



SAGGI

Il “puzzle” delle fonti normative del mercato bancario e la “dialettica circolare” tra le Corti europee e nazionali *

The “puzzle” of the regulatory sources of the banking market and the “circular dialectic” between the European and national Courts

di Sandro Amorosino **

ABSTRACT

Dalla legge bancaria del 1936 in Italia, la regolamentazione pubblica delle banche è stata costituita da norme legislative e norme di attuazione “secondarie” stabilite dalle autorità di controllo amministrative.

Questa caratteristica formale è rimasta costante mentre nel tempo i mercati finanziari sono cambiati profondamente, fino a Fintech.

Di conseguenza, la regolamentazione si moltiplicò e divenne un complicato “puzzle”.

I principali fattori di cambiamento nei sistemi di regole sono: l'uso crescente di nozioni di economia e tecnica bancaria; la “proliferazione” delle discipline giuridiche dell'organizzazione e dell'attività delle banche; la progressiva integrazione e globalizzazione dei mercati finanziari; il ruolo dominante delle istituzioni dell'UE nella regolamentazione delle banche.

Con l'Unione bancaria questo ruolo è stato esteso alla supervisione e alla risoluzione delle crisi.

Di conseguenza, la Corte di giustizia dell'UE svolge un ruolo decisivo nella costruzione di un sistema unificato di principi e regole.

Questo processo si svolge attraverso una costante relazione di scambio e dialogo con le Corti di vertice degli Stati membri dell'UE.

Parole Chiave: Regolazione delle banche – Unione Europea e stati membri – Giudici europei e nazionali

Since the banking law of 1936 in Italy the public regulation of banks has been made up by legislative rules and “secondary” implementing rules set by the administrative supervisory authorities.

This formal feature has remained constant while over time the financial markets have changed profoundly, up to Fintech.

Consequently, the regulation multiplied and became a complicated “puzzle”.

The main factors of change in the systems of rules are: the growing use of notions of economy and banking technique; the “proliferation” of legal disciplines of the organization and activity of banks; the progressive integration and globalization of financial markets; the dominant role of EU institutions in bank's regulation.

* Questo saggio è destinato agli Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca.

** Professore straordinario di diritto amministrativo, Università UNINETTUNO.

With the Banking Union this role has been extended to the supervision and resolution of crises.

Consequently, the EU Court of Justice plays a decisive role in the construction of a unified system of principles and rules.

This process takes place through a constant relationship of exchange and dialogue with the “top” Courts of the EU member States.

Key Words: Regulation of Banks – European Union and Member States – European and National Judges

SOMMARIO: 1. Gli scenari. – 2. I cinque fattori delle mutazioni. – 3. La tecnificazione. – 4. La giuridificazione. – 5. L'integrazione tra le attività finanziarie. – 6. La UE e la stratificazione delle fonti precettive. – 7. Funzione sistemica e valenza precettiva delle sentenze delle Corti. – 8. La “dialettica circolare” tra le Corti sulla conformità della regolamentazione bancaria ai principi “costituzionali”, europei e nazionali. – 9. I principi di diritto procedurale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 10. La delimitazione delle competenze tra la BCE e le Autorità Nazionali di vigilanza. – 11. L'applicazione da parte della BCE del diritto nazionale di recepimento di direttive europee. – 12. La definizione di “aiuti di Stato” in campo bancario. – 13. La Corte di Giustizia come “arbitro” tra le Corti italiane o loro “sponda”. – 14. Conclusioni problematiche.

1. Gli scenari

L'avvio, nel nostro Paese, dello studio della regolazione pubblica dell'attività bancaria, dopo la crisi del 1929-33 – in concreto, dopo la legislazione bancaria del 1936/38 – viene comunemente fatto risalire ad ottanta anni fa, al saggio di M.S. Giannini¹. Da allora lo scenario – nella triplice accezione di contesto economico, istituzionale e normativo – è mutato molte volte e con esso, ovviamente, le costruzioni della scienza giuridica.

Queste mutazioni sono state ricostruite più volte² e sono ampiamente conosciute.

Per quel che riguarda specificamente il tema delle fonti delle regolamentazioni pubbliche, da allora ad oggi si possono individuare due fili rossi di continuità:

– il *primo* è che le banche svolgevano, e svolgono, “*funzioni di interesse pubblico*” (locuzione che, nel tempo, ha assunto via via significati ben diversi da quello originario) e ciò costituisce il presupposto che legittima – oggi a vari livelli istituzionali – la produzione di regolamentazioni da parte di organismi pubblici (oltre che interventi in caso di crisi, singole o potenzialmente sistemiche);

– il *secondo*, è che le fonti normative (o, più ampiamente, *precettive*, come si dirà) erano, sin da allora, non solo atti legislativi, ma anche “*atti in gran parte amministrativi: da ciò la possibilità di eliminare molte ingombranti e rigide norme di legge*” (così Giannini).

Ciò era reso possibile – proseguiva l'A. – dall'attribuzione all'“*Ispettorato per la difesa del risparmio e l'esercizio del credito della competenza ad adotta-*

¹ M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia in Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, ora in ID., *Scritti*, Vol. II (1939-1948), Milano, 2002, p. 2 ss.

² Piace ricordare F. BELLI, *Corso di legislazione bancaria (1861-2010)*, Pisa, 2010; da ultimo M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, n. 1/2019, p. 32 ss.; C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2020, p. 32 ss..

re atti amministrativi generali (cioè rivolti alla generalità, o ad alcune categorie di soggetti appartenenti all'ordinamento creditizio); parallelamente al "Comitato dei Ministri" (per il credito e il risparmio) era attribuita la competenza ad adottare deliberazioni che "sembra abbiano la forza di innovare sulla legge"; si evidenziava, dunque, l'atipica rilevanza di queste fonti.

E fonti precettive di varia "provenienza" e forza formale, che descrittivamente possiamo chiamare "non legislative", ritroviamo sino ad oggi in tutti gli ambiti istituzionali – a cominciare da quelli europei – nei quali si "producono" regole in materia bancaria.

È superfluo sottolineare che si tratta di una continuità meramente esteriore perché in ottant'anni sono mutati almeno tre volte gli scenari generali:

- dallo "Stato dirigista", con i mercati amministrati e le partecipazioni pubbliche diffuse a tutti i livelli (la c.d. "economia mista", rispecchiata anche nella Costituzione italiana), sino alla propaggine dello "Stato programmatore";
- alla "costituzione materiale" europea, incentrata sull'economia sociale di mercato [locuzione che ha visto, nel tempo, in ambito europeo, l'accentuazione del "peso" del sostantivo "mercato" rispetto all'aggettivo "sociale"³], caratterizzata dalla moltiplicazione delle regolazioni⁴, di fonte *in primis* eurounitaria, a "compensazione" delle privatizzazioni e liberalizzazioni;
- al neointerventismo degli Stati, propiziato dalla crisi economico-finanziaria, dai contraccolpi della globalizzazione, da una *revenante* "voglia di Stato" (in senso lato) e, da ultimo, dall'impatto economico del "corona virus", che ha reso indispensabili robusti interventi dei pubblici poteri, europei e nazionali, probabilmente anche in campo bancario.

2. I cinque fattori delle mutazioni

Ne consegue che l'inerenza di interessi generali all'attività delle banche e degli altri intermediari finanziari e, conseguentemente, la struttura e funzione delle regolamentazioni – sia primarie che "non legislative" – sono oggi declinate in modi diversissimi rispetto al passato.

I fattori dell'evoluzione sono riconducibili a *cinque processi storici*, ampiamente percepiti nella comune esperienza, che hanno investito anche altri settori delle normazioni pubbliche, ma con particolare incisività quelle relative ai tre mercati finanziari: la *tecnificazione* delle regolazioni dei mercati; la *giuridificazione* dei comportamenti degli attori dei mercati; l'*integrazione* tra le diverse attività finanziarie; la *stratificazione multilivelli*, ma anche l'*osmosi* delle fonti; e, *pro parte*, la *giurisdizionalizzazione* della "produzione" delle regole.

I primi quattro concorrono a determinare la crescente *complicazione* della "galassia delle regole", rendendone molto difficoltosa la riconduzione a sistema.

L'ultimo è il principale meccanismo che, nel tempo, può concorrere, anche in modo pretorio, alla "messa a sistema".

³ G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, p. 10 ss.

⁴ v. da ultimo, R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. Regol. Merc.*, 2020.

3. La tecnificazione

La locuzione *tecnificazione*⁵ ha una pluralità di significati:

- quello *oggettivo*, attiene all'*evoluzione tecnologica* dei mercati finanziari – che ne ha trasfigurato l'organizzazione, i soggetti ed il funzionamento – sintetizzata, ad esempio, nell'espressione "*Fintech*"⁶;
- quello *funzionale*, riferito agli *apparati tecnologici* dei vari organismi pubblici – ai vari livelli – che "si occupano" dei mercati finanziari;
- quello *soggettivo*, che concerne la qualificazione e legittimazione tecnica dei regolatori pubblici indipendenti⁷;
- quello – in questa sede più direttamente rilevante – della *struttura delle regolazioni*, le quali – com'è noto – sono la *sommatoria* della regolamentazione e delle decisioni della autorità di vigilanza o di risoluzione⁸.

Schematizzando al massimo, la *tecnificazione delle regolamentazioni* è la sempre più diffusa utilizzazione – nella costruzione e struttura delle regole – di concetti, categorie ed istituti di natura tecnica, come definiti nella tecnica bancaria, finanziaria e nelle prassi contrattuali.

Le regole giuridiche si sostanziano di obblighi, oneri o divieti – di organizzazione e di comportamento – che sono sovente il portato di criteri e parametri tecnici.

La *formalizzazione*⁹ in regole giuridiche è il *medium* attraverso il quale i parametri tecnici assumono natura precettiva.

È di comune esperienza che questa sorta di *interpenetrazione* avviene soprattutto mediante atti "non legislativi", che – per la loro flessibilità e la loro funzione di disciplina concreta del "*come si deve operare*" – sono il "contenitore" più idoneo ad "internalizzare" nella sfera precettiva le evoluzioni delle tecniche e delle prassi di ciascun settore o sottosettore.

Con tali atti si dà anche corpo, con ambiti di discrezionalità, ai *concetti giuridici indeterminati* – come, in materia bancaria, l'iconica "*sana e prudente gestione*" – che caratterizzano sovente le norme primarie.

E – come subito si accennerà – anche la *giuridificazione* trova, in materia di disciplina dei mercati finanziari (in senso lato), la propria dimensione elettiva nella normazione secondaria e terziaria.

4. La giuridificazione

La *giuridificazione* è definibile, schematizzando, come il processo multiforme che consiste nell'attrarre nella dimensione della rilevanza giuridica comportamenti o rapporti che in precedenza non l'avevano; o l'avevano in misura minore e/o l'acquistano sotto inediti profili¹⁰.

⁵ AA.VV., *La tecnificazione*, a cura di S. Civitarese Matteucci-L. Torchia, Firenze, 2016.

⁶ V, da ultimo, v. AA.VV., *Fintech: diritti, concorrenza, regole*, a cura di G. Finocchiaro-V. Falce, Bologna, 2019 e V. CANALINI, *Il fintech e le nuove frontiere dell'innovazione finanziaria*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano, 2019, p. 299 ss.

⁷ M. EVERSON, *A technology of Expertise: EU Financial Services Agencies*, LSE-Europe in Question, Paper n. 49-2012.

⁸ S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, p. 29 ss.

⁹ N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 9 ss.

¹⁰ AA.VV., *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti-M. Renna, Firenze,.

Nel settore bancario le spinte alla giuridificazione – cioè a *qualificare e regolamentare integralmente* l'organizzazione delle banche e l'attività di quanti operano, a vario titolo, nel mercato bancario – sono state di due tipi, tra loro convergenti: la già accennata necessità di dare forma ed efficacia giuridica ai concetti e meccanismi delle tecniche di settore (finanziarie, aziendalistiche, ma anche informatiche) e l'intento di rimediare alle gravi disfunzioni rivelate dalla crisi finanziaria del 2008, infittendo al massimo la trama delle regole di comportamento (e, nella UE, riorganizzando ed “europeizzando” il sistema delle autorità di vigilanza).

Il risultato è stato il moltiplicarsi di precetti riguardanti tutti gli aspetti della materia: dall'imposizione di complessi *ratios* quantitativi, alla struttura ed organizzazione delle “imprese finanziarie” (dalla *governance* ai controlli interni); alla puntigliosa procedimentalizzazione di ogni aspetto dell'operatività, con la correlata moltiplicazione delle strutture di controllo, interne ed esterne; alla configurazione, in capo agli esponenti delle imprese finanziarie, di una *responsabilità di ruolo* dei vertici in tutti i casi di violazione delle regole (di qualsiasi genere); ai vertici si imputa, a seconda dei casi, la *culpa in ordinando* (le strutture), *in eligendo* (i dirigenti) o *in vigilando*¹¹ (sull'attività).

Vi è peraltro un diffuso scetticismo sulla sopravvalutazione (*overreliance*) dell'efficacia di questa stratificazione di regole per prevenire ed evitare nuove situazioni critiche.

È appena il caso di sottolineare le *ricadute* di questo affollarsi di atti generali precettivi (le regolamentazioni in senso lato) sull’*“altra metà del cielo”* della regolazione, vale a dire sull'evoluzione della *funzione di vigilanza* verso la *supervisione sulla conformità* dell'organizzazione e dell'attività delle imprese bancarie, in funzione prudenziale/preventiva¹².

Un'ultima notazione riguarda il fatto che anche la giuridificazione è stata realizzata, nelle materie “finanziarie”, per via soprattutto “sublegislativa”.

L'accennato “riversarsi” della tecnica negli atti precettivi secondari e terziari fa sì che le regole siano sempre più intessute di coefficienti, *standards*, soglie, *guidelines*, principi ordinatori uniformi¹³ (quasi tutti parametri di tipo quantitativo) e che tutta l'operatività sia procedimentalizzata (anche nel lodevole intento di limitare l'ambito delle valutazioni discrezionali dei vigilanti, peraltro “legittimate” dal ricorso – da parte del legislatore – a concetti, anche aziendalistici, indeterminati, ad esempio: l'efficienza gestionale).

5. L'integrazione tra le attività finanziarie

Un altro processo, che ha condizionato in modo crescente l'evoluzione delle regolamentazioni, è in atto da alcuni decenni, con moto accelerato, ed è a tutti noto: l'*integrazione* delle diverse attività finanziarie. I suoi effetti, sul “versante giuridico”, sono stati molteplici: sul piano dell'*organizzazione*, la creazione, in alcuni Paesi, di autorità nazionali di vigilanza finanziaria “unificata” e,

¹¹ S. AMOROSINO, *Effettività della tutela e sanzioni di Banca d'Italia e CONSOB*, in Id., *Le trasformazioni delle banche*, Pisa, 2018, p. 95 ss.

¹² C. BRESCIA MORRA, *Le forme della vigilanza*, in AA.VV., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, cit., p. 131 ss.

¹³ F. CAPRIGLIONE, *Fonti normative*, in AA.VV., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, cit., p. 26.

nella UE, di autorità europee, sia settoriali che integrate o macroprudenziali; sul piano delle *funzioni*, il rafforzamento dei poteri delle autorità.

L'effetto più vistoso è stato la sostanziale omologazione dei *modelli regolatori* dei tre settori finanziari: dall'adozione di T.U. e Codici; al ruolo egemone delle autorità di vigilanza; alla previsione di moduli di accordo e raccordo tra le autorità di settore, sino all'adozione di regolamenti congiunti e di normative intersettoriali; alla crescente rilevanza della tutela dei risparmiatori; alla conseguente definizione di procedure analoghe da seguirsi nei rapporti contrattuali¹⁴ con la clientela; alla creazione di organismi di definizione extragiudiziale delle controversie (ABF; ACF; ACA).

6. La UE e la stratificazione delle fonti precettive

La *stratificazione multilivelli* delle fonti precettive è comune al settore bancario ed agli altri due settori finanziari, ma – a seguito della *Banking Union* – ha registrato un'asimmetria “in avanti” per quanto riguarda la regolamentazione bancaria.

Schematizzando il panorama attuale appare caratterizzato:

a) dalla molteplicità delle fonti *soggettive* delle regolazioni pubbliche, che vanno da organismi internazionali, ad una pluralità di istituzioni europee (tra loro, a volte, in concorrenza), ai Parlamenti ed alle autorità di regolazione nazionali. Le figure soggettive che pongono le regole sono quindi multilivelli e multispecie;

b) dall'eterogeneità delle regole sotto il profilo *oggettivo*, per quanto riguarda la loro natura, struttura ed efficacia. Sotto questo secondo profilo si va dagli indirizzi del *Financial Stability Board* (che sono definibili *soft law* “rafforzata”), alle prescrizioni del Comitato di Basilea (“*Basilea III*”), poi trasfuse nelle norme dell'UE¹⁵; alla *hard law*, “a cascata”, dell'UE (regolamenti e direttive, di primo e secondo livello) e – in campo bancario – ad atti della BCE e dell'EBA; ed ancora, sul versante nazionale si va dalle norme subprimarie (rispetto a quelle europee), soprattutto decreti legislativi, ai regolamenti ed altri atti precettivi delle Autorità di vigilanza nazionali, sino alle “*Linee applicative*” di tali atti.

Senza contare i regolamenti di organizzazione e di procedura delle Autorità, che sono atti ad efficacia esterna in quanto sovente incidono sulle posizioni soggettive dei regolati¹⁶ (ad esempio: sotto il profilo della separazione delle funzioni istruttorie e decisorie e del diritto di partecipazione, in ordine alla quale è in corso un aperto conflitto di giurisdizione nel nostro Paese) (v. *infra*).

In uno scenario così “affollato” quanto alle fonti e, soprattutto, caratterizzato da una fluviale produzione di regole d'ogni specie è necessario porsi due domande per così dire pregiudiziali:

l) se la locuzione *regolamentazione*, pur ampiamente intesa, riesca a “contenere” la galassia di atti “non singolari”, che hanno *efficacia giuridica* di tipo

¹⁴ V. S. AMOROSINO, *Principi costituzionali, poteri pubblici e regolazioni dei mercati finanziari*, in ID., *La regolazione pubblica delle banche*, Milano, 2016, p. 17 ss.

¹⁵ C. BRESCIA MORRA, *Le forme della vigilanza*, cit., p. 152.

¹⁶ R. D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, in *Quad. ric. giur. Banca d'Italia*, n. 24/2013.

prescrittivo nei confronti di una pluralità di soggetti regolati ¹⁷.

In proposito appare utile richiamare un concetto di teoria generale, quello di *atto precettivo ad efficacia generale*, nel quale Giannini ¹⁸ faceva rientrare sia i regolamenti che gli atti di programmazione (i secondi definiti “*insiemi di prescrizioni ordinati al conseguimento di obiettivi*”), entrambi adottati all’esito di appositi procedimenti amministrativi, detti appunto *precettivi*.

In questa sede non vengono in rilievo le programmazioni amministrative autoritative, le quali in materia bancaria sono state, da oltre trent’anni, rese impraticabili dalle direttive comunitarie, che hanno configurato un modello di mercato interno (alla CE) aperto e concorrenziale (cui il nostro Paese s’è uniformato con il T.U. bancario, d.lgs. n. 385/1993);

Il) se – più in generale – sia possibile “riconduurre a sistema” normativo (o precettivo) la “galassia” delle fonti compresenti sulla scena regolatoria o se invece si tratti di una sorta di labirinto.

E – in caso – quali possano essere i percorsi per costruire una logica di sistema (sempre che sia rinvenibile).

Sub I) non dovrebbero sorgere questioni nominalistiche, se non da parte di epigoni di quelle Giannini definiva le “Scuole attardate”. Si tratta, infatti, di un concetto di utilità empirica, cioè di un possibile strumento di lavoro.

In quest’ottica, ad esempio, le prescrizioni di vigilanza in materia di NPL sono sicuramente precetti che dispiegano *legal effects*.

Molto più complicato è (*sub II*) tentare di ricostruire una logica sistemica, il che implica il superamento delle aporie e soprattutto il buon funzionamento dei meccanismi normativi e giurisdizionali predisposti per dirimere i possibili “conflitti tra precetti”.

A questo fine il criterio ordinatore della *gerarchia* delle fonti ha un’utilità relativa, in quanto si limita alla generale sovraordinazione delle fonti europee ¹⁹ su quelle nazionali e – in ciascuno dei due ambiti – di quelle legislative su quelle “non legislative”.

Sta di fatto che la struttura delle norme primarie si presenta in molti casi come il titolo di un tema da svolgere (salvo che nelle direttive e nei regolamenti di secondo livello, che hanno maggiore “presa diretta” sull’operatività).

Le ragioni sono varie: dalla configurazione delle regole europee, in alcuni casi, come *norme obiettivo* (che indicano i risultati da raggiungere dagli Stati membri); all’uso di concetti indeterminati, “non giuridici” (ad esempio: l’*“efficienza ottimale della gestione”*) e giuridici (la sana e prudente gestione, archetipo dell’indeterminazione); alla strutturale inidoneità delle norme primarie, europee e nazionali, a “contenere” minuziose discipline tecnico-operative.

La conseguenza è un’ampia “occupazione” degli “spazi precettivi” da parte delle fonti secondarie o anche terziarie (si pensi – ad esempio – alla regolamentazione delle procedure operative della *fintech*).

Si ripropone, dunque, in contesti più volte trasmutati, il *leit motiv* dell’egemonia funzionale, oltre che quantitativa, delle fonti non legislative.

Un po’ più utile appare il secondo criterio ordinatore, storicamente individuato dai costituzionalisti, quello della *competenza* ²⁰.

Non v’è dubbio, infatti, che in moltissimi casi sono le stesse norme primarie

¹⁷ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica* in *Enc. Dir.*, Vol. XIV, Milano, 1966.

¹⁸ *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, 1984, e *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

¹⁹ A. PREDIERI, *Commento all’art. 6*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle leggi bancarie e creditizie*, Padova, 1994.

²⁰ Piace ricordare V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, p. 126 ss.

a rinviare esplicitamente a regolamenti o altri atti precettivi, da adottarsi in prevalenza dalle autorità di supervisione.

In altri casi è la conformazione stessa delle norme primarie (ad esempio: in materia di attribuzione di funzioni di supervisione bancaria alla BCE) ad implicare necessariamente – o, almeno, a consentire – l'adozione di regole organizzative delle funzioni stesse (ad esempio: in materia di procedure di collaborazione operativa tra la BCE e le Autorità di vigilanza nazionali).

La formulazione di un tal tipo di precetti è per così dire “naturalmente” di competenza dei soggetti cui spetta la vigilanza o supervisione operativa.

Infine lo stesso legislatore europeo talvolta prevede esplicitamente il concorso del diritto dell'Unione con la legislazione nazionale, laddove (art. 4 (3) del regolamento n. 1024/2013, *Single Supervisory Mechanism*) dispone che.... “la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedono esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni” (v. *infra*).

Dopo aver accennato ai profili formali – della “forza formale”, per usare un'espressione di Crisafulli – delle fonti precettive, multiformi e multilivello, in materia bancaria è necessario soffermarsi rapidamente sulle tendenze e finalità sottese a questi flussi di regole e – conseguentemente – alle attività di supervisione sulle banche.

All'origine degli sviluppi della regolamentazione nell'ultimo decennio è stata, notoriamente, la crisi finanziaria iniziata nel 2008 che – ai vari livelli istituzionali – ha prodotto la tendenza generale a rafforzare ed espandere la sfera della regolazione eteronoma, di fonte pubblica, e – specularmente – a comprimere l'ambito della autoregolamentazione di fonte privatistica.

Una pubblicizzazione delle regole, com'è stata definita²¹.

La crisi ha portato l'UE ad una riorganizzazione “a più stadi” della funzione di vigilanza e di risoluzione delle crisi, culminata nel complesso processo di *Banking Union*, con il passaggio da un approccio nazionale a strutture e poteri amministrativi continentali²².

Treccata con la tendenza alla pubblicizzazione delle regole ed alla egemonia europea della produzione di esse è anche l'impostazione sostanziale sottesa alla disciplina sia del *Single Supervisory Mechanism*²³ che del *Single Resolution Mechanism*²⁴.

Un'impostazione *estremamente prudentiale*²⁵ intessuta di una molteplicità di istituti e procedure tutti ordinati a prevenire le disfunzioni organizzative ed

²¹ G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, p. 4 ss.

²² L. TORCHIA, *L'Unione Bancaria Europea: un approccio continentale* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, p. 11 ss. La bibliografia in materia è vastissima, v., per tutti, AA.VV., *L'unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti-V. Santoro, Pisa, 2016; N. MOLONEY, *European Banking Union: assessing its risks and resilience* in *Common Market Law Review*, n. 6/2014, p. 1609 ss.

²³ F. GUARRACINO, *Role and powers of the ECB and the EBA in the perspective of forthcoming single supervisory mechanism*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, 2, p. 184 ss.; M. GNES, *Il meccanismo di vigilanza prudentiale*, in AA.VV., *L'unione bancaria europea*, cit., p. 321 ss.

²⁴ G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria*, Bari, 2018; L. DI BRINA-D. ROSANO, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, in AA.VV. *Manuale*, cit., p. 461 ss.

²⁵ A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. Comm.*, 2018, I, p. 181 ss.; M. LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *B.B.T.C.*, 2015, p. 423 ss.

operative, il conseguente verificarsi di situazioni critiche o precritiche (salvo poi intervenire per risolvere).

Questa della prudenzialità precauzionale e preventiva è la connotazione dominante e ordinante della regolamentazione eurounitaria e, “a cascata”, di quella nazionale.

7. Funzione sistemica e valenza precettiva delle sentenze delle Corti

Veniamo all'ultimo macrofenomeno tra quelli indicati all'inizio di queste note.

In uno scenario così complicato ricade in buona misura sui giudici, ai vari livelli, il compito di “mettere un po' d'ordine”, in sede interpretativa/applicativa, tra le fonti precettive e – via via “risalendo” – tra i principi *costitutivi* dell'ordinamento, europeo e nazionale, da un lato, e la disciplina delle banche, dall'altro.

La progressiva *giurisdizionalizzazione*, cui s'è accennato, determina un mutamento degli equilibri tra legislazione e giurisdizione “*ampliando la sfera di discrezionalità del giudice chiamato a partecipare direttamente alla creazione della regola del caso concreto*”²⁶.

In pratica: le Corti europee hanno il monopolio dell'interpretazione delle regole eurounitarie.

In questa funzione interpretativa/ricostruttiva il *primo*, fondamentale, *ambito* tematico è costituito – per le Corti europee (Tribunale e Corte di Giustizia UE) e per le Corti poste al vertice degli ordinamenti nazionali, con cui le Corti europee dialogano – dai diritti a rilevanza “costituzionale”, stabiliti nel TFUE, nella Convenzione e nella Carta EDU e nelle Costituzioni nazionali; diritti personali ed economici²⁷.

In quest'ambito le Corti nazionali (in Italia Corte costituzionale, Consiglio di Stato e Cassazione) valutano la conformità delle regole di settore – delle varie “specie” e fonti, sia eurounitarie che nazionali – ai Trattati, alla Carta dei diritti fondamentali ed alle rispettive Costituzioni (ed ai principi ad esse comuni).

Il *secondo* ambito riguarda la definizione, di volta in volta, del diritto applicabile, in particolare in relazione all'autosufficienza della regolamentazione di settore europea o alla necessità di far ricorso, integrativamente, alla normativa di settore nazionale.

Sempre in quest'ambito la Corte di Giustizia è chiamata a pronunciarsi sulla titolarità della giurisdizione nelle diverse fattispecie di contenzioso “ad oggetto bancario”, in correlazione alla ripartizione dei poteri tra autorità europee ed autorità nazionali.

Temi centrali in materia sono stati, tra altri: se i poteri della BCE di supervisione diretta sulle banche significative siano esclusivi, o meno; le modalità di sovraordinazione/collaborazione tra la BCE e le Banche Nazionali; l'adozione di regole applicative da parte della stessa BCE.

Un ulteriore ambito problematico è costituito dall'applicazione/interpreta-

²⁶ M. RABITTI, *La Corte di Giustizia tra scelte di mercato e interessi protetti*, in AA.VV., *I giudici e l'economia*, a cura di L. Ammannati-P. Corrias-F. Sartori-A. Sciarone Alibrandi, Torino 2018, p. 462.

²⁷ M. LAMANDINI, *Temi e problemi circa le fonti del diritto bancario dell'Unione*, in AA.VV., *Le fonti del diritto dei mercati finanziari*, a cura di A. Principe-G. Capo, Milano, 2020.

zione dei principi in materia di concorrenza e di aiuti di Stato nello specifico campo bancario.

Infine è di particolare interesse l'“arbitraggio” della Corte di Giustizia nella “dialettica” insorta tra le massime Corti italiane in ordine all'interpretazione da darsi di disposizioni eurounitarie in materia bancaria.

Per ciascuno di questi ambiti si accenna – a titolo esemplificativo – a qualche decisione significativa.

8. La “dialettica circolare” tra le Corti sulla conformità della regolamentazione bancaria ai principi “costituzionali”, europei e nazionali

Iniziando dal *primo* ambito tematico è necessario *mettere a fuoco* i due elementi del *rapporto* cui fa riferimento il titolo di questo paragrafo:

– quali sono le fonti di precetti, che disciplinano le attività bancarie, assoggettate allo scrutinio di conformità “costituzionale”;

– e quali sono i principi delle fonti “superprimarie” – i Trattati, la Convenzione EDU e le Costituzioni nazionali – che vengono in rilievo come parametri di legittimità degli atti di *regolazione* bancaria (la quale, come s'è detto, è l'insieme della regolamentazione e dei procedimenti di supervisione e risoluzione).

Sul primo versante la risposta è venuta precisandosi nella prassi della BCE e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: le fonti precettive si “estendono” sino a comprendere gli atti di regolamentazione “terziaria”, come le “linee guida”, in quanto destinati a produrre effetti giuridici conformativi dei comportamenti dei soggetti supervisionati²⁸.

Non comprendono, invece, i pareri e le *raccomandazioni*, che non sono soggetti al sindacato della Corte di Giustizia in quanto non dispiegano effetti diretti nei confronti delle imprese bancarie, ma conformano le scelte delle Autorità Nazionali di vigilanza, sia nell'interpretazione delle regole europee sia nello svolgimento della loro attività²⁹.

Di notevole rilevanza per quanto riguarda il settore bancario, ed in particolare gli interventi degli Stati nelle crisi bancarie, è la sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione) 19 luglio 2016 (causa C-526/14), *Tadej Kotnik e altri c/o Državni svet Republike Slovenije* (Consiglio Nazionale della Repubblica Slovenia)³⁰.

La Corte costituzionale della Slovenia aveva sottoposto alla Corte di Giustizia, in via pregiudiziale, la questione se la “*Comunicazione sul settore bancario*” della Commissione europea (G.U. 2013, C 216, p. 1) dovesse essere interpretata nel senso che essa ha un effetto vincolante nei confronti degli Stati membri che intendono porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia

²⁸ F. ANNUNZIATA, *La vigilanza bancaria europea nell'era della BCE: il caso Landestreditbank Baden Württemberg – Förderbank v. BCE*, in AA.VV., *I giudici e l'economia*, cit., p. 499 ss. [Il caso *Landestreditbank* viene in rilievo – com'è noto – per quanto riguarda la ripartizione dei poteri di supervisione sulle banche europee tra la BCE e le Banche centrali nazionali, sui quali si tornerà più avanti].

²⁹ Come aveva già rilevato oltre venticinque anni fa A. PREDIERI, *Commento all'art. 6*, cit.

³⁰ Sulla sentenza V. FERRARO, *La risoluzione delle crisi bancarie e gli aiuti di Stato: alcune riflessioni sui principi delineati dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, n. 6/2016, p. 1591 ss.

mediante *aiuti di Stato* a favore di istituti di credito in crisi, laddove tale aiuto abbia carattere permanente e non possa essere facilmente revocato.

In buona sostanza si chiedeva se l'impostazione della "Comunicazione", estremamente restrittiva, avrebbe potuto condizionare gli interventi dello Stato nelle crisi di banche slovene.

Per quanto qui interessa la Corte ha affermato che la "Comunicazione" della Commissione dev'essere interpretata nel senso che essa non ha effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri, in quanto si limita a predeterminare criteri di comportamento della Commissione stessa, autovincolatasi nell'esercizio del potere discrezionale conferitole in materia di aiuti di Stato.

Sta di fatto che, notoriamente, a prescindere dalla "Comunicazione", la Commissione negozia "caso per caso" le misure di intervento dei singoli Stati membri nelle crisi bancarie (com'è accaduto, per l'Italia, nei casi della Banca Popolare di Bari, del Monte Paschi di Siena e delle Banche Venete e, prima, di Banca Marche, Etruria, Cariferrara e Carichieti)³¹.

Sul secondo profilo – relativo ai principi "costituzionali", quali parametri di legittimità delle fonti precettive europee e nazionali in materia bancaria – è appena il caso di ricordare che se, *da un lato*, la regolamentazione europea può derogare anche alle norme costituzionali nazionali, *dall'altro* non può derogare ai principi fondamentali delle costituzioni nazionali (che, nella nostra Costituzione, non sono contenuti soltanto nei primi articoli), i quali rappresentano i *controlimiti* all'ordinamento eurounitario.

In concreto, su un doppio livello³²:

– la Corte di Giustizia e la Corte di Strasburgo sono chiamate a valutare la conformità al TFUE ed alla Convenzione delle norme di diritto derivato eurounitario;

– le Corti costituzionali (e, in Italia, i giudici, specie quelli apicali: la Cassazione ed il Consiglio di Stato) sono chiamate a vagliare la costituzionalità delle fonti precettive interne – sino alle "Istruzioni" di Banca d'Italia – che trovano fondamento in norme di diritto eurounitario, soprattutto in tema di supervisione e di risoluzione bancaria.

L'estensione dello scrutinio di legittimità, da parte della Corte costituzionale italiana, anche a norme secondarie è avvenuta *sub specie* di verifica di conformità di esse ai principi della normazione europea (così nel noto caso della limitazione dei rimborsi ai soci recedenti delle banche popolari in occasione della loro trasformazione in s.p.a.)³³.

9. I principi di diritto procedurale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Dopo aver accennato al profilo *oggettivo* – la vasta categoria delle fonti

³¹ M. CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, n. 5/2017, p. 702 ss.; C. BRESCIA MORRA, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato: un chiarimento importante dalla Corte di Giustizia*, in *B.B.T.C.*, n. 3/2019, p. 275 ss.

³² M. LAMANDINI, *Temi e problemi*, cit.

³³ S. AMOROSINO, *La trasformazione delle banche popolari in s.p.a. ed il diritto al rimborso dei soci recedenti*, in *Id.*, *Le trasformazioni delle banche*, Pisa, 2018, p. 15 ss. e, da ultimo, con puntuali riferimenti dogmatici ed ampia bibliografia, E. DE CHIARA, *Autonomia sociale, conformazione amministrativa e tutela del risparmio. Il paradigma delle banche popolari*, Milano, 2020.

precettive – del sindacato di legittimità dei giudici europei e nazionali, vengono in rilievo – in *relazione ai soggetti* – i *principi* di “diritto procedurale” (dal diritto di azione e di opposizione; all’accessibilità agli atti dei procedimenti; al diritto di partecipazione paritario degli interessati alle procedure contenziose; alla terzietà degli organi giudicanti, rispetto ai “requerenti” ed ai sanzionati).

Con la locuzione istituti di “diritto procedurale” ci si riferisce – sulla scorta di Feliciano Benvenuti – ai principi comuni alle procedure contenziose, sia procedurali, in sede amministrativa, sia processuali, in sede giurisdizionale.

Viene innanzitutto in rilievo la legittimazione a ricorrere (“*locus standi*”), che ha formato oggetto della sentenza della Corte di Giustizia 5 novembre 2019 (nelle cause riunite C-663/17P, C665/17P e C-669/17P), *BCE c/o Trasta Komercbanka A.S.* La Corte – dopo aver ricordato che “*il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell’Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ... sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea del 1950 ed è adesso affermato all’articolo 47 della Carta*” – ha richiamato l’art. 263, comma 4, del TFUE che garantisce il diritto di proporre dinanzi al giudice dell’Unione un ricorso di annullamento contro una decisione di un’istituzione dell’Unione stessa.

Nello specifico, tuttavia, la Corte di Giustizia ha negato la legittimazione degli azionisti della banca lettone *Trasta Komercbanka* a proporre ricorso avverso il provvedimento della BCE di revoca dell’autorizzazione bancaria e la conseguente messa in liquidazione della società (disposta dal Tribunale di Riga). Ciò sulla base dell’argomentazione che la revoca non avrebbe inciso sui diritti patrimoniali ed amministrativi dei soci, ma solo sulla loro situazione economica.

Una motivazione invero opinabile poiché nel diritto lettone la revoca dell’autorizzazione determina automaticamente la messa in liquidazione della società bancaria (la quale, *ex lege*, ha come finalità esclusiva l’esercizio dell’attività di banca).

Parimenti opinabile è l’ordinanza del Tribunale UE 6 maggio 2019, in causa T-238/2018, *Bernis e a. c/o BCE*, che ha ritenuto non autonomamente impugnabile la decisione della BCE di dichiarare in dissesto o a rischio di dissesto (FOLTF) la ABLV Bank, con l’argomento che tale dichiarazione è un mero *atto presupposto* della sottoposizione al *Single Resolution Board* – SRB della valutazione sulla sussistenza, o meno, delle condizioni richieste per la risoluzione (valutazione del SRB che, nella fattispecie, è stata negativa – per insussistenza del pubblico interesse – con la conseguenza che è spettato poi all’Autorità Nazionale lettone disporre la liquidazione)³⁴. Palesemente la Corte ha ritenuto preminente l’interesse alla rapidità della salvaguardia del sistema mercato bancario nazionale.

La decisione del SRB, pur se a contenuto negativo, è comunque un provvedimento impugnabile innanzi al Giudice europeo (peraltro con il noto limite – comune a tutti i giudizi, europei e nazionali, di legittimità, che hanno ad oggetto valutazioni di Autorità indipendenti – dell’estrema difficoltà di “aggregare” valutazioni tecniche complesse).

Il principio di piena sindacabilità degli atti degli organismi europei dovrebbe consentire, quanto meno, di impugnare, assieme alla decisione del SRB, anche quella, presupposta, della BCE.

³⁴ O. CAPOLINO, *L’Unione Bancaria alla prova delle Corti: soluzioni interpretative e problemi aperti*, in AA.VV., *Le fonti del diritto dei mercati finanziari*, cit.

Ancora sul versante del diritto procedurale ha formato oggetto di un intrigante “gioco di sponda” tra il Consiglio di Stato italiano e la Corte di Giustizia il diritto di accesso del cittadino - a fini di difesa in giudizio - agli atti e documenti detenuti dalla Banca d'Italia nell'ambito della sua attività di vigilanza.

In rapida sintesi: il Consiglio di Stato, con ordinanza della sezione VI, n. 4172/2016, aveva rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale sulla conciliabilità del *diritto di accesso* del cittadino ai documenti in possesso di Banca d'Italia, relativi ad una banca in l.c.a. (per farne uso a fini di difesa in giudizio contro la banca stessa), con il *segreto d'ufficio* – imposto da norme europee e nazionali – sulle informazioni detenute dall'Autorità ai fini di vigilanza.

Con sentenza 13 settembre 2018, in causa C-594/16, *Bucci c/o Banca d'Italia*, la Corte ha ritenuto che il diritto di accesso del cittadino ed il dovere di riservatezza dell'Autorità di vigilanza possano essere contemperati ed ha dettato le condizioni per l'accessibilità ai documenti (vale a dire: la formulazione della richiesta d'accesso nell'ambito di un procedimento amministrativo; l'onere, per il richiedente, di fornire indizi precisi e concordanti sulla pertinenza dei documenti all'esercizio del diritto di difesa in giudizio; l'utilizzabilità dei documenti esclusivamente nel giudizio)³⁵.

10. La delimitazione delle competenze tra la BCE e le Autorità Nazionali di vigilanza

L'attribuzione alla BCE di funzioni “egemoni” in tema di supervisione sulle banche da un lato ha generato talune *resistenze* nazionali a “sottomettersi” all'Autorità europea e, dall'altro, ha indotto a “mettere a fuoco” i *meccanismi di osmosi* tra le regolamentazioni (e di *coamministrazione* dei procedimenti, tra BCE ed Autorità nazionali).

Sul *primo versante* oggetto del contrasto sono le differenti interpretazioni della nuova formula organizzativa della supervisione bancaria, incentrata sulla BCE, delineata nel regolamento SSM.

Per un verso un'interpretazione “*centralizzatrice*”, con la concentrazione delle funzioni in capo alla BCE e la qualificazione del ruolo delle Autorità Nazionali di controllo come di mera *assistenza*, perfino relativamente agli enti creditizi “non significativi” (la cui vigilanza è rimasta di competenza delle Banche Nazionali).

Dall'altro una visione più articolata che – pur riconoscendo alla BCE competenza potenzialmente generalizzata, espandibile anche nei confronti delle banche “non significative” – afferma la sussistenza – più precisamente: la *persistenza* – di una competenza autonoma delle Autorità Nazionali in materia di banche “*less significant*” e qualifica, più in generale, come collaborazione/coamministrazione il rapporto tra la BCE e le Banche Nazionali.

A parere di chi scrive la condivisibile tesi dell'insussistenza di una sorta di rapporto gerarchico improprio tra BCE ed ANC non smentisce la sovraordinazione della prima.

I confini delle rispettive competenze sono mobili, in entrambi i sensi: *espansivo* delle competenze della BCE, sia in materia regolamentare che di supervi-

³⁵ S. AMOROSINO, *La Corte di Giustizia concilia il diritto di accesso a fini di difesa con il segreto su documenti detenuti da Banca d'Italia*, in *Riv. dir. banc.*, n. 10/2018, www.rivista.diritto bancario.it.

sione operativa, o – viceversa – *restrittivo*, ove sussistano “*particolari circostanze*” che consentono di lasciare la supervisione in capo alla Banca Nazionale.

Il punto è che a manovrare le *partie mobili*, in entrambe le direzioni, sono comunque decisioni motivate della Banca di Francoforte.

In questo quadro si colloca la nota vicenda della *Landeskreditbank Baden – Württemberg Förderbank c/o BCE*. La *Landeskreditbank* – essendo stata qualificata dalla BCE come significativa e quindi assoggettata alla sua supervisione – aveva proposto ricorso al Tribunale UE, che l’aveva rigettato con sentenza 16 marzo 2017 (Caso T 122/2015). Anche il successivo appello della banca tedesca è stato rigettato dalla Corte di Giustizia, con sentenza 8 maggio 2019 (in causa C 25/18).

Si è trattato di un *leading case*³⁶ che aveva come “sottotesto” il tentativo di sottrarsi alla supervisione europea per rimanere soggetta a quella “domestica”.

Il profilo specifico su cui faceva leva la “*Landeskredit*” era la sussistenza delle “*particolari circostanze*” che legittimano la permanenza in capo all’Autorità Nazionale della vigilanza su una banca significativa.

Sotto questo profilo le argomentazioni addotte erano piuttosto deboli (la molteplicità di organi di controllo nazionali e la solidità patrimoniale della banca: situazioni comuni a molte banche europee), ma la vicenda ha costituito l’occasione per i giudici europei per dare l’interpretazione autentica dell’architettura dei poteri/funzioni in materia di supervisione.

Un’interpretazione *unilineare*, nel senso che la BCE è esclusivamente competente anche per quanto riguarda le banche non significative e lo svolgimento delle funzioni di vigilanza sulle banche non significative da parte delle Autorità Nazionali si configurerebbe come una forma di *assistenza*.

Così costruita sarebbe, in termini amministrativistici, una forma di *avvalimento* delle strutture delle Autorità Nazionali, che non potrebbe a rigore qualificarsi come *decentramento*³⁷, il quale pur comporta un’autonoma capacità di decisione.

In termini di politica del diritto è evidente l’intento dei giudici europei di “battere in breccia” i tentativi di circoscrivere il ruolo della BCE (tentativi non a caso – sia consentita la malizia – provenienti da una banca tedesca).

Ed opportunamente la sentenza della Corte di giustizia del maggio 2019 è stata posta a confronto³⁸ con una sentenza del Tribunale Costituzionale Federale (BVG), di poco successiva (30 luglio 2019) sulla costituzionalità dei Regolamenti SSM e SRM, la quale perviene ad un giudizio di conformità alla Costituzione della Repubblica Federale in forza di un’interpretazione restrittiva dei Regolamenti stessi.

L’impostazione del BVG tedesco è nel senso che il regolamento SSM ha previsto un riparto nell’esercizio dei poteri di vigilanza tra la BCE e le Autorità Nazionali a seconda dei soggetti vigilati, lasciando alle seconde i poteri *originari* sugli enti creditizi non significativi.

Ciò in quanto l’art. 127 del TFUE assegna alla BCE *compiti specifici*, se

³⁶ F. ANNUNZIATA, *La vigilanza bancaria europea*, cit. e C. BRESCIA MORRA, *The Interplay between the ECB and NCAS in the “common procedures” under the SSM Regulation: are there gaps in legal protection?*, in *Judicial review in the Banking Union and in the EU financial architecture Conference jointly organized by Banca d’Italia and the European Bankin Institute, Quaderni di Ricerca giuridica della Banca d’Italia*, n. 84, giugno 2018, pp. 79-94.

³⁷ S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell’ordinamento delle banche: dal mercato chiuso alla regolazione europea*, in ID., *La regolazione pubblica*, cit., p. 79.

³⁸ O. CAPOLINO, *L’Unione Bancaria*, cit.

non “speciali” (“*besondere aufgaben*”) e non un’attribuzione generale. La costruzione, concettualmente molto elaborata, trova il suo limite nel fatto che le competenze delle Autorità Nazionali sono originarie ma non sono esclusive, e – come s’è detto – sono *flessibili* nel senso che la BCE può unilateralmente modificarle a suo “favore”, spostandone, volta a volta, i confini.

11. L’applicazione da parte della BCE del diritto nazionale di recepimento di direttive europee

Sul versante concettualmente speculare a quello delle resistenze all’“egemonia” della BCE in tema di supervisione bancaria si colloca l’art. 4(3) del Regolamento sul SSM, giusta il quale “*ai fini dell’assolvimento dei compiti*” [di supervisione] ... “*e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza la Banca Centrale Europea deve applicare tutto il pertinente diritto dell’Unione e, se tale diritto dell’Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive*”.

La disposizione – prevedendo l’applicazione diretta in sede europea della legislazione nazionale attuativa di direttive – prefigura un’*integrazione* automatica, in un unico plesso precettivo, delle regole di vigilanza europee e nazionali, da applicarsi dalla BCE.

Si tratta di un’integrazione funzionale, ch’è necessaria in caso di direttive non *self executing*, ma è tendenzialmente superflua in caso di regolamenti o di direttive di secondo grado, attuativi e perciò dettagliati.

Il riferimento alla *legislazione* nazionale sembrerebbe circoscrivere l’ambito di applicazione automatica – da parte della BCE – della regolamentazione nazionale a quella direttamente imputabile agli Stati membri (in Italia: leggi, decreti legislativi o regolamenti governativi, ad esempio in materia di requisiti degli esponenti bancari), ma non a quella adottata dalle Autorità Nazionali di vigilanza (“*Considerando*” 34 del regolamento (UE) n. 1024/2013).

Sta di fatto che nel nostro Paese il recepimento delle direttive è avvenuto talora mediante atti di Banca d’Italia, in qualche caso previa deliberazioni del CICR³⁹.

L’art. 4(3) del regolamento SSM ha posto numerosi problemi interpretativi, in relazione al caleidoscopio delle situazioni configurabili, ed ha trovato applicazione nella sentenza del Tribunale UE 24 aprile 2018 (cause riunite da T133/16 a T136/16, *Caisses régionales de crédit agricole mutuel Alpes Provence et autres c/o BCE*)⁴⁰.

Peraltro l’ordinamento del SSM, delineato dal regolamento (UE) n. 1024/2013, è stato integrato “a cascata” dalla BCE, che ha adottato prima il regolamento quadro n. 468/2014 e successivamente – per quanto interessa l’applicazione delle regole attuative di direttive poste dalle Autorità Nazionali di Controllo – il regolamento n. 445/2016; è seguita poi la *Raccomandazione* 4 aprile 2017, indirizzata alle Autorità Nazionali, che ad essa si sono conformate per quanto riguarda le banche non significative.

³⁹ S. AMOROSINO, *La fine della storica “separazione” tra banche ed imprese*, in Id., *Diritto & Economia. Intersezioni e modelli*, Napoli, 2009, p. 10 ss.

⁴⁰ F. ANNUNZIATA-R. D’AMBROSIO, *L’applicazione del diritto degli Stati membri da parte della Banca Centrale Europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, II, p. 707 ss.

In pratica, vi è ormai un tessuto a maglie fitte di regole in materia di supervisione, concernente i parametri, l'organizzazione e le procedure operative della vigilanza.

Ed ove, su specifiche tematiche, insorgano problemi applicativi la BCE può esercitare il suo potere conformativo.

12. La definizione di “aiuti di Stato” in campo bancario

Venendo alla tematica degli aiuti di Stato ammissibili in situazioni critiche di banche di particolare interesse appaiono almeno due sentenze.

La prima, meno conosciuta perché riferita ad una vicenda antecedente all'Unione Bancaria, è la sentenza della Corte di Giustizia 8 novembre 2016 (causa C-41/15, *Dowling e a. c/o Minister of Finance* di Irlanda).

Sulla base della regolamentazione eurounitaria previgente (le direttive bancarie nonché il regolamento (UE) n. 407/2010, istitutivo del meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, e la decisione di esecuzione 2011/77, concernente la Repubblica d'Irlanda) il Ministro delle Finanze irlandese, constatata la grave crisi della banca *Permanent TSB plc*, aveva ottenuto dalla High Court un'ordinanza ingiuntiva. L'ordinanza imponeva alla controllante della banca stessa di emettere nuove azioni, a favore del Ministero, in cambio del conferimento di 2,7 miliardi di euro. In tal modo il Ministero aveva ottenuto il 99,2% delle azioni della società senza l'accordo dell'assemblea degli azionisti, la quale, peraltro, in precedenza si era opposta alla proposta di procedere alla ricapitalizzazione della società con i fondi statali.

Alcuni azionisti avevano proposto ricorso allegando che la ricapitalizzazione coattiva da parte dello Stato aveva impedito ai privati partecipanti al capitale di (tentare di) far fronte con strumenti di mercato all'urgente ricapitalizzazione.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che la misura fosse legittima in relazione alla situazione generale di grave perturbazione economico-finanziaria della Repubblica d'Irlanda, all'ingente ricapitalizzazione urgente, nonché alla manifesta implausibilità che essa fosse realizzabile con iniziative di mercato⁴¹.

S'è trattato di una valutazione *previsionale*, parametro che viene in grande rilievo nell'attuale sistema del SRM in quanto al centro del processo decisionale del SRB vi è una *ponderazione probabilistica* in ordine alla risolvibilità, o meno, della crisi della banca.

Molto nota è, invece, la seconda sentenza, questa volta del Tribunale UE, 19 marzo 2019 (nelle cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16, *Repubblica Italiana e a. c/o Commissione europea*), relativa al “caso TERCAS”, che ha annullato la decisione 2016/1208 della Commissione (la quale aveva considerato aiuto di Stato, incompatibile con il TFUE, l'intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi – FITD a sostegno della soluzione della crisi della banca TERCAS).

Il Tribunale UE ha disatteso il presupposto “teorico” del provvedimento interdittivo della Commissione, vale a dire la qualificazione del FITD come esecutore di un “*mandato pubblico*” ad intervenire nella situazione di crisi, o – in altri termini – come organismo incaricato di svolgere una *funzione di interesse pubblico*.

I giudici di Lussemburgo hanno censurato la mancata dimostrazione, da

⁴¹ I. SUPINO, *Salvataggio delle banche, ricapitalizzazione e limiti della governance bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 3/2016.

parte della Commissione, del coinvolgimento dello Stato italiano nel progettato intervento del FITD, il quale è un ente privato e persegue l'interesse privatistico delle banche ad esso aderenti, ch'è quello di evitare il rimborso, a suo carico, dei depositanti di TERCAS e prevenire i rischi per il sistema bancario derivanti dalla probabile crisi di una banca di media grandezza.

Come s'è già rilevato in altra sede⁴² la Commissione aveva fatto una gran confusione tra quattro categorie concettuali del diritto amministrativo: funzioni pubbliche, servizi pubblici, soddisfacimento di interessi generali e mera inerenza di interessi pubblici ad attività private.

Avverso la sentenza del Tribunale UE la Commissione europea – “*perseverare diabolicum est*” – ha proposto appello alla Corte di Giustizia, ma per l'intanto la pronuncia dei giudici ha consentito al FITD di intervenire nella crisi della banca CARIGE e, da ultimo, della Banca Popolare di Bari. È da vedere se la Corte UE confermerà, o meno, e con quale motivazione, la sentenza di primo grado.

13. La Corte di Giustizia come “arbitro” tra le Corti italiane o loro “sponda”

La Corte di Giustizia si è trovata a svolgere un inedito (e scomodo) ruolo di “arbitro” del contrasto giurisprudenziale tra Corte costituzionale e Consiglio di Stato sulla legittimità, europea e nazionale, delle disposizioni legislative, ma soprattutto di Banca d'Italia, che hanno limitato al massimo il rimborso dei soci recedenti delle banche popolari all'atto della loro trasformazione in s.p.a.

Com'è noto⁴³ la Corte costituzionale era stata investita dal Consiglio di Stato di varie questioni di legittimità dell'art. 28, comma 2 *ter*, del TUB, che ha demandato alla Banca d'Italia di disciplinare le limitazioni al diritto al rimborso “*anche in deroga a norme di legge laddove ciò è necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca*” (ciò che Banca d'Italia aveva fatto con il 9° aggiornamento, in data 9 giugno 2015, alle “Istruzioni di vigilanza”).

La Corte, con sentenza 15 maggio 2018, n. 99, ha dichiarato infondate tutte le questioni.

Il Consiglio di Stato, evidentemente inappagato delle motivazioni della Corte costituzionale, nell'ambito di un successivo giudizio, relativo ad una questione analoga, con ordinanza della Sezione VI, 26 ottobre 2018, n. 06129/2018 ha rinviato la questione, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia.

Al momento la Corte UE non si è ancora pronunciata.

Al di là della decisione di merito che sarà adottata è da sottolineare il ruolo di giudice di ultima istanza ch'essa è chiamata a svolgere (ruolo che forse non è gradito dai giudici di Lussemburgo, che potrebbero ricorrere a qualche forma di “*fin de non recevoir*”).

⁴² S. AMOROSINO, *La Commissione europea e la concezione strumentale di “mandato pubblico” (a proposito del caso FITD/TERCAS – Sentenza del Tribunale UE 19 marzo 2019)*, in *Riv. Banc. Merc. Fin.*, n. 2/2019, p. 26 ss.; L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, n. 1/2020, p. 184 ss.

⁴³ S. AMOROSINO, *La “telenovela” giurisdizionale delle limitazioni del rimborso dei soci recedenti dalle banche popolari trasformate in s.p.a.*, in *Riv. dir. banc.*, n. 11/2018, www.rivista.dirittobancario.it.

In un altro caso la Corte di Giustizia ha invece “giocato di sponda” con il Consiglio di Stato.

Si tratta della nota vicenda del diniego di autorizzazione all’acquisto indiretto di una partecipazione qualificata in Banca Mediolanum, da parte di Silvio Berlusconi, tramite Fininvest.

Lo svolgimento della vicenda ha visto un complesso succedersi ed intrecciarsi di pronunce del TAR Lazio e del Consiglio di Stato e poi della Corte di Giustizia – tutte “giocate” su profili processualistici – che sono state approfonditamente analizzate dalla dottrina⁴⁴.

In questa sede ci si limita ad accennare al profilo sostanziale assiale, vale a dire la non impugnabilità innanzi ai giudici nazionali degli atti preparatori (di Banca d’Italia) della decisione finale della BCE in materia di autorizzazioni “bancarie” (Corte Giust. UE, sent. 19 dicembre 2018, C-219/2017, *Berlusconi e Fininvest c/o BCE*).

Il gioco di sponda si riferisce al fatto che la Corte di Giustizia si è pronunciata su una questione pregiudiziale posta dal Consiglio di Stato (Sez. VI, ord. 14 aprile 2017, n. 1805) e che, successivamente alla decisione dei giudici di Lussemburgo, il Consiglio di Stato, con sentenza 3 maggio 2019, n. 2890 ha dichiarato inammissibili i ricorsi di ottemperanza proposti da Fininvest.

14. Conclusioni problematiche

Innanzitutto una notazione comparatistica: la panoramica della compresenza e dell’intreccio “dialettico” (e talvolta “armonizzato” in sede giurisdizionale europea), delle fonti precettive è riferibile, oltre che all’Italia, a molti Paesi dell’Europa continentale, a partire da quelli – Germania e Francia – egemoni nella costruzione del sistema giuridico eurounitario.

Due sono le ragioni di questa estendibilità:

– sono ordinamenti nazionali storicamente “a diritto amministrativo”⁴⁵ e questa “matrice” comune determina un’analogia di impatti dei macrofattori di mutamento analizzati nella prima parte di questo scritto;

– e – come confermano i riferimenti “a campione” alla giurisprudenza della Corte di Giustizia – gli *arrêt* giurisdizionali riguardano società bancarie, o coinvolgono le Banche Nazionali, di molti Paesi di tale area geografica.

Nel merito la sommatoria delle macro tendenze che determinano le trasformazioni degli ordinamenti bancari europei produce – come s’è accennato – effetti analoghi nei rapporti tra le diverse fonti precettive, sia a scala europea che alle scale nazionali.

Ciò vale sia per i profili per così dire “fisiologici”, di evoluzione delle tendenze in atto, sia per quelli più problematici, che necessitano di correzioni, anche alla luce di sviluppi già prepotentemente in atto.

Presenta criticità, innanzitutto, la *tecnificazione, sub specie* di evoluzione tecnologica delle attività bancarie. Intuitivamente appare probabile che più diviene sofisticata la *Fintech* più si rende difficile il *matching*, la mediazione/recezione, con il linguaggio e le categorie giuridiche.

⁴⁴ F. GUARRACINO, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti preparatori delle procedure di autorizzazione all’acquisizione di partecipazioni qualificate: il caso Berlusconi*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 2/2019, www.fondazioneaprilione.luiss.it.

⁴⁵ M. D’ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019.

Il rischio conseguente è la rapida obsolescenza delle regolazioni pubbliche rispetto all'organizzazione e funzionamento del mercato.

La minuziosa *giuridificazione* – soprattutto procedurale – sia dell'organizzazione (in particolare della *governance*) che delle attività bancarie rischia di focalizzare i controlli sulla *compliance* formale, sovrapponendo impropriamente difformità delle prassi operative e deficienze gestionali.

Se è vero che le violazioni procedurali sono spesso sintomatiche di *mala gestio*, non è specularmente vero che la regolarità formale garantisca l'efficienza della gestione imprenditoriale, cioè il saper stare sul mercato in modo corretto e competitivo.

È pur vero che i flussi informativi continui, dalle banche alle Autorità di supervisione, uniti all'aggiornamento obbligato dei piani di risanamento⁴⁶ preventivi, dovrebbero consentire di vigilare in tempo reale sulla qualità della gestione imprenditoriale.

Sta di fatto che nel nostro Paese (e non solo) si sono verificate numerose crisi di banche senza *alert* preventivi o, comunque, senza interventi correttivi tempestivi delle Autorità di Vigilanza. In qualche altro caso vi è stato – invece – un eccesso di ingerenza, specie nei confronti di banche di piccole dimensioni.

Qualcosa è sicuramente da ripensare.

L'integrazione delle attività e dei mercati finanziari è un dato irreversibile.

Così non è ancora sul versante delle vigilanze.

Rispetto a vent'anni fa sono stati compiuti molti passi avanti in termini di coordinamento e collaborazione tra Autorità di regolazione; peraltro il modello dell'Autorità nazionale unica – ove è stato adottato, come in Germania – non sembra aver dato risultati decisivi sotto questo profilo.

La *stratificazione* delle fonti precettive, come s'è visto, pone via via problemi interpretativi ed applicativi.

Alcuni di questi "nodi" sono stati sciolti dalle Corti europee, ma anche su questo versante vi sono luci ed ombre. Tra le prime il "consolidamento" del ruolo della BCE. Tra le seconde l'atteggiamento "cauteloso" nelle vicende che riguardano conflitti tra le Corti nazionali o tra le Autorità Nazionali e la Commissione UE.

In qualche caso la Corte di Giustizia mostra ritrosia a prender posizione, ad "esporsi" troppo, come potrebbe accadere in qualche vicenda riguardante il nostro Paese.

Licenziando questo lavoro non si può non accennare ad un ulteriore, sciagurato, fattore di contingenza – la pandemia da corona virus – che tra i suoi contraccolpi investirà sicuramente anche la regolazione bancaria, ponendone in discussione alcuni postulati e, per quanto è dato immaginare, riconfigurando in senso più "dirigistico" i rapporti tra le banche ed i poteri istituzionali "di riferimento", ciò che potrà comportare innovazioni precettive "a cascata".

⁴⁶ M. PELLEGRINI, *Piani di risanamento e misure di «early intervention»*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2018.