

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

4 / 2014

ISSN: 2036 - 4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci - F. Capriglione - R. Masera
F. Merusi - R. McCormick - G. Montedoro - C. Paulus

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato di Redazione

A. Tucci - V. Lemma - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino - A. Troisi

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere
riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre
proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

G. Alpa, M. Andenas, A. Antonucci, S. Amorosino, E. Bani, P. Benigno, A. Blandini, C. Brescia Morra, E. Cardì, N. Casalino, M. Clarich, A. Clarizia, F. Colombini, G. Conte, P.E. Corrias, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, G. Di Taranto, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, V. Lemma, R. Lener, F. Maineri, A. Mangione, R. Masera, R. McCormick, F. Merusi, F. Moliterni, G. Montedoro, G. Niccolini, P. Passalacqua, C. Paulus, M. Pellegrini, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, C. Rossano, C. Russo, A. Sciarrone, M. Sepe, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Tucci, A. Urbani, P. Valenzise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del «Comitato scientifico per la valutazione» secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai membri del *Comitato*, perché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato*, assumendosi la responsabilità della verifica.

I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA:

M. Andenas - L. Di Donna - P. Gaggero - V. Lemma - F. Moliterni
M. Pellegrini - R. Restuccia - D. Siclari - V. Troiano - A. Urbani

PARTE PRIMA

ARTICOLI

SANDRO AMOROSINO – *La “costituzione economica”: note esplicative di una nozione controversa* 217

ANTONELLA ANTONUCCI – *Despecializzazione e principio di proporzionalità*... 236

FRANCESCO GUARRACINO – *Le “procedure comuni” nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali* 252

VARIETÀ

STANYO DINOV – *Reform of the European system of banking supervision*..... 281

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

DIEGO ROSSANO – *Lo short selling ed i poteri dell'Esma*..... 205

FRANCESCO CAPRIGLIONE – *Un sorprendente equivoco interpretativo in tema di «crisi bancarie»* 239

PARTE PRIMA

ARTICOLI

LA “COSTITUZIONE ECONOMICA”: NOTE ESPLICATIVE DI UNA NOZIONE CONTROVERSA*.

ABSTRACT: *This paper analysis the concept of ‘Economical constitution’ under a law and economics perspective. This analysis starts from the traditional liberal constitutions in order to analyse the incorporation of the economical relationship into these acts. The Author takes into account the European Treaties and the rules implemented to design the internal market, as an open, competitive and smooth functioning environmental structure. This paper reaches the conclusion that Article 47 of the Italian Constitution has become the ‘umbrella’ for all financial regulations.*

SOMMARIO: 1. Il concetto di “costituzione economica” nell’ambito del diritto dell’economia - 2. I vari significati di costituzione, che vengono in rilievo anche in campo economico - 3. La costituzionalizzazione dei rapporti economici - 4. I temi principali trattati nella “costituzione economica” europea ed in quella italiana - 5. La tutela del risparmio: evoluzioni e convergenze.

1. Il diritto dell’economia è – si ricorda – l’insieme delle regole giuridiche e che disciplinano le attività economiche ed i mercati, nei quali vengono scambiati i beni e servizi da tali attività prodotti ed, inoltre, l’organizzazione dei pubblici poteri che si occupano di queste “materie economiche”.

E, quindi, è costituito:

– da un lato dalle discipline che regolano l’organizzazione (ad esempio: la

* Anticipazione di uno dei capitoli introduttivi del *Corso di diritto pubblico dell’economia* (a cura di M. Pellegrini, Padova 2015) destinato agli universitari dei primi anni (il che ne spiega il taglio didascalico).

governance di una società quotata in borsa) e lo svolgimento delle attività economiche (ad esempio: la produzione di medicinali o la somministrazione al pubblico di alimenti o bevande);

– dall’altro dalla regolamentazione e dai controlli pubblici che riguardano l’organizzazione giuridica ed il funzionamento efficiente e corretto dei tanti tipi di mercati esistenti (ad esempio: bancario o del gas), nei quali i beni ed i servizi prodotti dalle attività economiche vengono comprati, venduti o scambiati;

– dall’altro ancora dalle norme che attribuiscono a pubblici poteri, di vario genere e livello, il compito di controllare il rispetto e l’attuazione delle regole e, in alcuni casi, di integrare le regole stesse.

In questo scenario generale va collocata la “costituzione economica”.

Si tratta di un’espressione di sintesi, composta da un *sostantivo*, che richiama la sfera e la valenza giuridica delle costituzioni, e da un *aggettivo specifico*, che fa riferimento alla disciplina delle attività economiche e dei mercati.

Dunque, in prima approssimazione, l’espressione indica i principi normativi di livello “costituzionale” che riguardano la sfera economica.

Questa prima, generica, definizione pone immediatamente tre problemi:

I) a quali dei molti significati del termine *costituzione* si deve fare riferimento?

II) perché le costituzioni contemporanee contengono tutte disposizioni che attengono alla “sfera economica”?

III) quali sono i principi e le regole costituzionali riguardanti le attività economiche, la disciplina dei mercati e la stessa organizzazione dei pubblici poteri chiamati ad occuparsene?

2. Il termine costituzione assume significati diversi, a seconda che si intenda come un atto formalmente denominato costituzione (italiana, francese,

tedesca, spagnola, degli USA, etc.) o – invece – come un atto, o insieme di atti, che hanno valore giuridico sovraordinato rispetto alle leggi ordinarie, anche se non sono denominati ufficialmente in tale modo (ad esempio: il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – T.F.U.E. e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU).

La ragione di questo “allargamento” della nozione, al di là del nome formale, sta nel fatto che in entrambi i casi – per rimanere agli esempi: la costituzione italiana e il T.F.U.E. – questi testi hanno una *funzione sostanziale* analoga: quella di dettare i principi cardine di un ordinamento giuridico (rispettivamente: della Repubblica italiana e dell'Unione Europea) e quindi: i principi espressione dei valori fondativi dell'ordinamento stesso; l'organizzazione politico istituzionale e la ripartizione dei pubblici poteri; le libertà civili [delle quali, nella sfera europea, si occupa la convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - CEDU] ed i diritti politici, ma anche, nelle “costituzioni” contemporanee i principi e gli istituti giuridici che regolano i *rapporti economici* (ancora esemplificando: nella Costituzione italiana, il diritto di proprietà e di impresa; nel T.F.U.E., la politica della concorrenza e la promozione di mercati aperti e concorrenziali e, al contempo, la *politica di coesione* – sociale, economica e territoriale e la disciplina dei servizi di interesse generale; ancora: la sussidiarietà, nello svolgimento di funzioni di interesse pubblico, a rilevanza economica – ad esempio: scuola e sanità – tra le forme di organizzazione delle comunità sociali ed i pubblici poteri di vario livello.

E un'altra essenziale analogia riguarda la loro efficacia giuridica che – com'è noto – è superiore alle norme ordinarie.

È facile constatare, dunque, che, oltre le costituzioni in senso stretto, anche il T.F.U.E. e la CEDU, i quali hanno natura di *accordi* tra Stati membri dell'Unione e non hanno la denominazione formale di costituzione, svolgono *funzioni sostanziali* analoghe: dettare le *regole costitutive* dell'ordinamento

pubblico europeo, che prevalgono su quelle, di fonte legislativa, e in parte costituzionale e dei paesi membri e sulle regole normative europee.

I motivi della diversità di nome sono storico-istituzionali: il termine costituzione è storicamente riferito ad organismi unitari (ad esempio: la Repubblica Francese), anche strutturati in forma federale (come la Repubblica Federale Tedesca), mentre l’Unione Europea, ad onta del nome, non è un organismo unitario, ma una organizzazione a base pattizia.

Accanto alla distinzione tra costituzione in senso formale e costituzione in senso *sostanziale*, o *funzionale*, viene in rilievo un’altra distinzione – e, quindi, correlazione distintiva di concetti – tra costituzione formale e “*materiale*”.

Cosa si intende per *costituzione materiale* e in quale relazione si pone con quella formale?

L’espressione “*materiale*” può essere intesa in due modi:

- a) per contrapposizione alla costituzione scritta (“che sta scritta”);
- b) ma anche come base, o fondamento, politico e sociologico della costituzione scritta.

Il *primo* significato – *sub a)* – discende un dato di comune esperienza: ogni costituzione è “figlia del suo tempo” – inteso come *contesto* storico, politico, culturale ed economico – e perciò, a meno di modifiche costituzionali, con il passare dei decenni, la realtà fatalmente si discosta sempre più dal *modello* disegnato nel testo scritto.

A questa progressiva *divaricazione* tra modello e realtà concorrono quattro fattori:

- 1) l’evoluzione, spesso rapida, della realtà tecnologica ed economico-sociale;
- 2) se sono state attuate, o non attuate, le varie scelte di principio contenute nella costituzione scritta; e, secondariamente, *come* sono state attuate dal-

le leggi ordinarie;

3) la *determinante europea*, vale a dire il sopravvenire di regole contenute nei Trattati europei, che costringono a reinterpretare le costituzioni nazionali (v. più avanti);

4) infine le *prassi istituzionali ed amministrative effettive* (nel nostro caso: in materia di regolamentazione delle attività economiche).

L'insieme di questi fattori compone, nel corso degli anni, quella che viene chiamata *costituzione vivente (o reale)* (in una determinata fase storica), la quale si caratterizza, solitamente, per il crescente distacco dal modello originario, in quanto si forma *via via*, nel tempo, "a valle" rispetto al momento in cui è stato *cristallizzato* il modello formale.

Il secondo significato – *sub b* – si colloca invece, dal punto di vista logico, *prima e alla base* della costituzione scritta.

In questo secondo senso la costituzione materiale è l'insieme dei valori, delle concezioni e delle scelte di fondo relative al regime politico istituzionale (rapporti ed equilibri tra i pubblici poteri di vertice); alle libertà, individuali e sociali, e – per quanto qui interessa – al *modello di organizzazione economica* che – all'atto dell'approvazione della costituzione scritta – sono stati assunti dalle forze sociali e politiche dominanti come *presupposti* caratterizzanti delle norme costituzionali.

In parole semplici: le costituzioni, nel senso lato dell'espressione (v. sopra), sono testi normativi nei quali si riflettono i *modelli* – politico istituzionali, culturali ed economici – individuati, quasi sempre mediante compromessi, dagli attori politici e sociali.

Questa seconda nozione di *costituzione materiale* risale, in Italia, agli anni '40 del '900 (Mortati) e molti la considerano generica e superata, ma conserva una sua utilità pratica perché consente di individuare in termini rapidi e sintetici

i modelli scelti dai costituenti.

Così, nel disegno originario, la Repubblica Italiana è: di tipo parlamentare; caratterizzata dal pluralismo istituzionale (Stato, regioni ed enti locali); fondata sui principi di eguaglianza sostanziale e di solidarietà nonché sulla tutela dei diritti *individuali* e *sociali* e, in campo economico, sul riconoscimento della proprietà privata (nei limiti dell'utilità sociale), ma anche pubblica e del diritto d'impresa, pubblica e privata (soggetta a programmi e controlli pubblici), configurando un sistema di *economia mista* – in parte privata, in parte consistente pubblica – con la possibilità di riservare o acquisire ai pubblici poteri settori strategici delle attività economiche.

Naturalmente le varie *formule di sintesi* ora richiamate sono state, e sono, interpretate diversamente da politici, giuristi, forze culturali: ciascuno “tira la coperta” dalla sua parte.

Ciò è accaduto tanto più in quanto la Costituzione italiana fu espressione, nel 1946-47, di un compromesso tra forze politiche tra loro *alternative*, il che portò ad usare nel testo formule generiche o in certa misura ambigue, destinate – dunque – ad essere interpretate in modo diverso a seconda dei mutevoli equilibri politici, sociali, ma anche culturali, nei diversi momenti della storia repubblicana.

Soprattutto è da segnalare che nei quasi settant'anni trascorsi, ormai, dalla “scrittura” delle prime “bozze” della Costituzione della Repubblica le formule “di riferimento” sono profondamente cambiate.

In *primo luogo* perché si è totalmente trasformata la realtà “sottostante”: si pensi solo alla globalizzazione economica, all'economia telematica o, sul versante istituzionale, all'ordinamento europeo ed in qualche caso globale.

Ciò costringe ad abbandonare i vecchi paradigmi di valore e a definirne di nuovi.

In *secondo luogo* perché la già accennata divaricazione crescente tra costituzione scritta e costituzione vivente investe, per così dire *a ritroso*, anche i modelli generali presupposti, cioè la *costituzione materiale*.

L'aver richiamato le diverse nozioni di costituzione risulta utile, come si vedrà meglio nel paragrafo 3, per affrontare lo specifico tema della "costituzione economica".

Il motivo è semplice: la nota dominante di quanto s'è detto è costituita dalle molteplici *tensioni dinamiche* cui sono sottoposte, nel tempo, le costituzioni: innanzitutto per il mutare dei presupposti di valore; poi per la divaricazione tra modello e realtà; infine per il succedersi, e scontrarsi; degli equilibri politico sociali e, correlativamente delle interpretazioni.

Questa *visione dinamica* è tanto più necessaria quando ci si riferisce alla sfera della "costituzione economica", che deve rispecchiare una realtà economico sociale in rapida evoluzione.

È anche da sottolineare che l'uso delle categorie generali soprarichiamate (riferite all'intera costituzione) consente di evitare il rischio di analizzare la costituzione "economica" come un tema o un oggetto distinto, o separato, rispetto al *contesto generale* nel quale essa si inserisce e nel quale, peraltro, ha assunto nei decenni più recenti un ruolo eminente (sono sufficienti, sul punto, tre soli esempi: la creazione del Sistema Europeo delle Banche Centrali – SEBC e della Banca Centrale Europea – BCE, con funzioni sia di politica monetaria che di vigilanza sulle banche "maggiori"; il così detto *Fiscal Compact*, vale a dire il "Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'unione economica e monetaria" del 2012, che impone ai paesi sottoscrittori stretti vincoli di bilancio e di finanza pubblica; e – sul versante nazionale – la frettolosa introduzione nella Costituzione dell'obbligo del pareggio di bilancio).

In sintesi: la costituzione economica è un ambito peculiare da analizzare,

ma sempre inquadrandolo nel contesto.

3. Le costituzioni liberali “classiche” dell’800 – ad esempio, in Italia, lo Statuto Albertino (1849) – a parte il riconoscimento pieno del diritto di proprietà (espropriabile solo per motivi di pubblica utilità e dietro indennizzo) e la riserva alla legge (votata dal Parlamento) dell’introduzione di nuove imposte – solitamente non si occupavano della sfera economica.

Viceversa le costituzioni dei paesi europei del ‘900 – a partire da quella della Repubblica tedesca (nota come “Costituzione di Weimar”, dalla località in cui fu redatta nel 1919) sino a quelle successive alla seconda guerra mondiale (Italia, Repubblica Federale Tedesca, Spagna del 1978) – contengono parti significative dedicate ai rapporti economici ed alle funzioni dei poteri pubblici in materia.

Alla base di questa novità vi sono le profonde trasformazioni istituzionali economiche e sociali che nel ‘900 hanno riguardato la struttura stessa degli Stati, nei cui organi sono rappresentate tutte le classi sociali e che comunque si devono occupare dei bisogni di una società sempre più industrializzata e massificata, rendendo prestazioni sociali e pubblici servizi sempre più complessi.

Gli stati del ‘900 sono, al contempo, *sociali* ed *amministrativi*, perché si caricano di numerosissimi compiti, molti dei quali di rilievo economico (servizi o attività d’impresa) o di controllo di attività economiche di interesse generale (ad esempio: le banche).

Con riferimento alle parti di queste costituzioni nelle quali sono enunciati principi generali relativi alla sfera economica si è iniziato a parlare di “costituzioni economiche”.

Il quadro si è poi complicato, in Europa, nella seconda metà del ‘900, perché accanto alle costituzioni nazionali si è venuta stratificando, a partire dal

Trattato di Roma del 1957 e via via con i Trattati successivi, anche una “costituzione economica” europea.

Le dimensioni economico-costituzionali cui di deve fare riferimento sono dunque *due*, strettamente interdipendenti, perché le disposizioni del T.F.U.E. (soprattutto) e di altri accordi come il c.d. *fiscal compact* del 2012 e – in certa misura – della CEDU hanno una *forza formale conformativa* delle costituzioni nazionali, che vanno integrate e reinterpretate in conformità a quella europea.

Si tratta di una “convivenza” non semplice perché tra le due sfere, europea e nazionale italiana, non vi è coincidenza di ispirazione generale né di visione complessiva per quanto riguarda le materie economiche.

Le maggiori *asimmetrie* sono due:

I) la “costituzione economica” europea (intesa soprattutto sul versante del T.F.U.E.) ha il suo centro di gravità nel *mercato*, e precisamente nella sua complessa *organizzazione giuridica*, in funzione della costruzione compiuta del *mercato unico europeo*, anche nella prospettiva che le istituzioni dell’Unione possano negoziare, per conto dell’intera “Europa economica”, nelle sedi politico-economiche internazionali.

Viceversa la “costituzione economica” italiana ha al centro la proprietà e in secondo luogo l’impresa visti come diritti del singolo, che sono riconosciuti, ma possono essere limitati e conformati dalle leggi dello Stato, in funzione degli interessi della comunità;

II) la disciplina della sfera economica costituisce uno degli *assi principali* dei Trattati europei mentre è quantitativamente e qualitativamente meno importante nella Costituzione italiana.

Entrambe le asimmetrie hanno una spiegazione storica: la Comunità europea nasce come comunità economica, in vista della creazione di un mercato comune, e ciò si è rispecchiato ovviamente nei Trattati, via via succedutisi, che

la reggono, sino alla sua configurazione come Unione europea.

Nei principi o enunciati generali contenuti nei testi delle costituzioni in “materia economica” si rispecchiano i valori ed indirizzi di fondo – politici, culturali e sociali – che caratterizzano la costituzione materiale, posta a *base* di quella scritta.

Sono, dunque, il *punto di incidenza* tra le scelte sostanziali di valore e la *forma* della costituzione. Traducendosi, più o meno compiutamente e chiaramente, nel testo scritto gli indirizzi ed i valori acquistano una peculiare *forza formale* (Crisafulli), perché i principi cristallizzati nel testo costituiscono il primo criterio di interpretazione delle altre disposizioni della costituzione “economica”.

Per quanto riguarda la costituzione economica europea il *principio ordinatore di sistema* è quello dell’*economia sociale di mercato*.

In termini semplificati ciò vuol dire che il sistema economico si fonda sulla libertà d’impresa e di mercato, assoggettati – peraltro – a regole di fonte pubblica per assicurarne la correttezza ed efficienza ed anche correggerne le storture (mercato *corretto*).

E l’aggettivo “sociale” esprime una scelta di fondo: l’economia di mercato è considerata il migliore contesto economico-sociali per consentire lo sviluppo della società libera ed aperta, ma deve essere regolamentata dai pubblici poteri perché la società non può essere posta al servizio del mercato ma deve accadere il contrario.

In concreto: le “correzioni” imposte dai pubblici poteri alle tendenze spontanee ed incontrollate dei mercati sono finalizzate ad evitarne le *distorsioni* o ripararne i *fallimenti* (come quelli evidenziati dalla crisi finanziaria del 2008) assicurando l’apertura, efficienza, trasparenza e concorrenzialità dei mercati stessi.

Lo strumento principale è l'adozione di regolamentazioni europee *uniformanti* delle legislazioni nazionali.

Complementare a questo primo principio è il *secondo*: la *politica di coesione* – sociale, economica e territoriale – delle varie parti dell'Unione europea, fondato sulla consapevolezza che gli eccessivi divari – ad esempio tra regioni ipersviluppate e regioni marginali o colpite da processi di deindustrializzazione – minano alla radice il disegno di costruire un forte organismo economico e politico – istituzionale unitario.

Sta di fatto che negli ultimi anni – anche a causa della crisi fiscale di alcuni Stati – il principio di coesione è stato messo in ombra dal principio di stabilità finanziaria.

Sul versante italiano i principi generali della costituzione economica si presentano invece come *declinazioni* dei principi fondamentali della Costituzione, in particolare di quello *solidaristico* (art. 2, “*La Repubblica ...richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”), di quello *egualitario/partecipativo* (art. 3, comma 2: “*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica economica e sociale del Paese*”) e, più recentemente, di quello di *sussidiarietà orizzontale* (art. 118), giusta il quale i pubblici poteri devono occuparsi direttamente solo dei servizi e delle attività (nel nostro caso: aventi rilevanza economica) che i privati o le comunità sociali organizzati non riescono ad assicurare in modo soddisfacente.

Facendo il confronto tra i principi ispiratori della “costituzione economica” europea e di quella italiana si può dire, molto schematicamente:

l) che l'economia libera, aperta e concorrenziale, sia pure accompagnata dai correttivi decisi dai pubblici poteri, costituisce un criterio di interpretazione

vincolante del complesso di disposizioni dedicate nella Costituzione italiana al diritto di proprietà e d’impresa, che esclude le interpretazioni “progressive” (affermatesi negli anni ’60 del ’900) le quali subordinano tali diritti a finalità politiche di modificazione degli equilibri sociali (finalità nelle quali si concreterebbe la “funzione sociale” dei diritti stessi).

Sarebbe dunque ormai improponibile una programmazione di tipo imperativo, dirigistico che assegnasse alla proprietà o all’impresa finalità decise dal pubblico potere. Viceversa sono compatibili con la costituzione economica europea forme di programmazione condizionale fondate sulla logica premiale: se tu, imprenditore o proprietario, adotti certe decisioni – considerate di utilità generale – ottieni dei vantaggi (ad esempio fiscali).

In sintesi: il principio dell’economia sociale di mercato “detta” l’unica interpretazione degli artt. 41 e 42 della Costituzione compatibile con la costituzione economica europea. Programmi e controlli pubblici sono consentiti nella misura in cui le limitazioni all’autonomia privata sono strettamente *proporzionali* alla tutela di valori primari, quali la salute, la sicurezza, l’ambiente, il patrimonio culturale, la dignità della persona;

II) che – viceversa – il principio europeo di coesione non contrasta con il principio solidaristico enunciato dalla Costituzione che può essere riletto in tale chiave;

III) che – infine – il principio di *sussidiarietà* (anche in campo economico), pur avendo radici culturali profonde anche in Italia, si è affermato in sede europea, come indirizzo generale per cui i pubblici poteri devono occuparsi esclusivamente dei compiti che i privati – organizzati sia in forma *profit* che “*no profit*” (cd. *privato sociale*) – non riescono a svolgere in modo efficiente.

La sussidiarietà è stata infatti inserita nell’art. 118 della Costituzione solo nel 2001.

4. I Trattati europei contengono una serie di complessi di norme volti a dare corpo al disegno generale del mercato unico, aperto, concorrenziale e correttamente funzionante.

A questo fine sono presenti nei Trattati tre grandi aggregati di norme:

- la disciplina di tutela e promozione della *concorrenza* (che viene perseguita attivamente dalla Commissione europea, la quale gestisce la *politica della concorrenza*);

- le quattro *libertà di circolazione*: delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali;

- la limitazione degli aiuti di Stato alle imprese (il termine “Stato” è usato come parte per il tutto e si riferisce anche agli altri enti o organismi pubblici).

Com'è stato rilevato (Cassese) le libertà di circolazione e il divieto (in realtà la limitazione) di aiuti di Stato sono strumentali alla realizzazione dei mercati concorrenziali (ad esempio: nel campo degli appalti pubblici il principio generale è quello della gara aperta a tutte le imprese europee senza “riserva di caccia” per le imprese nazionali o locali).

Se si passa al versante della costituzione economica italiana balza agli occhi la diversità di oggetti e di impostazioni.

Nella Costituzione della Repubblica sono disciplinati – schematizzando – i seguenti argomenti:

- I) lo statuto giuridico della proprietà, o meglio dei vari tipi di proprietà (ad esempio: agraria, urbana, forestale, etc.);

- II) lo statuto giuridico dell'impresa: privata, pubblica, ma anche “sociale” e la possibile riserva di alcuni settori d'attività ad organismi pubblici;

- III) la disciplina e programmazione finanziaria e di bilancio e, in questo ambito, la sfera per funzioni essenziali dello “Stato”: *erogatore* di beni e servizi,

investitore (ad esempio: nelle infrastrutture, ma anche nella ricerca) o *acquirente* (di beni o servizi);

IV) l’ordinamento tributario, in particolare i rapporti tra i pubblici poteri che prelevano risorse ed i cittadini che pagano;

V) i rapporti di lavoro.

Questi ultimi due “aggregati” formano tradizionalmente oggetto di due discipline autonome: il diritto tributario ed il diritto del lavoro, che si occupano anche dei principi costituzionali in materia (ad esempio: la possibilità di imporre “tasse” solo in base alla legge e la progressività dell’ordinamento tributario; oppure la libertà di organizzazione sindacale, la tutela della dignità dei lavoratori ed il diritto di sciopero).

Gli studiosi di diritto dell’economia si concentrano, quindi, sui primi tre filoni.

Il nocciolo della nostra “costituzione economica” è contenuto negli articoli 41-47.

Al diritto di impresa (art. 41) ed a quello di proprietà (art. 42) s’è più volte accennato, in particolare sottolineandone l’impostazione individualistica (il diritto del singolo imprenditore o proprietario) e la previsione della presenza di imprese pubbliche e della proprietà pubblica accanto a quelle private.

Per quanto attiene al punto nodale del rapporto tra pubblici poteri ed autonomia del privato, imprenditore o proprietario, è da aggiungere che la Costituzione rimette alle leggi ordinarie di disciplinare lo statuto giuridico dei diversi *tipi* di proprietà e di imprese. In pratica le due disposizioni offrono *copertura costituzionale* all’attribuzione, mediante leggi, ad autorità pubbliche di poteri di disciplina e di controllo delle attività dei proprietari e degli imprenditori che *incidono* su pubblici interessi.

Va sottolineato che sia direttamente (in successivi articoli), sia mediante

il rinvio a leggi ordinarie, la “costituzione economica” prevede, o comunque consente, che le leggi ordinarie configurino una pluralità di regimi giuridici sia della proprietà che dell’impresa.

Per quanto riguarda il raffronto con le disposizioni della costituzione economica europea è di immediata evidenza l’estraneità allo statuto dell’impresa delineato dall’art. 41 sia della dimensione del mercato sia della stessa nozione di concorrenza.

Di qui la necessità di una rilettura di queste disposizioni con gli *occhiali correttivi europei*.

Diverso è il discorso per quanto riguarda il diritto di proprietà, che viene tutelato soprattutto nella C.E.D.U. ma non è un asse centrale del T.F.U.E. e la cui disciplina è lasciata alle legislazioni nazionali.

In entrambe le materie il principio informatore della costituzione economica europea è – come s’è detto – quello di *proporzionalità*, in ragione del quale non possono essere imposti ai proprietari o agli imprenditori limitazioni o sacrifici che non siano strettamente indispensabili alla tutela di un interesse pubblico specifico.

L’art. 43 contiene una complicata casistica dei tipi d’impresa o di situazioni (ad esempio: di monopolio) che possono essere pubblicizzate (in varie forme: statizzazione, socializzazione, etc.) o che possono essere riservate sin dall’origine a pubblici poteri (ad esempio: in materia di energia nucleare).

Anche in questo caso la sopravvenienza della costituzione economica europea ha depotenziato le disposizioni dell’art. 43 in quanto, nel contesto europeo, da un lato, le posizioni dominanti nel mercato sono sanzionate in quanto *anticoncorrenziali* e, dall’altro, le imprese pubbliche devono competere nei mercati alla pari delle altre, senza privilegi o aiuti di Stato.

Va peraltro ricordato che la crisi finanziaria ha propiziato negli anni più

recenti la pubblicizzazione di banche o altri tipi di imprese ritenute strategiche, che si trovavano in situazioni critiche, anche con parziali o temporanee deroghe ai principi europei.

In Italia è questo il caso di Alitalia (privatizzata con il supporto pubblico) e del gruppo ILVA, per il quale la formula d'intervento dello Stato configura una indiretta ma sostanziale e in teoria temporanea pubblicizzazione.

Seguono, poi, nella Costituzione italiana, tre articoli – 44, 45 e 46 – che sono testimonianze del carattere storico relativo delle costituzioni economiche, perché nella costituzione economica materiale appaiono inattuali o comunque necessitanti di una profonda rilettura.

Così l'art. 44 – dedicato alla proprietà agraria – rispecchia la questione agraria come si presentava negli anni del dopoguerra, con ampie proprietà latifondiste scarsamente produttive e masse di braccianti, coloni e mezzadri agricoli fortemente disagiate. Veniva quindi in esso prevista una sostanziale *riforma agraria*, che in effetti fu approvata agli inizi degli anni '50. Sta di fatto che le fortissime migrazioni interne degli anni '50-'70 (dalle campagne alle città e dal sud contadino al nord industriale), hanno radicalmente mutato lo scenario della questione agraria, che negli anni più recenti si incentra sulla specializzazione, qualità e sostenibilità ambientale delle produzioni *agroalimentari*.

Ancor meno di attualità nel nostro Paese appare, al momento, l'art. 46 che affidava ad una futura legge di stabilire forme di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese (cogestione). In realtà la questione perse forza sin dal 1947, tanto che un disegno di legge in materia (scritto da M.S. Giannini) rimase lettera morta.

Diverso è il caso dell'art. 45, dedicato al riconoscimento ed alla promozione della “*cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata*”. Pensato e scritto in origine per favorire la ripresa del movimento coo-

perativo, ch'era stato perseguitato dal regime fascista, deve anch'esso fare i conti con uno scenario economico sociale radicalmente mutato.

Dovendo operare in un mercato capitalistico caratterizzato da forti concentrazioni di imprese, molte cooperative si sono evolute in grandi *conglomerati* (operanti, ad esempio, nella grande distribuzione o nelle costruzioni o nelle assicurazioni), i quali della struttura originaria hanno conservato soltanto la forma (ed i correlati vantaggi fiscali) perdendone la sostanza che è la natura mutualistica (Montedoro), tanto che anche il Papa Francesco, di recente, ha formulato un severo richiamo contro le false cooperative.

Ne consegue che per dare significato attuale al favore della Costituzione per la cooperazione è ormai indispensabile una revisione selettiva, da parte del legislatore, della normativa che le riguarda.

In conclusione i rapidi e sommari richiami agli articoli 41-46 della Costituzione mostrano ch'essi:

- per un verso appaiono "superati" dalle evoluzioni della realtà economico-sociale e, quindi, della costituzione economica materiale;
- per altro verso vanno riletti in modo selettivo, ed integrati per così dire, per conformarsi alla costituzione economica europea;
- per altro verso ancora non offrono se non qualche appiglio generico alle nuove teorizzazioni – peraltro assai discusse – sui c.d. *beni comuni*.

5. Fa eccezione a questo panorama l'art. 47 della Costituzione il cui comma 1 dispone: *"La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito"*.

L'art. 47 ha, dunque, costituzionalizzato l'interesse pubblico primario alla tutela del risparmio mediante il controllo (in senso lato) dell'organizzazione e del buon funzionamento del settore del credito, legittimando l'adozione di leggi

che disciplinano l'attività bancaria anche di norme secondarie, da parte soprattutto della Banca d'Italia ed attribuendo alla Banca d'Italia, penetranti poteri di vigilanza.

All'epoca della stesura della Costituzione le attività di intermediazione finanziaria in senso stretto erano poco diffuse ed erano concentrate nelle borse (organismi pubblici, nelle quali erano quotati pochi titoli, ma soprattutto considerate del tutto estranee al sistema creditizio). Ancor più distante e distinto era il “mondo” delle assicurazioni, nelle quali – inoltre – le forme previdenziali, oggi diffusissime, erano ancora scarsamente diffuse.

A quasi settant'anni dalla stesura della Costituzione è radicalmente mutato lo *scenario* del mondo finanziario e, dunque, è necessariamente venuto mutando l'oggetto stesso dell'art. 47.

L' “esercizio del credito” costituisce ormai solo una delle attività bancarie; e – recependo le direttive europee – l'attività delle banche è una attività d'impresa svolta da società di diritto privato.

Soprattutto la locuzione “attività finanziarie”, e quindi i mercati finanziari in cui esse si svolgono, accomuna ormai le attività bancarie d'intermediazione finanziaria in senso stretto ed assicurative.

Ne consegue che il principio costituzionale di tutela del risparmio “*in tutte le sue forme*” deve intendersi ora riferito estensivamente a tutte le attività finanziarie che con il risparmio stesso “hanno a che fare”, comprese quelle dei fondi pensione che gestiscono le forme di previdenza complementare di lavoratori dipendenti ed autonomi.

L'art. 47, conseguentemente, va oggi considerato il *pilastro* sul quale si fondano tutti i pubblici poteri nazionali di regolamentazione e di controllo delle attività finanziarie delle più diverse specie: bancarie, di intermediazione in senso stretto, assicurative e relative alla previdenza complementare, perché tutte

hanno in comune la “materia prima”, appunto il risparmio.

In sintesi: l’art. 47 è divenuto l’ “ombrello costituzionale” cui sono riconducibili le regolamentazioni, in senso lato, di tutte le attività finanziarie.

Proprio l’elasticità mostrata, nella costituzione vivente, dall’art. 47 consente di coglierne la sintonia con le disposizioni dei Trattati e con le più recenti decisioni degli organi istituzionali europei di costruire progressivamente un *sistema*, per la verità complesso e barocco, di autorità ed agenzie dell’Unione, preposte alla supervisione dei vari mercati finanziari (bancario, assicurativo e mobiliare), a tutela del risparmio.

Sandro Amorosino

*Ordinario di Diritto dell’Economia
nell’Università La Sapienza di Roma*

DESPECIALIZZAZIONE E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ*.

ABSTRACT: *In the present regulatory framework, the principle of proportionality has taken the place of the specialization criteria in order to shape different statutes for banks. Excluding the predictability of the reintroduction of specialization criteria, it is confirmed that, the centrality of the principle of proportionality will play a key role. It is, therefore, investigated in its functional configuration and its normative characteristics, both national and European. Therefore, one comes to envision that the present configuration of the principle is unfit to allow its efficient operation. This end up leading to the expulsion from the market trend of banks anchored to the traditional model, marginalizing the credit function.*

SOMMARIO: 1. Il rapporto fra despecializzazione e principio di proporzionalità. - 2. La despecializzazione quale introdotta dal tub. - 3. L'argine asettico della proporzionalità. - 4. La disciplina nazionale: la proporzionalità frammentata. - 5. La confluenza dell'approccio europeo: la proporzionalità cogestita.

1. Seguendo la traccia proposta da Antonella Brozzetti, che ha realizzato quest'occasione di studio in memoria di Franco Belli, mi propongo di seguire il percorso diacronico che si svolge lungo i tre momenti impatto del tub - evoluzione - "futuribile", ponendomi dal punto di osservazione sintetizzato dal titolo della mia relazione.

Titolo criptico - mi è stato detto da più parti - che focalizza un'idea di base

* Riproduce, con l'aggiunta di alcune note, la relazione tenuta al Convegno Banche e attività bancaria nel tub: qualche riflessione su un ventennio di regolamentazione, immaginando il "futuribile" (per dirla con Franco Belli), Siena, 19-20 settembre 2014.

o, direi meglio, una constatazione: il principio di proporzionalità ha preso il posto dei criteri di specializzazione nel dichiarato intento di declinare statuti differenziati per le banche. Ed è ragionevole presumere che tale astratta finalizzazione, progressivamente ramificatasi nella normativa secondaria generata in applicazione del tub, sia destinata a mantenersi anche nel "futuribile".

Lo scenario è, a mio parere, quasi certo, guardando sia all'orizzonte nazionale che a quello europeo. Non mi trattengo, visto che il tema sarà affrontato da altro, insigne relatore. Mi limito a ricordare che, sul fronte nazionale, non vi sono autonomi disegni di introduzione di elementi di rispecializzazione, che pure si sono affacciati, con maggiore o minor pregnanza, in altri ordinamenti, ad esempio con l'imposizione britannica di *ring fencing*, o del divieto belga di negoziazione per conto proprio (introdotto con l. 25.4.2014, che peraltro prevede un buon *délai* per l'applicazione) o, al di là dell'Atlantico, con l'enunciazione della *Volker rule* (mera enunciazione..ad oggi sono ancora in corso i lavori di attuazione sul punto del *Dodd Frank Act*).

Sul fronte europeo, il risalente Rapporto Liikanen¹ è stato - per la parte che qui interessa² - condivisibilmente promosso e sostenuto dalla precedente Commissione Europea, che lo ha costantemente sospinto sulla strada della traduzione in atto normativo, giungendo a presentare - dopo un ampio 'referen-

¹ Cfr. HIGH-LEVEL EXPERT GROUP on reforming the structure of the EU banking sector, Chaired by Erkki Liikanen, *Final Report*, Brussels, 2 Ottobre 2012.

² Come noto, il Rapporto suggeriva l'introduzione di un ampio ventaglio di misure che hanno in gran parte avuto esito, dal rafforzamento sia dei requisiti di capitale che delle regole di *corporate governance*, alle metodiche di risoluzione delle crisi.

Diverso, a mio parere, il presumibile esito della proposta di introdurre la separazione, sopra una certa soglia, delle attività di deposito e banca commerciale da quelle di *trading*, onde evitare che le banche usino i depositi dei propri correntisti per operazioni rischiose "in proprio" e che le eventuali sofferenze portino a una restrizione delle risorse disponibili per i prestiti all'economia reale.

dum³ - una proposta di regolamento (29 gennaio 2014, COM(2014) 43 fin.), il cui cammino si sta rivelando a dir poco vischioso.

L'adozione di tale regolamento non è, a me pare, uno scenario probabile⁴: la despecializzazione è un'icona *fanée* ma fortemente resistente, elemento strutturale del *business as usual* che ha manifestato inesauste capacità di ricompattarsi, resistendo negli anni all'incedere della crisi.

Resta, quindi, la diversa dimensione della proporzionalità con cui fare i conti, dimensione polimorfa e di non agevole praticabilità, che si innesta e si consolida in uno scenario irrevocabilmente diverso da quello su cui impattava il tub.

Sulla base di questa premesse, la riflessione che vi propongo seguirà tre snodi: che cosa ha comportato despecializzazione quale introdotta dal tub; come si innesta e si struttura il principio di proporzionalità nella sua declinazione attuale; quale può esserne la declinazione in prospettiva, il "futuribile".

2. Sul primo punto, mi limito a porre in sequenza alcune cose risapute – se pure non tutte condivise - quindi procedo per flash.

Prima dell'introduzione del testo unico bancario (d'ora in avanti, in acro-

³ Nel corso del 2013, subito dopo aver concluso un'ampia consultazione sul Rapporto (tutti i relativi lavori al sito *ec.europa.eu*), la Commissione ha indetto uno *Stakeholders meeting on Bank Structural Reform*, dalle cui conclusioni (al sito *ec.europa.eu*) filtrano i molti graneli di pietrisco disseminati sul binario della reintroduzione di un significativo elemento di rispecializzazione.

⁴ Trovo, purtroppo, conferma di tale previsione in una notizia diffusa ai primi di dicembre scorso, secondo cui il neo-insediato "commissario ai servizi finanziari Jonathan Hill starebbe valutando di stralciare la proposta dal programma di lavoro della Commissione... Il piano aveva già sollevato parecchi dubbi da parte degli Stati membri, preoccupati che una simile misura possa mettere a rischio attività come le cartolarizzazioni che aiutano a raccogliere fondi. E alcuni, come Gran Bretagna, Francia e Germania, hanno già introdotto misure simili per mitigare i rischi del trading bancario. Per Hill, quindi, la proposta potrebbe essere ritirata il prossimo anno se non vi saranno progressi all'Ecofin dove è attualmente parcheggiata in attesa di discussione" (ANSA EUROPA, *Banche: separazione attività, Ue potrebbe ritirare proposta*, 5 dicembre 2014, al sito *www.ansa.it*).

nimo: tub), lo scenario del mondo bancario nazionale era quello della "foresta pietrificata", secondo la nota espressione di Giuliano Amato. Espressione icastica, forse un po' esasperata, certo strumentale a sollecitare l'appetibilità di un nuovo scenario, destinato a sostituire quello consolidatosi nel complesso e variegato sistema normativo in cui si collocava la legge bancaria del 1936-'38.

Un sistema innervato su molteplici statuti e vincoli operativi, che erano in qualche modo ordinati dalla legge bancaria lungo la dorsale della raccolta, che segnava un macroversante di separazione. Da un lato del versante si creava un quadro di regolazione omogeneo per le diverse entità qualificate come aziende di credito, d'altro lato ci si limitava alla anodina concentrazione in capo al nuovo organo di vertice dell'apparato di vigilanza - il Comitato dei ministri - dei preesistenti poteri su una selezione di istituti di credito speciale, situazione poi tendenzialmente omogeneizzata solo dalla l. 10 febbraio 1981, n. 23, anch'essa occasionata da una crisi.

La portata dell'impianto che ho ricordato è stata oggetto di diverse letture, che Franco Belli sintetizzava efficacemente, in un lontano convegno svoltosi nella fase di genesi del tub, rilevando che in relazione "a questa separazione hanno coesistito a lungo due verità: 1) quella di una certa interpretazione della lettera della legge, tesa a sottolineare la rigida scansione temporale tra i due comparti; 2) quella invece più attenta alla *ratio* e agli interessi che la riforma bancaria industriale ritenne a suo tempo meritevoli di tutela, che sottolinea come in effetti l'obiettivo principale della legge bancaria non fu quello di introdurre il modello (per tanta parte astratto) della 'banca commerciale pura', ma quello di evitare le commistioni fra gestioni bancarie e gestioni industriali, intreccio che aveva fatto da sfondo al dipanarsi della crisi della banca mista 'alla tedesca

all'italiana' "⁵.

In relazione alle due, non incompatibili, verità si ponevano i poteri di vigilanza conferiti da legge bancaria - legge soprattutto attributiva di poteri, al pari del tub - che offrivano un puntuale strumentario per gestire la "separatezza" fra banca e industria e la separazione del lavoro bancario, in un ambiente estraneo ad ogni prospettiva concorrenziale, che giungeva anzi a funzionalizzare i comportamenti lesivi della concorrenza, consentendo l'uso dei cartelli bancari a fini di vigilanza⁶. E la locuzione "foresta pietrificata" lueggiava anche questo versante.

L'evoluzione dell'integrazione comunitaria segnata dall'adozione della II direttiva bancaria (n. 89/646) sommuove tutti gli elementi di questa realtà, aprendo irrevocabilmente una diversa prospettiva, in cui si colloca - dalla seconda metà degli anni '80 - un ampio novero di iniziative e misure: le privatizzazioni di Mediobanca (1984-'85) e, successivamente, delle banche d'interesse nazionale (1993); il compimento della disciplina di liberalizzazione dei movimenti di capitale (alla *deadline* comunitaria, fissata al 1990); l'elaborazione dell'art. 20 della legge *antitrust* (l. n. 287 del 1990) che, pur salvaguardando la specialità del mercato bancario, ne riconosce in via di principio la sottoposizione alle comuni regole a tutela della concorrenza; la legge Amato (l. n. 218 del 1990), nella sua duplice funzione di spinta fiscale alla concentrazione bancaria e di individuazione del percorso di despecializzazione istituzionale delle banche "pubbliche" (è noto che il processo di privatizzazione sostanziale si va compiendo solo ora, per cause diverse dall'osservanza alla normativa); il riconoscimento del ruolo diretto delle banche nei mercati mobiliari compiuto dalla l. n. 1 del 1991, che segna un

⁵ Cfr. BELLI, *Intervento alla Tavola rotonda*, in *Dall'attuazione della II direttiva CEE in materia bancaria al Testo Unico*, a cura di Antonucci, Bari, 1993, p. 115.

⁶ Sui poteri d'intervento sulle condizioni contrattuali, di cui all'art. 32, lett. *b* e *c*, l.b., cfr. MEZZACAPO, *Commento all'art. 32*, in *Codice commentato della banca*, a cura di Capriglione e Mezzacapo, Milano, 1990, I, p. 322 ss.

momento topico nella prospettiva dell'unificazione dei mercati finanziari.

Nel nuovo clima s'elabora la legislazione di adeguamento alla II direttiva bancaria, che "persegue l'allineamento complessivo della disciplina creditizia alle modalità di esercizio dell'attività bancaria che la direttiva presuppone, onde garantire agli enti creditizi nazionali condizioni di parità operativa con i concorrenti comunitari. L'adeguamento ordinamentale è stato guidato dai principi di despecializzazione istituzionale, operativa e temporale"⁷.

Restano residui di specialità - in Italia come in altri ordinamenti comunitari - ma la modifica è palpabile, simboleggiata dalla scelta del tub di non adoperare la nomenclatura di traslazione comunitaria "ente creditizio", ma di tornare al termine "banca", termine universalistico che riconcilia il linguaggio normativo con il linguaggio comune e che suona evocativo del ruolo tipico e pieno di intermediazione creditizia.

Termine quasi paradossalmente adoperato proprio quando si fondano i piloni di un'autostrada che corre in tutt'altra direzione, quella - ricordata nell'introduzione di Antonella Brozzetti - del modello di finanza occidentale incappato nel corto circuito dell'autunno 2007. Direzione segnata dal tub all'art. 12, che elimina la segmentazione dei mercati della raccolta, ma soprattutto all'art.10, che disegna un'impresa bancaria idonea a svolgere "ogni altra attività finanziaria", con piena capacità (sia giuridica, che operativa) del soggetto societario banca a navigare nel mare aperto dei mercati finanziari.

Come si gestisce il traffico su quest'autostrada? Intervenendo sull'organizzazione dei poteri di vigilanza che da poteri - spesso puntuali - dichiaratamente idonei a governare il mercato e la separazione del lavoro bancario divengono uno strumentario di gestione delle diverse tipologie di rischi assunti/assumibili

⁷ Così la *Relazione di accompagnamento* al d. lgs. 481/92 che, nel sistema di doppia delega previsto della legge comunitaria per il 1991, precedette l'emanazione del tub.

dal nuovo soggetto banca, strumentario connotato da una consistente crescita di discrezionalità (tecnica), realizzata tramite l'endiadi delegificazione dei poteri/legificazione delle finalità.

Anche in consonanza con indicazioni sovranazionali, all'epoca rivenienti dal I Accordo di Basilea (1988) si elabora un modello nazionale di vigilanza prudenziale giocato, quanto a finalità, sulla 'formula magica' della sana e prudente gestione (connotata dall'ambiguità irrisolta che a Franco Belli piaceva così sottolineare: è mezzo o fine?), quanto a cornice normativa dei poteri, sulle macroaree di cui all'art. 53, 1° co., tub, involucro di contenuti regolamentari in evoluzione, sempre più spesso discendenti da indicazioni sovranazionali che inevitabilmente - per la loro genesi - guardano alla gestione dei rischi delle grandi banche, trovando in quel *business model* la loro stessa ragion d'essere.

3. Nel corso degli anni, l'involucro normativo nazionale è stato progressivamente permeato dall'indicato tipo di regole sovranazionali, che hanno poi assunto un carattere torrentizio con il consolidarsi e le ricadute di fattori di crisi finanziaria, continuando sempre, necessariamente, a guardare alle banche a rischio sistemico.

Il progredire dell'*overruling* - metodica regolatoria consolidata e oggetto di sempre più diffuse critiche - sembra voler essere in qualche misura bilanciato con l'impiego del principio di proporzionalità, che con sempre maggior frequenza viene inserito, o meramente evocato, in una serie di fonti di diverso grado e natura.

Principio trasversale che - pur godendo di un risalente patrimonio di elaborazione sia italiana che europea, peraltro maturato in prospettive disciplinari

non afferenti alla regolazione bancaria⁸ - resta in buona misura asettico se non si individuano i termini della proporzione: senza parametri di riferimento è, infatti, impossibile dare piena configurazione e concreta applicazione al principio.

Una individuazione dell'intero paradigma della proporzionalità è di recente venuta proprio dalla culla del *one size fits all*, con una sorta di beatificazione celebrata dall'ultima revisione dei *Core Principles* del Comitato di Basilea⁹, che reiteratamente evocano il "metodo" e/o "criterio" e/o "principio" di proporzionalità.

Il paradigma è definito al Principio 9, rivolto a configurare i "Metodi e strumenti prudenziali", con riferimento agli ampi parametri del profilo di rischio e della rilevanza sistemica delle banche¹⁰. Parametri il cui contenuto è specificato, "ai fini del presente documento", riferendo il profilo di rischio a "la natura e la portata delle esposizioni al rischio assunte da una banca", la rilevanza sistemica a "dimensioni, interconnessione, sostituibilità come operatore di mercato o fornitore di servizi, eventuale operatività internazionale e complessità della banca", elementi atti a designare le banche a rilevanza sistemica globale¹¹.

Oltre ad essere oggetto di espressa prescrizione nel riferito Principio, la proporzionalità pervade il tessuto dei CPs, come chiave di volta dell'equilibrio del sistema, idoneo a perseguire il fine di "contemperare l'obiettivo di istituire standard più rigorosi per la vigilanza bancaria con quello di far sì che i Principi fondamentali rimangano flessibili e applicabili mondialmente"¹².

⁸ Su cui cfr. le notazioni di MAIMERI, *Criterio di proporzionalità ed efficacia dei modelli di risk management*, in *Dir. banc.*, 2011, I, p. 241 ss.

⁹ Cfr. *Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria*, settembre 2012

¹⁰ Si riporta il Principio, per comodità del lettore: "Principio 9 – Metodi e strumenti prudenziali. L'autorità di vigilanza impiega una gamma appropriata di metodi e strumenti per dare applicazione all'approccio prudenziale e fa uso delle risorse prudenziali in modo proporzionale, commisurato al profilo di rischio e alla rilevanza sistemica delle banche".

¹¹ Cfr. *Principi*, cit., rispettivamente note 7 e 8

¹² Cfr. *Principi*, cit., n. 4.

Tale flessibilità si realizza all'interno dell'approccio *risk based*, per cui, con riguardo "ai requisiti imposti dalle autorità di vigilanza alle banche, il concetto di proporzionalità trova riflesso nei Principi dedicati alla valutazione da parte delle autorità della gestione dei rischi delle banche, i quali prescrivono aspettative prudenziali commisurate al profilo di rischio e alla rilevanza sistemica della banca"¹³.

La prospettiva così adottata si limita a prefigurare un'azione sull'impatto quantitativo del carico regolamentare e dell'azione di vigilanza, senza porre minimamente in discussione il fatto che la qualità delle regole sia universalmente idonea. Sia, cioè, capace di consentire una vigilanza sui diversi *business models* - tuttora presenti sul mercato - che sia al contempo efficace e rispettosa delle diversità dell' "ampio spettro di banche" menzionate dagli stessi CPs, "dagli istituti di grandi dimensioni attivi a livello internazionale alle banche di deposito piccole e poco complesse"¹⁴.

Diversità rilevanti non per nostalgia del pluralismo, ma come limite ad una visione omologante, di cui va vagliata la compatibilità con la libertà d'impresa come costituzionalmente tutelata nel nostro ordinamento, che com'è noto subordina l'apposizione di limiti a riserva di legge e a precisi parametri di legittimità di tale legge (art. 41, 3° co., Cost.).

4. In una trama regolatoria fortemente delegificata ed intessuta di normazione secondaria che si conforma al descritto approccio quantitativo, si pone il problema se nel nostro ordinamento sia rinvenibile una norma che assolve alla ricordata riserva di legge, conferendo specifico rilievo normativo al principio di proporzionalità.

¹³ Cfr. *Principi*, cit., n. 17.

¹⁴ Cfr. *Principi*, cit., n. 4.

Un referente in tal senso potrebbe essere offerto dall'art. 23 della legge risparmio (n. 262 del 2005) che, nel quadro di un esteso intervento sull'attività provvedimentale nel settore finanziario discendente da una serie di corpose tensioni, dedica specifica attenzione anche al principio di proporzionalità. Ai sensi del 2° co., in fine, infatti, le autorità di vigilanza (Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip) "nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, (...) tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari". La declinazione del nulla!

E soggiunge la norma in considerazione: "A questo fine", le autorità di vigilanza "consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori".

Si tratta, all'evidenza, di un elenco demagogico-esemplificativo che chiaramente palesa l'assenza di ogni distinta preoccupazione per la tutela dei diritti dei soggetti vigilati; né di tanto v'è traccia nel substrato dei lavori preparatori.

A risultato non significativamente diverso si giunge in via esegetica, ove si legga la locuzione appena riferita in relazione alla prima parte dello stesso 2° comma, che prevede una pubblicizzazione dell'analisi d'impatto regolamentare. Tale metodica valutativa, già introdotta dalla legge di semplificazione 2001 come processo interno alle autorità amministrative indipendenti¹⁵, diviene infatti, con la legge risparmio, oggetto di una relazione accompagnatoria degli atti di regolazione, "che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori".

¹⁵ Così l'art. 12 l. n. 229 del 2003: "Analisi di impatto delle funzioni di vigilanza e regolazione delle autorità amministrative indipendenti - Le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie, si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione e, comunque, di regolazione".

tori".

Prescindendo da valutazioni sull'efficienza della regola¹⁶, quel che qui interessa rilevare è che i referenti individuati in rapporto al principio di proporzionalità replicano l'ampio bacino di predittività disegnato per l'Air, riguardando l'impatto dello strumento sia sul quadro regolatorio, sui soggetti passivi della regolazione, sia sugli *stakeholders*.

Dovendo, dunque, il contenuto degli atti di regolazione disciplinati dalla norma in esame conformarsi al principio di proporzionalità con specifico riferimento ai medesimi profili oggetto dell'Air, può concludersi che la sua declinazione dev'essere tracciata - nella relativa relazione - con riferimento sia alla scelta strumento in relazione alle sue finalità, sia alla sua capacità di ottimizzare il rapporto costi-benefici per i destinatari della misura. Ma, invero, non mi pare di aver riscontrato una cospicua presenza di simile percorso: fin qui, la proporzionalità resta un vago principio.

Replicando lo sperimentato modello di delegificazione del tub, anche la norma in considerazione rimette a regolamenti delle autorità interessate "l'applicazione dei principi di cui al presente articolo" (art. 23, 4° co., l. risp.). L'attesa della concretizzazione dell'enunciato principio di proporzionalità si sposta, dunque, alla normativa secondaria.

Attesa invero poco fruttuosa, in quanto il regolamento adottato dalla Banca d'Italia (24 marzo 2010) relega il principio di proporzionalità - quale previsto dalla legge risparmio¹⁷ - nei *considerata*, riconducendovi contenuti privi di uno specifico impatto applicativo, dai quali volutamente si astiene.

Tanto emerge a tutte lettere dal resoconto di consultazione ove, a fronte

¹⁶ Per i limiti di vincoli normativi calati in contesto estraneo alla cultura della valutazione cfr. RANGONE, *Regolatori indipendenti e analisi preventiva degli impatti delle regole. Prospettive, limiti e possibili sviluppi*, in *Concorrenza e mercato*, Milano, 2012, p. 675 ss.

¹⁷ Di diversa portata la menzione che del principio si fa all'art. 1, 6° co., reg., che dichiaratamente esorbita dalle previsioni della norma considerata.

di specifiche richieste di declinazione del principio in relazione ad elementi specifici, quali indici dimensionali e di complessità operativa, si afferma che il principio "ispira l'intera disciplina proposta nello schema di Regolamento" ed è "sotteso alle previsioni in materia di analisi d'impatto e di consultazioni", ma "si ritiene preferibile evitare" di determinare criteri specifici, "la cui rilevanza e apprezzabilità in concreto non può che essere valutata caso per caso"¹⁸.

Si conferma, quindi, la frammentaria applicazione del principio di proporzionalità, che pervade la normativa secondaria. Ciò benché la Guida per l'attività di vigilanza (circ. n. 269 del 2008) - dichiarato in premessa un "approccio" proporzionale indirizzato a graduare i controlli in proporzione alla dimensione, alla rilevanza sistemica e alla problematicità degli intermediari - ripartisca i soggetti vigilati in cinque 'macrocategorie' discriminate sia per dimensione (totale attivo) sia per diversi indici di complessità (sistema di misurazione dei rischi IRM, patrimonio gestito, attività di negoziazione) all'espresso fine di graduare "gli adempimenti richiesti ai soggetti vigilati ... in funzione delle loro caratteristiche, dimensioni, complessità".

Acquisita, dunque, la non universalità della classificazione così compiuta, va per altro aspetto rilevato che il tipo di criteri qualitativi selezionati guarda a quel tipo di *business model* posto sull'autostrada della finanziarizzazione evocato in apertura, cui – come s'è visto - guarda anche Basilea. Né potrebbe realisticamente farsi molto di diverso, visti sia il contesto normativo nazionale che l'inevitabile erosione degli spazi di autonomia nazionali, tanto nella regolazione che nelle pratiche di vigilanza.

5. Il problema di misurare e - soprattutto - di qualificare la proporzionalità

¹⁸ Cfr. *Resoconto della consultazione sul regolamento di attuazione dell'art. 23 l. risparmio*, al sito www.bancaditalia.it, 6.

si pone oggi, inevitabilmente, a livello europeo, sia per il versante della produzione delle regole, sia per quello dell'approccio di vigilanza. E la questione tocca non solo e non tanto gli intermediari significativi, quanto e soprattutto quelli al qua della soglia, come noto numerosissimi se pur scarsamente rilevanti come volumi.

Si è già rilevato che gli intermediari significativi hanno regole *taylormade*, che mal si adattano – per quantità e qualità – a quelli non significativi. Come si declina, allora, un abbigliamento in serie adeguato non a un singolo mercato nazionale, ma simultaneamente ai diversi mercati europei¹⁹?

Una soluzione soddisfacente certo non può essere quella di addossare ai vigilati la responsabilità di ritagliarsi un abito 'proporzionale'... salvo lo scrutinio di vigilanza, come consacrato dall'ultima CRD (dir. n. 2013/36)²⁰ e già raccolto, ad esempio, nella nuova disciplina nazionale della *corporate governance*²¹ e del

¹⁹ In tutt'altro settore merceologico, il gruppo Zara ha segnato il proprio successo proprio risolvendo questo genere di *gap*, facendo ricorso ad un sistema informatico che rileva le peculiarità nazionali e le riversa nelle linee produttive, caratterizzate dal minimo di variazioni necessarie a rispondere alle esigenze dei diversi mercati locali.

²⁰ Anche per questo aspetto, cruciale e trasversale, si conferma la caratteristica della tornata applicativa di Basilea 3 (CRD IV e CRR, reg. n. 575/2013) che significativamente accentua l'imputazione agli organi societari della responsabilità per la gestione dei rischi. E ciò in un contesto sanzionatorio che, specie nell'adeguamento italiano, sembrerebbe destinato ad essere significativamente rafforzato (così pare orientato lo schema di decreto legislativo elaborato in esecuzione della delega conferita dall'art. 2 della legge di delegazione europea 2013 - II semestre, n. 154 del 2014).

²¹ La fonte disciplinare di riferimento è oggi costituita dal titolo IV, cap. I, circ. n. 285 del 2013, nell'aggiornamento del 6/5/2014. Il testo vigente mantiene e accentua il carattere "artatamente" generale della previgente disciplina (in formale rispetto della libertà di autodeterminazione nelle scelte dell'impresa), articolandosi in principi generali (in seguito: PG) e linee applicative (in seguito: LA), che funzionano sempre come una tenaglia: i primi, attraverso norme di carattere generale, fissano gli obiettivi della disciplina rimettendo all'autonomia degli intermediari la concreta individuazione delle soluzioni più idonee a realizzarli (secondo criteri di proporzionalità che tengono conto della dimensione o della complessità della banca); le seconde agevolano, su alcuni aspetti specifici della materia, l'attuazione delle norme generali, ma "senza esaurirne il contenuto precettivo".

In questa tenaglia - secondo meccanismo consolidato - la responsabilità delle scelte di *corporate governance* è addossata agli organi sociali, salvo lo scrutinio di vigilanza che ha come parametro di discrezionalità una clausola resa ancor più ampia: adeguatezza all'attuazione piena e sostanziale delle presenti disposizioni e - questa la novità - "alle finalità che esse intendono conse-

sistema dei controlli interni²².

La CRD IV evoca a piene mani la proporzionalità (molto nei *considerando*!) e apre - prudentemente - alcune possibilità di graduazione in relazione ai parametri della natura, ampiezza, complessità delle attività degli enti vigilati²³.

Nella CRD IV, inoltre, la proporzionalità assume anche una nuova sfumatura, in quanto si declina non sempre solo con riferimento ai parametri micro-prudenziali che ho ricordato, ma anche avendo riguardo alla ricaduta di mercato – sull'intero mercato interno o su sue parti - di alcune possibili misure, rifuggendo dal rischio di frapporre ostacoli funzionamento del mercato interno²⁴.

Ciò disposto, la CRD IV sembra però, al fondo, guardare con allarme alla proporzionalità, espressamente ritenendola fonte di rischi di lacune regolamentari e, di conseguenza, individuandola come profilo specifico oggetto di riesame (art. 161, par. 2, lett. a).

Nella normativa europea, quindi, si registra una diffidente apertura ad una proporzionalità co-gestita, spesso attivata da scelte del vigilato, così trasformando una regola d'azione pubblica in una responsabilità del vigilato.

guire". Anche dovendosi intendere quest'ultima espressione come rinvio non alla *mens legis* ma alle finalità esplicitate nel provvedimento, la formula fa comunque rinvio ad 'universo e zone limitrofe', essendo esplicitate le seguenti finalità: "la chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, l'appropriato bilanciamento dei poteri, l'equilibrata composizione degli organi, l'efficacia dei controlli, il presidio di tutti i rischi aziendali, l'adeguatezza dei flussi informativi".

²² Cfr. il 15° agg., 3 luglio 2013, della circolare n. 263 del 2006. Anche in questo caso, il tema è stato oggetto di discussione in sede di consultazione (i relativi lavori al sito www.bancaditalia.it), evidenziandosene le criticità specie nelle risposte di ABI e Federcasse. Sul punto, così si esprime il Resoconto della consultazione (33 s.), respingendo la proposta di sottoporre ad autorizzazione della Banca d'Itali l'applicazione del principio di proporzionalità, in linea con quanto previsto in altri ordinamenti: "Le disposizioni di vigilanza, in alcune circostanze, graduano le previsioni normative tenuto conto delle caratteristiche degli intermediari ... in altre circostanze è rimesso all'autonomia degli intermediari applicare le norme in funzione del principio di proporzionalità, fermo restando che la Banca d'Italia valuta la corretta applicazione del principio".

²³ Cfr., ad esempio, per la configurazione della funzione di *risk management*, l'art. 76, par.5.

²⁴ Cfr., ad esempio, l'art. 74, par. 4, in tema piani di risanamento, e gli artt. 131, par. 6 e 133, par. 10, in tema di riserve.

Un approccio di tal genere desta, in primo luogo, forti perplessità per il metodo. Infatti, se non riescono i vigilanti - in base a tutte le informazioni di cui dispongono - a frazionare l'universo dei vigilati in *cluster* omogenei, che diano un termine di raffronto per i dosaggi proporzionali, quali strumenti può avere il vigilato - specie se piccolo e non connesso ad una rete, come quelle del credito cooperativo, la *stand alone small bank* – per procedere ad una applicazione proporzionata del carico regolamentare? S'apre il campo al rischio di scelte opportunistiche e, comunque, ad un aggravio di responsabilità per le banche e per gli esponenti aziendali e ad una forte disomogeneità nell'applicazione del principio di proporzionalità.

Viene quindi in evidenza la seconda criticità dell'approccio in considerazione, che rende difficile, se non impossibile, procedere ad una credibile valutazione d'impatto, richiesta sia dall'ordinamento nazionale, che da quello europeo nella prospettiva della *smart regulation*²⁵. Prospettiva che onera di specifico compito tutti i soggetti coinvolti nei processi di produzione normativa, ivi incluse le ESA.

Naturalmente, anche l'EBA è chiamata a confrontarsi con il tema della proporzionalità e lo fa tanto faticosamente che ad ottobre scorso ha tenuto un denso workshop²⁶, organizzato - parole del presidente Enria - "because all too often we have heard backhand comments about us not taking proportionality seriously enough". E gli articolati lavori hanno posto in luce non tanto soluzioni, quanto problemi di rigidità delle norme di I livello e di difficoltà di individuazione di *peer cluster*. Nel "futuribile", quindi, s'apre uno scenario di carico regolamentare non efficientemente valutabile e di micro-vigilati le cui energie e risorse vengono riversate nella formale osservanza di una normativa megalitica, il cui

²⁵ Per riferimenti, cfr. il sito ec.europa.eu.

²⁶ Cfr. *EBA workshop on proportionality measures for regulatory purposes*, 22/10/2013, i cui lavori possono leggersi al sito dell'Autorità.

peso è palesemente in relazione inversa rispetto alla dimensione (esistendo comunque un consistente zoccolo duro non erodibile dalla proporzionalità, quale che ne sia l'applicazione). E - ciò che è più grave - di una normativa caratterizzata da contenuti che si sono rivelati inefficienti in relazione alla supervisione delle banche minori. Se si scorre la lista delle banche commissariate, vi si trovano solo piccole banche! E certo questo non si spiega evocando - com'è ormai d'uso - il problema delle operazioni con parti correlate, che tocca tutti gli intermediari, anche i big, né il *too big to fail*, visto che risapute criticità toccano anche banche certo non sistemiche. Il dato, troppo univoco per poter essere considerato casuale, induce piuttosto a condividere l'idea che sia l'attuale modello di vigilanza - col suo strumentario, dai criteri di ponderazione dei rischi agli *early warning indicators* - che non va bene per tutti. Che, anzi, si rivela strutturalmente idoneo ad espellere dal mercato la piccola banca 'tradizionale', marginale rispetto alla finanziarizzazione, finendo per rivelarsi servente rispetto al *business model* che vuol governare, alimentandosi in un uroboro che si stringe attorno all'economia reale, marginalizzando quella funzione sociale delle banche cara a Franco Belli.

Antonella Antonucci

*Ordinario di Diritto dell'Economia
nell'Università di Bari*

LE “PROCEDURE COMUNI” NEL MECCANISMO DI VIGILANZA UNICO SUGLI ENTI CREDITIZI: PROFILI SOSTANZIALI E GIURISDIZIONALI.

ABSTRACT: *Among ECB supervisory procedures, as defined in point (24) of Article 2 of Regulation (EU) No 468/2014 of the European Central Bank, the procedures for authorisation to take up the business of a credit institution, for withdrawal of authorisation and for assessment of the acquisition of a qualifying holding are referred to as “common procedures”, since they applies to all supervised entities. The common procedures are analyzed here from a procedural, structural and functional point of view in order to highlight how significant are the changes introduced by the SSM regulation in relation to the supervision of the above-mentioned key moments in the life of credit institutions*

SOMMARIO: 1. Il completamento del quadro regolamentare. - 2. Il riparto di competenze all'interno dell'MVU e le procedure di classificazione e declassificazione dei soggetti vigilati. - 3. Procedure comuni, procedure di vigilanza della BCE e procedure di vigilanza delle ANC. - 4. La procedura di autorizzazione all'esercizio dell'attività, il ruolo e le funzioni delle ANC; profili di disallineamento delle disposizioni italiane. - 5. Strutture bifasiche e monofasiche nella procedura di autorizzazione all'accesso all'attività bancaria. - 6. La procedura di revoca dell'autorizzazione e di decadenza. - 7. La procedura di controllo degli assetti proprietari. - 8. La tutela giurisdizionale. - 9. Osservazioni conclusive.

1. Con l'adozione del regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca Centrale Europea del 16 aprile 2014, istitutivo del quadro di cooperazione tra le autorità nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico, ai sensi dell'art. 6, § 7, e dell'art.

33, §§ 1 e 2, del regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, è stato completato il quadro normativo¹ per il concreto avvio del Meccanismo (MVU), che, come è noto, è il sistema europeo di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, composto dalla BCE e dalle autorità di vigilanza dei diciannove Stati membri dell’UE che hanno adottato l’euro come moneta comune (suscettibile di essere esteso ad altri Stati membri dell’Unione sotto forma della instaurazione di una “cooperazione stretta” tra l’autorità nazionale competente e la BCE, su richiesta dello stesso Stato interessato)².

I soggetti vigilati ammontano a diverse migliaia (circa 4700, secondo la cifra indicata dalla BCE nell’ultima edizione della sua “Guida alla vigilanza bancaria”³) e comprendono gli enti creditizi degli Stati che partecipano all’MVU, le succursali stabilite da enti creditizi di Stati membri non partecipanti, le società di partecipazione finanziaria e quelle di partecipazione finanziaria mista, assicurando il meccanismo unico anche la vigilanza su base consolidata e quella supplementare sui conglomerati finanziari.

Il sistema ha avuto concreto avvio il 4 novembre 2014, secondo la tempistica prevista nello stesso regolamento del 2013 (art. 33, § 2).

2. All’interno del Meccanismo vige un riparto di competenze, tra le auto-

¹ Nel corso del presente scritto per lo più ci si riferirà al regolamento (UE) n. 1024/2013 come al “regolamento MVU”, ed al regolamento (UE) n. 468/2014 come al “regolamento BCE” o al “regolamento quadro”.

² Sulla base giuridica del regolamento istitutivo dell’MVU (la c.d. *enabling clause* dell’art. 127, § 6, TFUE), i suoi limiti e la natura compromissoria del meccanismo medesimo, sia consentito il rinvio, per tutti, a GUARRACINO, *Il Meccanismo unico di vigilanza sugli enti creditizi tra diritto primario e riforma dei Trattati*, in questa *Rivista*, 2013, I, in part. p. 187 ss., p. 194 ss.

³ La Guida è pubblicata sul sito internet della BCE in esecuzione dell’*Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo e la Banca centrale europea sulle modalità pratiche dell’esercizio della responsabilità democratica e della supervisione sull’esecuzione dei compiti attribuiti alla Banca centrale europea nel quadro del meccanismo di vigilanza unico* (2013/694/UE), in GU L 320 del 30.11.2013, p. 1.

Il riferimento nel testo è alla versione datata novembre 2014, p. 8.

rità che vi concorrono, che vede in posizione preminente la BCE, cui spetta la responsabilità di garantirne il funzionamento efficace e coerente; le autorità nazionali devono assisterla nella preparazione e nell'attuazione degli atti relativi all'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, ma anche seguirne le istruzioni (art. 6, § 3, reg. MVU).

Sulla ricostruzione di questo sistema, disegnato dal reg. UE 1024/2013 attraverso una serie di rinvii tra i suoi articoli, la dottrina ha avuto modo di soffermarsi all'indomani della sua approvazione⁴.

Qui è sufficiente richiamarne le linee essenziali.

Vi sono, anzitutto, funzioni di vigilanza che, per ragioni di rilevanza intrinseca ed assoluta, sono riservate in via generale ed esclusiva alla BCE.

Si tratta del rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria, della revoca dell'autorizzazione e della valutazione prudenziale delle acquisizioni e delle cessioni di partecipazioni rilevanti negli enti creditizi.

In queste materie le autorità nazionali (ANC: autorità nazionali competenti) svolgono un ruolo per lo più ausiliario, come si dirà in seguito, mentre l'allocazione in capo alla BCE della responsabilità decisionale ultima assicura, al riparo da condizionamenti nazionali, l'uniformità e l'imparzialità dell'azione di vigilanza, a garanzia della parità di trattamento tra gli operatori e dell'integrità del mercato unico.

Vi sono, poi, funzioni che il regolamento sull'MVU assegna alla BCE o alle autorità nazionali sulla base di condizioni di maggiore o minore significatività del

⁴ Solo per citarne alcuni, si vedano i contributi contenuti in AA.VV., *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri* (Atti del convegno organizzato dalla Banca d'Italia, Roma, 16 settembre 2013), in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 75, Roma, 2014, e nel numero (pressoché) monografico dedicato al tema dalla *Law and Economics Yearly Review*, vol. 2, parte 1, 2013.

Per una disamina di più ampio respiro, cfr. CAPRIGLIONE, *L'unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013.

singolo intermediario vigilato.

In questo caso si ha un riparto di competenze basato sulla rilevanza del soggetto vigilato, anziché della funzione esercitata.

Si distinguono, al riguardo, intermediari significativi ed intermediari meno significativi per fondare, sulla qualifica dei primi, una competenza in via diretta della BCE.

Significativi sono gli intermediari che soddisfano almeno uno dei requisiti stabiliti dall’art. 6, § 4, del reg. UE n. 1024/2013, modellati su criteri dimensionali, di importanza per l’economia nazionale o dell’Unione, di significatività dell’attività transfrontaliera, di coinvolgimento dei meccanismi europei di assistenza finanziaria pubblica⁵.

⁵ Gli indici di maggiore significatività stabiliti dal regolamento MVU per gli enti creditizi, le società di partecipazione finanziaria, le società di partecipazione finanziaria mista e le succursali di enti creditizi di Stati membri non partecipanti sono riferiti alla misura del valore complessivo delle attività dell’intermediario vigilato, in termini assoluti (superiore a € 30 mld.) ovvero in termini relativi (superiore al 20% del PIL dello Stato membro di stabilimento, purché non inferiore a € 5 mld.); all’importanza dell’intermediario per l’economia nazionale, secondo una valutazione della ANC confermata dalla BCE, ovvero per l’economia dell’Unione (i relativi criteri sono dettati negli artt. 56-58 del regolamento BCE); al fatto che, comunque, rientri tra i tre enti creditizi più significativi di uno Stato membro partecipante (sulla base del criterio delle dimensioni); tutto ciò salvo che “circostanze particolari” intervengano, nondimeno, a giustificare la classificazione del soggetto vigilato come soggetto meno significativo. Tuttavia, né il regolamento MVU, né il regolamento BCE specificano di cosa esattamente debba trattarsi: nel silenzio del primo, quest’ultimo si limita, in modo generico e insoddisfacente, a menzionare «circostanze specifiche e fattuali che rendono inappropriata la classificazione di un soggetto come significativo, tenuto conto degli obiettivi e dei principi del regolamento sull’MVU e, in particolare, della necessità di garantire l’applicazione coerente di standard di vigilanza elevati» (art. 70) e a stabilire che «la sussistenza di circostanze particolari che giustificano la classificazione come meno significativo di un soggetto vigilato che altrimenti sarebbe considerato significativo è determinata caso per caso e in modo specifico per il soggetto o gruppo vigilato in questione, e non per categorie di soggetti vigilati» (art. 71, § 1), con decisione che la BCE è (ovviamente) tenuta a motivare (art. 72, § 3).

La valutazione di significatività va effettuata «su base consolidata, al massimo livello di consolidamento all’interno degli Stati membri partecipanti, ovvero singolarmente, nel caso specifico di succursali, stabilite in Stati membri partecipanti, di enti creditizi stabiliti in Stati membri non partecipanti» (art. 6, § 4, reg. MVU; cfr., per le norme di attuazione, artt. 51, 53 e 54 reg. BCE). Per l’art. 6, § 4, reg. MVU, la BCE può altresì considerare, di sua iniziativa, di importanza significativa un ente quando le sue attività transfrontaliere rappresentino una parte significativa delle sue attività o passività totali (i criteri per la determinazione della significatività di un grup-

Meno significativi sono, al contrario, tutti gli altri.

La BCE vigila direttamente sui primi, mentre le ANC conservano la vigilanza sugli intermediari meno significativi, pur dovendola esercitare ora nel quadro di cooperazione all'interno dell'MVU e sotto la sorveglianza della BCE, che, per un verso, è titolata ad adottare regolamenti, orientamenti e istruzioni generali e, per altro verso, ad avocare le funzioni delle ANC qualora sia «necessario per garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati» (cfr. art. 6, § 5, lett. b, reg. MVU).

Naturalmente la classificazione va aggiornata periodicamente, essendo naturalmente possibile che nel tempo un ente originariamente munito di maggiore rilevanza possa non soddisfarne più i criteri, e viceversa.

Il regolamento BCE n. 468/2014 prevede che la verifica dei presupposti e il conseguente riesame della qualifica del soggetto vigilato ai fini della corretta classificazione in termini di significatività sia effettuata almeno con cadenza annuale (cfr. art. 43 reg. BCE) e che l'esito possa giustificare la declassificazione da soggetto vigilato significativo a soggetto meno significativo, con conseguente cessazione della vigilanza diretta della BCE, soltanto se il soggetto vigilato o il gruppo cui esso appartiene non soddisfi nessuno dei criteri di significatività per tre anni consecutivi (cfr. l'art. 47 reg. BCE per maggiori dettagli); ciò non vale per il caso inverso e, dunque, la circostanza che un soggetto vigilato meno significativo venga successivamente a integrare una delle condizioni di maggiore signifi-

po vigilato in base alla significatività delle attività transfrontaliere sono dettati negli artt. 59-60 del reg. BCE, che si riferiscono a un'incidenza percentuale dell'attività transfrontaliera sul totale delle attività o passività superiore al 20%, purché il valore totale delle attività del gruppo sia superiore a € 5 mld.).

Sono, invece, annoverati *ipso iure* tra i soggetti vigilati significativi, e quindi sottoposti senz'altro alla vigilanza diretta della BCE, gli enti per i quali è stata richiesta o ricevuta direttamente assistenza finanziaria pubblica dal FESF (European Financial Stability Facility) o dal MES (Meccanismo europeo di stabilità) (art. 6, § 4, penultimo comma, reg. MVU; artt. 61-63 reg. BCE) e tutti i soggetti vigilati appartenenti al medesimo gruppo (cfr. art. 64 reg. BCE).

cattività è sufficiente perché si avvii senz’altro la procedura di riclassificazione

La classificazione e la declassificazione dei soggetti vigilati formano oggetto di apposite decisioni⁶ della BCE, prese all’esito di un procedimento in contraddittorio con gli interessati⁷, e si riflettono nell’attestazione che ne viene fatta con la pubblicazione in formato elettronico, sul sito Internet della stessa BCE, dell’elenco dei soggetti e dei gruppi vigilati che ricadono sotto la sua vigilanza diretta, nonché dell’elenco dei soggetti vigilati che ricadono, invece, sotto la vigilanza di un’ANC (con indicazione della relativa ANC), entrambi aggiornati periodicamente (art. 49 reg. BCE); la BCE è chiamata ad indicare nel primo elenco il fondamento giuridico specifico della sua vigilanza diretta, nonché i nominativi dei soggetti vigilati che, sebbene qualificabili come significativi alla stregua dei suddetti parametri, sono stati considerati meno significativi in ragione di particolari circostanze⁸, come consente l’art. 6, § 4, reg. MVU.

Qualora, all’esito delle verifiche di rispondenza ai parametri di classificazione, la BCE decida che debba cessare la vigilanza diretta su un soggetto o un gruppo (essendone venute meno le relative condizioni) ovvero decida di assumere la vigilanza diretta su un soggetto o un gruppo (avendo essi attinto condizioni di maggiore significatività), è necessario che l’autorità nazionale competente e la BCE cooperino per assicurare un ordinato trasferimento delle competenze di vigilanza (cfr. art. 43 § 6 reg. BCE). Peraltro, di regola ciascuna autorità mantiene la competenza a definire le procedure pendenti alla data del passag-

⁶ E’ superfluo ricordare la tipologia degli atti giuridici della BCE: per l’assolvimento dei propri compiti essa, a seconda dei casi, può emanare regolamenti, prendere decisioni, ovvero formulare raccomandazioni e pareri (art. 132 TFUE; art. 34.1 Statuto), così come previsto in generale per tutte le istituzioni dell’Unione (art. 288 TFUE).

⁷ Alla prima classificazione dei soggetti vigilati, in vista dell’effettivo avvio dell’MVU, è dedicata la norma transitoria di cui all’art. 147 del reg. BCE, che ormai ha un interesse soltanto storico, il cui terzo paragrafo pure ha specificamente previsto che la BCE, prima assumere una decisione sulla classificazione di un intermediario come soggetto vigilato significativo, dovesse offrire all’interessato la possibilità di presentare osservazioni per iscritto.

⁸ Sulle “circostanze particolari” si veda quanto detto *supra*, nota n. 5.

gio di consegne, assumendo le proprie decisioni «conformemente al diritto applicabile in virtù dei poteri che essa conserva» (art. 48 § 3 reg. BCE).

Va rammentato, infine, che i poteri di vigilanza e controllo attribuiti alle ANC per il perseguimento di finalità che esulano dagli scopi perseguiti con l'istituzione dell'MVU permangono di competenza esclusiva delle autorità nazionali (cfr. art. 1, § 5, reg. MVU)⁹.

3. Come si è detto, il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, la revoca dell'autorizzazione e la valutazione prudenziale delle acquisizioni e delle cessioni di partecipazioni rilevanti negli enti creditizi spettano in ogni caso alla BCE, senza alcuna distinzione di maggiore o minore significatività dell'ente interessato.

Trattandosi di funzioni che riguardano indistintamente tutti i soggetti vigilati, le relative procedure sono chiamate, nel regolamento quadro, «procedure comuni» (art. 2, n. 3, reg. BCE).

Esse rientrano nel più vasto insieme delle «procedure di vigilanza della BCE», che nel regolamento quadro è contrapposto all'insieme delle «procedure di vigilanza delle ANC», le prime finalizzate all'adozione delle decisioni di vigilan-

⁹ Un elenco di queste attività è contenuto nel ventottesimo considerando del reg. (UE) n. 1024/13: «È opportuno lasciare alle autorità nazionali i compiti di vigilanza non attribuiti alla BCE, in particolare i seguenti compiti: ricevere dagli enti creditizi le notifiche in relazione al diritto di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, esercitare la vigilanza sui soggetti che, benché non rientranti nella definizione di «ente creditizio» ai sensi del diritto dell'Unione, il diritto nazionale sottopone alla stessa vigilanza degli enti creditizi, esercitare la vigilanza sugli enti creditizi dei paesi terzi che aprono una succursale o che prestano servizi transfrontalieri nell'Unione, esercitare la vigilanza sui servizi di pagamento, effettuare le verifiche quotidiane sugli enti creditizi, assolvere nei confronti degli enti creditizi la funzione di autorità competenti in relazione ai mercati degli strumenti finanziari, prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo e proteggere i consumatori».

za della BCE¹⁰, le seconde all’adozione delle decisioni di vigilanza di competenza delle ANC¹¹ (che, come si vedrà, non sempre riguardano soltanto i soggetti vigilati meno significativi).

Alle procedure comuni è dedicata una disciplina specifica contenuta nella parte V del regolamento quadro (artt. 73 – 88), la quale si somma a quella generale per le procedure di vigilanza della BCE che è dettata nella parte III del medesimo regolamento (artt. 19-38); al contrario, le procedure di competenza delle autorità nazionali (le procedure di vigilanza delle ANC) ed i segmenti domestici delle procedure di competenza della BCE restano soggetti al diritto nazionale.

4. Le «procedure comuni» abbracciano momenti fondamentali per gli intermediari creditizi ed il mercato.

In particolare, la riserva alla BCE della competenza ad adottare i provvedimenti di autorizzazione e di revoca dell’autorizzazione all’accesso all’attività per tutti gli enti creditizi, nessuno escluso (cfr. art. 4, § 1, lett. a; art. 14 reg. (UE) 1024/13), la rende l’unica autorità che, nell’ambito dell’MVU, ha il potere di consentire alle imprese l’accesso al mercato e simbolizza, plasticamente, la rivoluzione di metodo e di merito che si annida nella formula del “meccanismo” di vigilanza unico.

Le autorità nazionali concorrono, infatti, allo svolgimento di queste procedure principalmente, anche se non esclusivamente, in funzione istruttoria e di

¹⁰ Le procedure di vigilanza della BCE annoverano «ogni attività della BCE volta a predisporre l’adozione di una decisione di vigilanza della BCE, comprese le procedure comuni e l’irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie» (cfr. art. 2, n. 24, reg. BCE).

¹¹ Le procedure di vigilanza delle ANC annoverano «ogni attività di un’ANC volta a predisporre l’adozione di una decisione di vigilanza da parte di un’ANC nei confronti di uno o più soggetti o gruppi vigilati ovvero a una o più altre persone, compresa l’irrogazione di sanzioni amministrative» (cfr. art. 2, n. 25, reg. BCE).

proposta, con un ampio ridimensionamento del loro ruolo tradizionale.

E' superfluo ricordare, per restare in ambito domestico, quale fosse l'ampiezza del potere del quale disponeva la Banca d'Italia nel rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria, grazie al controllo delle condizioni di legge funzionalizzato alla verifica delle condizioni di sana e prudente gestione della futura banca (art. 14, secondo comma, d.lgs. 385/1993), cioè dell'idoneità della società costituenda a garantire una corretta gestione del risparmio e degli impieghi¹²: un potere che, soprattutto attraverso un controllo esercitato al limite estremo della discrezionalità tecnica sul programma di attività iniziale, l'atto costitutivo e lo statuto (art. 14, primo comma, lett. c, d.lgs. 385/1993), consentiva alla Banca d'Italia d'intervenire in maniera significativa sulle scelte iniziali di tipo aziendale ed imprenditoriale, sino a riconoscersi¹³ una sfera d'intervento di estensione tale da indurre la dottrina a parlare, al riguardo, di «ampi poteri d'intervento "co-decisionali"» con riferimento (*ratione temporis*) alla potestà di chiedere modificazioni del programma iniziale di attività (accompagnato da una relazione tecnica con i bilanci previsionali dei primi tre esercizi) ovvero l'aumento del capitale iniziale o, ancora, di dettare indirizzi correttivi delle linee di sviluppo dell'attività medesima¹⁴ (anche le successive disposizioni di vigilanza

¹² Secondo le espressioni di sintesi adoperate da AMOROSINO, *Commento all'art. 14, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, tomo I, 3a ed., Padova, 2012 p. 193, p. 197.

¹³ Cfr. le previsioni in materia di autorizzazione all'attività bancaria contenute nel Titolo I, Capitolo I delle "Istruzioni di vigilanza per le banche", di cui alla circolare n. 229 del 21 aprile 1999 e successivi aggiornamenti, ed in seguito (a far data dal 29 aprile 2013) nel Titolo I, Capitolo 3 della circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 (14° aggiornamento del 23 aprile 2013), recante "Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche", ed ancora (dal 1° gennaio 2014) nella Parte Prima, Titolo I, Capitolo 1 delle "Disposizioni di vigilanza per le banche", di cui alla circolare n. 285 del 17 dicembre 2013.

¹⁴ Nel capitolo citato, le Istruzioni di vigilanza affermavano, in generale, che «la Banca d'Italia può richiedere che la nuova banca adegui le linee di sviluppo risultanti dal programma di attività alle esigenze di vigilanza per quel che riguarda il rispetto sia degli obblighi informativi sia delle regole prudenziali» e, in particolare, che «La Banca d'Italia può richiedere interventi di modifica del programma, quando le linee di sviluppo in esso previste contrastino con la sana e prudente

hanno previsto la possibilità di interventi analogamente penetranti).

Si tratta di modalità operative che appaiono ora difficilmente conciliabili col riparto di funzioni e di competenze all'interno dell'MVU.

E' bene, però, procedere con ordine, soffermandosi più in dettaglio sul nuovo procedimento per il rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria, al fine di porne in luce alcuni tratti caratterizzanti.

Le domande di autorizzazione sono presentate alle ANC, le quali sono investite della funzione di curare la completezza della documentazione e di valutare le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti rilevanti per l'emanazione del provvedimento alla stregua del diritto nazionale¹⁵.

Nel caso di esito positivo di queste valutazioni, l'ANC investita della domanda formula alla BCE, unica autorità competente al rilascio del titolo, una proposta di autorizzazione, che prende il nome di “progetto di decisione” (esattamente “progetto di decisione di autorizzazione”, con espressione di dubbia eleganza), e in tale contesto può proporre di allegare all'autorizzazione raccomandazioni, condizioni e restrizioni, in conformità al diritto nazionale e dell'Unione (art. 76, § 3, reg. BCE).

gestione. La Banca d'Italia può altresì richiedere modifiche del programma e/o un adeguamento del capitale iniziale nei casi in cui quest'ultimo non risulti coerente con l'articolazione territoriale e con le dimensioni operative, come risultanti dal programma stesso, ovvero con il rispetto, anche prospettico, dei requisiti prudenziali. Sempre al fine di preservare la sana e prudente gestione, la Banca d'Italia, nel rilasciare l'autorizzazione, può fornire indicazioni alla banca perché quest'ultima conformi le previste linee di sviluppo della propria attività al rispetto delle regole prudenziali e alle esigenze informative di vigilanza».

¹⁵ Quanto al reg. MVU, cfr. art. 14, § 1: «la domanda di autorizzazione all'accesso all'attività dell'ente creditizio che avrà sede in uno Stato membro partecipante è presentata alle autorità nazionali competenti di tale Stato *nel rispetto dei requisiti previsti dal pertinente diritto nazionale*» (è per questo motivo che qui, nel testo, si è voluto adoperare le parole usate nella nostra legge sul procedimento); art. 14, § 2: «se il richiedente soddisfa tutte le condizioni di autorizzazione previste dal pertinente diritto nazionale di detto Stato membro... ».

Quanto al reg. quadro BCE, cfr. art. 73, § 3: «se la domanda non è completa, l'ANC, di propria iniziativa o su richiesta della BCE, chiede al soggetto che ha presentato domanda di fornire le informazioni supplementari necessarie...»; art. 74: «l'ANC cui è presentata la domanda valuta se il richiedente soddisfa tutte le condizioni per l'autorizzazione previste dal diritto nazionale dello Stato membro di appartenenza dell'ANC».

La proposta non è vincolante¹⁶ e, perciò, nonostante la preliminare valutazione favorevole effettuata in sede istruttoria dall'ANC, l'esito finale può consistere non già nel rilascio dell'autorizzazione (in forma tacita, in base al meccanismo di silenzio-accoglimento previsto dall'art. 14, § 3, reg. MVU e dall'art. 78, § 3, reg. BCE, ovvero in forma espressa¹⁷), ma in un provvedimento di diniego, di cui è specificamente richiesta la motivazione scritta (art. 14, § 3, ultimo periodo, reg. MVU).

Nel caso, invece, di esito negativo delle predette valutazioni, l'ANC investita della domanda può denegare direttamente, con proprio provvedimento, il rilascio dell'autorizzazione, senza sottoporre alla BCE la relativa istanza¹⁸.

Come poc'anzi accennato, infatti, alle ANC è attribuita la competenza a valutare la sussistenza dei presupposti di rilascio dell'autorizzazione previsti dal pertinente diritto nazionale, mentre spetta alla BCE valutare la ricorrenza dei presupposti previsti dal pertinente diritto dell'Unione, includendo in quest'ultimo anche le norme nazionali di recepimento delle direttive europee¹⁹.

¹⁶ Lo si evince facilmente, tra l'altro, dall'art. 6, § 3, del reg. MVU e lo chiarisce ulteriormente, ove mai ve ne fosse bisogno, l'art. 78 § 2 reg. BCE, a mente del quale «la BCE fonda la decisione *sulla propria valutazione* della domanda, del progetto di decisione di autorizzazione e dei commenti formulati dal richiedente ai sensi dell'articolo 77» (enfasi aggiunta).

¹⁷ Come previsto dall'art. 78, § 1, reg. BCE.

¹⁸ Il § 2 dell'art. 14 reg. MVU è chiaro nello stabilire che l'autorità nazionale competente respinge la domanda di autorizzazione quando il richiedente non soddisfa tutte le condizioni di autorizzazione previste dal pertinente diritto nazionale, a fronte del § 3 che consente alla BCE di obiettare all'autorizzazione «solo se le condizioni di autorizzazione stabilite nel pertinente diritto dell'Unione non sono soddisfatte».

Il considerando n. 21 dello stesso reg. MVU chiosa al riguardo: «attualmente, gli Stati membri possono prevedere, per l'autorizzazione degli enti creditizi e per i casi di relativa revoca, condizioni supplementari rispetto a quelle stabilite nel diritto dell'Unione. La BCE dovrebbe quindi assolvere i suoi compiti in materia di autorizzazione degli enti creditizi e di revoca dell'autorizzazione in caso di non conformità al diritto nazionale su proposta della pertinente autorità nazionale competente, la quale valuta il soddisfacimento delle condizioni applicabili stabilite dal diritto nazionale».

¹⁹ Cosa debba intendersi per «pertinente diritto dell'Unione» è chiarito nel trentaquattresimo considerando del reg. (UE) n. 1024/13 (che chiosa il disposto dell'art. 4, § 3): «Nell'assolvimento dei suoi compiti e nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza, la BCE dovrebbe applicare le norme sostanziali concernenti la vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

Per questa ragione, il rilascio dell'autorizzazione necessita del superamento di entrambi i controlli e il suo diniego può essere, alternativamente, giustificato dalla insoddisfazione dell'uno o dell'altro insieme di condizioni.

Ecco allora che l'art. 78, § 4, reg. BCE può affermare, conclusivamente, che «la BCE adotta una decisione che concede l'autorizzazione se il richiedente soddisfa tutte le condizioni per l'autorizzazione in conformità al pertinente diritto dell'Unione e al diritto nazionale dello Stato membro in cui il richiedente è insediato».

Su un piano generale, tutto ciò dimostra che la funzione di controllo dell'accesso al mercato è, allo stato, condivisa tra la BCE e le autorità nazionali, ma in maniera asimmetrica, perché le ANC, a differenza della BCE, non possono accogliere le domande, ma solo respingerle.

Si tratta, tuttavia, di una situazione intrinsecamente transeunte, perché tributaria di una fase storica ancora legata a modelli di armonizzazione minimale in corso di progressivo abbandono²⁰ e, perciò, destinata in prospettiva non lon-

Queste norme sono costituite dal pertinente diritto dell'Unione, in particolare i regolamenti direttamente applicabili o le direttive, ad esempio quelle sui requisiti patrimoniali degli enti creditizi e sui conglomerati finanziari. Laddove le norme sostanziali concernenti la vigilanza prudenziale degli enti creditizi siano stabilite in direttive, la BCE dovrebbe applicare la legislazione nazionale di recepimento. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e in settori in cui, alla data di entrata in vigore del presente regolamento, i suddetti regolamenti concedono esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE dovrebbe applicare anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni. Tali opzioni dovrebbero essere intese nel senso di escludere le opzioni a disposizione esclusivamente delle autorità competenti o designate. Ciò non osta al principio del primato del diritto dell'Unione. Ne consegue che la BCE, allorché adotta orientamenti o raccomandazioni o prende decisioni, dovrebbe basarsi sul pertinente diritto vincolante dell'Unione e agire in conformità di quest'ultimo».

²⁰ La stessa dir. 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento (parte del c.d. pacchetto CRD IV), la quale nel Titolo III (rubricato “Condizioni di accesso all'attività degli enti creditizi”, artt. 8 ss.) detta nuove regole in materia, intese a realizzare «solo l'armonizzazione necessaria e sufficiente per pervenire ad un mutuo riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale che consenta il rilascio di un'unica autorizzazione valida in tutta l'Unione» (cfr. quindicesimo considerando), appare già obsoleta: come è stato osservato, essa «presupponeva, al momento della sua prima ideazione, il permanere di un sistema di controlli ancora parcellizzato fra le varie Autorità nazionali

tana a svuotarsi di contenuto concreto, una volta che le condizioni di diritto nazionale siano interamente assorbite e non sia più concesso loro spazio alcuno dal pertinente diritto dell'Unione europea.

Allo stato attuale, peraltro, se, come si è visto, il riscontro dell'assolvimento delle condizioni di autorizzazione previste dal diritto europeo è riservato alla BCE e se la garanzia della sana e prudente gestione costituisce un meta-requisito²¹ di derivazione comunitaria²² (introdotto per la prima volta dalla dir. 89/646/CEE del 15 dicembre 1989 e confermato dalle successive), la natura trasversale e comune di questo meta-requisito rende difficile credere che uno Stato membro possa farne, per qualche verso, una condizione autonoma di diritto interno: un requisito di sana e prudente gestione riservato alla valutazione dell'ANC, concorrente e diverso da quella condizione di sana e prudente gestio-

– [...] sostanzialmente non intaccato dall'introduzione delle tre Agenzie europee - cui intendeva ovviare, realizzando una maggiore convergenza dei poteri loro attribuiti e dei criteri di esercizio degli stessi» e si è trovata, quindi, a entrare in vigore in un contesto significativamente modificato (così MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 73, Roma, Settembre 2013, pag. 13).

²¹ E' stato osservato che, poiché già il mancato rispetto di uno solo dei requisiti elencati nel primo comma dell'art. 14 del d.lgs. 385/1993 sarebbe sufficiente per negare l'autorizzazione, «deve quindi ritenersi che nel contesto della disposizione in esame la sana e prudente gestione assuma la funzione di parametro di valutazione per l'autorità di controllo attinente non solo ai singoli requisiti, ma anche alla loro combinazione» (cfr. DE TROIA – GALANTI, *L'accesso all'esercizio dell'attività*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di E. Galanti, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Padova, 2008, p. 412).

Secondo SEPE, *La costituzione di banche tra disciplina speciale e nuovo diritto societario*, Bari, 2004, pag. 123 (ma già SEPE, *Brevi note sul testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in BBTC, 1994, I, pp. 511 ss.) la sana e prudente gestione non costituisce una condizione aggiuntiva per il rilascio dell'autorizzazione, ma «un'esplicitazione della *ratio* sottesa alle condizioni fissate dalla normativa comunitaria che deve guidare nella valutazione delle stesse quando queste presentino margini di opinabilità».

²² Cfr. DE TROIA – GALANTI, *L'accesso*, cit., pag. 413: «le stesse direttive prescrivono alle autorità nazionali di: «tener conto della necessità di garantire una gestione sana e prudente dell'ente» creditizio nel vagliare, in sede di rilascio dell'autorizzazione, la qualità degli azionisti o soci, riconoscendo quindi in questo ambito (ma anche in altri: su pensi ancora al programma di attività, e agli stretti legami) l'opportunità che alle autorità creditizie siano riconosciuti ragionevoli margini di valutazione su aspetti che non si prestano a oggettiva «misurazione»».

ne dell'ente che forma oggetto della disciplina dell'Unione e che, in quanto tale, appartiene alla sfera di scrutinio di pertinenza esclusiva della BCE.

Eppure, per quanto riguarda il caso italiano, le disposizioni di vigilanza sulle banche, nella versione aggiornata per l'adeguamento all'avvio dell'MVU²³, affermano (invero, temperando quanto ancora stabilito dall'art. 14 del d.lgs. 385/93) che «la Banca d'Italia e la Banca centrale europea verificano l'esistenza delle condizioni atte a garantire la sana e prudente gestione della banca, fra cui la capacità dell'intermediario di rimanere sul mercato in modo efficiente» e, dopo aver elencato le sette condizioni previste dall'art. 14, comma 1, del d.lgs. 385/93, soggiungono che «la Banca d'Italia rigetta direttamente le domande di autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni sopra indicate non risulti garantita la sana e prudente gestione. Negli altri casi sottopone una proposta di decisione alla Banca centrale europea, che concede o nega l'autorizzazione»²⁴: ciò vale a dire che la Banca d'Italia si riserva di rigettare direttamente le domande di autorizzazione in tutti i casi in cui non giudichi soddisfatta la metacondizione della sana e prudente gestione, persino con riferimento alle stesse condizioni per le quali è il diritto dell'Unione a chiedere espressamente la sua verifica (cfr., ad esempio, art. 14, § 2, della dir. 2013/36/UE cit.²⁵) e per le quali,

²³ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza per le banche*, Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, 6° Aggiornamento del 4 novembre 2014.

²⁴ Cfr. la *Premessa* alla Sezione I (Disposizioni di carattere generale) del Titolo I – Capitolo 1 (Autorizzazione all'attività bancaria) delle Disposizioni di vigilanza ult. cit.

²⁵ La norma recita: «le autorità competenti negano l'autorizzazione ad iniziare l'attività di ente creditizio se, tenendo conto della necessità di garantire una gestione sana e prudente dell'ente creditizio, esse non sono soddisfatte dell'idoneità degli azionisti o soci, in particolare, se i criteri stabiliti all'articolo 23, paragrafo 1, non sono soddisfatti. Si applicano l'articolo 23, paragrafi 2 e 3, e l'articolo 24». Il richiamato art. 23, § 1, riguardante la materia della valutazione dei progetti di acquisizione di partecipazioni qualificate in un ente creditizio, stabilisce a sua volta che «... le autorità competenti valutano, al fine di garantire la gestione sana e prudente dell'ente creditizio cui si riferisce il progetto di acquisizione e tenendo conto della probabile influenza del candidato acquirente sull'ente creditizio, l'idoneità del candidato acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione in conformità dei criteri seguenti ...».

dunque, è fondato dubitare che la Banca d'Italia conservi competenza decisionale (cfr., tra gli altri citati, l'art. 75 reg. BCE)²⁶ nonostante l'art. 14, comma 2, del d.lgs. 385/1993 tuttora preveda, senza distinzioni, che «la Banca d'Italia nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e prudente gestione»²⁷.

Poiché la normativa europea impone alle ANC di trasmettere alla BCE copia delle loro decisioni di rigetto delle domande di autorizzazione (cfr. ancora l'art. 75 reg. BCE), sarà il tempo a dire se tutto ciò reggerà al vaglio della BCE, cui spetta la responsabilità di garantire il funzionamento coerente dell'MVU; né non

La sana e prudente gestione è richiamata anche nell'art. 26, § 2, della stessa direttiva (l'art. 88 si riferisce invece ad una gestione efficace e prudente, mentre il cinquantanovesimo considerando parla di corretta e prudente gestione).

Infine, secondo il quarantanovesimo considerando della direttiva «gli Stati membri dovrebbero poter rifiutare o revocare l'autorizzazione di un ente creditizio in caso di strutture di gruppo considerate inadeguate all'esercizio delle attività bancarie perché tali strutture non possono essere oggetto di una vigilanza efficace. Le autorità competenti dovrebbero disporre a tal riguardo dei necessari poteri al fine di garantire una gestione sana e prudente degli enti creditizi ...»

²⁶ Le Disposizioni di vigilanza ult. cit., invece, sembrano configurare una potestà concorrente in capo alle due autorità. Se ne vedano, ad esempio, le previsioni contenute nella Sezione III (Programma di attività) del Titolo I – Capitolo 1 (Autorizzazione all'attività bancaria), al § 3 (Valutazioni della Banca centrale europea e della Banca d'Italia): «La Banca centrale europea e la Banca d'Italia valutano il programma di attività in un'ottica di sana e prudente gestione dell'intermediario e possono richiedere le modifiche a ciò necessarie.

A tali fini valutano:

- la coerenza delle informazioni contenute e l'attendibilità delle previsioni formulate;
- l'adeguatezza del programma ad assicurare condizioni di equilibrio patrimoniale, reddituale e finanziario nonché il rispetto delle disposizioni prudenziali per tutto l'arco temporale di riferimento;
- l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e dei controlli interni.

Vengono inoltre in rilievo le eventuali forme di tutoring da parte di altri intermediari bancari.

Nelle valutazioni, particolare attenzione è riservata a che l'iniziativa sia tale da configurare un operatore adeguatamente strutturato sotto il profilo organizzativo e commerciale, dotato di risorse tecniche e umane qualitativamente e quantitativamente adeguate a presidiare i rischi tipici dell'attività bancaria».

²⁷ Lo schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 3 della legge 7 ottobre 2014, n. 154, recante principi e criteri direttivi per il recepimento della dir. 2013/36/UE, che è stato sottoposto a pubblica consultazione dal Dipartimento del Tesoro (Direzione IV – Ufficio II) del Ministero dell'Economia nel dicembre 2014 -gennaio 2015, non prevede alcuna modifica del comma in questione, bensì l'aggiunta di un comma 4 bis per il quale «la Banca d'Italia emana disposizioni attuative del presente articolo, con particolare riguardo alla procedura di autorizzazione e alle modalità di presentazione dell'istanza, ai criteri di valutazione delle condizioni previste dal comma 1, alle ipotesi di decadenza e di revoca dell'autorizzazione».

può escludersi che il tema possa approdare nelle aule di giustizia domestiche, anche soltanto per la proposizione di una questione interpretativa alla Corte di giustizia dell’Unione europea, dato che i provvedimenti di rigetto della Banca d’Italia permangono soggetti al sindacato del giudice amministrativo italiano, come si vedrà più avanti.

5. Sul piano strutturale, dall’analisi appena svolta emerge che, nell’ambito del meccanismo unico di vigilanza, la procedura di autorizzazione all’accesso all’attività può sostanziarsi, a seconda dei casi, in uno oppure in due procedimenti.

La procedura si sostanzia in due procedimenti nelle ipotesi in cui l’ANC, avendo riscontrato il rispetto delle condizioni di autorizzazione previste dal diritto nazionale, propone alla BCE il rilascio dell’autorizzazione.

Questa proposta (il “progetto di decisione di autorizzazione”) non solo chiude la fase che si svolge in sede domestica, ma è atto strumentale²⁸ introduttivo della fase di pertinenza della BCE.

L’esercizio del relativo potere, infatti, condiziona l’instaurazione della fase valutativa riservata alla BCE, che, in mancanza dell’atto d’iniziativa dell’autorità nazionale, non può essere avviata.

Il progetto di decisione che l’ANC sottopone alla BCE è esito alternativo al rigetto della domanda di autorizzazione da parte della stessa ANC e, pertanto, entrambi conseguono a una fase decisionale comune, che corona una serie di atti ed operazioni strumentali ordinati in procedimento autonomo, unico ed eguale quale che ne sia in concreto la conclusione. Indipendentemente dal risultato ultimo (se positivo, viene proposto alla BCE il rilascio dell'autorizzazione; se

²⁸ Sulla distinzione tra atto di natura strumentale e provvedimento, cfr. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 289 ss., p. 342 ss.

negativo, l'autorizzazione è negata direttamente dall'ANC), la sequenza domestica è composta da un'unica fase d'iniziativa, una stessa fase istruttoria e un'unica fase decisionale che si chiude con un atto che dà impulso ad una serie procedimentale ulteriore presso la BCE ovvero con un provvedimento di rigetto che conclude in via definitiva il complesso iter autorizzatorio²⁹.

Per questa ragione non sembra che la sequenza davanti all'ANC possa essere considerata in termini puramente interni alla procedura autorizzatoria³⁰ e che, perciò, nei suoi confronti possa discorrersi di un subprocedimento³¹, anzi-

²⁹ Proprio perché il progetto di decisione è alternativo al rigetto puro e semplice della domanda di autorizzazione, si potrebbe essere tentati di ravvisarvi un atto che concorre alla definizione dell'assetto finale degli interessi, nei termini cui fa riferimento, ad esempio, CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. III, Padova, 1993, p. 122 ss., prospettando una natura provvedimentale dell'atto di proposta; cfr. anche, in termini meno ampi, SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, rist. 1959, p. 154, che, riferendosi alle proposte, osserva che «l'atto che rappresenta l'esplicazione di una iniziativa, appunto in quanto presuppone una risoluzione, non può non avere alla sua base una determinazione volitiva».

Resta il fatto, tuttavia, che la proposta dell'ANC non è vincolante e che, perciò, appare preferibile sottolineare piuttosto l'asimmetria della funzione di controllo dell'accesso al mercato allocata tra la BCE e le ANC, di cui si è detto nel testo.

³⁰ Il procedimento che si svolge davanti all'autorità nazionale non può considerarsi puramente strumentale poiché l'atto col quale si chiude può anche essere - quando si sostanzia nel rigetto diretto della domanda da parte dell'ANC - quello conclusivo dell'intera procedura prevista dal reg. MVU e avviata dall'interessato con la sua richiesta di autorizzazione all'attività; d'altro canto, non può logicamente ammettersi che la sequenza di atti ed operazioni che si svolge davanti all'autorità nazionale possa cambiare natura giuridica a seconda del risultato finale al quale approda.

Può utilmente richiamarsi, al riguardo, quanto osservato da CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., p. 176, sul fatto che i subprocedimenti accedono sempre in posizione strumentale al procedimento principale e non potrebbero intervenire nella fase decisionale, di esclusiva spettanza dell'amministrazione agente tributaria dell'interesse pubblico primario: il che, evidentemente, non costituisce il caso della sequenza procedimentale svolta davanti alle ANC.

³¹ Diversamente, MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata* cit., p. 24 ss., sostiene che, nelle procedure di autorizzazione, l'attività delle autorità nazionali integra un subprocedimento retto dal diritto nazionale ma inserito in un procedimento europeo e che il provvedimento di rigetto adottato dalle autorità nazionali, definendo il subprocedimento governato dal diritto nazionale, preclude nel contempo la prosecuzione del procedimento principale europeo.

Sulla distinzione della figura del subprocedimento da quella dell'atto del procedimento, costitutivo, a sua volta, di un suo particolare procedimento (c.d. *procedimento per atto strumentale*), cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Parte generale, Tomo I, Milano, 2003, p. 1099 ss.: «per *subprocedimento* si intende il procedimento interno, che, privo di rilevanza autonoma, si inserisce nell'ambito di un procedimento

ché, come sembra più corretto, di un procedimento a sé, collegato da un nesso di presupposizione con quello che può seguire davanti alla BCE.

A maggior ragione non sembra possibile identificare un subprocedimento nella fase successiva che si svolge davanti alla BCE, neppure per parificare in senso ugualmente riduttivo le due sequenze e ricostruire la complessiva vicenda in termini di codecisione³²; quest'ultimo assunto, peraltro, evoca direttamente il tema della distinzione tra procedimenti collegati e atti strutturalmente complessi³³ e del rapporto tra "proposta" di un'autorità e decisione di un'altra, vale a dire questioni generali sulle quali non pare questa la sede più opportuna per approfondimenti³⁴: qui, infatti, è sufficiente rilevare che ogni ricostruzione del

principale volto all'emanazione del provvedimento finale, spesso di competenza di amministrazione diversa da quella titolare del subprocedimento l'*atto strumentale* è quello servente del provvedimento, quale, ad esempio, il parere e la proposta l'esempio classico è quello della proposta formulata da un soggetto pubblico ad un altro. Per elaborare la proposta, il primo organismo deve porre in essere un procedimento piuttosto articolato, che produce come risultato un atto costitutivo che è strumentale ad altro procedimento, senza venirne a far parte integrante, ma provocando, in caso di vizio, l'invalidità derivata del procedimento principale ... Va altresì distinta dalla figura del subprocedimento quella del *procedimento collegato*. Due procedimenti si considerano collegati quando, pur essendo autonomi e finalizzati all'emanazione di diversi provvedimenti, l'uno finisce per produrre effetti giuridici nei confronti dell'altro».

Osserva peraltro GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di A. Mirabelli Centurione, Milano, 2000, p. 303, in nota 9: «la giurisprudenza segue metodi per individuare i procedimenti a sé, i subprocedimenti e i procedimenti collegati, e si fonda sugli effetti del provvedimento, nel senso che quando un provvedimento produce effetti che si completano solo con l'adozione di un successivo provvedimento, reputa che vi sia un subprocedimento. Il criterio è insicuro, e difatti vi sono oscillazioni notevoli [...]»

³² Secondo CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, relazione al XX Congresso Italo-Spagnolo dei professori di diritto amministrativo su *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, Roma, 27 febbraio-1 marzo 2014, disponibile su www.astrid-online.it, p. 14, il procedimento di autorizzazione darebbe origine ad una codecisione, che sarebbe la risultante di due subprocedimenti in sequenza, l'uno retto dal diritto nazionale, l'altro dal diritto europeo: l'effetto autorizzativo si realizzerebbe soltanto in presenza di una doppia valutazione positiva da parte dell'autorità nazionale competente e della BCE, mentre sarebbe sufficiente una sola valutazione negativa perché la domanda di autorizzazione sia respinta.

³³ Cfr. ancora SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pag. 1102, nel senso che «i primi sono legami tra sequenze ciascuna delle quali integra un procedimento; i secondi, invece, sono gruppi di sequenze che integrano un unico atto».

³⁴ Perciò ci si può limitare a dire che appaiono ancora valide le considerazioni svolte da SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, rist. 1959, p. 158 ss., sul rapporto tra gli atti di iniziativa (tra le quali le proposte in senso stretto) e il provvedimento finale: «rispetto a

rapporto tra i due atti (progetto di decisione e decisione medesima) non può ofuscare il dato incontrovertibile dell'attribuzione alla sola BCE del potere finale di ammettere al mercato la nuova impresa creditizia, sotto forma di approvazione espressa o tacita del progetto di decisione presentato dall'autorità nazionale; né va obliato che l'ANC non dispone del *contrarius actus*, dato che, come si vedrà, spetta unicamente alla BCE valutare definitivamente e disporre la revoca dell'autorizzazione, anche con riferimento al venir meno dei requisiti di diritto nazionale.

La procedura di autorizzazione si sostanzia, viceversa, in un unico procedimento allorché l'ANC, riscontrando che la domanda non soddisfa le condizioni supplementari per l'autorizzazione previste dal pertinente diritto nazionale, la rigetta con propria autonoma decisione (di cui il regolamento quadro non im-

tale provvedimento, essi si pongono indubbiamente in una relazione di stretta intimità. Ma ciò non può essere tuttavia sufficiente per affermare che, al pari di quel provvedimento, anche essi esplichino sull'effetto giuridico un'azione direttamente determinante e costitutiva. Onde non sarà in nessun caso possibile parlare a tale proposito di atto complesso, anche quando l'azione di iniziativa abbia carattere vincolante. La funzione, cui gli atti di iniziativa adempiono, è, infatti, pure in questi ultimi casi, profondamente diversa da quella, cui adempirà l'autorità, che sotto il loro impulso dovrà necessariamente esplicitare la sua azione costitutiva. Chi domanda o richiede, limita la sua azione a esternare il suo volere circa un obiettivo, la cui realizzazione non è in suo immediato potere; e chi propone non va oltre il suggerimento di una certa azione, che ritiene opportuna. Chi agirà sarà invece sempre solo colui il quale avrà il potere di porre in essere il provvedimento di cui si tratta. E a tale provvedimento chi lo ha richiesto o chi lo ha proposto non ha portato alcun contributo diretto, salvo quello di sollecitarne la realizzazione».

Tuttavia, il problema si pone quando, per l'appunto, chi ha richiesto il provvedimento ha portato un contributo diretto alla sua definizione, nel qual caso il termine "proposta" assumerebbe un significato atecnico, diverso da quello proprio di atto di (mera) iniziativa: si veda quanto osservato da GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 2ed., Milano, 1988, p. 556 sulla eterogeneità delle figure accomunate sotto la dizione di proposte e (p. 555 ss.) di come il significato atecnico di proposta si ritrovi in procedimenti che nella fase di decisione presentano due atti decisori, per indicare il primo di essi (vi si fa l'esempio del consiglio di un ente culturale o di studio che proponga al ministro di chiamare una persona a ricoprire un certo ufficio e del ministro che, esaminata la regolarità del procedimento, vi provveda, onde concludere che «in questa fattispecie non v'è una proposta nel senso di atto d'iniziativa, ma un atto che costituisce una parte di un provvedimento»; poco prima, si richiama la figura del provvedimento amministrativo emanato dal capo dello Stato su proposta di un ministro, e dallo stesso controfirmato, per sostenere che in questo caso la "proposta" non è un atto di iniziativa, ma un atto componente di un atto complesso).

pone che la BCE sia informata anticipatamente, ma soltanto, come si è detto, che le sia inviata in copia). In questo caso l’iter autorizzatorio si esaurisce nella fase davanti all’ANC³⁵, che lo conclude con un provvedimento di diniego che pone termine all’intera procedura³⁶: a questo procedimento non ne segue un altro innanzi alla BCE e la vicenda si consuma in sede domestica.

6. La revoca dell’autorizzazione all’accesso all’attività può avvenire su proposta dell’ANC o su iniziativa della stessa BCE (art. 14, § 6, reg. MVU; artt. 80, 82 reg. BCE).

L’ANC propone la revoca dell’autorizzazione (mercé un “progetto di decisione di revoca”) quando lo valuta necessario in base al diritto nazionale o dell’Unione europea o quando lo richiede lo stesso soggetto autorizzato.

Viceversa, la BCE può agire di propria iniziativa soltanto se viene a conoscenza di circostanze che possono giustificare la revoca dell’autorizzazione in relazione al pertinente diritto dell’Unione e, in tal caso, deve consultare preventivamente l’ANC di riferimento, alla quale deve altresì trasmettere i commenti formulati dall’ente creditizio in sede di contraddittorio (cfr., per maggiori dettagli, l’art. 82 reg. BCE).

Ciò significa che la BCE non può autonomamente avviare la procedura di revoca quando ad essere venute meno sono le condizioni supplementari di autorizzazione previste dal diritto nazionale, nel qual caso, invero, soltanto l’ANC può prendere l’iniziativa, dando seguito a una propria valutazione preliminare sulla necessità che l’autorizzazione, in base al diritto interno, meriti di essere revocata in tutto o in parte. Questa valutazione preliminare non costituisce una

³⁵ Il procedimento si instaura con domanda da presentarsi all’ANC dello Stato presso cui dovrebbe avere sede l’ente creditizio.

³⁶ Non si tratta di un caso di arresto procedimentale, ma di un vero e proprio provvedimento di rigetto della domanda.

procedura di vigilanza delle ANC, secondo la definizione del regolamento quadro, ma un atto d'impulso della procedura di competenza della BCE (la procedura comune di revoca) ed il relativo procedimento è, pertanto, soggetto al diritto nazionale, salvo i profili di cooperazione rilevanti per l'MVU e le procedure di risoluzione delle crisi degli enti creditizi (cfr. art. 80 reg. BCE).

Anche in tal caso, tuttavia, l'ANC non può revocare essa stessa l'autorizzazione, né la sua proposta di revoca è vincolante per la decisione finale della BCE, pur trattandosi di valutare profili inerenti al rispetto del diritto nazionale pertinente: lo attesta esplicitamente l'articolo del regolamento quadro che disciplina la decisione della BCE sulla revoca dell'autorizzazione, il quale afferma che la BCE «può accogliere o rigettare il relativo progetto di decisione di revoca» (art. 83, § 1, reg. BCE) e che, nell'adottare la sua decisione, la BCE deve tener conto di tutti gli elementi ivi elencati, il primo dei quali, non certo a caso, è «la sua valutazione delle circostanze che giustificano la revoca»³⁷.

Se così non fosse, inoltre, non avrebbe senso far ribadire al precedente art. 81, sulla valutazione dei progetti di decisione di revoca formulati dalle ANC, che la parte interessata ha diritto di sentita ai sensi dell'art. 31 (non vi sarebbe bisogno di garantire l'ulteriore contraddittorio sui fatti davanti alla BCE se questa non potesse discostarsi dalla proposta dell'ANC).

Vero è che l'art. 14, § 5, secondo sottoparagrafo, del reg. MVU stabilisce che la decisione sulla proposta di revoca è presa dalla BCE «tenendo pienamente conto della giustificazione della revoca avanzata dall'autorità nazionale com-

³⁷ Cfr. art. 83, § 2, reg. BCE: «Nell'adottare la propria decisione, la BCE tiene conto di tutti i seguenti elementi: a) la sua valutazione delle circostanze che giustificano la revoca; b) ove applicabile, il progetto di decisione di revoca dell'ANC; c) la consultazione con l'ANC di riferimento e, nel caso in cui l'ANC non sia l'autorità nazionale di risoluzione delle crisi, la consultazione con l'autorità nazionale di risoluzione delle crisi (di seguito, unitamente alle ANC, le «autorità nazionali»); d) i commenti formulati dagli enti creditizi ai sensi degli articoli 81, paragrafo 2, e 82, paragrafo 3».

petente» («taking full account of the justification ...»; «en tenant pleinement compte des motifs justifiant ...»; etc.), ma ciò non dà luogo ad alcuna antinomia, poiché la formula adoperata impone la massima considerazione delle ragioni prospettate dall’ANC nella sua proposta, ma non ne sancisce senz’altro la vincolatività, neppure quando a venire in gioco è il rispetto dei requisiti aggiuntivi di diritto nazionale e non, invece, delle condizioni poste dal diritto europeo.

In definitiva, nella procedura di revoca dell’autorizzazione risulta ancor più evidente che il potere di decisione risiede nella BCE e che, rispetto ad essa, il ruolo delle ANC è essenzialmente strumentale, anche quando si tratta della permanenza delle condizioni nazionali supplementari di autorizzazione.

Infine, diverso è il caso della decadenza dall’autorizzazione. La dir. 2013/36/UE annovera tra le cause di revoca dell’autorizzazione i casi in cui l’ente creditizio non abbia iniziato a operare entro il termine di dodici mesi, rinunci espressamente all’autorizzazione oppure abbia cessato di esercitare la sua attività per un periodo superiore a sei mesi «a meno che lo Stato membro interessato non preveda in tali casi che l’autorizzazione sia scaduta» (art. 18, lettera a). Quando il diritto nazionale abbia optato per introdurre una di queste ipotesi come causa di decadenza (e non di revoca), come è avvenuto in Italia per il mancato avvio dell’operatività entro un anno dal rilascio dell’autorizzazione e per la rinuncia espressa entro lo stesso termine (cfr. Disposizioni di vigilanza cit., Parte I, Cap. I, Sez. V, § 5), il regolamento quadro prevede che l’ANC informi la BCE del verificarsi dei singoli casi di decadenza dell’autorizzazione e che, a sua volta, la BCE li renda pubblici in conformità al diritto pertinente nazionale, dopo averne informato l’ANC di riferimento e il soggetto vigilato interessato (art. 79 reg. BCE).

7. Anche nella procedura (comune) di controllo degli assetti proprietari il

ruolo svolto dalle ANC è servente, poiché i regolamenti riservano interamente alla BCE la valutazione prudenziale delle acquisizioni e cessioni di partecipazioni qualificate negli enti creditizi, con la sola eccezione della risoluzione delle crisi bancarie.

Le ANC vi svolgono compiti di natura eminentemente preparatoria, poiché sono investite di una prima valutazione soltanto dell'intenzione (che deve essere comunicata loro) d'incrementare o acquisire una partecipazione qualificata, all'esito della quale formulano alla BCE una proposta di vietare o meno l'operazione (art. 4, § 1, lett. c); art. 15, § 2, reg. MVU), senza disporre del potere di adottare un provvedimento esso stesso conclusivo della procedura.

A differenza che nella procedura di autorizzazione all'attività, infatti, le ANC non sono dotate di un proprio potere d'interdizione, perché la disciplina del controllo degli assetti proprietari è oggetto di armonizzazione massima, intesa a garantire negli Stati membri un'omogeneità di criteri³⁸ tale da consentire ora un riscontro pienamente accentrato, trattandosi di valutare condizioni che formano tutte oggetto del pertinente diritto dell'Unione.

Esse valutano se la potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal diritto europeo e nazionale al solo fine di predisporre un progetto di decisione (cfr. art. 86, § 1, reg. BCE); a sua volta, la BCE «decide se opporsi o non

³⁸ Cfr. già l'abrogata dir. 2007/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007, che, modificando precedenti direttive per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, così chiosava al riguardo: «in mercati che sono sempre più integrati e in cui le strutture di gruppo possono estendersi a vari Stati membri, l'acquisizione di una partecipazione qualificata è oggetto di un esame approfondito in diversi Stati membri. È pertanto essenziale massimizzare l'armonizzazione, a livello comunitario, della procedura e delle valutazioni prudenziali senza che gli Stati membri introducano regole più severe. Le soglie per la notifica di un progetto di acquisizione o di una cessione di una partecipazione qualificata, la procedura di valutazione, l'elenco dei criteri di valutazione e le altre disposizioni della presente direttiva da applicare alla valutazione prudenziale dei progetti di acquisizione dovrebbero pertanto formare oggetto di un'armonizzazione quanto più estesa possibile [...]» (considerando n. 6). La disciplina concernente l'acquisizione di partecipazioni qualificate negli enti creditizi è ora contenuta negli artt. 22 ss. della dir. 2013/36/UE cit.

opporsi all'acquisizione sulla base della propria valutazione della proposta di acquisizione e del progetto di decisione dell'ANC» (art. 87 reg. BCE), vale a dire in piena autonomia, sempre garantendo all'interessato il diritto al contraddittorio.

Sul piano strutturale, ciò comporta che la procedura di valutazione prudenziale delle acquisizioni e cessioni di partecipazioni qualificate negli enti creditizi si compone sempre di due segmenti, che corrispondono l'uno al procedimento iniziale condotto dall'autorità domestica, che si conclude con l'atto strumentale contenente la proposta alla BCE, l'altro al procedimento propriamente decisorio svolto presso quest'ultima, che si conclude col provvedimento finale con il quale la BCE decide se vietare o meno l'operazione (cfr. art. 15, § 3, reg. MVU).

In questo caso, la circostanza che la procedura di vigilanza non possa essere chiusa direttamente in sede domestica dall'ANC con un suo provvedimento può portare a dubitare che il relativo segmento meriti dignità di procedimento a sé (collegato da un nesso di presupposizione al successivo davanti alla BCE), come accade invece nel caso della procedura di autorizzazione. La questione, munita di rilievo eminentemente ricostruttivo, va risolta nel senso della possibilità di ravvisare, comunque, in quella serie un procedimento per atto strumentale³⁹; peraltro, quale che sia la soluzione preferibile, resta ferma la natura bifasica anche della procedura in questione, la quale, nonostante la competenza per l'emanazione del provvedimento finale spetti esclusivamente alla BCE, necessita sempre della cooperazione dell'ANC di riferimento (destinataria della notifica delle intenzioni di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio, responsabile dell'istruttoria e autorità proponente).

8. Quanto sinora detto si riflette sul regime di tutela giurisdizionale dei

³⁹ Cfr. *supra*, nota 31.

soggetti vigilati, che qui si prende in considerazione, per ovvie ragioni, adottando il punto di vista dell'operatore la cui ANC di riferimento sia quella italiana.

Quando la procedura si sostanzia in una fattispecie bifasica (procedura di autorizzazione conclusa con una decisione della BCE; procedura di revoca dell'autorizzazione all'accesso all'attività avviata su proposta dell'ANC; procedure di controllo degli assetti proprietari), il carattere strumentale e non vincolante della proposta formulata dall'ANC a definizione del segmento di sua competenza non consente di ravvisare una delle condizioni dell'azione perché l'atto possa essere impugnato davanti al giudice italiano, poiché la circostanza che nessun pregiudizio si sia ancora verificato e il fatto che lo stesso dipenda ancora e soltanto dall'esito ultimo ed effettivo della procedura escludono che, allo stato, vi sia un interesse a ricorrere attuale e concreto⁴⁰.

In questi casi, la tutela andrà invocata nei confronti del provvedimento conclusivo adottato dalla BCE e, perciò, secondo la regola dell'art. 263 TFUE, in base al quale tutti gli atti della Banca centrale europea, che non siano raccomandazioni o pareri, sono soggetti al controllo di legittimità della Corte di giusti-

⁴⁰ La questione meriterebbe di essere approfondita se il parere dell'ANC fosse vincolante (il che non è, per le ragioni già ampiamente esposte nel testo). Nel nostro ordinamento, un orientamento interpretativo ritiene che i pareri vincolanti possano produrre un'immediata lesione della sfera giuridica dell'interessato, dato che il provvedimento che li segue presenta carattere ineluttabilmente riproduttivo della precedente valutazione, e che perciò siano immediatamente impugnabili, mentre un altro orientamento lo nega, argomentando dalla distinzione tra funzione di amministrazione attiva e funzione consultiva e ammettendo eccezionalmente l'impugnazione immediata soltanto qualora determinino un arresto procedimentale (cfr. per tutti, con ampia motivazione, C.d.S., sez. IV, 28 marzo 2012, n. 1829); ed è proprio in un caso di parere vincolante negativo adottato dall'autorità nazionale su una domanda di contributo comunitario, cui sarebbe seguita l'impossibilità per l'autorità comunitaria di dare corso ulteriore alla procedura, che la Corte di giustizia ebbe a suo tempo occasione di affermare che «è ... compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla legittimità dell'atto nazionale di cui trattasi conformemente alle modalità di controllo giurisdizionale applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa recare pregiudizio a terzi, e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere» (C. Giust., Quinta sezione, 3 dicembre 1992, *Oleificio Borrelli c/ Commissione*, causa C-97/91, punto 13).

zia dell'Unione europea⁴¹ (cfr. anche l'art. 35, § 1, dello statuto del SEBC e della BCE, contenuto nel protocollo n. 4 del medesimo Trattato, secondo cui «gli atti o le omissioni della BCE sono soggetti ad esame o interpretazione da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea nei casi ed alle condizioni stabiliti dai trattati») ⁴².

Non occorre ricordare che i motivi di invalidità deducibili davanti alla Corte, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 263 TFEU, sono quattro (incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, sviamento di potere⁴³); in particolare, il vizio di violazione di forme sostanziali abbraccia l'inosservanza delle regole e delle garanzie procedimentali, tra cui quelle stabilite in via generale per l'adozione delle decisioni di vigilanza della BCE negli artt. 25 ss. del regolamento quadro.

Il problema non si pone neppure, invece, per le fattispecie monofasiche, poiché la mancanza di una doppia fase davanti ad autorità diverse, una nazionale e l'altra europea, lo esclude in radice: quando la procedura si concentra ed esaurisce unicamente davanti all'ANC, che la definisce con un proprio provvedimento (è l'ipotesi del diniego di autorizzazione adottato direttamente

⁴¹ La Corte di giustizia dell'Unione europea è istituzione composta da tre organi giurisdizionali, cioè dalla Corte di giustizia, dal Tribunale e dai tribunali specializzati (tale è il Tribunale della Funzione pubblica) (cfr. art. 19 T.U.E.). Qui vengono in considerazione il Tribunale e la Corte di giustizia, quali giudici rispettivamente di primo grado e di secondo grado (cfr. art. 256, § 1, primo e secondo sub paragrafo, TFUE) sui ricorsi proposti contro gli atti della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri (art. 263 TFUE).

⁴² Non interessa approfondire in questa sede i limiti della funzione di riesame interno delle decisioni della BCE, che il regolamento MVU assegna ad una Commissione amministrativa del riesame istituita presso la stessa Banca.

Basta, dunque, ricordare che ai sensi dell'art. 24 reg. cit. la richiesta di riesame incontra precisi limiti (può essere formulata da qualsiasi persona fisica o giuridica, ma solo rispetto a una decisione presa nei propri confronti o che la riguardi direttamente e individualmente), i quali bastano ad escludere che possa essere presentata da imprese concorrenti interessate ad impedire l'accesso al mercato di un nuovo soggetto.

⁴³ Per un'analisi di questi vizi alla luce della giurisprudenza comunitaria, cfr. CONDINANZI - MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Torino, 2009, p. 123 ss.

dall'ANC, qualora accerti che il richiedente non soddisfa le condizioni di autorizzazione previste dal diritto interno), le eventuali doglianze nei confronti di quest'ultimo non potranno, naturalmente, che essere fatte valere davanti al giudice italiano; quando la procedura di vigilanza è avviata e svolta direttamente in sede europea (è il caso della procedura di revoca dell'autorizzazione avviata su iniziativa autonoma della BCE) l'unico atto che può impugnarsi, ovviamente davanti al giudice comunitario, è la decisione conclusiva della BCE.

9. Al termine di questo discorso possono trarsi alcune sintetiche conclusioni.

Le procedure comuni di vigilanza della BCE mostrano, in maniera nitida, la direzione imboccata dal processo di unificazione della vigilanza bancaria.

L'aver riservato alla competenza della BCE alcune basilari funzioni di controllo e l'averlo fatto nei riguardi indistintamente di tutti i soggetti vigilati è segno inequivocabile del ruolo centrale che le si è voluto assegnare. Lo testimoniano, altresì, i suoi poteri di classificazione e declassificazione degli enti creditizi in termini di maggiore significatività (da cui dipende il restante riparto di competenze all'interno dell'MVU), la facoltà di avocazione delle funzioni delle ANC, il potere di adottare regolamenti, orientamenti ed istruzioni generali, la sua sorveglianza sul funzionamento del sistema, della cui efficacia e coerenza è costuita responsabile.

L'analisi dei regolamenti dimostra che nelle procedure comuni l'apporto delle ANC è confinato, di regola, al piano istruttorio e strumentale, dato che le loro proposte non sono vincolanti e che solo in un caso è previsto che possano adottare un provvedimento conclusivo dell'intera procedura; né può valere a mutare tale conclusione il coinvolgimento di singoli membri del personale dell'ANC nelle strutture di vigilanza della BCE, che è semmai strumento utile per

formare una reale cultura comune della vigilanza in ambito europeo.

Una volta che l'MVU sia entrato a pieno regime ed abbia dato buona prova di sé, è verosimile che il sistema delle procedure comuni possa esercitare una forza centripeta sulle competenze di vigilanza ancora affidate alle ANC, che, in una prospettiva di non lungo termine, paiono destinate anch'esse a forme di progressivo ed ulteriore accentramento, salvo che la congiuntura economica e politica non apra, nelle more, scenari del tutto inaspettati.

Francesco Guarracino

Dottore di Ricerca in Diritto Commerciale

Magistrato TAR di Napoli

PARTE PRIMA

VARIETA'

REFORM OF THE EUROPEAN SYSTEM OF BANKING SUPERVISION.

ABSTRACT: *Weaknesses in the implementation of financial supervision, the extensive harmonization of banking laws and the financial and eurozone crises have forced the EU Member States to reform financial supervision. In 2011 the EU introduced a new financial supervision system, and in September 2012 proposals for establishing a Single Supervisory Mechanism (SSM) were revealed. The present article seeks to analyse the changes, problems and possibilities for improvement of the new financial supervision system and to give a brief account of potential long-term prospects.*

SUMMARY: 1. Introduction: Weaknesses in the current supervision system. - 2. Introducing a new financial supervision system in September 2011 (*de lege lata*). - 2.1. The Role of the European Central Bank. - 2.2. Assessment. - 3. Commission proposals for reform of European banking supervision (*de lege ferenda*). - 3.1. Proposal of the European Commission for the establishment of a banking union on 12 September 2012 and the agreement on the part of the European Council on 12 December 2012. - 3.1.1. Proposal of the European Commission for transferring supervision tasks on the ECB. - 3.1.2. Proposal of the European Commission for amendment of the EBA Regulation. - 3.1.3. Requirements of the European Parliament. - 3.1.4. Political Agreement in the European Council. - 3.1.5 Problematic issues. - 3.1.5.1. Article 127 (6) TFEU. - 3.1.5.2. Competences of the EBA, the ECB and the ESRB. - 3.1.5.3. Independence of the ECB. - 3.1.5.4. Scope of Supervision. - 3.2. Proposal of the European Commission for a Single Resolution Mechanism (*current*). - 4. Conclusion.

1. The current bank supervision system, which is based on the concept of minimum harmonisation and the country of origin principle, has certain disadvantages. A lack of legal harmonisation raised the potential for distortion of

competition in the internal market. Credit institutions carrying out banking transactions and financial services on a cross-border basis must comply with different national permit schemes. Financial control procedures at state level differ from one another and refer to different institutions and criteria. Even harmonised rules may be implemented in different ways by the supervisory bodies of each Member State, as their authority and jurisdiction vary. At the same time, national institutions do not follow a common practice of supervision¹ due to their right of discretion in decision-making, granted by the European legislation. Consequently, regulatory arbitrage and distortion of competition result from these differing approaches. The onset of the European financial and debt crisis in 2009 revealed discrepancies between national supervisory procedures and the new economic realities, and clearly demonstrated that the current supervisory system is unable to respond adequately to the new emerging challenges.

2. The need for a change in the current supervision system pushed the European Commission to seek reform in the financial sector. On 24/25 September 2009 in the context of the European financial crisis and the early attempts at creating a better supervision system, the European Commission unveiled a proposal for a new system of single financial supervision, in accordance with the right granted to it by Article 17 (2) TFEU. The European Commission's decision was based on the findings and proposals of *Jacque de Larosiere's*² group. The

¹ See SPEYER, *Internationalisierung von Bankgeschäft und Bankenaufsicht*, in PITSCHAS, *Integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht*, 2002, p. 83.

² See JACQUE DE LAROSIERE GROUP, *Report*, 25 February 2009, p. 45 et seq., ch. 160 available at ec.europa.eu. The Report found that the European financial market was in need of strong, integrated regulation and supervision. In the view of the Group, there is a lack of appropriate and effective supervision at the macro level, which should encompass all areas of finance and not just the banks. According to the Report, the ECB can effectively exercise its proposed functions within the scope of the European System of Central Banks, provided that a functioning and applicable mechanism is introduced by which mechanism it can be reviewed whether concrete measures are followed in accordance with the analysis of the risks at the macro level

new financial supervision system was built upon the two following pillars: the European Systemic Risk Board (ESRB) and the European System of Financial Supervision (ESFS).

The ESRB is hosted by the European Central Bank (ECB) and was appointed to succeed the Committee on Banking Supervision. It is responsible for macro-prudential oversight and for monitoring the financial position of banks and identifying potential problems with market functionality or unfavourable developments in capital flows. Once a risk is identified, the Board issues recommendations for the affected governments. The ESRB does not hold any binding decision-making powers as regards the implementation of the recommendations. The ECB provides the Secretariat of the ESRB, which is responsible for holding meetings and preparing necessary information. In addition, it also carries out the functions and analyses of the Board as well as cooperation with international expert committees.³ Under Article 5 (1) sentence 1 of the Regulation on ESRB⁴, the ESRB is to be chaired by the president of the ECB for a five-year term.

The President and Vice-President of the ECB are represented as members with voting rights in the General Board – the decision-making body of the ESRB.⁵ In addition, the Vice-President of the ECB is represented in the Steering Committee of the ESRB, and there is an ECB representative in the Advisory Scientific Committee of the ESRB.⁶ The ECB has consequently become heavily involved in macro-prudential oversight. The establishment of the ESRB has created an addi-

taken by the new European authorities and the national supervisory bodies.

³ See ERIKSSON, in *Einheitlicher Europäischer Bankenaufsichtsmechanismus*, available at *undestag.de*, p. 10.

⁴ See Regulation (EU) No 1092/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board, OJ dated 15 December 2010 L331/1 (ESRB Regulation).

⁵ See Article 6(1)(a) ESRB Regulation.

⁶ See Article 11(b) and Article 13(1)(a) ESRB Regulation.

tional institution responsible for carrying out macro-prudential supervision. Thus, macro-prudential supervision, once spread out over different levels, has been consolidated.

The ESFS, the second pillar, is responsible for micro-prudential supervision. In contrast to the ESRB, the ESFS has legal competence in respect of national financial supervision. The ESFS forms an integrated network of European financial supervisory authorities. The system is composed of one joint committee, the three committees of the European supervisory authorities, and also the national supervisory authorities of the Member States. Consequently, the ESFS comprises an alliance of supervisory authorities, both on a national and a European level. The three EU supervisory authorities are to work in cooperation with the national supervisors, mediate in the event that disputed matters arise between national supervisory authorities and, in the event of a crisis, take decisions on their own, as they are entitled to issue recommendations to the supervisory authorities of the Member States. These authorities do not have the right to issue directions to Member State governments or to draw up bailout plans for banks by way of loan guarantees or borrowing capital.⁷ The aim of the ESFS is to lead and to coordinate the work of national supervisors and to secure collaboration between macro and micro levels and coordination between different national supervisory authorities.⁸

The system functions properly if the ESRB is able, earlier on, to identify potential risks and to issue the necessary recommendations to the General Board and similarly to the three supervisory authorities of the ESFS.

⁷ See the statement of the European Commissioner for Internal Market and Services C MCCREEVY, 23 September 2009, the EU wants to get serious on stricter supervision, available at www.focus.de.

⁸ See WALLA, *Die Europäische Wertpapier - und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) als Akteur bei der Regulierung der Kapitalmärkte Europas – Grundlagen, erste Erfahrungen und Ausblick*, *Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht*, 2012, p. 265, at p. 266.

Accordingly, the ESFS passes information on micro-prudential supervision to the ESRB. In this fashion these two structures, which do not have their own legal capacity, are to be strictly separated from each other as regards their basic functions. The aim of the system is to harmonize the substantive supervision standards of the Member States and to create a single supervision authority under the direction of the European Central Bank. However, some critics claim that the establishment of such a system will make sense only once the new supervisory authorities acquire more powers in order to be able to provide effective crisis prevention at a state level.⁹

2.1 In accordance with *de Larosiere* report, the ECB will be given an important role to play in the new ESFS at both a macro and micro level. At the macro level, it is to analyze the stability of the financial system and to develop early warning systems for potential risks and weaknesses in the financial system. The ECB will provide the ESRB with all necessary logistical support and give evaluation and recommendations in respect of macro-prudential supervision. At the micro level, the ECB will assume direct control over trans-border EU credit institutions. The ECB will not be responsible for the supervision of individual banks. In the event of a conflict between national supervisory authorities, the ECB can play the role of a binding mediator. Within the framework of the ESFS, the ECB will have a consulting function on matters concerning bank law in accordance with Article 127 (6) TFEU and Article 4 (a) of the Statute of the European System of Central Banks and of the ECB. In order to perform the duties assigned to the ESCB, the ECB may, in accordance with Article 132 (2) TFEU, exert

⁹ See RIECKE, *Finanzaufsicht, Farbe bekennen*, *Handelsblatt* 184 dated 23 September 2009, p. 1; MANGLER-NESTLER, *Rechtsschutz in der europäischen Bankenaufsicht*, *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, 10/2012, p. 38.

influence on the Member States by means of regulations, decisions, recommendations and opinions.

2.2 The new supervision system seeks to consolidate the fractured elements of European financial supervision. Nonetheless, the fact that responsibility for financial supervision is divided over different bodies at the supra-national level and that decentralized supervision structures are preserved at the national level demonstrate that the concept is not one of a centralised supervision system. In addition to the ESRB and the ESFS, there are further European bodies and committees that are responsible for financial supervision on the European level, thus leading to overlapping functions. Under Article 134 TFEU, the European Commission, the European Parliament, the European Council, the ECB, and the Economic and Financial Committee are all involved in financial supervision in the EU. In respect of certain tasks such as the prevention, management and resolution of crises, as well as the development of strategies and securing financial stability, the Economic and Financial Committee and the ESRB display similar functions.

In terms of structure, the new financial supervision system lacks one legal body which can assume responsibility for all issues of financial supervision. A single European central financial supervisory authority responsible for all these matters has not been established. The system leaves the impression that, instead of a reduction in the large and diverse administrative regime, the reform consists rather of restructuring the financial supervisory bodies at a supra-national level. The system focuses on the regulation of financial markets at a European level, whereas supervision of compliance with regulatory standards, which has proved to be quite problematic, remains with the Member States.

This approach has proven insufficient over the course of the financial crisis.¹⁰

The powers of the European Banking Authority (EBA) are to be specified under the new system. The authority has “soft law” competences at its disposal; hence, it can take measures such as issuing guidelines and proposals, but it does not have any powers of enforcement, because sanctions have not been provided for.¹¹ As regards the national supervisory authorities, it holds the right to intervene where these cannot reach an agreement on the means of financial regulation as well as in the event of a crisis. In addition, under Article 21 (4) of the Regulation on the EBA, the Authority is granted powers in the event of disputes between national authorities. This raises the question of the cases in which the EBA may intervene in respect of national authorities where this power is granted to the Commission under Article 33 (2) of the Banking Directive.¹² The Banking Directive extends this power of the Commission to the entire EEA zone, whereas the EBA has no competence in respect of the EEA states. These fields of competence should be clarified further.

3. For the purposes of reforming the current bank supervision system and against the backdrop of the European debt crisis, the European Commission issued two proposals: one regarding the establishment of a European Banking Un-

¹⁰ See ERIKSSON, *op. cit.*

¹¹ Under certain exceptional situations the EBA may, according to Recital (29) to the EBA Regulation, issue binding legal acts in the form of decisions. See, Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC, OJ 15 December 2010, L331, p. 12. The decision will be issued via a three-stage mechanism, a complex cooperation between the EBA and the Commission. At the initial stage, the EBA will issue a recommendation. At the second stage the Commission will make a formal submission to the national authorities, and at the third stage the EBA will issue the decision.

¹² See Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, OJ L 177, 30.6.2006, p. 1.

ion and the other for the establishment of a Single Resolution Mechanism for the Banking Union. This will be the means of establishing a single centralised banking supervision system. The three cornerstones would be centralised supervision, conducted by the ECB, and also European legislation on bank resolution and on single deposit insurance.¹³ These two reform proposals will therefore cover the initial two steps of the project.

3.1 On 29 June 2012 the heads of state and of government of the euro-zone decided at a high-level meeting to introduce a Single Supervision Mechanism (SSM) under the control of the ECB, pursuant to Article 127 (6) TFEU. This was the first step towards establishing a financial as well as a banking union. The banking union's major purpose is not only to harmonise substantive regulation but also to implement single banking supervision within the framework of the ESFS.¹⁴ On the basis of the proposals issued at that meeting and those of the *de Larosiere* Report, the European Commission issued two proposals for regulations on 12 September 2012 – one conferring specific tasks on the ECB¹⁵ and the other concerning the amendment of the EBA Regulation,¹⁶ as well as a schedule for the banking union¹⁷ on the establishment of a single supervision mechanism in Europe. The new banking union is to improve integration on both the eco-

¹³ See EU continues bickering on the banking union, page 2 at www.handelsblatt.com

¹⁴ See ERIKSSON, *op. cit.*

¹⁵ See Proposal for a Council Regulation conferring specific tasks on the ECB concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, dated 12 September 2012, COM (2012) 511 available at eur-lex.europa.eu

¹⁶ See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards its interaction with Council Regulation (EU) conferring specific tasks on the ECB concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions dated 12 September 2012, COM 2012 (512) available at eur-lex.europa.eu.

¹⁷ See Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A Roadmap towards a Banking Union, COM (2012) 510 final, dated 12 September 2012, available at eur-lex.europa.eu

nomic and finance levels of all EU Member States and of the European Economic and Monetary Union. Each Member State in need of international financial aid has to meet the political requirements, including extensive requirements in respect of the financial sector. According to the Commission, the result would be the consolidation of supervision by the EBA in the direction of highly centralised management.¹⁸

3.1.1. According to the proposal of the European Commission, the ECB is to be granted the competence to take final decisions regarding bank supervision issues. In further spheres of bank supervision, it will take over the role of the national supervision authorities.¹⁹ The ECB is to have unlimited powers of intervention in respect of all credit institutions and hold various powers to request information, to carry out investigations or inspections, or to impose sanctions.²⁰ The national supervision authorities will retain competence over all tasks that have not been conferred on the ECB, for example consumer protection, fighting money laundering, and supervision of banking institutions from third states.²¹ The imposition of sanctions will be divided up between the ECB and the national supervision authorities. Initially, the ECB will supervise only large, systemically important credit institutions, and after the end of the one-year transitional term it will take over the supervision of smaller institutions as well. The European Commission justifies this thorough supervision model on the basis that smaller credit institutions have a significant negative impact over the overall financial

¹⁸ See MEMO/12/662, Commission proposes a package for banking supervision in the eurozone – frequently asked questions, dated 12 September 2012, available at *europa.eu*

¹⁹ See ERIKSSON, *op. cit.*

²⁰ See Article 19-12, 15 of the proposed Regulation conferring specific tasks on the ECB, fn 15, p. 22.

²¹ See Recital (22) and Article 4(4) of the Commission's proposal ECB, n. 15, p. 22.

stability of the Union. Bank branches of non-SSM states which, under Article 4 (2) of the proposed Regulation, are situated within the territory of an SSM member state, will also be subject to the supervision of the ECB. Under Article 6 (2) (a) and (b) of the proposed Regulation, all EU countries outside the eurozone can establish close cooperation with the ECB within the context of the SSM, provided that they meet the relevant conditions. They will be obliged to comply with the guidelines and requests of the ECB and to provide information concerning particular credit institutions and to enact national legislation. Provided they do this, their national supervision authorities will retain bank supervision over local credit institutions.

In order for the activities of the ECB to be strictly divided into two sets – banking supervision and monetary policy – Article 19 (2) of the proposed Regulation provides that an Internal Supervision Committee be established. It would consist of four representatives of the General Board of the ECB and a representative from each Member State of the EU, and the body would have only limited authority as to the planning and execution of bank supervision tasks. According to Article 19 (3) of the proposed Regulation, the Governing Council of the ECB is to delegate clearly defined tasks to the Supervisory Board, subject to the oversight and responsibility of the Governing Council.

The question of whether supervision should be subject to the control of the ECB and, more specifically, whether Article 127 (6) TFEU is a suitable basis for conferring banking supervisions tasks on the ECB was and remains a disputed question.²² Under Article 127 (6) TFEU as well as Article 25.2. of the Statutes of the ESCB, the ECB can be conferred “specific tasks” regarding the supervision

²² See BERSCHENS - SIGMUND, *Juristische Bedenken gegen Euro-Bankenaufsicht wachsen*, *Handelsblatt* dated 20 October 2012, p. 15. According to the opinion of the legal service of the European Council, the ECB “oversteps” the possibilities under the EU Treaties. Therefore, the EBA must be subject to the ECB.

of credit institutions. The provision deals with the monetary policy of the EU, and it should be considered as granting limited competence to the ECB in respect of bank supervision. Such a supervision duty does not constitute a complete transfer of banking supervision over to the ECB, but rather a set of particular obligations in the form of supervision competences with the right of veto.²³ With the ECB's authorisation as a central EU banking supervisory authority, counter-arguments such as the conflict of objectives between supervision and monetary policy, the differences between euro and non-euro Member States, as well as EFTA states, the lack of democratic legitimatisation in the event of interventions, and the formation of a super-authority have to be taken into account. On these grounds, Article 127 (6) TFEU can be a legal basis for transferring of "specific tasks" regarding banking supervision to the ECB, but it cannot be a basis for transferring banking supervision in its entirety to the ECB.

3.1.2 The new EBA regulation²⁴ proposed by the European Commission seeks to adapt the procedures of the European Banking Authority to the newly formed supervision structures, including the status of the ECB as a banking supervision authority.²⁵ The concept of competent authorities, which previously only referred to national authorities, is extended to include the ECB. The proposed EBA Regulation governs the relationship between ECB and EBA. Under Article 18 in the case of a crisis and under Article 19 in the case of conflicting statements issued by national supervisory authorities, it provides that the ECB has the right to refuse to comply with a request for action by the EBA upon stating the justification. In addition, it is planned that, in the event of a breach of EU law by any supervisory authority pursuant to Article 17, or in the event of differ-

²³ See GLATZL, *Geldpolitik und Bankenaufsicht im Konflikt*, Thesis Heidelberg, 2009, p. 257.

²⁴ See, EBA Regulation, n. 15.

²⁵ See ERIKSSON, *op. cit.*

ences of opinions of the supervisory authorities pursuant to Article 19 of the EBA Regulation, an independent panel will be established from the Supervisory Board, consisting of the Chairperson and two other members of the Supervisory Board.²⁶ This seeks to avoid a situation in which the EU States participating in the SSM hold a minority blocking veto.²⁷ In this connection, the composition of the General Board is thus to be changed such that two members come from EU Member States that are not part of the SSM.²⁸

3.1.3 In the conclusions by the European Parliament on 18/19 October 2012, the head of states and prime ministers called on legislators to react the European Commission's proposal for new supervisory legislation. It was followed by a commitment to reach an agreement by 1 January 2013 on the disputed issues of the legal grounds for the establishment of the banking union and a strict division between monetary political and supervisory functions of the ECB, in addition to ensuring equitable treatment and representation of both euro and non-euro area Member States participating in the SSM.²⁹ The European Parliament demanded amendments as regards the types of supervised credit institutions and the collaboration between the ECB and the national supervisory authorities. The European Parliament also insisted that a Board of Appeal that would settle all the appeals against decisions of the ECB be established and that an express provision be inserted to the effect that proceedings can be brought before the Court of Justice of the European Union contesting a decision taken by the Board of Appeals under Article 263 TFEU.³⁰ In order to strictly separate monetary policy

²⁶ See ERIKSSON, *op. cit.*

²⁷ See ERIKSSON, *op. cit.*

²⁸ See Article 1(8) of the proposed EBA Regulation, n. 24, p. 11.

²⁹ See Conclusions of the European Council dated 18/19 October 2012, EUCO 156/12 p. 7, available at register.consilium.europa.eu.

³⁰ See Article 15a and 15b of the M. Thyssen Report: available at www.europarl.europa.eu

functions from the supervisory functions of the ECB, staff involved in supervision are to be organisationally separated from other staff. The Parliament would also be granted a right of approval in respect of the appointment of the Chair and Vice-Chair of the Supervisory Board.³¹ In order to protect the best interests of the countries which are not a part of the Banking Supervision Mechanism, the qualified majority for decisions taken by the Supervisory Board of the European Banking Authority are to include at least half of the Member States included in the ECB supervisory mechanism as well as half of the Member States not taking part in it.³²

3.1.4. The proposals for new banking regulation, issued by the European Commission, have been met by criticism from some quarters.³³ The political agreement of the Member States on the establishment and the design of the Single Supervisory Mechanism (SSM) was only reached on 12 December 2012 in the Council of Economic and Financial Affairs.³⁴ On the basis of the proposals of the European Commission and taking into consideration in part the proposals for amendments of the European Parliament, the Member States came to an agreement in the Council of Economic and Financial Affairs on conferring specific tasks

³¹ See, ERIKSSON, *op. cit.*; Article 19 M. Thyssen Report, n. 30.

³² See Article 1 VII of the Report on proposal of the European Commission for amendment of the EBA Regulation, S. Giegold, available at www.europarl.europa.eu, in relation to Art. 44 of the European Banking Authority, accessed on 8 June 2013.

³³ See, ERIKSSON, *op. cit.*, p. 6, 19, as well as F.A.Z. dated 27 September 2012, *The President of the German Federal Bank takes a stand against banking supervision from inside the ECB*, available at www.m.faz.net; submission of Deputy Meister and others and the CDU/CSU party as well as Deputy Vising and others and the FDP party on 25 September 2012, BT-Drs. 17/10781 f.; discussions at the session of the German Bundesrat dated 19 October 2012, BR-Drs. 546/12 and the protocol of the meeting of 19 October 2012 (631. EC), p. 11 et seq. A disputed issue was the supervision of small credit institutions lacking systemic relevance, although such institutions may create systemic risks for the eurozone. Handelsblatt dated 19 September 2012, available at www.handelsblatt.com. BRANDI - GIZELER, *Betriebsberater* 2012, pp. 2646 - 2650.

³⁴ See ERIKSSON, *op. cit.*

on the ECB³⁵ and on a proposal for an amendment of the EBA.³⁶ Under the agreement, the ECB is to undertake the supervision of the important banks only, i.e. those with a balance sum of 30 billion euros or where they exceed the gross national product of a Member State by 20%.³⁷ The supervision of the small credit institutions is to be subject to the national authorities. The ECB will issue guidelines and instructions for the supervision of the small institutions to the national authorities and, according to Article 5 (5) (b) of the proposed ECB Regulation, it can itself directly exercise supervision of these credit institutions at any time. The ECB is responsible for the effective and harmonious functioning of the Supervisory Mechanism. The practical modalities of implementation of the supervision are to be organised via consultation between the ECB and the national authorities.³⁸

The proposed Regulation also adds the option for the non-euro Member States to unilaterally terminate their participation in the SSM in the case that they do not agree with the SSM's decisions.

In respect of the separation of the functions of the monetary policy and supervision, the proposals of the European Commission are amended and supplemented with new provisions. The reason was that the existing ECB decision-making organs cannot guarantee this. According to the proposed ECB Regulation, in addition to the existing Governing Council of the ECB and the Executive Board, the following three new bodies are to be added: a Supervisory Board, a Panel of Review and a Mediation Panel. The planning and the execution of the tasks conferred upon the ECB must be undertaken by the Supervisory Board.³⁹ It

³⁵ See *register.consilium.europa.eu*, since 29 October 2013 a Council Regulation (EU) Nr. 1024/2013, OJ L 287, p. 63.

³⁶ See, n. 35, since 29 October 2013 Regulation (EU) Nr. 1022/2013, OJ L 287, p. 5.

³⁷ See Proposed ECB Regulation, Article 5(4)(a), p. 32, n. 35.

³⁸ See Article 5(7) of the proposed ECB Regulation, *ibid.*

³⁹ See Article 19(1) of the proposed ECB Regulation.

is to provide full draft resolutions to the Governing Council of the ECB for supervisory decisions. The Governing Council of the ECB thus continues to have decision-making powers in respect of supervision. The Supervisory Board is composed of representatives of the ECB appointed by the Executive Board of the ECB and representatives of the competent authorities of the Member States. The members of the Governing Council of the ECB must elect the Chairperson of the Supervisory Board from the bank ECB Directorate and the Vice-Chairperson from the members of the ECB Executive Board.⁴⁰ This, however, raises the question of whether there is sufficient division between the banking supervision and the monetary policy when a person who is a member of the Governing Council of the ECB, which determines the monetary policy of the EU, is also able to influence the decisions of the Supervisory Board.

A deviation from the European Commission's proposals is a Review Panel that consists of supervisory experts from the Member States who are not simultaneously supervisory authority personnel,⁴¹ and that is to be responsible for reviewing the Supervisory Board's decisions pursuant to Article 17b of the proposed Regulation.

A new Mediation Panel for ensuring strict segregation of the monetary-political and supervisory functions pursuant to Article 18 of the proposed Regulation is also to be established.

The Mediation Panel will resolve differences of views expressed by the competent authorities of concerned participating Member States regarding an objection of the Governing Council to a draft decision by the Supervisory Board.⁴² To ensure a separation of operative functions, meetings and agendas of the Governing Council are to be kept strictly separate pursuant to Article 18

⁴⁰ See Article 19(2) of the proposed ECB Regulation.

⁴¹ See Article 17b(1) of the proposed ECB Regulation, *ibid.*

⁴² See Article 18(3b) of the proposed ECB Regulation.

(3a) of the proposed Regulation, and representatives elected from the Governing Council on the Supervisory Board are to be barred from exercising monetary-political functions within the ECB.⁴³

In addition to the proposed Regulation on the ECB, the Member States also agreed on the amendment to the EBA Regulation in the Council of Economic and Financial Affairs. In accordance with the agreement, the preparation for the exercise of powers of intervention and instruction of the European Banking Authority shall be performed by an independent panel, under Articles 17, 18 and 19 of the EBA Regulation.⁴⁴ It is to be composed of the Chairperson of the Board of Supervisors and six other members, who are not representatives of the competent authority, because, in the case of Article 17 (breach of Union law) they are alleged to have breached Union law or, in the case of Article 19 (differences in opinion between national authorities), they are parties to the differences in opinion between the national authorities. The amendments proposed by the Commission to the provision on the relationship between the EBA and the ECB in accordance with Articles 18 and 19 of the proposed EBA Regulation were not adopted.⁴⁵ In this respect, the ECB is not to have a special role in respect of the national authorities, but rather it would also be subject to the powers of instruction of the EBA, subject to the requirements of Article 18 of the EBA Regulation.⁴⁶ The national banking supervisors will be in control of market and solvency supervision, whereas the task of the EBA is to execute the coordination procedure for the SSM.

⁴³ See Article 19(2a) sentence 1 of the proposed ECB Regulation.

⁴⁴ See Article 1(5) of the proposed EBA Regulation available at register.consilium.europa.eu, accessed on 8 June 2013.

⁴⁵ See, below: 2nd Commission proposal for amendment of the EBA Regulation

⁴⁶ See ERIKSSON, *op. cit.*, p. 25 ff.

3.1.5. The proposal of the EU Commission for the establishment of a banking union under the direction of the ECB was introduced on the basis of Article 127 (6) TFEU. There remains the question whether, after the agreement in the Council of Economic and Financial Affairs, the proposal is covered by this principle of competence and whether the tasks transferred to the ECB can fall under the notion of “specific tasks” in Article 127 (6) TFEU.⁴⁷ Establishing banking supervision at the European Central Bank is also associated with problems such as: the hierarchical relationship with the EBA, the current absolute independence of the ECB in respect to its monetary-policy functions, the priority of these tasks under Article 127 (1) sentence 1 TFEU, and with the decision-making structures of the ECB. In this regard, the transfer of banking-supervision enforcement powers to the ECB is closely intertwined with the competence for substantive EU legislation.

3.1.5.1. As already mentioned, Article 127 (6) TFEU is not a sufficient basis for transferring all banking supervision to the ECB.⁴⁸ Based on a grammatical interpretation of Article 127 (6) TFEU, it refers to “specific” and not to “the” or to “all” supervisory functions. In addition, in accordance with a historical interpretation, the Member States, at the treaty negotiations of Maastricht, rejected the demand of the managers of the central banks for participation of the ECB in banking supervision, and, as a compromise, the possibility of participation of Article 127 (6) TFEU was adopted, provided the Council unanimously agreed to such participation.⁴⁹ Under the proposal of the European Commission, the ECB will not take over all banking supervision duties, as the supervision of small and systematically irrelevant credit institutions in the eurozone will remain under the control

⁴⁷ See ERIKSSON, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁸ See, below: 1st Commission proposal for conferring specific tasks to the ECB.

⁴⁹ See GLATZL, *op. cit.*, p. 257.

of the Member States. It is unclear whether of Article 127 (6) TFEU allows the ECB to take over this supervision as well. In accordance with the wording of Article 127 (6) TFEU, it is not expressly laid down that core competences must remain with the Member States. Moreover, based on a teleological interpretation, it can at most be concluded that the provision seeks to rule out the entire transfer of banking supervision to the ECB.⁵⁰ The ECB was granted direct powers of supervision, investigation and sanctions under Article 8 of the proposed ECB Regulation. In addition to the supervision of systemically relevant credit institutions assigned to it, it can extend its assigned powers to one or more small credit institutions under Article 5 (5) (b) of the proposed ECB Regulation.⁵¹ The wording “one or more” does not include all such institutions; therefore, it cannot be considered to be full banking supervision by the ECB. In any case, certain supervisory powers remain with the supervisory authorities of the Member States, and the ECB is mainly focused on the systematically relevant credit institutions. Therefore, the proposed Regulation can be based upon Article 127 (6) TFEU in the sense of “*effet utile*”.

It is also questionable whether the Supervisory Board, which was not provided for until now, can be established along with the Governing Council of the ECB and Executive Board. In respect of the division of monetary policy from supervision, the provision raises significant doubt in respect of the primary objective of price stability of the ECB in accordance with Article 127 (1) sentence 1 TFEU, and the decision-making power of the Governing Council of the ECB. During the negotiation process in the Council of Economic and Financial Affairs, it was found that the establishment of a Supervisory Commission was in breach of Ar-

⁵⁰ See ERIKSSON, *op. cit.*, p. 29.

⁵¹ Notwithstanding the provisions defining significant credit institutions, the ECB is in any case to undertake supervision in respect of the three most significant credit institutions in each of the participating Member States, under Article 5(4)(b).

article 13 (2) TEU.⁵² According to the provision, each organ of the EU must act in accordance with the procedures determined in treaties. The decision-making organs of the ECB, in accordance with Article 129 (1) TFEU in conjunction with Article 9.3. of the Statutes of the ECB, are the Governing Council of the ECB and the Executive Board. As no provision is made for an amendment of these organs and their procedures or voting rules, the Commission's proposal exceeds the powers held by the Council pursuant to Article 127 (6) TFEU.

On the other hand, a conflict of objectives between the monetary policy and supervisory functions should be avoided. Under the two current bodies, this cannot be guaranteed. In this regard, Article 127 (6) TFEU can be understood in the sense that the transfer of “specific tasks” of banking supervision to the ECB provides the European Council with an opportunity to introduce such an organ for this purpose. In addition, the new Supervisory Board will not have the power to take decisions itself, but rather it will prepare decisions which are reserved for the ECB.⁵³

It should also be clarified to what extent the decisions of the Mediation Panel will have to be binding, especially if the Governing Council of the ECB has the final decision-making power in relation to supervisory decisions. If the view that Article 127 (6) TFEU does not establish a new decision-making body is followed, the decisions of the Mediation Panel should not be of a binding nature. Therefore, it can be argued that Article 127 (6) TFEU may be invoked as a legal basis under such circumstances.

3.1.5.2. As the EBA was introduced as a central European banking authority, the question now arises as to the ECB's role in respect of supervision. The *De*

⁵² See ERIKSSON, *op. cit.*, p. 29, Opinion of the legal service of the European Council dated 9 October 2012.

⁵³ See ERIKSSON, *op. cit.*, p. 30.

Larosiére Report envisaged only the mediation functions of the ECB when dealing with conflicts between the national supervisory authorities,⁵⁴ whereas according to Article 33 (2) of the Banking Directive this power is granted to the European Commission. The EU Commission likewise has the last word when it comes to drafts relating to the binding technical standards of the European Banking Authority.⁵⁵ According to the Commission's proposal, the ECB will initially take over only the role of the national supervisory authorities within the eurozone, whereas the harmonization of the banking sector in the whole EU and the introduction of a uniform supervisory practice will remain under the control of the European Banking Authority. Thus, on a European level, the ECB will have the same relationship towards the European Bank Supervision Authority as towards the national authorities of the non-eurozone Member States. In terms of hierarchy it will be under the EBA. In order to differentiate the functions of both authorities, a suggestion was raised to leave the operative supervision of credit institutions to the ECB, whereas decisions on the permission, dissolution or restructuring of institutes would be reserved for the EBA.⁵⁶ A similar idea existed for the division of banking supervision between the ECB and the European Stability Mechanism (ESM).⁵⁷ At the same time, when making a comparison between the ESRB and the ECB, it is apparent that the two institutions have similar functions concerning the macro-prudential supervision and the associated information-gathering. However, unlike the ESRB, the ECB can directly collect

⁵⁴ See *The De Larosiére Report*, n. 2, p. 49, para. 170

⁵⁵ See Article 10(1)(8), Article 15(1)(7) of the EBA Regulation.

⁵⁶ See HERDEGEN, *Europäische Bankenunion: Wege zu einer einheitlichen Bankenaufsicht, Wertpapiermitteilungen*, 2012, pp. 1889 - 1897.

⁵⁷ See HERDEGEN, *op. cit.*, p. 1897 ff. The European Stability Mechanism is an international organisation created in accordance with the international law that can assume such functions. If the European Stability Mechanism does not represent the national authorities of the Member States in the EBA, an amendment of secondary EU law will be required. An integration of the functions and powers currently held by the EBA with banking supervision by the ESM will require an amendment of the TFEU.

the statistical data required to exercise its functions from the national authorities, according to Article 5.1 of its statutes with the support of the national central banks. Thus, unlike the ESRB, the ECB has greater access to information, without being involved in the procedure of information acquisition, as Article 15 of the Regulation on the ESRB envisages for the ESRB. In contrast to the ECB, the ESRB does not have legal personality, which means that the ESRB is capable of taking action only through the ECB. The ECB is hierarchically subordinate to the ESRB, whereas according to the proposal of European Commission and in practice it is the ECB that is more in the public eye since the debt crisis. This lead to the opportunity that the ESRB could become a forum for a dialog lead by the ECB and the ESRB- leadership and decision-making could be dominated by the ECB and banking union concerns.⁵⁸

3.1.5.3. According to Article 130 TFEU, the independence of the ECB and of the members of its decision-making organs is guaranteed for the entirety of their field of activity. The same chapter contains the section stating that the ECB may be assigned “specific tasks” in relation to supervision, according to Article 127 (6) TFEU. This provision does not mention any change in the independence of the ECB. A systematic interpretation of the TFEU permits the independence of the ECB in respect of monetary-policy functions. The granting of functions and powers that are not to be independently exercised should necessitate an amendment of the TFEU.⁵⁹ Dispensing with political responsibility and reviews is also at odds with the principle of democracy under Article 2 (1) TEU. The functioning of the European Union is founded on representative democracy according to Article 10 (1) TEU. Any form of independent exercise of sovereign rights on the

⁵⁸ See FERRAN - BALIS, *The European Single Supervisory Mechanism, Journal of Corporate Law Studies*, 2013, pp. 255 - 285.

⁵⁹ See HERDEGEN, *op. cit.*, p. 1894.

part of independent bodies of the EU requires special justification by the European Parliament, the European Council or the European Commission. In respect of the monetary policy functions of the ECB, such a justification may be based upon the independence of central banks and currency stability. There is no such justification for the independence of the ECB where supervisory functions and the stability of the banking system are concerned.⁶⁰ Particularly in respect of bank supervision there is no tension between the interests of stability and the monetary functions of the ECB. Consequently, a transfer of banking supervision to the ECB would, in light of its independence, be contrary to the principle of democracy.⁶¹

3.1.5.4. Under the proposed Regulation, the supervisory powers of the ECB would be restricted in principle to the eurozone. Therefore, UK institutions are not included, despite the fact that the head offices of some of the largest institutions are located there. The Member States outside of the eurozone can establish close cooperation between their supervisory authorities and the ECB under Article 6 of the proposed ECB Regulation. They will not have as great an influence on the decisions in the Supervisory Board as the eurozone Member States, which are represented via their own votes as well as these of the chairpersons of the ECB. Such a divided Supervisory Board would result in system failure to a certain extent. The reason is that in a mainly harmonised sector companies would be subject to differing supervisory mechanisms side-by-side.⁶² It remains questionable whether these states can enjoy benefits from such a cooperation if they have none of the advantages of a single currency. The ECB can also not guarantee that it will protect the euro and their national currencies

⁶⁰ See HERDEGEN, *op. cit.*, p. 1894.

⁶¹ See HERDEGEN, *op. cit.*, p. 1894, as well as HAHN - HEDE, *Währungsrecht*, 2010, p. 112.

⁶² See HERDEGEN, *op. cit.*, p. 1894

to the same extent.

3.2. At a meeting of the ministers of finance of the eurozone on 13/14 May 2013, it was discussed whether, when and how the big bank investors would have to bear losses in the event of a bailout of a bank. A new structure, supported by the European Stability Mechanism (ESM), is to take over bank resolution in the eurozone. Germany was opposed to such a rapid introduction of the resolution mechanism because first a single bank restructuring procedure and a common deposit insurance would have to be established in the context of a banking union and a single supervisory authority.⁶³ In the absence of strict implementation, the deposit insurance would result in a significant redistribution. In Germany's view, the bank restructuring will require an amendment of the Lisbon Treaty.⁶⁴ The funds for the bank restructuring or dissolution should not be in a common fund until such time as a more centralised supervisory system with a stable legal basis has been established in the EU.⁶⁵

In light of this discussion, the European Commission proposed a Single Resolution Mechanism (SRM) for the banking union on 7 July 2013. This system is designed to recapitalize credit institutions that have gotten into financial difficulties via a resolution fund. The system would work in such a way that the ECB, as the bank supervisor, would first signal when a bank was in severe financial difficulties and needed to be resolved.⁶⁶ As a second step, a Single Resolution Board

⁶³ See KOTZ in *Nach der Krise: Neue Herausforderungen für die Bankenregulierung*, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2012, pp. 322 - 328.

⁶⁴ See WERNER, *EU-Pläne für Bankenabwicklung kaum haltbar*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10. July 2013, p. 1, available at www.faz.net.

⁶⁵ See SOTIROVA, *В капана на банковия съюз*, *Банкер* 17-24 Mai 2013, p. 6.

⁶⁶ This assessment will be conducted by the ECB Supervisory Board for the banks subject to the SSM and by the national resolution authorities for banks not member of the SSM. See MICOSI - BRUZZONE - CARMASSI, *The New European Framework for managing Bank Crises Nr. 304*, 21 November 2013, *CEPS Policy Brief*, pp. 21 - 29, available at www.ceps.be.

(SRB) consisting of representatives of the ECB, the European Commission and the national authorities where the bank has its headquarters would prepare the resolution of the bank. On the basis of the Single Resolution Board's recommendation, or on its own initiative, the Commission would decide whether to place a bank into resolution. Thus, the final say would be with the European Commission. The legally binding discretionary decision will accordingly be with a democratically legitimate organ in accordance with European jurisprudence.⁶⁷ If the European Commission decides to place a bank into resolution, the national resolution authorities would be in charge of the execution of the resolution plan. The SRB would oversee the resolution and if the national resolution authorities not comply with the decision, it would directly address executive orders to the troubled bank.⁶⁸

In addition, a Resolution Directive establishing uniform rules and procedures for the resolution of credit institutions and investment firms is to be enacted.⁶⁹ The proposed order of seniority in the event of insolvency is still the subject of dispute. According to the Commission's proposal, the shareholders, followed by bondholders and finally savers with savings of more than 100,000 euro will be held liable.⁷⁰ Only then would the taxpayer, initially via the Member State in question and subsequently the other euro states via the European Stability Mechanism, be called upon.⁷¹ It remains unclear whether this scheme would ap-

⁶⁷ See HYOLTCHI, *The European Commission issued a legislative proposal for the Europeanization of bank resolution. It wants to create a board and a fund. The project met with harsh criticism from Berlin*, in *Neue Züricher Zeitung* dated 11 July 2013 available at www.nzz.ch.

⁶⁸ Commission proposes Single Resolution Mechanism for the Banking Union, dated 10 July 2013 available at europa.eu, accessed 27 December 2013. See also Council agrees general approach on Single Resolution Mechanism, 18 December 2013, available at www.consilium.europa.eu, accessed 27 December 2013.

⁶⁹ See, n. 12, p. 2, the Directive would also govern the order of priority for compensation. See also n. 65.

⁷⁰ See, note 12.

⁷¹ *Ibid.*

ply to all EU Member States, or whether the decision as to whether the taxpayer must intervene will be left to the individual states.⁷² The banking union is to be built upon the framework of this Directive and the SSM.⁷³ The Directive will apply to credit institutions of Member States not participating in the banking union and should govern the interface between the SRM and the national resolution authorities of these Member States. The Commission's proposal faced some negative reaction.⁷⁴ Concerns were raised that the Commission would be given powers beyond those it can be granted under the EU treaties, which powers would require an amendment of primary European law.⁷⁵ Until such time as this is reached, a "network" of national resolution authorities could carry out this function.⁷⁶ It is thus that it will require a certain period of time for the introduction of the SRM, due to the absence of an agreement on certain questions.

4. The new European system of financial supervision established on 1 January 2011 was designed to ensure a consolidation of financial supervision. However, the centralised supervision at a supranational and a national level is in contrast to the decentralised system of supervision by the country of origin. The Commission's proposal to confer banking supervision on the ECB in accordance with Article 127 (6) TFEU is conditional on the ECB not taking over all banking supervision activities, but only certain functions in connection with the oversight of credit institutions. According to the *De Larosiere* Report, supervision at an EU level should encompass all areas of the financial markets and should not be restricted to the banking sector.⁷⁷ A European central financial supervisory

⁷² *Ibid.*

⁷³ See, note 67, below: 1.5.1.

⁷⁴ See *EurArchiv* dated 12 July 2013 available at www.euractiv.de

⁷⁵ See HYOLTCHI, *op. cit.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ See, *The De Larosiere Report* n. 2, p. 45, ch. 153.

authority would be the logical step in this direction after the introduction of a single currency and the establishment of a ECB, although according to some eurosceptics this is more associated with a single state.⁷⁸ The proposals of the Commission are directed towards the centralisation of bank supervision. However, the competence for European-wide supervision of credit institutions along with all the necessary rights to information and of intervention is still lacking. The establishment of a banking union is limited to the eurozone. As a new piece of regulation, it meets the need for further integration in Europe. It will also be better able to meet the challenges of global competition. Nonetheless, it remains open to debate whether the banking union should be run by the ECB, as there are doubts in respect of independent supervision and monetary policy of the ECB. The economic and monetary policies of the participating Member States will likewise be placed at different levels: whereas monetary policy is conferred to the supra-national ESCB, responsibility in terms of economic policy will remain with the Member States, which will not be able to prevent further crises, pending the establishment of an economic union. In retaining the decentralised system of supervision there will be further problems in respect of differing supervisory practices in the Member States. Such problems can be resolved via central European financial supervision. The European Commission's new project for the introduction of a Single Resolution Mechanism as a foundation for the functioning of the banking union remains controversial. Consequently, the reform proposals of the Commission should be viewed as preliminary steps for the planned rollout of a centralised model of supervision in the future. It remains to be hoped that such a model will be implemented in the near future.

⁷⁸ See BARING, *Wir reden von einem Europa, das es gar nicht gibt*, *Focus*, 30.5.2013, S. 26.

Stanyo Dinov

Master of Law (Heidelberg),

PhD student at the Ruprecht Karl University of Heidelberg

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE

Sentenza 22 gennaio 2014

Regolamento (UE) n. 236/2012 – Vendite allo scoperto e taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (credit default swap) – Articolo 28 – Validità – Base giuridica – Poteri di intervento attribuiti all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati in circostanze eccezionali

Nella causa C-270/12,

avente ad oggetto un ricorso di annullamento ai sensi dell'articolo 263 TFUE, proposto il 31 maggio 2012,

Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, rappresentato da A. Robinson, in qualità di agente, assistito da J. Stratford, QC, e A. Henshaw, barrister, ricorrente,

contro

Parlamento europeo, rappresentato da A. Neergaard, R. Van de Westelaken, D. Gauci e A. Gros-Tchorbadjiyska, in qualità di agenti,

Consiglio dell'Unione europea, rappresentato da H. Legal, A. De Elera e E. Dumitriu-Segnana, in qualità di agenti, convenuti,

sostenuti da:

Regno di Spagna, rappresentato da A. Rubio González, in qualità di agente;

Repubblica francese, rappresentata da G. de Bergues, D. Colas e E. Ranaivoson, in qualità di agenti;

Repubblica italiana, rappresentata da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da F. Urbani Neri, avvocato dello Stato;

Commissione europea, rappresentata da T. van Rijn, B. Smulders, C. Zadra e R. Vasileva, in qualità di agenti,

intervenienti,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da V. Skouris, presidente, K. Lenaerts, vicepresidente, A. Tizzano, R. Silva de Lapuerta (relatore), M. Ilešič, E. Juhász, A. Borg Barthet, C.G. Fernlund e J.L. da Cruz Vilaça, presidenti di sezione, G. Arestis, J. Malenovský, E. Levits, M. Berger, A. Prechal e E. Jarašiūnas, giudici,

avvocato generale: N. Jääskinen

cancelliere: L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza dell'11 giugno 2013,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 12 settembre 2013,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

...(omissis)...

Sul ricorso

Osservazione preliminare

- 26 Per quanto concerne l'oggetto del ricorso, si deve osservare che il ricorrente si limita a chiedere l'annullamento dell'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 e non mette in discussione l'istituzione dell'Aesfem.

Sul primo motivo, vertente sulla violazione dei principi in materia di delega dei poteri enunciati nella sentenza Meroni/Alta Autorità

...(omissis)...

Giudizio della Corte

- 41 Nella citata sentenza Meroni/Alta Autorità, alle pagine 40, 41 e 43, la Corte ha essenzialmente sottolineato che le conseguenze scaturenti da una delega di poteri sono molto diverse a seconda che essa riguardi, da un lato, poteri di esecuzione nettamente circoscritti e il cui esercizio, per tale ragione, è soggetto a un controllo rigoroso in base a criteri oggettivi stabiliti dall'autorità delegante, oppure, dall'altro, un «potere discrezionale che comporti una ampia libertà di valutazione ed atto ad esprimere, con l'uso che ne viene fatto, una politica economica vera e propria».
- 42 La Corte ha ivi altresì affermato che una delega del primo tipo non può modificare in modo notevole le conseguenze derivanti dall'esercizio dei poteri che essa attribuisce, mentre una delega del secondo tipo, con il sostituire gli apprezzamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante, determina un «vero e proprio spostamento di responsabilità». Per quanto concerne la fattispecie oggetto della citata sentenza Meroni/Alta Autorità, la Corte ha pertanto dichiarato che la delega di poteri conferita dall'Alta Autorità agli organismi inte-

ressati mediante la decisione n. 14-55 del 26 marzo 1955, che istituisce un meccanismo finanziario suscettibile di assicurare l'approvvigionamento regolare di rottame del mercato comune (GU 1955, n. 8, pag. 685), consentiva loro una «libertà di apprezzamento tale da concretarsi in un vero potere discrezionale» e non poteva quindi ritenersi compatibile con «quanto il trattato prescrive».

- 43 Si deve osservare che gli organismi in questione, oggetto della citata sentenza Meroni/Alta Autorità, erano enti di diritto privato, mentre l'Aesfem è un ente dell'Unione creato dal legislatore di quest'ultima.
- 44 In ordine ai poteri di cui l'Aesfem è investita ai sensi dell'articolo 28 del regolamento n. 236/2012, occorre sottolineare, innanzitutto, che questa disposizione non le conferisce alcuna competenza autonoma che vada al di là del quadro normativo fissato dal regolamento Aesfem.
- 45 Si deve poi constatare che, diversamente dai poteri delegati agli organismi oggetto della citata sentenza Meroni/Alta Autorità, l'esercizio dei poteri previsti all'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 è disciplinato da vari criteri e condizioni che delimitano il campo di azione dell'Aesfem.
- 46 Infatti, in primo luogo, l'Aesfem è autorizzata ad adottare le misure di cui all'articolo 28, paragrafo 1, del regolamento n. 236/2012 soltanto qualora, ai sensi del paragrafo 2 del medesimo articolo, tali misure affrontino minacce all'ordinato funzionamento e all'integrità dei mercati finanziari o alla stabilità di tutto o di parte del sistema finanziario dell'Unione e sussistano implicazioni transfrontaliere. Inoltre, ogni misura dell'Aesfem è subordinata alla condizione che nessuna autorità nazionale competente abbia adottato misure per rispondere a dette minacce o che una o più fra tali autorità abbiano adottato misure non adeguate a far fronte alla minaccia in questione.

- 47 In secondo luogo, quando adotta le misure di cui all'articolo 28, paragrafo 1, del regolamento n. 236/2012, l'Aesfem deve tenere conto, ai sensi del paragrafo 3 di detto articolo, del grado in cui esse affrontano in modo significativo la minaccia all'ordinato funzionamento e all'integrità dei mercati finanziari o alla stabilità di tutto o di parte del sistema finanziario dell'Unione o migliorano in modo significativo la capacità delle autorità nazionali competenti di monitorare tale minaccia, non creano un rischio di arbitraggio normativo e non producono effetti negativi sull'efficienza dei mercati finanziari, come la riduzione della liquidità su detti mercati o la creazione di incertezza per i partecipanti al mercato, che risultino sproporzionati rispetto ai benefici.
- 48 Ne deriva che, prima di adottare qualsiasi decisione, l'Aesfem deve pertanto esaminare un numero rilevante di fattori indicati dall'articolo 28, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 236/2012, dato che tali condizioni hanno carattere cumulativo.
- 49 Inoltre, i due tipi di misure che l'Aesfem può adottare ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 1, del regolamento n. 236/2012 sono rigorosamente circoscritte a quelle indicate dall'articolo 9, paragrafo 5, del regolamento Aesfem.
- 50 Infine, a termini dell'articolo 28, paragrafi 4 e 5, del regolamento n. 236/2012, l'Aesfem deve consultarsi con il CERS e, se opportuno, con altre amministrazioni competenti e deve trasmettere alle autorità nazionali competenti interessate la misura di cui propone l'adozione, includendo i dettagli della misura proposta e le motivazioni in base alle quali tale misura deve essere adottata. L'Aesfem deve altresì riesaminare le misure a intervalli regolari e almeno ogni tre mesi. Quindi, il margine di discrezionalità dell'Aesfem è limitato sia dall'obbligo di consultazione sopra menzionato, sia dal carattere temporaneo delle misure autorizzate che, definite sulla base delle migliori prassi esistenti in materia di sorveglianza e

sulla base di elementi sufficienti, sono adottate a fronte di una minaccia che richiede l'intervento dell'Unione.

- 51 L'inquadramento dettagliato dei poteri di intervento attribuiti all'Aesfem è inoltre messo in evidenza all'articolo 30 del regolamento n. 236/2012, ai sensi del quale la Commissione può adottare, conformemente all'articolo 42 del medesimo regolamento, atti delegati per precisare i criteri e i fattori di cui le autorità competenti e l'Aesfem devono tener conto nello stabilire in quali casi si siano verificati taluni eventi o sviluppi sfavorevoli nonché le minacce di cui all'articolo 28, paragrafo 2, lettera a), di tale regolamento.
- 52 A tale riguardo, l'articolo 24 del regolamento n. 918/2012 sottolinea ulteriormente la valutazione dei fatti di carattere tecnico che deve essere compiuta dall'Aesfem. Difatti, il paragrafo 3 di tale articolo limita i poteri di intervento dell'Aesfem a circostanze eccezionali, in particolare indicando in modo dettagliato il tipo di minaccia che può legittimare l'intervento dell'Aesfem sui mercati finanziari.
- 53 Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che i poteri di cui l'Aesfem dispone in forza dell'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 sono disciplinati in modo preciso e sono soggetti a un controllo giurisdizionale alla luce degli obiettivi stabiliti dall'autorità delegante. Pertanto, detti poteri sono conformi alle condizioni indicate nella citata sentenza *Meroni/Alta Autorità*.
- 54 I poteri di cui trattasi non comportano dunque, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, che l'Aesfem sia investita di un «vero potere discrezionale» incompatibile con il Trattato FUE ai sensi della suddetta sentenza.
- 55 Per tali ragioni, il primo motivo non può essere accolto.

Sul secondo motivo, vertente sulla violazione di un principio enunciato nella sentenza Romano

...(omissis)...

Giudizio della Corte

- 63 Per rispondere al secondo motivo occorre ricordare che, al punto 20 della citata sentenza Romano, la Corte ha osservato che risultava, tanto dal diritto primario in materia di competenze conferite dal Consiglio alla Commissione ai fini dell'esecuzione delle norme da esso stabilite, quanto dal sistema giurisdizionale istituito dal Trattato [CEE], che il Consiglio non può conferire a un organo, come quello oggetto della controversia che ha dato luogo a tale sentenza, nella fattispecie una commissione amministrativa, il potere di emanare «atti di carattere normativo». Secondo la Corte, una decisione di un organo siffatto, pur potendo fornire un aiuto alle istituzioni incaricate di applicare il diritto dell'Unione, non è tale da obbligare queste ultime a seguire determinati metodi o ad adottare date interpretazioni quando procedono all'applicazione delle norme dell'Unione. La Corte ne ha tratto la conclusione che la decisione controversa, adottata dalla suddetta commissione amministrativa, «non vincolava» il giudice del rinvio.
- 64 È vero che dall'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 risulta che l'Aesfem è chiamata ad adottare, sulla base di tale articolo e in circostanze rigorosamente limitate, atti di portata generale. Questi ultimi possono contenere anche norme che si indirizzano a ogni persona fisica o giuridica che detenga un determinato strumento finanziario oppure una data categoria di strumenti finanziari o che effettuino talune operazioni finanziarie.
- 65 Tuttavia, tale constatazione non implica che l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 contravvenga al principio enunciato nella citata sentenza Romano.

Occorre infatti ricordare che il quadro istituzionale stabilito dal Trattato FUE – in particolare agli articoli 263, primo comma, TFUE e 277 TFUE – consente espressamente agli organi e agli organismi dell’Unione di adottare atti di portata generale.

66 Ciò posto, non è possibile desumere dalla citata sentenza Romano che la delega di poteri a un’autorità come l’Aesfem sia disciplinata da condizioni diverse da quelle enunciate nella citata sentenza Meroni/Alta Autorità e richiamate ai punti 41 e 42 della presente sentenza.

67 Orbene, come risulta dalla valutazione del primo motivo dedotto dal Regno Unito, quest’ultimo non ha dimostrato che la delega di poteri all’Aesfem di cui all’articolo 28 del regolamento n. 236/2012 è contraria alle suddette condizioni e, in particolare, a quella secondo cui tale delega può avere ad oggetto soltanto poteri di esecuzione, rigorosamente definiti.

68 Di conseguenza, il secondo motivo non può essere accolto.

Sul terzo motivo, vertente su una delega di poteri incompatibile con gli articoli 290 TFUE e 291 TFUE

...(omissis)...

Giudizio della Corte

77 Si deve preliminarmente ricordare che l’articolo 28 del regolamento n. 236/2012 riguarda una delega di poteri non già alla Commissione, bensì a un organo o a un organismo dell’Unione.

- 78 In tale contesto, e al fine di rispondere al terzo motivo qui in esame, la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla questione se gli autori del Trattato FUE abbiano inteso stabilire, agli articoli 290 TFUE e 291 TFUE, un quadro normativo unico che consenta di attribuire esclusivamente alla Commissione taluni poteri delegati e di esecuzione oppure se il legislatore dell'Unione possa prevedere ulteriori sistemi di delega di poteri siffatti ad organi o ad organismi dell'Unione.
- 79 In proposito occorre osservare che, pur essendo vero che i trattati non contengono alcuna disposizione che consenta di attribuire competenze a un organo o a un organismo dell'Unione, resta tuttavia il fatto che molte disposizioni del Trattato FUE presuppongono l'esistenza di una siffatta possibilità.
- 80 Infatti, ai sensi dell'articolo 263 TFUE, gli enti dell'Unione sulle quali la Corte esercita un controllo giurisdizionale comprendono gli «organi» e gli «organismi» dell'Unione. Le norme del ricorso per carenza sono applicabili a questi ultimi in forza dell'articolo 265 TFUE. Ai sensi dell'articolo 267 TFUE, i giudici degli Stati membri possono sottoporre alla Corte in via pregiudiziale questioni relative alla validità e all'interpretazione degli atti di tali enti. Inoltre, avverso i medesimi atti può essere dedotta un'eccezione di illegittimità ai sensi dell'articolo 277 TFUE.
- 81 Tali meccanismi di controllo giurisdizionale si applicano agli organi e agli organismi istituiti dal legislatore dell'Unione ai quali è stato attribuito il potere di adottare atti giuridicamente vincolanti nei confronti di persone fisiche o giuridiche in settori specifici, quali l'Agenzia europea per le sostanze chimiche, l'Agenzia europea per i medicinali, l'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli), l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali nonché l'Agenzia europea per la sicurezza aerea.

- 82 In merito alla presente causa, si deve rilevare che l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 attribuisce all'Aesfem determinati poteri decisori in un settore che comporta una perizia professionale e tecnica specifica.
- 83 Tuttavia, tale attribuzione di poteri non corrisponde ad alcuna delle ipotesi delimitate dagli articoli 290 TFUE e 291 TFUE.
- 84 Come indicato ai punti da 2 a 4 della presente sentenza, il contesto normativo nel quale si iscrive l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 è determinato, in particolare, dai regolamenti n. 1092/2010, Aesfem e n. 236/2012. Detti regolamenti fanno parte di un insieme di strumenti di regolamentazione adottati dal legislatore dell'Unione affinché quest'ultima, tenuto conto dell'integrazione dei mercati finanziari internazionali e del rischio di contagio delle crisi finanziarie, possa operare in favore della stabilità finanziaria internazionale, come si evince dal considerando 7 del regolamento n. 1092/2010.
- 85 Di conseguenza, l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 non può essere considerato isolatamente. Al contrario, tale articolo deve essere inteso come facente parte di un insieme di disposizioni volte a dotare le autorità nazionali competenti e l'Aesfem di poteri di intervento per fronteggiare sviluppi sfavorevoli tali da minacciare la stabilità finanziaria all'interno dell'Unione e la fiducia dei mercati. A tal fine, dette autorità devono essere in grado di imporre restrizioni temporanee alla vendita allo scoperto di taluni titoli finanziari o alla conclusione di contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (credit default swap) o ad altre operazioni, allo scopo di impedire crolli incontrollati dei prezzi di tali strumenti. Questi enti dispongono di un elevato livello di perizia professionale e collaborano strettamente nel perseguimento dell'obiettivo di stabilità finanziaria all'interno dell'Unione.

86 Pertanto, l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012, in combinato disposto con i summenzionati ulteriori strumenti di regolazione adottati in materia, non può essere considerato in contrasto con il regime delle deleghe previsto ai suddetti articoli 290 TFUE e 291 TFUE.

87 Ne consegue che il terzo motivo deve essere respinto.

Sul quarto motivo, vertente sulla violazione dell'articolo 114 TFUE ...(omissis)...

Giudizio della Corte

97 Preliminarmente, si deve osservare che il quarto motivo sollevato dal ricorrente opera soltanto per il caso in cui l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 debba essere interpretato nel senso che abilita l'Aesfem ad adottare decisioni di carattere individuale nei confronti di persone fisiche o giuridiche.

98 Se è vero che, come risulta dal punto 64 della presente sentenza, l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 abilita l'Aesfem ad adottare in circostanze rigorosamente limitate atti di portata generale, non si può tuttavia escludere che essa possa, sulla base dei poteri che le sono conferiti dal medesimo articolo, pervenire all'adozione di decisioni nei confronti di determinate persone fisiche o giuridiche.

99 Per rispondere a tale quarto motivo, la Corte deve pronunciarsi sulla questione se il regime di intervento istituito dall'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 114 TFUE.

100 Per quanto concerne la portata dell'articolo 114 TFUE, occorre ricordare che un atto legislativo adottato su tale base giuridica deve, da un lato, prevedere misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed

amministrative degli Stati membri e, dall'altro, avere ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

- 101 Si deve quindi verificare se l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 rispetti tali due condizioni.
- 102 In primo luogo, con l'espressione «misure relative al ravvicinamento», gli estensori del Trattato FUE hanno voluto attribuire al legislatore dell'Unione, in funzione del contesto generale e delle circostanze specifiche della materia da armonizzare, un margine di discrezionalità in merito alla tecnica di ravvicinamento più appropriata per ottenere il risultato auspicato, in particolare in settori caratterizzati da particolarità tecniche complesse (v. sentenza del 6 dicembre 2005, Regno Unito/Parlamento e Consiglio, C-66/04, Racc. pag. I-10553, punto 45).
- 103 Al riguardo, la Corte ha specificato che tale margine di discrezionalità può essere utilizzato in particolare per stabilire la tecnica di armonizzazione più appropriata quando il ravvicinamento prospettato necessiti di analisi altamente tecniche e specializzate nonché della presa in considerazione di sviluppi relativi a un particolare settore (v., in tal senso, sentenza Regno Unito/Parlamento e Consiglio, cit., punto 46).
- 104 Inoltre, nella sua sentenza del 2 maggio 2006, Regno Unito/Parlamento e Consiglio (C-217/04, Racc. pag. I-3771, punto 44), la Corte ha tra l'altro affermato che, sulla scorta di una valutazione rimessa al legislatore dell'Unione, può verificarsi la necessità di prevedere l'istituzione di un organismo dell'Unione incaricato di contribuire all'attuazione di un processo di armonizzazione.
- 105 Pertanto, il legislatore dell'Unione, nella sua scelta della tecnica di ravvicinamento e tenuto conto del margine di discrezionalità di cui esso gode

nell'adozione delle misure previste dall'articolo 114 TFUE, può delegare a un organo o a un organismo dell'Unione talune competenze volte all'attuazione dell'armonizzazione che si intende conseguire. In particolare, ciò avviene quando le misure da adottare devono fondarsi su una perizia professionale e tecnica particolare, nonché su una capacità di reazione di detto ente.

106 Dato che il ricorrente fa valere, tra l'altro, che l'articolo 114 TFUE non può costituire la base giuridica per l'adozione di atti giuridicamente vincolanti nei confronti di singoli, si deve ricordare che la Corte, nella sentenza del 9 agosto 1994, Germania/Consiglio (C-359/92, Racc. pag. I-3681, punto 37), ha dichiarato che è possibile che, in taluni settori, il ravvicinamento delle sole norme generali non sia sufficiente a garantire l'unità del mercato. Pertanto, la nozione di «misure relative al ravvicinamento» deve essere interpretata nel senso che comprende il potere del legislatore dell'Unione di prescrivere i provvedimenti relativi ad un prodotto o a una categoria di prodotti determinati e, se del caso, provvedimenti individuali riguardanti questi prodotti.

107 In proposito, al punto 44 della citata sentenza del 2 maggio 2006, Regno Unito/Parlamento e Consiglio, la Corte ha sottolineato che nulla nel tenore testuale dell'articolo 114 TFUE permette di concludere che i provvedimenti adottati dal legislatore dell'Unione sul fondamento di tale articolo debbano limitarsi, quanto ai loro destinatari, ai soli Stati membri.

108 Orbene, si deve constatare che, mediante l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012, il legislatore dell'Unione ha inteso istituire, a fronte di serie minacce all'ordinato funzionamento e all'integrità dei mercati finanziari o alla stabilità del sistema finanziario dell'Unione, un meccanismo adeguato tale da consentire, in ultima istanza e in circostanze ben determinate, l'adozione di misure applica-

bili in tutta l'Unione, che possono eventualmente presentare la forma di decisioni indirizzate a taluni attori dei suddetti mercati.

109 A tal riguardo, dal considerando 1 del regolamento n. 236/2012 risulta che le autorità competenti di diversi Stati membri hanno adottato provvedimenti di emergenza per restringere o vietare le vendite allo scoperto di alcune o di tutte le categorie di titoli in ragione delle minacce alla tenuta degli istituti finanziari e dei rischi sistemici che ne derivano. Ivi è altresì precisato che i provvedimenti adottati dagli Stati membri sono diversi tra loro, in quanto l'Unione manca di uno specifico quadro normativo comune che si occupi del controllo delle vendite allo scoperto.

110 Il legislatore dell'Unione ha inoltre precisato, al considerando 3 del regolamento n. 236/2012, che è opportuno e necessario che le norme da quest'ultimo stabilite assumano la forma legislativa di un regolamento al fine di assicurare che quelle norme che impongono direttamente agli operatori privati obblighi riguardanti la comunicazione al pubblico delle proprie posizioni corte nette relative a determinati strumenti e relative alle vendite allo scoperto effettuate in assenza della disponibilità dei titoli siano applicate in modo uniforme in tutta l'Unione. Il carattere regolamentare è stato ritenuto necessario per conferire all'Aesfem i poteri per coordinare le misure adottate dalle autorità competenti o per adottare essa stessa le misure necessarie nel settore in questione.

111 Inoltre, il legislatore dell'Unione ha sottolineato, al considerando 5 del regolamento n. 236/2012, che, per porre fine all'attuale situazione di frammentazione nella quale alcuni Stati membri hanno adottato misure divergenti, e per ridurre la possibilità che le autorità competenti adottino misure divergenti, è importante affrontare in modo armonizzato i rischi potenziali derivanti dalle vendite allo

scoperto e dai contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (credit default swap).

- 112 L'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 mira in effetti al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di sorveglianza di un certo numero di titoli e al controllo, in casi determinati, di alcune operazioni commerciali aventi ad oggetto tali titoli, in particolare posizioni corte nette in uno specifico strumento finanziario o in una data categoria di strumenti finanziari.
- 113 In secondo luogo, e in merito alla condizione enunciata dall'articolo 114 TFUE, secondo cui le misure di ravvicinamento da parte del legislatore dell'Unione devono avere ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, occorre ricordare che, al punto 42 della citata sentenza del 2 maggio 2006, Regno Unito/Parlamento e Consiglio, la Corte ha evidenziato che tale articolo può essere utilizzato come base giuridica solo quando risulti obiettivamente ed effettivamente dall'atto giuridico che quest'ultimo ha come fine il miglioramento delle condizioni di attuazione e di funzionamento del mercato interno.
- 114 A tal proposito, il considerando 2 del regolamento n. 236/2012 enuncia che la finalità di quest'ultimo è di garantire il corretto funzionamento del mercato interno e di migliorare le condizioni del suo funzionamento, con particolare riguardo ai mercati finanziari. Il legislatore dell'Unione ha dunque ritenuto opportuno stabilire un quadro regolamentare comune in materia di norme e poteri relativi alle vendite allo scoperto e ai contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (credit default swap) e assicurare un maggiore grado di coordinamento e di coerenza tra gli Stati membri nei quali devono essere adottate misure in circostanze eccezionali. Pertanto, l'armonizzazione delle norme relative a tali operazioni mira ad impedire la crea-

zione di ostacoli all'ordinato funzionamento del mercato interno e la persistenza di misure divergenti applicate dagli Stati membri.

115 Si aggiunga che, ai sensi del considerando 33 di tale regolamento, se le autorità competenti sono spesso nella posizione migliore per controllare e reagire rapidamente ad un evento o sviluppo sfavorevole, l'Aesfem dovrebbe poter adottare delle misure quando le vendite allo scoperto e le altre attività connesse minacciano l'ordinato funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità di tutto o parte del sistema finanziario dell'Unione, quando sussistono implicazioni transfrontaliere e le autorità competenti non hanno adottato misure sufficienti per affrontare tale minaccia.

116 Ne consegue che i poteri previsti all'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 hanno effettivamente come fine il miglioramento delle condizioni di attuazione e di funzionamento del mercato interno nel settore finanziario.

117 Dalle suesposte considerazioni deriva che l'articolo 28 di detto regolamento soddisfa i due requisiti enunciati all'articolo 114 TFUE. Esso costituisce pertanto una base giuridica appropriata per l'adozione di tale articolo 28.

118 Ne consegue che il quarto motivo deve essere respinto.

119 Alla luce di quanto precede, il ricorso deve essere integralmente respinto.

...(omissis)...

LO SHORT SELLING ED I POTERI DELL'ESMA.

SOMMARIO: 1. Il fatto. - 2. La c.d. dottrina *Meroni* e i principi enucleati dalla sentenza *Roman*o:.... - 3. *Segue*: rilevanza attuale. - 4. I poteri dell'ESMA nel quadro normativo delineato dagli artt. 290 e 291 TFUE. - 5. L'art. 114 TFUE quale base giuridica dei poteri dell'ESMA: considerazioni conclusive.

1. Il provvedimento in commento offre interessanti spunti di riflessione con riguardo alla portata dei poteri assegnati alle autorità di vigilanza europee, di recente istituzione, e, più in generale, alla solidità delle misure adottate per far fronte ai noti eventi di crisi¹. Esso, in particolare, si insinua nel dibattito sul ruolo ricoperto dall'ESMA nel sistema europeo di vigilanza finanziaria; ove è data riscontrare l'opinione di chi le riconosce principalmente una funzione di coordinamento delle attività degli enti di controllo nazionali² a dispetto dell'orientamento più propenso, invece, ad esaltarne i poteri autoritari³.

¹ Con riguardo alla crisi finanziaria e ai limiti della politica e degli interventi dell'UE, nonché sulla ricerca di nuove forme di integrazione tra gli Stati membri, cfr., per tutti, da ultimo, CAPRIGLIONE - TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino, 2014.

² Per tutti, con riguardo all'EBA, cfr., FAHEY, *Does the emperor have financial crisis clothes? reflections on the legal basis of the european banking authority*, in *Modern Law Review*, 4, 2011, p. 594, secondo il quale “an overall assessment of the EBA Regulation reveals, it is suggested here, a mere co-operation and information regime”. Come è noto, i poteri dell'ESMA non derivano soltanto dal regolamento istitutivo ma, altresì, da specifici provvedimenti diretti a disciplinare specifici settori. Con particolare riferimento ai compiti ad essa attribuiti sull'attività di *rating* finanziario (Regolamento n. 513/2011), cfr. AMOROSINO, *Rilevanze pubblicistiche dell'attività di rating finanziario*, in *Dir. della banca e del merc. finaz.*, 3, 2013, p. 424, il quale ravvisa due limiti (uno interno ed uno esterno) al potere dell'Autorità di settore; più in generale, l'impossibilità di quest'ultima di “entrare nel merito delle metodologie utilizzate e dei risultati dell'attività di impresa”, sembra ridimensionarne, sebbene solo in parte, il ruolo. Cfr., altresì, TROISI, *Le agenzie di rating. Regime disciplinare e profili evolutivi*, Padova, 2013, p. 54 ss.

³ Percepisce, con preoccupazione, una tendenza verso l'accentramento di poteri in capo all'ESMA, MOLONEY, *The European Securities and Markets Authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part (2) rules in action*, 2, 2011, p. 225, per il quale “the extent of ESMA's supervisory powers may have pushed ESMA too high up the spectrum from national and towards EU powers, particularly given the likely momentum ef-

Sotto altro profilo, la sentenza in esame sembra abbia inciso su principi che hanno rappresentato, per più di cinquant'anni, i parametri di riferimento ai quali attenersi per determinare il contenuto dei compiti delegabili alle agenzie europee. Si ha riguardo ai criteri enunciati dalla sentenza *Meroni* e da quella *Romano*; criteri che, pur non venendo sconfessati, a nostro avviso, sono in parte rielaborati in una prospettiva che tiene in debito conto la diversa realtà (non solo disciplinare) nella quale, rispetto al passato, essi sono destinati ad incidere.

Prima di soffermarsi su tali tematiche, è opportuno riassumere le questioni oggetto di controversia. In particolare, la materia del contendere è rappresentata dall'ampiezza dei poteri di intervento attribuiti all'ESMA ai sensi della disposizione di cui all'art. 28 del Regolamento UE n. 236/2012; disposizione che consente all'Autorità di vigilanza di vietare o imporre determinate condizioni, sia, alla realizzazione da parte di persone fisiche o giuridiche di vendite allo scoperto di taluni titoli finanziari, sia, alla conclusione di contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (*credit default swap*). L'adozione delle predette misure, peraltro, è subordinata alla presenza di una minaccia all'ordinato funzionamento e all'integrità dei mercati o alla stabilità, di tutto o di parte, del sistema finanziario dell'Unione; fermo restando l'ulteriore presupposto dell'inerzia (cui è equiparata l'assunzione di procedure inadeguate) da parte delle autorità nazionali competenti.

fects". In argomento, cfr., altresì, PELLEGRINI, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo: funzioni e limiti della supervisione*, in *Riv. trim. di dir. dell'econ.*, 2, 2012, p. 69 secondo la quale la nuova supervisione finanziaria ha fatto venir meno la primazia dello Stato regolatore "nella individuazione e definizione delle linee guida dell'azione di vigilanza pubblica", sicché le scelte normative in materia non sono più imputabili alle singole autorità nazionali in quanto tali bensì ad un organismo da queste diverso ed a queste sovraordinato". Cfr., altresì, TROIANO, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo*, in *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, a cura di M. Pellegrini, Padova, 2012, p. 547 ss., nonché ID., *Interactions Between EU and National Authorities in the New Structure of EU Financial System Supervision*, in *Law and Economics Yearly Review*, 1, 2012, p. 104 ss., visionabile sul sito internet www.laweconomicsyearlyreview.org.uk.

Il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dunque, propose un ricorso contro il Parlamento europeo ed il Consiglio per ottenere l'annullamento di detta disposizione, fondando le proprie argomentazioni su quattro punti. In primo luogo, venne evidenziato come la norma in questione attribuisse all'ESMA poteri discrezionali in violazione dei principi contenuti nella sentenza *Meroni* del 1958; principi quest'ultimi che, come si è detto, hanno costituito, per lungo tempo, i parametri di riferimento nell'individuazione dei limiti dei compiti delegabili alle agenzie.

In secondo luogo, ad avviso del ricorrente, la possibile adozione da parte dell'ESMA di atti equiparabili a provvedimenti “quasi” normativi non è permessa alla luce dei criteri fissati dalla sentenza *Romano* del 1981. A ciò aggiungasi - ed è questo il terzo motivo di impugnazione - che l'art. 28 del Regolamento n. 236/2012, quand'anche non avesse attribuito all'Autorità di supervisione il potere di emanare atti di carattere legislativo, avrebbe ad esso conferito la facoltà di assumere provvedimenti aventi portata generale in spregio delle disposizioni di cui agli articoli 290 e 291 TFUE. Infine, qualora dovesse ritenersi che la disposizione in parola autorizzi l'ESMA ad assumere decisioni vincolanti di carattere individuale, nondimeno essa, secondo il Regno Unito, travalicherebbe l'ambito di applicazione dell'art. 114 TFUE; norma che, per un verso, costituisce la base giuridica sulla quale venne istituita l'Autorità in parola e, per altro, rappresenta il fondamento normativo di riferimento per l'assegnazione di vari poteri come quelli in discussione.

La Corte di Giustizia, con la sentenza in commento, respinge il ricorso proposto nonostante l'opinione contraria dell'avvocato generale. L'orientamento adottato è particolarmente apprezzabile perché contribuisce a conferire solidità alle misure assunte per fronteggiare l'instabilità finanziaria in un momento di particolare difficoltà. Infatti, il riconoscimento dell'importanza dell'ESMA nel

quadro del sistema di vigilanza europea, nonché la conferma della legittimazione di poteri così incisivi da esercitare direttamente sul mercato, rafforza il ruolo da essa ricoperto nell'individuazione di adeguate misure di protezione dei consumatori di servizi finanziari⁴.

Nel delineato contesto, la Corte ridimensiona, in parte superandoli, i principi enunciati dalla sentenza *Meroni* e da quella *Romano*; invocando, da un canto, la presenza di limiti normativi in grado di limitare la discrezionalità di poteri esecutivi delegati, e da altro canto, rinviando alla nuova disciplina contenuta nel Trattato di Lisbona la quale fa venir meno, come si vedrà in seguito, l'esigenza di cautela sollecitata dai predetti, risalenti, provvedimenti giurisprudenziali. Inoltre, l'Autorità giudiziaria evidenzia come i poteri di cui all'art. 28 del regolamento n. 236/2012 richiedano una “perizia professionale e tecnica specifica”; osservando, tuttavia, che l'assegnazione dei medesimi “non corrisponde ad alcuna ipotesi delineata dagli art. 290 e 291 TFUE”. Rileva, piuttosto, il più ampio apparato disciplinare costituito da “strumenti di regolamentazione adottati dal legislatore dell'Unione affinché quest'ultima, tenuto conto dell'integrazione dei mercati finanziari internazionali e del rischio contagio delle crisi finanziarie, possa operare in favore della stabilità finanziaria internazionale, come si evince dal *considerando 7* del regolamento n. 1092/2010”⁵. Ne deriva, dunque, che l'art. 28 in questione non vada letto isolatamente ma nell'ambito degli interventi di-

⁴ Sottolinea i potenziali danni derivanti, invece, da una sentenza che avesse accolto il ricorso del Regno Unito, MARJOSOLA, *Case C-270/12 (UK v Parliament and Council) – Stress Testing Constitutional Resilience of the Powers of EU Financial Supervisory Authorities – A Critical Assessment of the Advocate General's Opinion*, in *EUI Department of Law Research*, 2, 2014, p. 25 secondo il quale “if the Court sides with the Opinion and decides to annul the Article, the reasoning it adopts may significantly affect the legal assessment of other forms of direct executive powers granted to EU financial supervisory authorities”.

Con riguardo, più in generale, alle competenze e alle finalità delle autorità del SEVIF, cfr., per tutti, CAPRIGLIONE, *L'unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013, p. 49 ss. nonché, da ultimo, CAPRIGLIONE - TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, cit., p. 54 ss.

⁵ Cfr. Par. 84 del provvedimento in commento.

retti a preservare la stabilità finanziaria all'interno dell'Unione; detto interesse pubblico giustifica, pertanto, il conferimento di poteri così penetranti come quelli di cui in parola.

Con riguardo all'idoneità dell'art. 114 TFUE a costituire un'adeguata base giuridica per l'assegnazione dei poteri di cui in discorso, il ricorrente ravvisa una possibile incompatibilità tra la nozione di misure dirette al “ravvicinamento delle legislazioni” con i compiti delineati dall'art. 28 in esame. Sul punto, la Corte, preliminarmente evidenzia che l'ESMA è legittimata ad assumere, non solo, atti di portata generale, ma anche, decisioni di carattere individuale. In seguito, essa richiama una precedente giurisprudenza⁶ secondo la quale, nell'ambito di cui all'art. 114 TFUE, rientrerebbe anche “il potere del legislatore dell'Unione di prescrivere i provvedimenti relativi ad un prodotto o a una categoria di prodotti determinati e, se del caso, provvedimenti individuali riguardanti questi prodotti”. Da qui, ad avviso dell'Autorità giudiziaria, la legittimazione dei poteri in discussione. La conclusione cui perviene la Corte diverge, tuttavia, da quella dell'avvocato generale Jääskinen secondo cui l'ESMA sarebbe, per tale via, illegittimamente in grado di intervenire “sulle condizioni di concorrenza in un particolare mercato finanziario, che rientra nella sfera dei poteri delle autorità nazionali competenti, quando deve affrontare determinate circostanze eccezionali”⁷.

2. Sulla base di quanto indicato nella sentenza *Meroni*⁸, l'eventuale con-

⁶ Sentenza del 9 agosto 1994 Germania/Consiglio (C-359/92). Per un commento al provvedimento, si rinvia a ROSSI, *L'art. 100 A CE e il funzionamento del mercato interno*, in *Il foro italiano*, 5, 1996, p. 284 ss.

⁷ Conclusioni consultabili sul sito internet curia.europa.eu

⁸ Sent. 13 giugno 1958, c-9/56 e c-10/56, *Impr. Meroni e c., Industrie metallurgiche spa c/ Alta Aut. CEEA*, Il cui testo è consultabile sul sito internet eur-lex.europa.eu. Sulla portata moderna della cd. dottrina *Meroni* e sulle istanze di superamento evidenziate in dottrina cfr. YATAGANAS, *Delegation of Regulatory Authority in the European Union. The relevance of the Ameri-*

ferimento di poteri da parte di un'istituzione europea non è consentito con riguardo a compiti che il Trattato non assegna al delegante. In quella occasione, la Corte, inoltre, ebbe modo di chiarire come “le conseguenze di una delega di poteri sono molto diverse a seconda che essa riguardi dei poteri d'esecuzione nettamente circoscritti ed il cui esercizio può per ciò stesso venir rigorosamente controllato in base a criteri obbiettivi stabiliti dall'autorità delegante, oppure se trattasi di un potere discrezionale che comporti una ampia libertà di valutazione ed atto ad esprimere, con l'uso che ne viene fatto, una politica economica vera e propria”. Significativa è la considerazione che mentre nella prima ipotesi “la delega non può notevolmente modificare le conseguenze derivanti dall'esercizio dei poteri che essa attribuisce”, nella seconda essa “col sostituire gli apprezzamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante, determina un vero spostamento di responsabilità”.

Va evidenziato come i principi espressi nel provvedimento summenzionato hanno costituito i parametri di riferimento cui attenersi in ogni ipotesi di delega da parte delle istituzioni europee di attività meramente esecutive; donde, l'impossibilità di conferire compiti che potessero lasciare un qualche margine di discrezionalità in capo al beneficiario⁹. Si è in presenza, dunque, di limiti che, nella prospettiva di salvaguardare l'equilibrio istituzionale, circoscrivono il campo d'azione del soggetto delegato, sì da impedirne libere valutazioni.

Col provvedimento in commento, la Corte preliminarmente evidenzia le differenze esistenti tra il “caso” *Meroni* e quello al vaglio. Rileva, al riguardo, la

can model of independent agencies, Jean Monnet Working Paper, Harvard Law School, 3, 2001; BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 5, 2003, p. 1029 ss. e, più di recente, SORACE, *L'amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, p. 190 ss.

⁹ Ritieni si sia in presenza di un modello di «integrazione decentralizzata mediante le agenzie europee» CHITI, *Introduction: les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible*, in *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2007, p. 671 ss.

diversa natura dell'ente delegato: organo di diritto privato nella prima ipotesi; soggetto creato dall'Unione stessa nella seconda. È bene evidenziare, poi, come nella fattispecie in discorso non vi sia alcuna delega da parte delle istituzioni; e ciò in quanto, come osservato in dottrina, “*EU agencies are established and endowed with powers by the Union legislature*”. Ne deriva, l'ulteriore considerazione secondo cui l'art. 28 del regolamento n. 236 del 2012 non conferisce alcuna competenza che vada al di là della disciplina istitutiva dell'ente in parola.

Dopo aver evidenziato i profili differenziali tra le due vicende, la Corte considera, nel caso di specie, comunque rispettate le condizioni indicate dalla sentenza *Meroni*; ciò in quanto l'esercizio dei poteri oggetto di contestazione è limitato, altresì, dal paragrafo 3 dell'art. 24 del regolamento n. 918 del 2012 che chiarisce in quali casi l'Autorità di vigilanza è legittimata ad intervenire. Da quest'angolo visuale, pertanto, il provvedimento *de quo* appare in linea con le risultanze del passato; benché, come si è detto, l'ipotesi al vaglio presenti tratti di specificità piuttosto marcati. Appare, tuttavia, corretto ritenere che quand'anche un organismo tragga, come nell'ipotesi di specie, i propri poteri direttamente dal legislatore, nondimeno il contenuto dei medesimi debba essere circoscritto e limitato.

Come si è detto, inoltre, il Regno Unito sostenne che l'art. 28 in questione autorizzi l'ESMA ad adottare “atti quasi legislativi”, in spregio, dunque, dei principi contenuti nella sentenza del 14 maggio 1981 (*Romano*)¹⁰. Invero, in quella occasione, la Corte non considerò legittima la delega di funzioni *normative* ad un'agenzia perché l'impianto disciplinare previgente non prevedeva alcun controllo giurisdizionale sugli atti delle medesime. Come evidenziato dal provvedi-

¹⁰ Sentenza della Corte di Giustizia del 14 maggio 1981, Giuseppe Romano v Institut national d'assurance - maladie - invalidité – Case 98/80. Cfr., in argomento, per tutti, CURTIN, *Executive Power of the European Union Law, Practices, and the Living Constitution*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 2009, p. 160 ss.

mento in commento, invece, il Trattato di Lisbona permette espressamente agli organi e agli organismi dell'Unione di adottare atti di portata generale e sottopone, adesso, i medesimi a controlli. In particolare, l'art. 263, primo comma, TFUE autorizza la Corte di Giustizia ad esercitare una verifica di legittimità sugli *atti degli organi o organismi* dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi; a ciò aggiungasi, la disposizione di cui all'art. 277 TFUE che con riguardo ad un atto avente portata generale adottato da un'istituzione, *da un organo o organismo*, ammette l'eccezione di illegittimità.

3. Invero, già da tempo, la dottrina¹¹ ha espresso dubbi circa la portata attuale dei principi contenuti nelle sentenze *Meroni* e *Romano*, in ragione del mutato contesto economico, politico, disciplinare in cui essi hanno tratto origine¹². In particolare, rispetto al passato, come si è detto, sono venute meno le preoccupazioni in ordine alla mancanza di controllo giurisdizionale sugli atti dei soggetti delegati; timori che avevano giustificato, per l'appunto, la volontà di limitare i poteri discrezionali in capo ai medesimi.

Orbene, l'apprezzamento della rilevanza corrente delle indicazioni presenti nella sentenza *Romano*, come ha evidenziato l'avvocato generale, dipende dal senso che si intende attribuire al riferimento, ivi contenuto, agli “*acts having*

¹¹ Si rinvia, per tutti, a POLLACK, *Delegation, agency and agenda setting in the European Community*, in *International Organization*, 1, 1997, p. 99 ss.; VOS, *Reforming the European Commission: what role to play for EU Agencies?*, in *Common Market Law Rev.*, 5, 2000, p. 1113 ss.; MAJONE, *Delegating of regulatory powers in a mixed polity*, in *European Law Journ.*, 3, 2002, p. 319 ss.; CHAMON, *EU agencies: does the Meroni Doctrine make sense?*, in *Maas-tricht journ. of europ. and compar. law*, 3, 2010, p. 281 ss.

Va segnalata, tuttavia, l'opinione secondo la quale la cd. dottrina *Meroni* risulterebbe rinforzata dalla disposizione di cui all'art. 290 TFUE, cfr., per tutti, CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, p. 175.

¹² Cfr. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Tomo I, Milano, 2007, p. 445, secondo cui il caso *Meroni* concerne “una questione sorta addirittura in riferimento al Trattato CECA, in tempi istituzionalmente remoti, ove in discussione erano possibili attentati agli equilibri istituzionali complessivi, che certo le nuove agenzie non hanno la capacità di determinare”.

the force of law”; ciò in considerazione del fatto che le versioni in lingua francese, olandese, tedesca e spagnola riportano la dicitura di “provvedimenti normativi”. Ne deriva che sulla base di una tesi diretta ad includervi le decisioni giuridicamente vincolanti *di portata generale*, dovrà necessariamente concludersi nel senso che i criteri, ivi contemplati, non siano compatibili con il vigente impianto disciplinare. Infatti, il Trattato di Lisbona, come si è testé detto, consente, adesso, agli organismi dell'Unione di porre in essere simili atti.

Qualora prevalesse, invece, l'orientamento teso a sostenere che la Corte, nel giudizio *Romano*, abbia inteso vietare la delega alle agenzie di misure normative o “quasi legislative”, i principi, ivi enucleati, dovranno ritenersi ancora attuali¹³. Da quest'angolo visuale, pertanto, potrà ritenersi che, non solo, non vi sia stato un superamento di criteri stabiliti più di un trentennio orsono, ma anche, che i medesimi hanno rappresentato le fondamenta su cui erigere il moderno sistema normativo in tema di deleghe.

Diversamente è a dirsi per quanto concerne i principi contenuti nel provvedimento *Meroni*. In quella occasione, come si è detto, la Corte ebbe modo di distinguere tra poteri esecutivi (delegabili se rigorosamente limitati) e poteri discrezionali (non assegnabili ad alcun organo o organismo). A ben considerare, il provvedimento in commento sembra modificare, ampliandola, la suddetta classificazione inserendo un'ulteriore categoria ovvero quella dei *poteri esecutivi discrezionali purché soggetti a determinati limiti*¹⁴. Ed invero l'Autorità giudiziaria sembra riconoscere un qualche “margine di discrezionalità dell'Aesfem” benché esso sia limitato dall'obbligo di consultazione con il CERS, nonché dal carattere temporaneo delle misure autorizzate “che, definite sulla base delle migliori

¹³ Cfr., altresì, SCHOLTEN - VAN RIJSBERGEN, *The ESMA-Short selling case. Erecting a New Delegation Doctrine in the UE upon the Meroni-Romano Remnants*, *Legal issues of economic integration*, 4, 2014.

¹⁴ Di questo avviso anche SCHOLTEN - VAN RIJSBERGEN, *The ESMA-Short selling case. Erecting a New Delegation Doctrine in the UE upon the Meroni-Romano Remnants*, cit., p. 395.

prassi esistenti in materia di sorveglianza e sulla base di elementi sufficienti, sono adottate a fronte di una minaccia che richiede l'intervento dell'Unione"¹⁵.

Significativa, al riguardo, è l'individuazione, sul piano delle concretezze, dei requisiti che, in ragione del potenziale pericolo per la tenuta del sistema finanziario, legittimano l'intervento dell'ESMA ai sensi dell'art. 28 in questione; fattori, come chiarisce la Corte, meglio definiti dalla disposizione di cui all'art. 24 del regolamento n. 236/2012. Tuttavia, a nostro avviso, i medesimi si connotano per l'estrema genericità del contenuto; come risulta, infatti, dal vago riferimento ad ogni minaccia in grado di pregiudicare "l'ordinato funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari" o, ancora, ai gravi danni "alle strutture fisiche di importanti emittenti finanziari, alle infrastrutture del mercato". Da qui il riconoscimento di un potere discrezionale, in parte circoscritto, che si estrinseca, altresì, nella possibile valutazione di inadeguatezza delle misure assunte dalle autorità di vigilanza nazionali sulle quali la decisione dell'ESMA, ai sensi dell'art. 28, paragrafo 11, del regolamento n. 236/2012, potrà prevalere.

Si è in presenza, pertanto, di indicazioni che sembrano segnare un significativo superamento dei principi enucleati dalla sentenza *Meroni*; superamento suffragato, altresì, dall'opportunità di spingersi oltre gli stretti confini delineati nel passato. Al riguardo, infatti, è decisivo il riferimento al contesto normativo attuale nel quale la presente disciplina deve essere inquadrata. Ed invero, i recenti eventi di crisi hanno imposto l'adozione di strumentazioni dirette ad assegnare, alle autorità europee e nazionali, rilevanti funzioni per fronteggiare, repentinamente, situazioni di emergenza. Da quest'angolo visuale, dunque, come rileva la Corte, la disposizione di cui all'art. 28 non può essere letta da sola, dovendo, piuttosto, valutarsi alla luce di un più ampio disegno regolamentare di-

¹⁵ Par. 50 del provvedimento in commento.

retto a tutelare il sistema finanziario europeo¹⁶. Ne consegue, pertanto, il riconoscimento di solide fondamenta ai poteri di cui in discorso; essi, infatti, vengono giustificati in ragione dell'interesse collettivo a preservare la stabilità finanziaria e ad evitare rischi di contagi delle crisi.

4. Il richiamo effettuato all'intero sistema di strumentazioni di regolazione diretta a fronteggiare i noti eventi di crisi giustifica, secondo la Corte, il conferimento di poteri ad organi o organismi dell'Unione in settori caratterizzati da particolare perizia tecnica e professionale come quello di cui in discorso. È, quest'ultimo, un aspetto particolarmente controverso della vicenda; ciò in quanto, a ben considerare, non esiste nel TFUE alcuna disposizione diretta ad individuare i poteri attribuibili alle agenzie. In particolare, gli articoli 290 e 291 si limitano, da un canto, ad indicare che un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare misure di portata generale e, da altro canto, ad assegnare poteri di esecuzione agli Stati membri, alla Commissione e al Consiglio.

Tuttavia, con il provvedimento in commento, la Corte osserva come le predette disposizioni non esauriscono i sistemi di delega di poteri ammessi dal Trattato; potendosi, ivi, individuare ulteriori ipotesi che implicano l'assegnazione di compiti a organi o organismi dell'Unione¹⁷. Ne deriva, dunque, che i poteri attribuiti alle agenzie possono essere diversi rispetto a quelli conferiti alle istituzioni ai sensi degli artt. 290 e 291 TFUE¹⁸. Ciò sarebbe, invero, consentito in am-

¹⁶ Cfr., tuttavia, DE BELLIS, *I poteri di intervento dell'ESMA sulle vendite allo scoperto*, in *Giorn. dir. amm.*, 7, 2014 che sostiene come, nel caso di specie, non sia ravvisabile un superamento della dottrina *Meroni*; ciò in quanto “la Corte la richiama costantemente e muove da essa” e “perché lo stesso disegno istituzionale dell'Esma (...) è stato modellato avendo ben presenti i limiti elaborati nel tempo sulla base della giurisprudenza *Meroni*”.

¹⁷ Cfr., a titolo esemplificativo, gli artt. 42 e 45 TFUE oltre agli artt. 123 ss. in materia di politica economica.

¹⁸ In argomento, peraltro, l'avvocato generale (par. 85) evidenzia come le agenzie devono, comunque, essere escluse dai poteri delegati di cui all'art. 290 TFUE poiché l'esercizio di tali poteri modifica il contenuto di atti legislativi, anche se nei loro elementi non essenziali. Per contro

biti specialistici che richiedono la presenza di competenze professionali, sì da permettere l'assunzione di provvedimenti giuridicamente vincolanti anche nei confronti di determinate persone fisiche e giuridiche. Sul punto, il provvedimento in commento rinvia, a titolo esemplificativo, ai poteri affidati all'Agenzia europea per le sostanze chimiche o all'Agenzia europea per i medicinali.

Si è in presenza, a nostro avviso, di un'ipotesi nella quale si rinviene un conferimento diretto di poteri da parte del legislatore ad un organismo dell'Unione, non ascrivibile, pertanto, ad ipotesi di delega di poteri esecutivi precedentemente attribuiti alla Commissione o al Consiglio; ne consegue che la fattispecie al vaglio non rientra in quelle delimitate dagli artt. 290 e 291 TFUE. Accolte le premesse, ne consegue, tuttavia, l'ulteriore preoccupante considerazione dell'assoluta mancanza, nel quadro normativo di riferimento, di norme che disciplinano le modalità mediante le quali i poteri possono essere assegnati alle agenzie europee. Nel delineato contesto, si ravvede, pertanto, la necessità di individuare, a priori, con precisione, quali funzioni possono essere attribuite a detti enti; a ciò aggiungasi, l'opportunità di stabilire i criteri di garanzia procedurale cui attenersi nell'elargizione di detti compiti¹⁹. Il pericolo che si cela dietro l'assenza di un impianto disciplinare predefinito è, infatti, quello di rimettere, alla circostanza del momento, il conferimento di poteri (anche) piuttosto incisivi; senza, altresì, come si vedrà in seguito, che sussista l'obbligo di osservare procedure idonee ad assicurare l'effettiva democraticità dei processi decisionali²⁰.

(par. 86), una simile restrizione non si applica nel caso dei poteri di esecuzione di cui all'art. 291 TFUE.

¹⁹ Sottolinea SZEGEDI, *Challenges of Direct European Supervision of Financial Markets*, in *Public Finance Quarterly*, 2012, p. 354 come sia opportuno “to lay down the basic rules on European (regulatory) agencies in the Treaties, which is not just in the interest of the financial sector but in the sector-neutral interest of the whole European Union”.

²⁰ Sul punto, cfr. SHOLTEN - VAN RIJSBERGEN, *The Limits of Agencification in the European Union*, in *German Law Journal*, 7, 2014, p. 1224 ss. i quali richiamano il Ramboll Management-Eureval-Matrix, *Evaluation of the EU Decentralised Agencies in 2009*, Final Report vol. I (dicembre 2009) secondo cui “EU agencies’ founding acts did not sufficiently explain why new

Non è un caso, allora, che la dottrina ha ritenuto che siano state costituite, ad oggi, circa trentacinque agenzie “*without necessarily good reasons and different sorts of powers, discretion and accountability obligations or the absent of the latter*”²¹. Con il provvedimento in commento, invero, la Corte legittima lo *status quo*; sebbene, l'*iter* argomentativo appaia più improntato a logiche di buon senso che alla verifica della conformità al Trattato dell'art. 28 del regolamento n. 236/2012. Infatti, l'intento principale sembra quello di impedire la creazione di un precedente pericoloso in grado, potenzialmente, di scalfire, nelle fondamenta, il già debole sistema di vigilanza europea. Ed infatti, nonostante nella controversia in esame non fosse in discussione la legittimazione dell'ESMA né l'attribuzione ad essa di tutti i suoi poteri (fatto eccezione per quello in discorso), l'eventuale accoglimento del ricorso proposto avrebbe inciso, virtualmente, su un aspetto significativo del nascente apparato di supervisione dell'Unione: ci si riferisce, in particolar modo, alla possibilità da parte degli organismi che lo costituiscono di adottare misure dirette a salvaguardare la stabilità sistemica ed il funzionamento dei mercati finanziari interni²². Tale preoccupazione sarebbe stata particolarmente verosimile qualora fossero state accolte le osservazioni dell'avvocato generale in ordine all'inidoneità dell'art. 114 TFUE a rap-

instruments had to be implemented through an agency, rather than something else" (...). Alternatives to creating agencies were paid limited attention until impact assessments came into practice. The creation of agencies is now justified in a transparent way, although it is not yet fully evidence-based and still does not cover all relevant issues”

²¹ Cfr. SCHOLTEN - VAN RIJSBERGEN, *The ESMA-Short selling case. Erecting a New Delegation Doctrine in the UE upon the Meroni-Romano Remnants*, cit., p. 402 ss. Si veda, inoltre, la Communication of the European Commission, SEC(2008)323, p. 4, ove, con riguardo al futuro delle agenzie europee, viene evidenziata la necessità di creare un quadro normativo di riferimento in considerazione del fatto che, al presente, “there are no general rules governing the creation and operation of regulatory agencies”.

²² Evidenzia, inoltre, MARJOSOLA, *Case C-270/12 (UK v Parliament and Council) – Stress Testing Constitutional Resilience of the Powers of EU Financial Supervisory Authorities – A Critical Assessment of the Advocate General’s Opinion*, cit., p. 5 che “the Advocate General’s restrictive and power centered reading of the Article 28 could present another difficult legal obstacle for the Eurozone’s endeavour to centralise Banking supervision”.

presentare un'adeguata base giuridica per l'assegnazione dei poteri di cui in discorso; si tenga, al riguardo, ben presente che lo stesso regolamento istitutivo dell'ESMA trae fondamento dalla predetta disposizione.

5. L'art. 114 TFUE consente al Parlamento europeo e al Consiglio, con l'osservanza della procedura legislativa ordinaria e, previa consultazione del Comitato economico e sociale, di adottare “le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno”. Premesso che l'ESMA può porre in essere atti aventi portata generale ma anche assumere decisioni di carattere individuale, la Corte evidenzia come il legislatore abbia un significativo margine di discrezionalità in ordine all'individuazione delle tecniche di armonizzazione più appropriate²³. Sul punto, rilevano, inoltre, secondo l'autorità giudiziaria, le considerazioni espresse nella sentenza del 9 agosto 1994, Germania/Consiglio (C-359/92) ove nella nozione di “misure relative al ravvicinamento” venne ricompreso il potere “di prescrivere i provvedimenti relativi ad un prodotto o a una categoria di prodotti determinati e, se del caso, provvedimenti individuali riguardanti questi prodotti”.

Ad avviso della Corte, nella predetta definizione rientrano anche i poteri assegnati dall'art. 28 del regolamento n. 236/2012; decisiva, al riguardo, è la

²³ Cfr. GIANASSI, *Il quadro concettuale e normativo degli strumenti comunitari del “ravvicinamento”*, in *osservatoriosullefonti.it*, 3, 2012, p. 11 il quale (p. 2) sottolinea che l'armonizzazione rappresenta “il processo di progressivo ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri mediante cui si eliminano gli ostacoli (...) alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione”; laddove il ravvicinamento consiste “nell'intervento concreto finalizzato ad eliminare gradualmente l'eccessiva diversità tra normative statali”. Evidenzia, invece, MIGLIORINI, *Il ravvicinamento delle legislazioni nella prospettiva del diritto dell'unione europea e dei suoi effetti sul diritto interno. Le tecniche del ravvicinamento*, in *osservatoriosullefonti.it*, 3, 2012, p. 13 come “alla luce dell'analisi della prassi (...) nel lessico del diritto europeo, sia venuta a mancare la necessità di distinguere, sotto il piano degli effetti, il “ravvicinamento” ex art. 114 TFUE dall' “armonizzazione”

presenza di entrambe le condizioni dirette a soddisfare gli obiettivi ultimi perseguiti dell'art. 114 TFUE ovvero assicurare la coesione tra le discipline nazionali e migliorare il funzionamento del mercato interno; da qui, l'idoneità della predetta disposizione a costituire il fondamento giuridico dei poteri in discorso. Peraltro, ad avviso della Corte, il caso in esame presenta particolari analogie con la sentenza ENISA (6 dicembre 2005, Regno Unito/Parlamento e Consiglio C-66/04) nella quale fu evidenziato che il legislatore, per perseguire le soprammenzionate finalità, possa costituire un organismo *ad hoc*²⁴.

Vale, sul punto, ricordare che l'avvocato generale ha ritenuto, invece, che i poteri decisionali di cui all'art. 28 del regolamento n. 236/2012 non fossero assimilabili a quelli attribuiti all'ENISA; ciò per la rilevante considerazione che i primi, a differenza dei secondi, hanno efficacia vincolante. Si aggiunga, inoltre, come i medesimi siano in grado di incidere “sulle condizioni di concorrenza in un particolare mercato finanziario, che rientra nella sfera dei poteri delle autorità nazionali competenti, quando deve affrontare determinate circostanze eccezionali”; donde la conclusione che essi debbano essere ricompresi tra le competenze proprie di un organo in grado di svolgere una “politica comune” piuttosto che di un ente chiamato ad eseguire misure di ravvicinamento. Ne derivava, ad avviso dell'Avvocato Jääskinen, l'opportunità di accogliere il ricorso proposto e, dunque, di individuare un'ulteriore base giuridica che possa giustificare poteri così ampi²⁵.

²⁴ Per una disamina della Sentenza Enisa, si rinvia, da ultimo, a VAN CLEYNENBREUGEL, *Market Supervision in the European Union. Integrated Administration in Constitutional Context*, Brill, 2014, p. 111 ss.

²⁵ In termini critici in ordine alla scelta della base giuridica che legittima poteri esecutivi diretti cfr., per tutti, LEFTERNOV, *How Feasible Is the Proposal for Establishing a New European System of Financial Supervisors?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 1, 2011, p. 40 ss.; SIEKMANN, *Das neue Europäische Finanzaufsichtssystem*, Institute for Monetary and Financial Stability, in *Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main, Working Papers*, 40, 2010, p. 69 ss.

A ben considerare, le conclusioni dell'Avvocato generale sembrano difficilmente contestabili sotto il profilo formale ma, come si è detto, il loro accoglimento, da parte della Corte di giustizia, avrebbe potuto creare un effetto negativo per le sorti del nuovo sistema di supervisione europea. Quest'ultimo, invece, ne esce, a nostro avviso, decisamente rafforzato; in particolare, l'ESMA assume un ruolo decisivo nell'ambito di propria competenza ove le vengono assegnati poteri discrezionali, seppure in parte limitati, in grado di sostituirsi a quelli nazionali. Ciò che lascia, tuttavia, perplessi è, per un verso, come si è detto, la mancanza di un quadro normativo di riferimento comune a tutte le agenzie e, per altro, il ricorso alla particolare procedura dell'art. 114 TFUE. Invero, per tale via, compiti così importanti possono essere assegnati a maggioranza qualificata a differenza di quanto avverrebbe se si utilizzasse l'art. 352 TFUE che impone, invece, l'unanimità. Non è un caso che il Regno Unito, in sede di approvazione dell'art. 28 del regolamento n. 236/2012, si era opposto; e, tuttavia, dovette soccombere alla decisione della sua introduzione.

Orbene, si è dell'opinione che poteri così penetranti come quelli di cui in discorso, da un canto, non possono essere ascritti a mere “misure di ravvicinamento”, da altro, necessitano del consenso di tutti i soggetti coinvolti. Da quest'angolo visuale, il ricorso a procedure più severe ma, altresì, più corrette sotto il profilo rigorosamente formale, appare auspicabile, sì da recuperare un profilo di democraticità in materia; ciò fintantoché non si addivenga alla decisione di creare un impianto normativo *ad hoc* più congeniale a soddisfare le esigenze di rapidità ed efficienza richieste in detto ambito.

In tale contesto, la decisione in commento, come si è detto, legittima la situazione attuale ed offre ulteriore vigore alla tendenza centralistica che si in-

tende riconoscere agli organi di supervisione europea²⁶. La Corte, infatti, muovendosi dalle risultanze della cd. dottrina *Meroni*, le supera ed estende i principi contenuti nella sentenza ENISA oltre i confini da essa delineati; i profili di analogia con l'ipotesi al vaglio prestano, infatti, il fianco alla determinante constatazione che, nel caso di specie, mediante l'utilizzo del medesimo strumento (art. 114 TFUE), si riconosce alle agenzie la facoltà di adottare decisioni giuridicamente vincolanti benché in casi eccezionali. Questi ultimi, peraltro, nel caso di specie, come si è avuto modo di considerare in precedenza, appaiono caratterizzati dall'ampia generalità nella formulazione dei contenuti; sicché, di fatto, l'ESMA possiede un potere quasi discrezionale in materia. Tale ultimo aspetto, unitamente al pericolo di delegittimazione democratica di cui si è detto, crea dubbi sulla validità di un simile *modus operandi* da parte del legislatore dell'Unione.

Sullo sfondo resta l'ulteriore problematica per la quale l'unico organismo che l'ESMA è chiamato a consultare prima di imporre le proprie misure, ai sensi dell'art. 28, è il CERS; il regolamento, in particolare, non effettua alcun riferimento alla consultazione delle istituzioni (Commissione o Consiglio). È significativo constatare come, ad esempio, ex art. 115 TFUE, finanche la Commissione, ove accerti la presenza di una disparità esistente nelle disposizioni degli Stati membri - tali da falsare le condizioni di concorrenza sul mercato interno - deve consultarsi con i soggetti interessati.

Alla luce delle suesposte considerazioni, pertanto, diverse questioni meritano ancora di essere affrontate compiutamente. Tuttavia, sarebbe opportuno evitare che profili problematici, come quelli in discorso, vengano affrontati fa-

²⁶ Evidenzia SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2009, p. 108 che negli ultimi anni è stata riconosciuta sempre maggiore rilevanza, sia in America che in Europa, agli organi di vigilanza benché l'architettura dei medesimi risenta delle diversità dei singoli contesti istituzionali e delle strutture dei mercati di riferimento. E', inoltre, rinvenibile una marcata tendenza della regolazione a configurare "un ordine pubblico proprio dei mercati finanziari".

cendo ricorso al solo buon senso; ciò nella convinzione che anche quest'ultimo necessiti di essere sorretto da adeguate fondamenta. D'altronde, come sosteneva Henri Frederic Amiel, esso è “la misura del possibile”.

Diego Rossano

*Ricercatore di Diritto dell'Economia
nell'Università degli studi di Napoli "Parthenope"*

CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA

Sezione terza civile

Banche - amministrazione straordinaria - interruzione del processo

(art. 70, d. lgs. 385 del 1993)

Ordinanza

Letti gli atti di causa e sentita la relazione del C.R. dott. Pietro Guidotti, rilevato che la difesa di parte appellata, in sede di comparsa conclusionale (depositata in data 18 luglio 2014), ha riferito che l'appellante Cassa di Risparmio di Ferrara s.p.a., è stata sottoposta, da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze e su proposta della Banca d'Italia, alla procedura di amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 70, l c., lett. a) e b), e dell'art. 98 del Testo Unico in materia bancaria e creditizia (provvedimento pubblicato sulla G.U., Serie Generale n. 149 del 27 giugno 2013, p. 79), con scioglimento degli organi con funzione di amministrazione e controllo;

ritenuto che tale evento determini l'interruzione del processo ex art. 43 l.f., rilevabile d'ufficio

P.Q.M.

Visto l'art. 300 c.p.c., dichiara l'interruzione del processo.

Manda alla Cancelleria per la comunicazione alle parti costituite della presente ordinanza.

Così deciso in Bologna il 12 dicembre 2014.

UN SORPRENDENTE EQUIVOCO INTERPRETATIVO IN TEMA DI «CRISI BANCARIE».

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Orientamento giurisprudenziale sulle cause di interruzione del processo. - 3. Caratteri del commissariamento delle banche - 4. *Segue*: sua specificità: rimozione delle irregolarità e non anche liquidazione del soggetto in crisi. - 5. *Segue*: le innovazioni disciplinari del Single Resolution Mechanism - 6. Conclusioni.

1. «*Tot capita, tot sententiae*, tutto capita nelle sentenze», una traduzione siffatta del noto brocardo latino - richiamata molti decenni or sono da un illustre giurista per rappresentare taluni anomali orientamenti a volte riscontrabili nelle decisioni assunte nelle sedi giudiziarie¹ - denota palpitante attualità in presenza di un provvedimento giurisdizionale recentemente adottato dalla Corte d'appello di Bologna.

Si ha riguardo ad un'*ordinanza* nella quale - a fronte del rilievo sollevato dalla difesa della parte *appellata* concernente la sottoposizione della Cassa di risparmio di Ferrara *appellante* a procedura di amministrazione straordinaria ex art. 70 TUB - la Corte ha ritenuto *tout court* applicabile nella fattispecie la normativa della 'legge fallimentare'. Più precisamente, viene quivi puntualizzato che l'intervenuto commissariamento della nominata Cassa di risparmio di Ferrara identifichi una causa d'interruzione del giudizio dalla medesima avviato davanti alla Corte.

¹ Cfr. CRESPI, *Serio e faceto nella giurisprudenza: aperçus desagrables sull'occupazione di edifici universitari* (commento a Pret. Milano 27 gennaio 1970), in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1970, p. 559 ss.

Da qui il richiamo - come si tenterà di dimostrare *improprio* - alla previsione dispositiva dell'art. 43 della legge fallimentare; richiamo che è indicativo di un'ipotesi ricostruttiva a fondamento della quale si pone la implicita assimilazione della menzionata procedura amministrativa al fallimento, la cui apertura - com'è noto - «determina l'interruzione del processo» (art. 43, ultimo comma, l.f.).

2. Il dato normativo su cui si fonda l'ordinanza sopra indicata iscrive l'intervento del Giudice in un ambito decisionale che appare correlato alla valutazione degli eventi che incidono sulla prosecuzione del processo.

Più precisamente può dirsi che l'*iter* logico seguito dalla Corte d'appello di Bologna ha inteso aver riguardo al criterio dell'«automaticità» dell'effetto interruttivo del processo, di cui all'art. 43, comma 3, l.f., inserito dall'art. 41 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; criterio in base al quale l'apertura del fallimento determina l'interruzione *automatica* del processo, evitando che l'omessa notizia dell'avvenuto fallimento potesse risolversi in una ingiustificata prosecuzione del processo. Non è casuale, infatti, il riferimento alla citata disposizione della legge fallimentare, cui viene affiancato il richiamo all'art. 300 c.p.c., nel quale - com'è noto - la «morte» o la «perdita della capacità della parte costituita o del contumace» identificano gli avvenimenti cui il nostro legislatore collega il perfezionamento della fattispecie interruttiva (che consegue alla loro dichiarazione in giudizio ovvero alla notificazione dei medesimi).

Sul punto va tenuto presente che la giurisprudenza, nell'approfondire tale tematica, dopo aver circoscritto l'ambito delle cause d'interruzione del processo essenzialmente alle ipotesi di 'fallimento della parte',² appare interessata soprattutto a risolvere la problematica relativa alla decorrenza dei termini per la

² Cfr., tra le altre, Cass. Civ., SS.UU., 20 marzo 2008, n. 7443.

nuova assunzione del procedimento. Significativo, al riguardo, è l'orientamento della Corte costituzionale secondo cui - nei casi di interruzione 'automatica' del processo (quale conseguenza della sentenza dichiarativa del fallimento) - il termine per la riassunzione della causa decorre non dal giorno in cui è accaduto l'evento interruttivo, «bensì dal giorno in cui esso è venuto a conoscenza della parte interessata alla riassunzione medesima», offrendo un'interpretazione che fa leva sulla effettiva conoscenza dell'evento interruttivo.³

Ciò posto, è evidente come un'appropriata interpretazione della normativa dianzi richiamata avrebbe dovuto indurre la Corte d'appello di Bologna a ravvisare nel caso sottoposto al suo esame la mancata presenza degli elementi di fatto e di diritto presi in considerazione dal legislatore ai fini dell'applicabilità della normativa dianzi richiamata. Un'attenta analisi della regolazione speciale in materia di crisi bancarie avrebbe dovuto consentire un compiuto inquadramento giuridico della procedura disciplinata dall'art. 70 TUB; ciò, con l'ovvia conseguenza di escludere la riconducibilità della comunicazione resa dall'appellante Cassa di risparmio di Ferrara al complesso dispositivo cui si fa riferimento nell'ordinanza in commento.

Ed invero, l'intervenuta procedura di amministrazione straordinaria non integra gli estremi di alcuna delle fattispecie cui è ricollegabile l'effetto interruttivo disciplinato dall'art. 43 l.f. Infatti, come si dirà qui di seguito, essa non determina la perdita della capacità di agire dell'ente bancario cui viene applicata; non interagisce negativamente sulla continuità della gestione da parte di quest'ultimo, per cui non è possibile assimilarne la funzione al fallimento ovvero a qualsivoglia altra procedura liquidatoria (che implica la perdita dei diritti che qualificano una piena soggettività giuridica).

³ Cfr. Corte Cost. 21 gennaio 2010, n. 17, e 21 luglio 2010, n. 261.

3. Fin da tempi lontani la dottrina, nell'analizzare la natura giuridica della procedura di amministrazione straordinaria, si è soffermata ad esaminare gli obiettivi che per il suo tramite appaiono realizzabili. Si è, quindi, posta in rilievo la sua funzione di risanamento dell'ente in crisi, da attuare sulla base dell'accertamento della reale situazione aziendale; in tale ordine logico se ne è evidenziato il carattere differenziale rispetto alla procedura *liquidatoria*, che - ad avviso di un acuto studioso - «costituisce un rimedio da attivare in situazioni di patologia estrema».⁴

Tale orientamento interpretativo è apparso coerente con i caratteri strutturali del commissariamento delle banche - *i.e.* la mera sostituzione nella titolarità della gestione aziendale, che viene affidata a soggetti indipendenti rispetto all'impresa in crisi - e con la funzione propedeutica (talora dal medesimo svolta) alla messa in liquidazione c.a. del soggetto la cui crisi appare irreversibile (e, dunque, al ricorso ad interventi collaterali a tutela degli interessi dei depositanti).⁵ Ma v'è di più. La 'continuità della gestione aziendale'- attribuita ad organi «che, essendo nominati dalla Banca d'Italia, ne riscuotono la fiducia ai fini della soluzione della crisi»⁶ - in letteratura è stata considerata elemento di valutazione idoneo ad escludere che la procedura in questione abbia natura sanzionatoria;⁷ ciò, a fronte di un più opportuno riconoscimento del suo carattere *neutro*, essendo essa «suscettibile di applicazioni diverse in relazione ad una pluralità di

⁴ Cfr. al riguardo BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998, p. 137.

⁵ Ci si riferisce all'esigenza di procedere, in vista della messa in liquidazione coatta amministrativa dell'ente creditizio, ad accertamenti ulteriori rispetto a quelli risultanti dal rapporto ispettivo della Banca d'Italia; cfr. al riguardo DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, 1988, *passim*, ma in particolare p. 18.

⁶ Cfr. TUSINI COTTAFAVI, *Amministrazione straordinaria degli enti creditizi: presupposti e natura del provvedimento*, in *Mondo bancario*, 1992, n. 6, p. 44.

⁷ Cfr. tra gli altri RESTUCCIA, *L'amministrazione straordinaria delle aziende di credito*, Milano, 1983, p. 19; NIGRO, *Crisi e risanamento delle imprese: il modello dell'amministrazione straordinaria delle banche*, Milano, 1985, p. 92.

fini non determinabili *a priori*».⁸

Se ne deduce la profonda diversità riscontrabile tra l'amministrazione straordinaria e la liquidazione c.a. A ben considerare, pur essendo ritenute entrambe le procedure attivabili in presenza di irregolarità e/o di perdite, mentre la prima è preordinata alla ricerca di soluzioni idonee al superamento dello stato di crisi dell'impresa bancaria (e, dunque, ad evitare che la situazione patologica degeneri in più gravi forme d'instabilità),⁹ la seconda implica l'estinzione dell'ente alla medesima sottoposto (in quanto la compromissione degli assetti tecnici è tale da non consentire il ricorso a soluzioni alternative).¹⁰

Sicché non è possibile configurare una qualsivoglia forma di equiparazione tra detti rimedi procedimentali, come in particolare è dato evincere dalla valutazione dei compiti che, nel commissariamento, la legge assegna agli organi straordinari.

Al riguardo, è bene tener presente che, già in epoca antecedente alla emanazione del 'Testo Unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia' (d. lgs. n. 385 del 1993 e successive modificazioni), la dottrina sottolineò il 'compito fondamentale' dei commissari di *gestire, accertare e proporre*, quale funzione idonea al conseguimento degli obiettivi rimessi alla loro competenza.¹¹ La portata di tale linea operativa è stata, poi, ulteriormente puntualizzata in letteratura avendo riguardo alla circostanza che, sul piano delle concretezze, la massima parte dei procedimenti di cui trattasi si risolve in un accertamento della reale situazione economico patrimoniale dell'ente in crisi (verifica effettuata

⁸ Cfr. CAPOLINO - COSCIA - GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, in AA.VV., *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 879.

⁹ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 7 febbraio 2005, n. 1987.

¹⁰ Cfr. BONFATTI - FALCONE, *L'amministrazione straordinaria*, in *Il fallimento*, 2000, p. 306 ss.

¹¹ Cfr. FERRO LUZZI, *Commento sub art. 57 l.b.*, in AA.VV., *Codice commentato della banca*, Milano, 1990, tomo I, p. 678.

in vista della cessione di quest'ultimo, da realizzare in forme tecniche diverse nei confronti di altro appartenente al settore).¹² Non a caso negli orientamenti delle autorità creditizie la *fusione* a lungo è stata considerata come soluzione fisiologica delle crisi bancarie, stante la difficoltà di attuare autonomi piani di risanamento (a causa delle condizioni in cui gli enti in questione di sovente versano).¹³

In tale logica, si comprende la ragione per cui - come è dato desumere dal vaglio delle esperienze in materia - negli anni successivi all' emanazione del Testo Unico bancario, gli interventi delle autorità di settore nelle crisi hanno avuto di mira prevalentemente un'azione di prevenzione. Ed invero, si riscontra il ricorso a soluzioni delle fattispecie patologiche ricercate attraverso operazioni di riallocazione proprietaria o di trasferimento di azienda; si è, dunque, in presenza di interventi preordinati a massimizzare la valorizzazione dell'ente bancario in crisi, correlando la cessione delle sue consistenze valoriali alla disponibilità di soggetti interessati all' acquisizione di entità creditizie con situazioni economico-finanziarie fortemente compromesse, al limite anche con patrimoni azzerati.¹⁴

Alla luce di tali considerazioni è evidente come la logica del risanamento - che, come si è detto, è a fondamento della *ratio* della procedura di amministrazione straordinaria - abbia subito nel tempo una variazione prospettica. Essa, infatti, nella gran parte dei casi, ha finito con l'assumere un'accezione particolar-

¹² Cfr. CAPRIGLIONE, *Commento sub art. 72 tub* , in AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* , Padova, 2012, Tomo secondo, pp. 889 ss.

¹³ Cfr. *Relazione della Banca d'Italia per l'anno 1992* , p. 295.

¹⁴ Cfr. CAPRIGLIONE, *Commento sub art. 70 tub* , in AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* , cit., tomo secondo, p. 873 ss, ove si precisa che detto obiettivo - in un lontano passato perseguito mediante trattative segnate dall'incontro delle reciproche convenienze economiche delle parti - è stato ritenuto realizzabile mediante il ricorso a meccanismi competitivi (quali le c.d. aste competitive, sperimentate positivamente in occasione delle crisi che hanno colpito la Banca Agricola Etnea e la Banca Popolare Andriese) in grado di assicurare la trasparenza delle posizioni interessate alla riallocazione delle banche in crisi e, dunque, la conservazione di adeguate condizioni concorrenziali.

mente ampia, tanto da non essere riferita unicamente al ripristino del soggetto bancario in crisi, bensì anche alla salvaguardia del relativo complesso produttivo attraverso operazioni di aggregazione con altri appartenenti al settore.

4. Passando ad un esame particolareggiato dei tratti distintivi della procedura di amministrazione straordinaria, si osserva che la regolazione speciale ha chiaramente correlato a predetta finalità di risanamento dell'impresa creditizia i profili caratterizzanti della medesima: dalla identificazione dei presupposti del commissariamento a quella degli effetti relativi.

L'analisi della variegata strumentazione nella specie utilizzabile evidenzia, infatti, un impianto sistemico di prevalente intonazione pubblicistica, caratterizzato quindi dalla riferibilità ad interessi di carattere generale (preordinati, cioè, ad accrescere la stabilità del settore, l'efficienza del mercato e le difese interne delle banche). Indubbiamente tale costruzione - che trova compendio nel riconoscimento di un potere di valutazione discrezionale all'amministrazione pubblica che sovrintende alla procedura in parola¹⁵ - trova la sua *ratio* giustificatrice nel collegamento alla menzionata finalità di prevenzione che contraddistingue la funzione del commissariamento.

Significativo, al riguardo, appare la linea comportamentale seguita dai commissari i quali, nei casi in cui la problematicità della banca è tale da non lasciar prevedere il suo ritorno «*in bonis*», ricercano le soluzioni di ricapitalizzazione, riallocazione proprietaria o fusione (con organismi bancari dotati di maggiore solidità), cui dianzi si è fatto riferimento. E' evidente come la salvaguardia dell'avviamento aziendale (il cui valore è correlato all'articolazione territoriale

¹⁵ Cfr. ampiamente BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria*, cit., *passim*, ma in particolare p. 20 ss., ove si sottolinea che la discrezionalità *in subiecta materia* consente che «di calibrare più efficacemente gli interventi alle specifiche situazioni che si possono presentare, ma può determinare il rischio di comportamenti di attesa o eccessivamente prudenti da parte dell'autorità».

dell'ente, alle quote di mercato da quest'ultimo detenute, nonché all'organizzazione interna, peculiarità operative e risorse manageriali) e dei livelli occupazionali rispondano ad un criterio ordinatorio ispirato alla visione prettamente pubblicistica degli interessi in campo.

Da qui la specificità della procedura in questione che - nel conciliare il rispetto dell'autonomia imprenditoriale con l'esigenza di stabilità del settore - ascrive alla gestione della crisi rilievo centrale ai fini della composizione dell'apparente conflitto tra gli obiettivi di equilibrio del sistema e quelli di tutela della competitività affidati alla vigilanza.

Si è, dunque, in presenza di un contesto dispositivo diverso da quello che, invece, si riscontra allorché la 'gravità della crisi' assurge a presupposto dell'estinzione dell'ente bancario, procedura ritenuta non dilazionabile e, dunque, da disporre *tout court* senza indugi di sorta. In questi casi si ha riguardo ad un'ipotesi disciplinare mirata non alla rimozione di irregolarità (per solito accertate nel corso di verifiche ispettive cui sia stata sottoposta la banca da parte dell'organo di vigilanza), bensì a realizzare la liquidazione del soggetto destinatario di una procedura siffatta, che si articola in modalità tecniche rispettose del principio della «*par condicio*» (che caratterizza lo svolgimento di analoghe forme tecniche disposte dal regolatore per la estinzione di soggetti destinati a fuoriuscire dal mercato, come è dato riscontrare nel fallimento).

Non a caso - proprio in considerazione della nominata specificità del complesso dispositivo di cui agli artt. 70 e seguenti *tub* (vale a dire del significativo ruolo ascritto all'autorità di settore nei confronti della quale diviene difficilmente configurabile la possibilità di un controllo giurisdizionale)¹⁶ - la dottrina ha avvertito l'esigenza di sottolineare che l'istituto in parola deve ritenersi sot-

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287; Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280; TAR Lazio, sez. I, 16 settembre 2008, n. 8330.

tratto a valutazioni volte a funzionalizzarne l'adozione ad obiettivi di sistema, che prescindano dal riferimento alla situazione aziendale dell'ente sottoposto a commissariamento ed alle concrete prospettive di soluzione della crisi aziendale.¹⁷

Ne consegue che la procedura di amministrazione straordinaria non è inquadrabile in logiche ordinarie che ne alterino il ruolo rispetto alle particolari indicazioni della disciplina di settore (e, dunque, agli obiettivi che il legislatore ha alla medesima demandato). Pertanto, ogni riferimento alla stessa dovrà tener conto della sua intrinseca funzione che impedisce di assimilarla all'altra misura interventistica prevista per la crisi delle imprese bancarie.

5. Si aggiunga a quanto sin qui detto che le significative innovazioni recate dalla recente regolazione europea sulla 'gestione delle crisi' hanno lasciato integra la finalità di risanamento sottesa all'attivazione delle procedure cui necessita far ricorso in situazioni di patologia aziendale¹⁸. In particolare, il *Meccanismo per la risoluzione delle crisi* (SRM) - la cui compiuta definizione disciplinare si rinviene nella direttiva 2014/59/UE e nel regolamento UE n. 806/2014 - nel ridimensionare l'intervento pubblico *in subiecta materia* ha riguardo ad un'apposita figura che recupera, in ampia misura, la funzione del 'commissariamento' prevista dalla normativa italiana nel richiamato complesso dispositivo degli artt. 70 e seguenti t.u.b.

Ci si riferisce, nello specifico, alla previsione normativa che - al fine di «preservare la stabilità finanziaria ed economica di un ente prima che questo giunga a un punto tale per cui non vi siano alternative alla risoluzione» - attri-

¹⁷ Cfr. CAPRIGLIONE, *Considerazioni a margine di un provvedimento della Banca d'Italia sull'«entrata in funzione del Single Supervisory Mechanism»*, in *Apertacotrada* del 18 novembre 2014, paragr. 4.

¹⁸ Cfr. CAPRIGLIONE - TROISI, *L'ordinamento finanziario europeo dopo la crisi*, Torino, 2014, cap. IV.

buisce alle competenti autorità «il potere di nominare un amministratore temporaneo che sostituisca l'organo di amministrazione e l'alta dirigenza dell'ente o lavori temporaneamente con essi» (*Considerando* n. 40). Tale orientamento disciplinare ha trovato, poi, compiuta estrinsecazione nell'art. 29 della menzionata direttiva che individua puntualmente i compiti assegnati a detto amministratore temporaneo, il quale - nel promuovere soluzioni per ripianare la situazione finanziaria dell'ente in crisi - finisce, sul piano delle concretezze, con l'assolvere ad una funzione analoga a quella che, fino ad oggi, nel nostro ordinamento bancario, è stata posta in essere attraverso la procedura di commissariamento.

Pertanto, in sostituzione temporanea dell'organo di amministrazione dell'ente, ovvero in affiancamento temporaneo allo stesso, tale figura - in attuazione dei poteri a lui demandati «secondo un principio di proporzionalità e in base alle circostanze» (art. 29, comma primo) - dovrà svolgere le funzioni dianzi precisate (*i.e.* accertamento della situazione finanziaria dell'ente, gestione dell'attività di questo in *toto* o in parte, al fine di preservare o di risanare le criticità ivi presenti e l'adozione di misure per ripristinare una gestione sana e prudente dell'attività dell'ente) (comma terzo) in un arco temporale che ha la durata massima di un anno, salvo proroga da disporre in via eccezionale. La previsione secondo cui «l'autorità competente può revocare un amministratore temporaneo in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo» ovvero «modificare i termini della nomina» del medesimo (art. 29, comma quarto) assicura che le mansioni affidate all'organismo in parola vengano svolte in modalità che rispondono pienamente alle indicazioni fornite dall'autorità e, soprattutto, evitando che si determinino situazioni di conflitto d'interesse.

Va da sé che, in considerazione dell'indicata finalità di risanamento dell'ente, il regolatore europeo ha ritenuto che debbano essere lasciati «imprejudicati i diritti degli azionisti a norma del diritto societario nazionale o

dell'Unione» (comma 8). E' evidente, dunque, come la riferibilità ad una *ratio* diversa da quella che ricorre nelle procedure liquidatorie (ovvero fallimentari) implica la non incidenza dei meccanismi di gestione straordinaria sulla possibilità consentita agli enti bancari di far valere i propri diritti nelle competenti sedi giurisdizionali.

6. Diversamente da quanto fin qui evidenziato con riguardo alla procedura di amministrazione straordinaria, nella liquidazione c.a. non può essere «proseguita alcuna azione... né, per qualsiasi titolo, può essere parimenti promosso né proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare» (art. 83, comma 3, t.u.b.).

Si è, dunque, in presenza di un effetti interruttivi ritenuti in letteratura addirittura «più ampi rispetto all'art. 51 l.f. che prende in considerazione solo le azioni esecutive e cautelari».¹⁹

E' evidente, quindi, come la normativa speciale di cui al Titolo IV, Capo I, Sezione III del TUB, nelle ipotesi procedurali in parola, vada ben oltre la previsione della mera interruzione delle azioni nei confronti della banca (salvo le insinuazioni al passivo).

Per converso, analoghe conseguenze penalizzanti non sono state collegate dalla normativa contenuta nella precedente Sezione I alla disciplina delle crisi non irreversibili (*i.e.* il commissariamento), nella quale - a ben considerare - non è fatto richiamo alcuno al disposto dell'art. 43 della legge fallimentare.

Se ne deduce che, con tutta probabilità, la Corte di appello di Bologna ha identificato l'amministrazione straordinaria delle banche con quella delle "grandi imprese in crisi" (regolata dal d.l. 8 luglio 1999, n. 270) - profondamente di-

¹⁹ Cfr. GALANTI, *Commento sub art. 83 tub*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., tomo II, p. 1031.

versa dalla prima - nel cui complesso dispositivo (si veda l'art. 19, terzo comma) si fa riferimento, per l'appunto, alla statuizione dell'art. 43 l.f..

La Corte d'appello ha evidentemente equivocato in ragione della somiglianza dei nomi!

Francesco Capriglione