

Convenzione Interbancaria per i Problemi dell'Automazione

(CIPA)

**CONVEGNO CELEBRATIVO
DEL TRENTESESIMO ANNIVERSARIO
DELLA CIPA**

Intervento del Prof. Avv. Renzo Costi

Ordinario di Diritto Commerciale nell'Università di Bologna

Roma, 8 ottobre 1998

1. La CIPA è una istituzione la cui analisi appare subito di grande interesse per la individuazione di alcuni momenti importanti dell'ordinamento del sistema dei pagamenti e del sistema bancario e, più in generale, dell'ordinamento dei mercati finanziari.

Nelle istituzioni come la CIPA infatti si incontrano, si intersecano, si coordinano alcune delle linee di fondo lungo le quali si organizza l'ordinamento, e ancor prima, la realtà dei mercati finanziari. Sono istituzioni che costituiscono un crocevia nel quale si incontrano, in particolare, due di queste linee: quella che si preoccupa di cogliere la relazione fra concorrenza e cooperazione e quella che individua i rapporti fra auto-disciplina dei soggetti che operano nei mercati finanziari e vigilanza pubblica sugli stessi o, più in generale, istituzioni pubbliche.

E la CIPA consente, appunto, di riflettere su un'ipotesi di cooperazione fra banche e, in particolare, sul ruolo e sulla collocazione di questa forma di cooperazione sia con riferimento al mercato sia con riguardo ai rapporti fra forme di eterocontrollo e di autocontrollo nell'ambito dell'ordinamento finanziario. Dedicherò qualche riflessione a questi temi e mi chiederò anche se la formula adottata in CIPA sia coerente con alcune delle tendenze che sembrano caratterizzare l'evoluzione degli ordinamenti dei mercati finanziari, anche nella prospettiva comunitaria.

2. Già da queste prime e generiche enunciazioni dei profili che l'istituzione CIPA sollecita ad approfondire, emerge con sufficiente chiarezza la platea dei soggetti coinvolti: le singole imprese, le strutture di cooperazione, le istituzioni pubbliche.

Il problema ordinamentale che le forme di cooperazione come la CIPA sollevano, si riduce in effetti alla individuazione delle regole chiamate a disciplinare i rapporti fra singole imprese, strutture di cooperazione e le pubbliche istituzioni. Ed io cercherò di cogliere alcune di queste regole, così come emergono anche dall'esperienza CIPA. E

nel farlo si dovranno tenere ben presenti le peculiarità che caratterizzano anche sotto questo profilo i vari segmenti del mercato finanziario: in altri termini, i rapporti fra singoli operatori, strutture di cooperazione e strutture pubbliche non si pongono negli stessi termini nell'ambito del sistema bancario, per il sistema dei pagamenti o per il mercato mobiliare. Sul punto, per altro, almeno un caveat valido per tutti questi settori merita forse di essere tenuto presente. Le forme di cooperazione si collocano normalmente nell'ambito di iniziative di "sistema", ossia di iniziative che coinvolgono una platea molto ampia di operatori e talvolta, come soggetto operatore, la stessa banca centrale. Il riferimento in questa ipotesi al concetto di "sistema" è assolutamente normale e costante.

Del resto lo stesso ordinamento fa esplicito uso di questo termine; così l'art. 5 del T.U. bancario precisa che "le autorità creditizie esercitano i poteri ad esse attribuiti ... avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario" e l'art. 5 del recente T.U. sull'intermediazione finanziaria, stabilisce che "la vigilanza sulle attività [di intermediazione] ha per scopo la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione dei soggetti abilitati, avendo riguardo alla tutela degli investitori e alla stabilità, alla competitività e al buon funzionamento del sistema finanziario" e, ancora, l'art. 146 del T.U. bancario attribuisce alla Banca d'Italia il compito di "promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento".

A mio avviso questi riferimenti al sistema, in verità formulati in termini molto diversi nelle varie norme (l'art. 5 del T.U. bancario sembra individuare nella stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario uno scopo posto sullo stesso piano della sana e prudente gestione, nell'art. 5 del T.U. 58/98 la stabilità, competitività e buon funzionamento del mercato finanziario sembrano costituire, piuttosto che uno scopo, altrettanti criteri di valutazione, nell'art. 146 il legislatore fa riferimento "ai sistemi di pagamento" e non ad un unico e complessivo sistema dei pagamenti) non consentono di rievocare concetti definitivamente archiviati dalle scelte effettuate a partire dagli anni ottanta dal nostro legislatore e anche per impulso delle direttive comunitarie.

In altri termini, non è possibile individuare in quelle norme, come pure talvolta si fa, gli indizi sui quali fondare il convincimento che la struttura del sistema finanziario debba essere disegnata dall'autorità, che le imprese siano momenti di un ordinamento sezionale proiettato al raggiungimento di obiettivi di ordine pubblico, che le stesse siano imprese funzione e non l'espressione di un diritto di iniziativa economica. Il riferimento al sistema o ai sistemi non determina l'adozione di un "piano" del credito, o dell'intermediazione o dei pagamenti, non consente l'attribuzione all'autorità di un potere di manovra, di funzionalizzazione delle imprese, ma implica esclusivamente la individuazione di regole di vigilanza prudenziale e comunque di vigilanza microeconomica dettate, per altro, nella consapevolezza che le vicende relative ad uno degli operatori possono coinvolgere gli altri operatori del sistema e compromettere gli obiettivi microeconomici che la vigilanza prudenziale persegue.

Il che è vero non solo per il mercato mobiliare, per il quale a dire il vero il concetto di "sistema" trova un uso meno frequente, e per il sistema bancario (la convenzione CIPA fa espresso riferimento alla nozione di "sistema creditizio"), ma anche per il "sistema dei pagamenti" nell'ambito del quale l'uso del concetto è pressoché inevitabile, anche se l'art. 146 parla di "sistemi di pagamento" e quindi fa riferimento ai rapporti che si instaurano fra operatori per il trasferimento della moneta e, perciò stesso, a profili ancora una volta di natura microeconomica. Ed anzi, sotto questo profilo, la formula dell'art. 146 ha una capacità minore di quella rinvenibile nell'art. 5 del medesimo T.U. di evocare ordine di idee e concetti propri della legislazione precedente (ad es: della legge bancaria del '36-'38).

In particolare il riferimento alla nozione di sistema non consente di ritenere che i soggetti che operano nel sistema finanziario e nel sistema dei pagamenti siano titolari di un servizio pubblico in senso oggettivo o se si vuole, utilizzando la terminologia comunitaria in tema di concorrenza, che gli stessi gestiscano un servizio di interesse economico generale e, come tale, sottratto, sia pure entro certi limiti, alle regole comunitarie in materia di concorrenza.

Queste precisazioni consentono di affrontare i profili prima posti in evidenza, ossia la collocazione delle forme di cooperazione, da un lato in relazione alla concorrenza e dall'altro alla struttura dei controlli, partendo dal presupposto che gli operatori coin-

volti dalle forme di cooperazione e dalle strutture di vigilanza sono imprese che si muovono su un mercato secondo le regole della concorrenza e che sono protette, nei confronti del controllo pubblico, dalla riserva di legge.

3. Qualche riflessione anzitutto sul primo rapporto, quello fra impresa, mercato e concorrenza, da un lato, e cooperazione, dall'altro.

In un sistema che consideri la concorrenza come un pericolo (era l'impostazione della legge bancaria del '36 - '38), ogni forma di intesa cooperativa o non cooperativa è vista con favore o quanto meno non è vista con sospetto (basti pensare alla storia del cartello bancario). In un sistema invece che consideri la concorrenza, anche nel mercato finanziario, come un bene da proteggere, ogni intesa è vista con sospetto, come una possibile restrizione della concorrenza, con conseguenze negative per l'efficienza del sistema e per i consumatori.

E da quel sospetto debbono liberarsi gli accordi di cooperazione, non solo e ovviamente quando non incidono sensibilmente sulla concorrenzialità del mercato, ma anche quando incidono su quest'ultima limitandola in modo notevole. Ed è questo il momento più difficile ma anche più gratificante per la struttura di cooperazione: provare che i benefici che derivano dall'accordo di cooperazione sono maggiori, per i consumatori, dei costi connessi con una minor concorrenzialità nell'ambito di un particolare mercato e comunque sono strumentali ad un rafforzamento delle imprese nella prospettiva di una maggior concorrenzialità nell'ambito di un mercato più vasto. E' questa la prospettiva adottata nel nostro ordinamento dall'art. 4, 1° c. della legge 287/90 a norma della quale l'Autorità può autorizzare "intese o categorie di intese che diano luogo a miglioramenti delle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione o con il miglioramento qualitativo della produzione e della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico". In questa stessa prospettiva l'Autorità Garante ha giudicato, come è noto, l'accordo relativo al servizio BANCOMAT. E in questo quadro va collocata ed apprezzata la cooperazione

realizzata attraverso la CIPA così come compiutamente descritta dalle relative tavole istitutive. Queste precisano anzitutto che scopo della convenzione è “favorire lo sviluppo di iniziative di automazione di interesse diffuso”, chiarendo così che l’accordo di cooperazione opera solo là dove la scelta delle singole imprese e l’opera del mercato, sia pure concorrenziale, non sono in grado di assicurare (ad es.: sotto il profilo economico ma anche qualitativo) risultati ottimali; proprio perché questi ultimi sono subordinati a forme di coordinamento fra gli operatori che il mercato non è in grado di creare. In altri termini, la CIPA produce un bene collettivo che le imprese e il mercato non sono in grado da soli di produrre; e il suo intervento si giustifica quando e solo nei limiti in cui questa esigenza sussista. Il bene collettivo prodotto risponde alle regole e ai principi del diritto della concorrenza: assicura un beneficio ai consumatori e diventa uno strumento per rendere più concorrenziali i mercati internazionali (per usare l’espressione utilizzata dalla legge 287/90).

Ma la convenzione CIPA contiene un altro riferimento importante, quello relativo al ruolo di promozione svolto dalla Banca d’Italia e dall’ABI. Essa precisa che la “CIPA ha lo scopo di promuovere l’automazione interbancaria e di favorire lo sviluppo di iniziative di automazione di interesse diffuso, dando attuazione agli indirizzi dettati dalla Banca d’Italia e recependo le istanze rappresentate dall’ABI”. Le espressioni utilizzate sembrano collocare la Banca d’Italia in posizione di Vigilanza con potere di indirizzo e l’ABI nel solo ruolo di portatore delle istanze degli operatori. In realtà la CIPA attribuisce sia alla Banca d’Italia, nel suo duplice ruolo di organo di vigilanza del sistema bancario e di banca centrale e quindi anche e soprattutto per la sua funzione nell’ambito del sistema dei pagamenti, sia all’ABI un ruolo propulsivo di coordinamento e di indirizzo della struttura di cooperazione. Appare così valorizzato il ruolo che congiuntamente le istituzioni pubbliche e le associazioni di categoria, ossia un altro momento di aggregazione degli operatori, e le strutture di cooperazione possono svolgere per realizzare obiettivi preclusi ai singoli operatori. Ed anche sotto questo profilo è bene rilevare che la formula non prevede la produzione pubblica di quel bene, ossia non affida alla Banca d’Italia la produzione del bene che può essere prodotto dalla struttura di cooperazione. La produzione pubblica diventa necessaria quando le strutture di cooperazione, sia pure promosse ed indirizzate dalla Banca Centrale, non sono in grado di realizzare gli obiettivi ritenuti indispensabili

dal legislatore, magari perché paralizzate dalla situazione di conflitto di interessi nella quale si trovino uno o più dei loro aderenti. E in questo caso non vi sarà più spazio né per il mercato né per gli accordi di cooperazione fra imprese. A quel punto il mercato e la concorrenza sono sostituiti dal monopolio pubblico, cui viene affidata la produzione del bene pubblico desiderato. In altre parole, il principio di sussidiarietà che regola i rapporti fra iniziative singole in regime di concorrenza e accordi di cooperazione si coglie anche nei rapporti fra questi ultimi e la produzione, non più privata ma pubblica del bene collettivo.

Le strutture di cooperazione intervengono nella produzione di beni collettivi in vario modo. Anche la CIPA prevede specifiche modalità dirette alla produzione di beni di interesse diffuso: in particolare, individua regole per l'accesso alla struttura di cooperazione e regole di condotta cui debbono attenersi i partecipanti alla struttura di cooperazione e prevede anche un sistema di giustizia privata che assicuri l'osservanza delle regole di condotta e che, in particolare, consenta sia la sospensione sia l'esclusione di un partecipante dall'accesso alla struttura di cooperazione (v. art. 18 della convenzione). Il richiamo alle condizioni di accesso alla struttura di cooperazione realizzata dalla CIPA rende opportuna qualche riflessione più generale sui diritti di accesso a strutture di cooperazione che limitino la concorrenza, e che trovano la propria giustificazione nei benefici che l'accordo cooperativo procura, soprattutto quando la struttura assume una posizione dominante nell'ambito di un mercato ad es.: quello dei pagamenti. Escludere l'accesso di un operatore alla struttura di cooperazione può determinare di fatto una emarginazione di quest'ultimo. Sotto questo profilo possono essere affermati due principi, l'uno relativo alla disciplina del mutuo riconoscimento, l'altro connesso con il diritto della concorrenza. Sotto il primo profilo a me pare che il diritto al mutuo riconoscimento non comporti il diritto di accesso alla convenzione, sotto il secondo profilo si potrebbe invece ravvisare in una esclusione non basata su criteri oggettivi un abuso di una posizione dominante, come tale colpito dall'ordinamento nel mercato.

4. Ma, come si accennava, strutture come la CIPA sollecitano riflessioni anche in ordine ad un altro profilo: quello della vigilanza sugli operatori. In particolare solleci-

tano qualche riflessione sul ruolo che le strutture di cooperazione fra gli operatori possono svolgere nell'ambito della vigilanza complessiva che sugli stessi prevede l'ordinamento. E sul punto, naturalmente, è necessario tener presente la problematica, ormai ampiamente indagata, del ruolo della self-regulation nell'ambito degli ordinamenti della vigilanza sui mercati finanziari. Ma tenerlo presente non significa ovviamente riproporlo in questa sede, nella quale è ben noto.

Io vorrei piuttosto cogliere qualche momento delle tendenze che in proposito si sono manifestate nel nostro ordinamento positivo e verificare quale sia il ruolo che nel loro ambito possono assumere le strutture di cooperazione. E nel farlo a me pare che sia opportuno tener separate la vigilanza sul sistema bancario da quella sui mercati mobiliari e da quella sul sistema dei pagamenti. E ciò non ostante le analogie che i tre segmenti possono presentare ed effettivamente presentano anche con riferimento al ruolo dell'autoregolamentazione nell'ambito della disciplina complessiva di vigilanza.

Nell'ambito del sistema bancario credo possa essere assunto come modello del rapporto fra eterodisciplina ed autodisciplina il sistema dei fondi di garanzia. L'art. 96 del T.U., così come riscritto dall'art. 2 del dec. leg. 659/96, qualifica "i sistemi di garanzia" come "organismi di natura privata" e gli stessi, almeno nella loro versione mutualistica e non assicurativa, si presentano come "strutture di cooperazione fra banche". Ma lo stesso T.U. fa di questi organismi di cooperazione altrettanti momenti essenziali della vigilanza bancaria, esplicitamente stabilendo che la Banca d'Italia coordina la loro attività con "l'attività di vigilanza". In altri termini il Fondo svolge nei confronti delle banche aderenti sia un'attività originaria di vigilanza, ossia funzionale all'interesse del fondo stesso, sia un'attività delegata o comunque esplicitamente coordinata con quella della Banca d'Italia e talvolta prodromica alla stessa (e sotto questo profilo assume un significato emblematico, ad es.: il fatto che le ispezioni del Fondo centrale di garanzia delle BCC siano strutturate in modo da costituire la base per le ispezioni di vigilanza).

Notevolissimi spazi agli organismi di cooperazione interaziendale nell'ambito dell'attività di vigilanza sono previsti dal T.U. sull'intermediazione finanziaria (e già, a dire il vero, dal dec. leg. 415/96). In proposito basterà ricordare la nuova disciplina

dei mercati regolamentati e l'importanza che nell'ambito della stessa assumono i compiti di vigilanza attribuiti alla società di gestione del mercato. Anche qui abbiamo due forme di partecipazione all'attività di vigilanza: quella per così dire a titolo originario, che ricomprende le funzioni che la legge riconosce esplicitamente ed in via esclusiva alla società di gestione, e quella delegata dalla Consob.

E la distinzione non è di poco conto, anche per quanto concerne la qualificazione dell'attività, che rimane di diritto privato nel primo caso mentre assume caratteri pubblicistici nel secondo. Non v'è dubbio che, almeno per quanto concerne le funzioni originarie, la vigilanza della società di gestione dia vita ad un'ipotesi di autoregolamentazione degli operatori. E' necessario, per altro, precisare subito che l'ordinamento prevede, anche in questa ipotesi, una vigilanza pubblica sugli organismi di autodisciplina in modo da offrire una tutela pubblicistica indiretta e sussidiaria ad interessi pubblici o comunque collettivi affidati, in prime cure, all'organismo di autodisciplina. Torna dunque un modello organizzativo analogo a quello previsto per i fondi di tutela dei depositi. La tutela diretta pubblica è in posizione sussidiaria e suppletiva nei confronti di quella attribuita all'organismo di cooperazione, sottoposto per altro e a sua volta a vigilanza pubblica.

Ma il settore nel quale le strutture di cooperazione hanno assunto un ruolo particolarmente importante nell'ambito della vigilanza è quello dei sistemi di pagamenti. E, come è ovvio, il pensiero corre immediatamente al ruolo che in proposito ha esercitato ed esercita la CIPA. Questa anzi, prima dell'entrata in vigore dell'art. 146 del T.U. bancario, era l'unica struttura attraverso la quale la Banca d'Italia poteva operare per favorire l'efficienza e l'affidabilità delle procedure di pagamento. Lo faceva a norma dell'art. 12 della convenzione istitutiva che le attribuiva funzioni di indirizzo e di coordinamento e le riconosceva il potere di emanare direttive per il corretto svolgimento delle iniziative di cooperazione che la CIPA avesse assunto, soprattutto nel sistema dei pagamenti.

La presenza, poi, di Banca d'Italia negli organi della struttura e il suo coinvolgimento nell'esercizio dell'attività, offrivano strumenti operativi capaci di assicurare il rispetto di quelle direttive. Si trattava di atti (anche quelli di indirizzo della Banca d'Italia) di natura esclusivamente privata che, congiuntamente alle scelte della CIPA,

del pari affidate al diritto privato, perseguivano un fine di rilevanza pubblica (l'affidabilità e l'efficienza del sistema dei pagamenti, almeno nell'ambito bancario) e concorrevano così a realizzare la necessaria sorveglianza del sistema.

Come è noto, l'art. 146 del T.U., sulla scia di analoghe disposizioni del Trattato di Maastricht del protocollo relativo alla Banca centrale europea, attribuisce alla Banca d'Italia, in via esclusiva e a titolo originario, la vigilanza sui sistemi di pagamento. Si tratta di un potere pubblico che si può esprimere attraverso provvedimenti di diritto pubblico. Lo scopo che deve essere perseguito dalla Banca d'Italia è la promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento e a tal fine questa può emanare disposizioni volte ad assicurare sistemi di compensazione e di pagamento efficienti ed affidabili. La vigilanza (o la sorveglianza) sui sistemi di pagamenti è dunque un bene pubblico la cui tutela è affidata a titolo originario ad un potere pubblico: la Banca d'Italia.

Anche in questo settore si è così realizzato un sistema delle fonti del tutto simile a quello rinvenibile nel settore bancario e in quello dell'intermediazione mobiliare. L'ordinamento attribuisce al potere pubblico la titolarità della vigilanza. Questo nuovo fondamento pubblicistico della sorveglianza sui sistemi di pagamento non significa, per altro, un necessario ridimensionamento del ruolo effettivo che le strutture di cooperazione possono esercitare per l'efficienza e l'affidabilità dei sistemi di pagamento. E non comporta neppure la eliminazione dei poteri di diritto privato che la Banca centrale potrà esercitare nell'ambito della CIPA in conformità con la relativa convenzione. D'altro canto, il libro bianco della Banca d'Italia sulla sorveglianza dei sistemi di pagamento si muove in questa direzione.

Anche in questo settore potrà trovare piena applicazione quel principio di sussidiarietà che caratterizza il rapporto fra eterocontrollo e autocontrollo nell'ambito degli altri segmenti del mercato finanziario. Le strutture di cooperazione potranno fissare regole di accesso e regole di comportamento che assicurino sistemi di compensazione e di pagamento efficienti e affidabili e potranno, sulla base di norme privatistiche, assicurare il rispetto delle regole alle quali debbono attenersi i partecipanti al sistema dei pagamenti vincolati dagli accordi cooperativi. Nell'ambito di queste strutture co-

operative la Banca d'Italia potrà utilizzare gli strumenti di promozione e di indirizzo che le relative convenzioni private le attribuiscono.

La Banca d'Italia, tuttavia, dispone ora di poteri pubblici per assicurare il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento e potrà esercitarli direttamente nei confronti degli operatori che partecipano al sistema ma anche nei confronti delle strutture organizzative di cooperazione che svolgono analoghe funzioni.

A me pare insomma che come la Consob ha poteri di controllo nei confronti delle società di gestione dei mercati e la Banca d'Italia li detiene nei confronti dei sistemi di tutela dei depositanti, così la Banca d'Italia abbia poteri di vigilanza sulle strutture organizzative di cooperazione fra soggetti che partecipano al sistema dei pagamenti. Essa potrà, quindi, intervenire nei confronti di queste strutture cooperative per assicurare il regolare funzionamento di un sistema di pagamento, oltretutto sostituirsi ad esse quando le stesse non siano in grado di realizzare un livello di affidabilità o di efficienza ritenuto opportuno e possibile.

In questa ipotesi, dunque, la struttura cooperativa svolge, sulla base delle norme di diritto comune, una funzione di vigilanza su una parte o su tutto un particolare sistema dei pagamenti e la Banca d'Italia non esercita alcuno specifico potere sullo stesso, se non in modo indiretto attraverso il controllo sulla struttura. Si avrebbe così una "delega" informale ed implicita della funzione alla struttura cooperativa. La Banca d'Italia non interviene direttamente nei confronti dei partecipanti al sistema di pagamento, considerando sufficiente l'autocontrollo operato dalla struttura cooperativa.

Ma può avvenire anche che la Banca d'Italia deleghi formalmente alla struttura cooperativa alcuni dei propri poteri di vigilanza. In tal caso la struttura non opererà più iure proprio e sulla base di strumenti di diritto privato, ma come delegata ad esercitare un potere pubblico, avente la stessa natura di quello riconosciuto alla Banca d'Italia delegante. E alla Banca d'Italia spetterà il potere-dovere di assicurarsi che la struttura di cooperazione eserciti nei modi dovuti il potere pubblico alla stessa delegato.

Come si può notare si potranno realizzare anche in questo settore le situazioni già riscontrate negli altri segmenti nel mercato finanziario: le strutture di self-regulation potranno esercitare sia funzioni di vigilanza propria (qui per altro non esplicitamente

riconosciute dalla legge come invece accade per la vigilanza della società di gestione sui mercati regolamentati) sia compiti di vigilanza delegati dall'organo di vigilanza posto al vertice del settore; organo di vertice che conserva, comunque, un potere di vigilanza anche sulle strutture di cooperazione.

Sono questi gli elementi tipici del sistema di vigilanza verso il quale si vanno orientando tutti gli ordinamenti: lasciare all'audited-selfregulation tutti gli spazi che non si ritiene necessario riservare al controllo diretto dell'organo pubblico cui spetta l'alta vigilanza sull'intero sistema. E in questo quadro la formula CIPA è una formula destinata a trovare ancora ampi e giustificati apprezzamenti anche al di fuori del mercato bancario.