenza, il 4 aprile 2019 ed è il frutto di numerose riflessioni sulla metodologia utilizzata o da utilizzare nella redazione di ricerche scientifiche con elementi di comparazione, soprattutto nell'ambito bancario e finanziario, materie che prevalentemente tratterò durante la mia collaborazione.

scientifico la portò ad elaborare metodologie di comparazione applicabili al diritto privato e commerciale ed in special modo a quegli ambiti del diritto a forte connotazione europea, dunque in via di progressiva armonizzazione, quali il diritto bancario ed il diritto dei mercati finanziari, perché proprio in questi ambiti, sosteneva, si possono cogliere le più interessanti peculiarità, essendo già eliminati per mezzo dell'armonizzazione normativa quei numerosi effetti distorsivi che ne vanificavano il risultato.

2. LE QUALITÀ DEL COMPARATISTA ED IL METODO DI COMPARAZIONE

Per Claude il giurista comparatista deve avere delle qualità soggettive intrinseche, proprie dello scienziato naturalista.

In questo la formazione scientifica tipicamente francese di Claude ha avuto un notevole peso, anche per chi come lei durante il liceo ha svolto studi essenzialmente classici.

Le scienze naturali necessitano, per essere perseguite, di notevole spirito di osservazione, curiosità per i particolari, capacità di selezione delle ipotesi e di elaborazione teorica nonché di sviluppo sperimentale che confermi o confuti le varie teorie.

Come uno scienziato naturalista, il comparatista deve essenzialmente essere curioso che parta da un'elaborazione di un modello ipotetico basato sull'osservazione della realtà.

L'esempio classico che Claude mi faceva, era quello del giardino del vicino che è sempre più verde e del giardiniere che se ne chiedeva il motivo: a parità di condizioni (insolazione, esposizione, acqua piovana, terreno, ...), dunque a parità di ipotesi, assunte come condizioni di partenza definite, il giardiniere del primo terreno si reca nel giardino del vicino ed osserva le similitudini e le differenze e poi intervista il suo giardiniere, ottenendo complessivamente una serie di risposte che

divengono tante proposizioni teoriche, oggetto a loro volta di possibile sperimentazione.

Come si può ben vedere, il giardiniere - comparatista adotta un metodo scientifico, in quanto seleziona le ipotesi di partenza, osserva ed interroga la realtà oggettiva o comportamentale ed infine elabora delle teorie che rapportate alla propria realtà oggettiva (il primo giardino), possono determinare delle modifiche alle azioni concrete da mettere in atto per raggiungere un risultato simile a quello del giardino vicino.

Chi è allora il comparatista e come deve procedere: volendo effettuare un'analisi di un ambito giuridico oppure degli effetti di un determinato istituto giuridico, il comparatista deve anzitutto selezionare le ipotesi di partenza, cioè individuare quella fenomenologia regolata da norme, cercando di definire condizioni di partenza tra il proprio ambito giuridico e quello da comparare, quanto più comuni e stabili possibili, al fine di eliminare gli effetti distorsivi (il rumore di fondo) che potrebbero vanificare o rendere più complessa l'interpretazione del risultato (le eccezioni); poi deve procedere ad osservare le differenze normative e di strumentazione giuridica applicabili all'ambito giuridico o agli effetti dell'istituto giuridico oggetto di comparazione; continuando, deve comparare l'efficacia nell'utilizzo della diversa regolamentazione o nell'appello ad istituti giuridici diversi ed, infine, applicare (o proporre) le misure correttive. Concretamente, nell'esercizio delle tre ultime fasi elaborative, il comparatista, a partire da situazioni di partenza grossomodo simili (le società e le economie dei grandi Paesi della UE sono strutturalmente avvicinati; i giovani ricevono i medesimi stimoli; ... in sostanza esistono molti più elementi comuni che differenze sostanziali), deve selezionare, nell'ordinamento giuridico oggetto di comparazione, le metodologie e gli strumenti giuridici che vengono richiamati dalla

normativa, dalla dottrina o dalla giurisprudenza per risolvere e tutelare i diritti e le aspettative sociali ed economiche degli interessati e poi misurarne l'efficacia, verificando se nel caso in cui una fattispecie simile fosse portata all'attenzione del proprio ordinamento giuridico, quali sarebbero le soluzioni e se il proprio diritto nazionale sarebbe in grado di reagire con uguale o diversa efficacia. Di qui la fase applicativa o propositiva: il comparatista può provare a formulare un'ipotesi "correttiva" ed applicare la stessa alla fattispecie nazionale e provare a vedere l'eventuale miglioramento dell'efficacia della norma, oppure, molto più semplicemente può proporre al legislatore una soluzione normativa di nuova concezione, mutuata dall'esperienza dell'ordinamento giuridico oggetto di comparazione o al giudice nazionale una nuova interpretazione in linea con il diritto nazionale vigente, ma mutuata dalla diversa prospettiva offerta dall'ordinamento giuridico estero.

Nella fase applicativa / propositiva, tuttavia, si annidano i principali rischi per il comparatista: l'esterofilia ed il suo opposto, il nazionalismo mascherato. Qui Claude mi ha molto aiutato nell'identificare le due figure. Il comparatista esterofilo, al termine dell'esercizio di verifica dell'efficacia delle soluzioni, quasi a prescindere dai risultati, è colui che, entusiasta, vorrebbe importare *tout court* un istituto giuridico, una soluzione giuridica oppure un complesso coordinato di istituti e soluzioni, buttando al macero l'attuale regolamentazione perché ritenuta a suo giudizio obsoleta ed inefficiente / inefficace, oppure proponendo le novità in parallelo rispetto al sistema attuale, senza curarsi del fatto che strutture complesse hanno sempre delle ramificazioni e delle applicazioni analogiche che solitamente vengono intaccate. Il nazionalista mascherato invece è colui che si avvicina alle soluzioni adottate dall'ordinamento giuridico oggetto di

comparazione con un fare apparentemente distaccato e neutrale, salvo poi nella fase applicativa o propositiva ritenere *a priori* il proprio sistema il migliore, in quanto fondato su solide basi "inamovibili" come dovrebbero esserlo la società e le relazioni economiche. In realtà entrambe le figure non corrispondono né qualificano il comparatista ed il suo metodo. Nel primo caso gli studiosi in questione peccano di eccessiva critica della realtà giuridica esistente, dimenticando che l'ordinamento giuridico ha anzitutto una funzione primaria di mantenimento della pace e della civile convivenza tra soggetti del diritto (se fosse tutto da buttare al macero o il sistema dovesse essere affiancato dalle soluzioni estere si dovrebbe spiegare perché il paese di provenienza del comparatista non si trovi in una fase rivoluzionaria). Nel secondo caso si tratta di studiosi che adottano solo alcuni elementi del metodo comparato (le prime tre fasi), per spiegare come funziona altrove, per poi però riconcentrarsi sulla descrizione e ricostruzione degli istituti nazionali. Insomma, né uno, né l'altro possono definirsi comparatisti, in quanto non adottano per intero un metodo scientifico di comparazione critico dei risultati ottenuti.

3. IL RUOLO DEL DIRITTO COMPARATO RISPETTO AL DIRITTO BANCARIO E DEI MERCATI FINANZIARI

Veniamo adesso alla questione centrale del contributo.

Il diritto bancario ed il diritto dei mercati finanziari oggi sono molto diversi nei contenuti della disciplina di quanto lo fossero alla fine degli anni '90 dello scorso secolo.

Ormai è possibile parlare di un diritto bancario europeo e di un diritto dei mercati finanziari europeo. In entrambi i campi l'armonizzazione è massima. Regolamenti della Commissione, in applicazione di *Regulatory Technical Standards* e di *Implementing Technical Standards*, se non addirittura Regolamenti del Parlamento europeo e

del Consiglio disciplinano largamente la materia. Per i Paesi dell'Unione europea che abbiano adottato l'Euro come moneta, il sistema bancario è unificato e dunque non è neppure corretto parlare di armonizzazione, come meccanismo per avvicinare gli ordinamenti, al fine di creare un mercato comune di servizi bancari, ma di unicità della disciplina rispetto ad un mercato unico già messo in comune.

Nonostante ciò, tutte le regole europee vertono sostanzialmente su tre pilastri: (i) l'armonizzazione delle regole di accesso alle attività riservate in ambito bancario, qualificata unicamente come attività di raccolta del risparmio con obbligo di rimborso, in ambito servizi di pagamento, in ambito servizi di investimento e mercati di strumenti finanziari (compreso tutto il settore del regolamento delle operazioni su tali mercati e della conservazione degli strumenti finanziari) ed in ambito risparmio gestito; (ii) l'armonizzazione delle regole prudenziali e dell'approccio ai rischi ai quali gli intermediari devono far fronte e l'approccio qualitativo e quantitativo in termini di adeguatezza patrimoniale e capacità del capitale degli intermediari di farvi fronte e (iii) l'armonizzazione delle regole di tutela della clientela nell'ambito della prestazione dei servizi bancari di base (essenzialmente legati all'apertura di un conto di pagamento), dei servizi di pagamento, dei servizi di investimento e di accesso ai mercati dei capitali e nell'ambito del credito immobiliare e al consumo.

Rimangono fuori, e non è poco, l'armonizzazione dei contenuti contrattuali e degli effetti che una determinata ricostruzione delle singole fattispecie negoziali potrebbe comportare, la riconduzione della componente più prettamente pubblicistica o di regolamentazione delle attività economiche alla componente più squisitamente privatistica (fa eccezione la disciplina unitaria della responsabilità degli intermediari derivante dalla prestazione di servizi di pagamento). Rimane altresì fuori l'organizzazione e la disciplina delle autorità nazionali, purché esse siano individuate quanto a competenze all'atto della trasposizione delle varie direttive europee o indicate in ottemperanza all'esecuzione di un regolamento europeo e

l'organizzazione della materia bancaria e finanziaria sotto il profilo della struttura della normativa.

Dunque ambiti molto vasti del diritto bancario e del diritto dei mercati finanziari e delle rispettive regolamentazioni, dove la comparazione può giocare un proprio ruolo non solo per trovare soluzioni, magari al termine dell'esercizio, più efficaci, ma anche per preparare il campo ad un ulteriore avvicinamento delle normative nazionali a carattere applicativo già oggetto di armonizzazione.

4. CONCLUSIONI

Ritornando alla domanda essenziale di cui anche al titolo del presente contributo. C'è ancora spazio nel diritto bancario e nel diritto dei mercati finanziari per la comparazione nella forma che Claude Ducouloux - Favard intendeva?

Penso proprio che la risposta non possa non essere positiva: il comparatista (vero) ha ancora molto da ricercare e molto da contribuire, ma soprattutto non deve avere fretta. La rilevazione della positività o meno dei risultati non può essere di breve durata come lasso temporale per l'estrazione di dati, soprattutto se a supporto di cambiamenti strutturali come potrebbe essere una modifica alla competenza delle autorità o alla struttura della normativa bancaria e finanziaria. Al contrario il contributo può essere anche molto didascalico e sintetico laddove la proposta finale si traduca in limitati interventi correttivi a carattere definitorio potenzialmente già migliorativi in linea con le aspettative dei vari portatori di interessi (qualunque essi siano e a prescindere dalla situazione contingente) e che possano riflettersi nell'applicazione concreta a livello civilistico.

Mi piacerebbe discutere con Claude di tutto ciò, ma purtroppo rimane solo il suo insegnamento che si può raccogliere dai suoi tanti scritti e nella metodologia utilizzata per esporre le esperienze estere e che io raccoglierò nei contributi scientifici che indirizzerò a DE IUSTITIA o che valuterò per la loro pubblicazione.