

SPUNTI CRITICI SULLA NUOVA SUPERVISION ACCENTRATA DELLE BANCHE DELL'EUROZONA*.

di Paolo Rossi**

Sommario.1. L'evoluzione della *supervision* prudenziale delle banche UE *ante* crisi finanziaria globale. 2. La risposta *strutturale* dell'Unione: la riforma della vigilanze nel Regolamento UE n. 1024/13. 3. La tensione *accentratrice* della funzione di *supervision* nel SSM, tra centralità della BCE e marginalizzazione della ANC. 4. Il rapporto di *supervision* tra Autorità vigilanti ed enti creditizi vigilati: profili procedurali... (*segue*) 5. ...e processuali, tra tutela giustiziale e giudiziale. 6. Conclusioni

1

1. Introduzione.

Per lungo tempo le politiche dell'Unione di *disupervision* del sistema bancario¹ erano state percosì dire comuni, hanno un ruolo meramente strumentale rispetto alle decisioni della BCE.

Per meglio dire, i poteri relativi all'accesso al mercato bancario sono solo apparentemente condivisi fra la BCE ed Autorità nazionali, in ragione del fatto che sia il perimetro dei poteri dell'Autorità europea è più ampio di quello delle Autorità nazionali: queste ultime hanno solo il potere di rigettare le richieste di autorizzazione, mentre, in caso di accoglimento, hanno un mero potere propositivo, essendo rimessa la decisione finale alla BCE, e in attuazione delle istruzioni di quest'ultima; come dire che, in *subiecta materia*,

*Sottoposto a referaggio.

**Professore Associato di Diritto dell'economia, Università degli studi di Perugia.

¹Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione della legislazione comunitaria sulla vigilanza armonizzata del sistema bancario cfr. *amplius* F.Capriglione e G.Alpa, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002; F. Capriglione, *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994; *Id.*, *Il recepimento della seconda Direttiva CEE in materia bancaria. Prime riflessioni*, in *Il recepimento della seconda Direttiva CEE in materia bancaria*, Bari, 1993; G. Di Gaspare, *Introduzione allo studio dei mercati mobiliari*, in www.amministrazioneincammino.it, p. 19 ss.; *Id.*, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2016, p. 339 ss.; cfr. anche F. Giorgianni e C. Tardivo, *Diritto bancario. Banche contratti e titoli bancari*, Milano, 2006; G. Godano, *Le banche*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2000, 315 ss; F. Maimeri, *Sub art. 6*, in F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro (a cura di), *Commentario al d.lgs. 1 settembre 1003 n. 385. Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, vol. I, Bologna, 2003, p. 52 ss; R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007; T. Bonneau, *Droit bancaire*, Paris 2007; B. Sousi-Roubi, *Droit bancaire européen*, Paris, 1995.

le Autorità di vigilanza nazionali sono chiamate a svolgere dal SSM un ruolo di *collaborazione* essenzialmente di natura ancillare, con attività preparatoria-istruttoria, volte alla minima armonizzazione delle singole discipline di settore dei Paesi membri, senza minare la sovranità nazionale nei riguardi dei rispettivi enti creditizi².

Ciò non toglie che anche quel *minimum di supervision* armonizzata aveva consentito dinamiche integrative nel settore bancario-finanziario dell'Unione: tant'è che in tale lunga fase si assiste ad un processo di progressiva crescita di una serie di gruppi bancari di Paesi membri che, anche a seguito dell'introduzione della moneta unica, varcano i confini nazionali ed espandono la loro operatività nel mercato finanziario infracomunitario; tale fenomeno, tuttavia, finisce per mettere in crisi, da un lato, i sistemi nazionali di *supervision* prudenziale e dall'altro, i fragili meccanismi di coordinamento della vigilanza armonizzata.

In tal senso, già da tempo le istituzioni dell'Unione avevano avvertito tali criticità ed avevano chiesto al Comitato *Lamfalussy*, di individuare eventuali soluzioni riformatrici³; tale comitato tecnico *Lamfalussy* prospettò una soluzione articolata volta sia a rendere più agevole ed efficiente il processo decisionale comunitario in materia di regolazione finanziaria, sia a realizzare un maggior coinvolgimento degli operatori del settore⁴; senonché, anche il Rapporto *Lamfalussy* palesò, ben presto, un limite di approccio, continuando a concepire la vigilanza sul settore bancario-finanziario come prerogativa dei singoli Paesi UE secondo il principio dell'*home country control*, con perdurante marginalizzazione del ruolo degli organismi europei di mera cooperazione e/o di

²Cfr. F. Capriglione, *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2015, p. 56 ss.

³Cfr., F. Ciralo, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Dir. ec.*, 2011, p. 2. La procedura Lamfalussy prevedeva che gli organismi dell'UE si limitassero ad applicare la legislazione quadro, attribuendo alla Commissione la competenza ad elaborare le disposizioni di attuazione tecniche e di dettaglio. I livelli in cui si articolava l'approccio proposto dal Comitato Lamfalussy, erano quattro: l'adozione della legislazione quadro (livello 1) e di misure di esecuzione dettagliate (livello 2). Per l'elaborazione tecnica delle misure di esecuzione, la Commissione si doveva avvalere del parere di comitati composti da rappresentanti di organismi di controllo nazionali di tre settori: banche, assicurazioni e pensioni professionali ed infine mercati di valori immobiliari. Questi comitati avrebbero dovuto contribuire all'attuazione coerente delle direttive comunitarie negli Stati membri, garantendo una cooperazione efficace tra le autorità di vigilanza e auspicando una convergenza delle loro pratiche (livello 3). Infine, la Commissione controllava l'adeguato recepimento, in tempo utile, della legislazione europea nel diritto nazionale (livello 4). Suddetta riforma proponeva un meccanismo alquanto macchinoso, che si sforzava di coniugare la presenza nel processo decisionale degli organi dotati di rappresentatività democratica (Parlamento europeo e Consiglio europeo) con la funzione propria della Commissione affiancata dall'ausilio tecnico delle autorità di vigilanza nazionali.

⁴Cfr. R. Antignani, *Le autorità di vigilanza europee sul settore bancario – Verso la vigilanza unica*, su www.ilmiolibro.it, 2013.

coordinamento fra i singoli Stati membri.

È solo l'erompere della crisi finanziaria globale del 2008⁵, tuttavia, a disvelare, per un verso, l'evidente fragilità di siffatto meccanismo frammentato di vigilanza *armonizzata*; per l'altro verso, l'incapacità strutturale dell'Unione di dare risposte non solo emergenziali: tant'è che la stessa stabilità finanziaria dell'eurozona era finita per essere seriamente minata dal rischio di insolvenza dei debiti sovrani di alcuni Stati membri, con il concreto pericolo di un passaggio da un *fallimento del mercato* a un "fallimento dello Stato"⁶.

In altri termini, dalla crisi era emerso, in modo allarmante, un dato: l'integrazione sempre più crescente del mercato bancario-finanziario dell'Unione non era stata tempestivamente accompagnata dalla definizione di regole comuni⁷, che ne consentissero una supervisione adeguata ed efficace.

Per tentare di superare le evidenti carenze della vigilanza armonizzata, enfatizzate dalla crisi finanziaria del 2008, la Commissione UE aveva subito affidato ad un altro Comitato tecnico, presieduto da Jacques *Larosière*, il compito di formulare proposte di riassetto della regolazione europea di settore. Il Rapporto de *Larosière*, muovendo dalla constatazione che la legislazione comunitaria aveva lasciato - secondo una precisa opzione politico-istituzionale dell'Unione -, troppi margini alla discrezionalità dei legislatori nazionali, individuava le debolezze del sistema di vigilanza essenzialmente nei seguenti fattori: mancanza di un'adeguata supervisione macro-prudenziale; meccanismi di allarme precoce inefficaci; mancanza di poteri di supervisione consistenti fra gli Stati membri; impossibilità di decisioni comuni nei Comitati ed organismi europei di cooperazione.

Merito del Gruppo *de Larosière*, fu, soprattutto, l'aver prospettato, per la prima volta, la rilevanza della distinzione tra vigilanza di tipo macro-prudenziale e micro-prudenziale: come dire, in definitiva, che la vera discontinuità nell'approccio *de Larosière* fu proprio l'aver concepito il controllo a carattere macro-prudenziale, non solo confinato alle banche, ma inclusivo di tutti i settori della finanza ed al contempo esteso al più ampio

⁵Sulla genesi della crisi finanziaria globale cfr. *amplius*G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011; F. Capriglione, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in G. Colombini e M. Passalacqua (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Napoli, 2012, p. 14 ss.

⁶G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in *Uscire dalla crisi: politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, 2012, p. 383 ss.

⁷Cfr., R. Antignani *op. cit.*

contesto macroeconomico⁸.

Senonché, anche il Rapporto *de Larosière* non era stato esente da critiche, in quanto ritenuto troppo *timido*, reo di non essersi spinto sino a prospettare la necessità di un'unica Autorità sovranazionale di *supervision* sul sistema bancario europeo⁹.

Nondimeno, la Commissione UE, recependo l'impiantode *Larosière*¹⁰, decideva di istituire, nel 2010, il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), articolato sulla creazione dell'organismo di vigilanza macro-prudenziale *EuropeanSystemicRisk Board* (ESRB) - con funzioni di vigilanza macro-prudenziale -, nonché di tre Agenzie europee indipendenti, vale a dire l' *European Banking Authority* (EBA), la *European Securities and Markets Authority* (ESMA) e la *EuropeanInsurance and Occupational Authority* (EIOA), incaricate del coordinamento della vigilanza micro-prudenziale rispettivamente nel settore bancario, finanziario e assicurativo¹¹.

Senonché, il mutato quadro normativo dell'Unione derivante dalla creazione del SEVIF, pur rappresentando un passo in avanti rispetto al pregresso sistema frammentato di *supervision* - soprattutto avuto riguardo sia all'istituzione di un organismo di vigilanza macro-prudenziale con il compito di individuare in via preventiva il rischio sistemico, sia al rafforzamento della cooperazione derivante dall'istituzione del SEVIF -, non appariva in grado di superare definitivamente le criticità dell'assetto preesistente di vigilanza.

Tant'è che, malgrado la creazione del SEVIF, il perdurare ed anzi l'aggravarsi della crisi - che, come accennato, aveva finito per minare la stessa *credibilità* dei debiti sovrani di

⁸Cfr.M. Onado, *La supervisione finanziaria europea dopo il Rapporto de Larosiere: siamo sulla strada giusta?*, in *Bancaria*, 2009, p. 16 ss.

⁹L'opzione che emerse all'inizio dei lavori del gruppo de Larosière, riguardava l'allargamento delle competenze e dei poteri della BCE, opzione che però venne presto criticata da più parti.

¹⁰Cfr., sul punto, *amplius*, R. Antigani, *op.cit.*

¹¹L'assetto del SEVUF è stato definito con i Regolamenti di Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, 1092/2010 e 1096/2010 (sul Consiglio per il rischio sistemico), 1093/2010 (sull'Autorità bancaria europea), 1094/2010 (sull'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali) e 1095/2010 (sull'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), GUUE L 331 del 15 dicembre 2010; vedi R. Onado, *op. cit.*; G. Napolitano, *Il meccanismo europeo di stabilità e le nuove frontiere costituzionali dell'Unione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, p. 461 ss.; E. Wymeersch, *The European financial supervisory Authorities or ESAS*, in *Rethinking Financial Regulation and Supervision in Times of Crisis*, Oxford University Press, E. Wymeersch, K. Hopt e G. Ferrarini (a cura di), 2012, p. 232 ss.; L. Quaglia, *The Regulatory Response of the European Union to the Global Financial Crisis*, in R. Mayntz (a cura di) *Crisis and Control. Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt/New York, 2012, p. 171 ss.; B. De Witte, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, 2011, RCAS Working Papers; E. Ferran, *Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervision*, in *Rethinking Financial Regulation and Supervision in Times of Crisis*, cit., pp. 111-158; M. Evereson, *A Technology of Expertise: EU Financial Services Agencies*, LEQS Paper n. 49, 2012; M.P. Chiti e G. Vesperi (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal issues, Perspectives*, Bologna, 2015.

alcuni Paesi UE e, per tal via, la stabilità finanziaria dell'Unione-, avevano imposto alle istituzioni UE un'accelerazione più decisa verso la realizzazione di un sistema che consentisse di prevenire, fronteggiare e risolvere i rischi del sistema bancario europeo con regole unitarie, strumenti uniformi e comportamenti comuni¹²: in buona sostanza, attraverso l'inveramento di una vera e propria *Banking Union*¹³, in grado di spezzare il circolo vizioso banche-sovrani nelle rispettive due direzioni: dalle banche al sovrano¹⁴, dal sovrano alle banche¹⁵. Tale progetto veniva dapprima formalizzato, nel giugno 2012,

¹² Cfr., sul punto, Ciraolo, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, cit.; cfr. anche R. D'Ambrosio, *Le Autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, n. 2, vol. II, p. 109; Mirella Pellegrini, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo: funzioni e limiti della supervisione*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2012, n. 2, p. 52; V. Troiano, *The new institutional structure of EBA*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, vol. 2, part 1, p. 163; R. Lener e R. Rulli, *The reforms of the European financial market supervision. The difficult coordination between EU and Member State*, ibidem, 99.

¹³ Sul tema dell'unione bancaria cfr. F. Capriglione, *L'Unione bancaria europea*, op. cit.; *Id.*, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in G. Colombini e M. Passalacqua (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Napoli, 2012, p. 3 ss.; G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, op. cit.; M. Clarich, *L'unione bancaria. Competenze, procedure e tutele*, Roma seminario studi 26 novembre 2014; M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Scritti sull'Unione bancaria, Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, n. 81, 2016, p. 11 ss.; G. Boccuzzi, *L'Unione bancaria europea*, Milano, 2015; D. Busch e G. Ferrarini, *The European Banking Union*, Oxford University Press, 2015; G. Forestieri, *L'unione bancaria europea e l'impatto sulle banche*, in *Banca impresa Società*, n. 3, 2014, p. 496 ss.; AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, Torino, 2014; M. Mancini, *Dalla vigilanza armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, n.73, 2013; C.V. Gortsos, *The Single Supervisory Mechanism (SSM). Legal aspects of the first pillar of the European Banking Union*, EPLO, Atene, 2015; S. Micossi, *Banking union in the making*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, n. 2, part 1, p. 80 ss.; N. Moloney, *European banking union: Assessing its risks and resilience*, in *Common Market Law Review*, 2014, n.51, p. 1609 ss.; P.G. Teixeira, *The Single Supervisory Mechanism: Legal and institutional foundations. Dal Test unicobancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2014, n. 75; E. Wymeersch, *The Single Supervisory Mechanism or 'SSM', part one of the Banking Union, Working Paper Research*, 2015, n. 255.

¹⁴ Cfr. C. Barbagallo, intervento Tavola rotonda: *Verso l'Europa Unita, gli obiettivi raggiunti, gli ostacoli da superare, le nuove sfide*, 6 maggio 2014, *paper*, secondo il quale "riferendoci al contagio dalle banche al sovrano, è opportuno ricordare come i sistemi di supervisione non improntati alle migliori pratiche, abbiano permesso una crescita quantomai non sostenibile dell'intermediazione. A causa della crisi finanziaria globale, era emersa la fragilità di questo modello "aggressivo" di business, implicando la richiesta di cospicui interventi di finanza pubblica e accrescendo così il rischio sovrano. Se il problema del contagio banche-sovrano avesse avuto una connotazione prettamente nazionale, probabilmente non si sarebbe pensato a costituire l'Unione bancaria, ma evidentemente così non è, infatti in un mercato finanziario integrato, gli squilibri di un paese si trasmettono abbastanza rapidamente alle economie degli altri. Alla luce di queste problematiche è palese la necessità di una visione più ampia della supervisione, che prenda in debita considerazione l'interesse europeo, prevenendo la formazione di squilibri globali".

¹⁵ Cfr., ancora, C. Barbagallo sul punto. Secondo l'Autore, "la seconda direzione da prendere in analisi è anch'essa costitutiva del circolo vizioso e prevede un andamento opposto rispetto alla prima, in quanto si concretizza nella direzione sovrano-banche. Punto focale da cui partire sono gli squilibri delle finanze pubbliche che si sono riflessi negativamente sulla situazione degli intermediari bancari, tanto da far risultare alterate le condizioni di accesso ai mercati di capitale e della liquidità, con una consistente lievitazione dei relativi costi. Sotto il profilo appena analizzato, l'affiancamento di un unico e credibile

nel c.d. *Rapporto Van Rompuy*, in cui, per superare la perdurante segmentazione del sistema bancario europeo, veniva prospettata la creazione di una unione bancaria fondata sui tre pilastri dell'introduzione di un meccanismo centralizzato di supervisione del sistema bancario; dell'adozione di nuove regole comuni per la risoluzione delle crisi bancarie, e, infine, dell'istituzione di uno schema comune di garanzia dei depositi; poi, nel settembre 2012, veniva tradotto dalla Commissione UE, con un'ulteriore accelerazione al processo di *ri-regulation* del settore, in una proposta di adozione di atti normativi comunitari (regolamenti e direttive) volti sia a ridisegnare la disciplina della vigilanza prudenziale - accentrando le funzioni in capo alla BCE -, sia a creare un *corpus iuris* comune per la risoluzione delle crisi bancarie, nonché per la garanzia dei depositi¹⁶.

Di qui si spiega la recente produzione legislativa comunitaria, destinata, nel suo complesso, a costituire la struttura portante della *Banking Union* post crisi: si va dalle nuove regole uniformi sui requisiti prudenziali delle banche e delle imprese di investimento di cui al Regolamento UE n. 575/2013, alla Direttiva 2013/36/UE, riguardante l'armonizzazione massima delle norme sull'accesso all'attività bancaria e sulla vigilanza prudenziale sulle banche ed imprese di investimento; al Regolamento UE n. 1024/2013 (SSM *Single Supervisory Mechanism*), istitutivo di un Meccanismo di vigilanza unico, alla Direttiva comunitaria n. 2014/59/UE - meglio nota come BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*)¹⁷, riguardante regole comuni per la risoluzione

meccanismo per la risoluzione delle crisi, si porrà quale naturale complemento della nuova architettura di vigilanza, contribuendo a spezzare il legame tra condizioni della finanza pubblica di singoli stati e stabilità bancaria. Tuttavia non si può trascurare come, la disponibilità a mettere in comune risorse per la costituzione di una rete di sicurezza di livello europeo, sarebbe difficile da ottenere senza controlli a carattere comune, un meccanismo di supervisione diviene il presupposto irrinunciabile per la costituzione di un fondo unico per la risoluzione delle crisi“.

¹⁶Cfr. Commissione europea, *Relazione alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica del regolamento UE n. 1093/2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza*, COM(2012) 512 definitivo, Bruxelles 12 settembre 2012.

¹⁷-Sul nuovo *regimen* dell'Unione di risoluzione delle crisi bancarie, cfr., *amplius*, F. Capriglione e A. Troisi, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, cit., capp. III e IV, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici; M.P. Chiti, *The new banking union, the passage from banking supervision to banking resolution*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2014, 608 ss.; L. Stanghellini, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea. Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, Roma, n.75, 2014, p. 169 ss.; G. Boccuzzi, *Assetti istituzionali, regole e procedure per la gestione delle crisi bancarie nel quadro dell'Unione Bancaria*, intervento al convegno *La gestione delle crisi bancarie e l'assicurazione dei depositi nel quadro dell'unione bancaria europea*; V. Santoro, *Prevenzione e "risoluzione" delle crisi delle banche*, in www.regolazioneideimercati.it; Id., *Crisi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente*, in www.regolazioneideimercati.it; G.L. Greco, *La tutela del risparmiatore dopo la direttiva BRRD*, relazione al Convegno ADDE *Quali regole per quali mercati? Una riflessione sui nuovi modelli regolatori e sui mercati in transizione*, Milano 11-12 dicembre 2015, in *Diritto banca e mercato finanziario*, 2016; F.

delle crisi bancarie - , al Regolamento UE n.806/14, istitutivo del Comitato di risoluzione unico¹⁸, e, infine, alla Direttiva 2014/49/UE, concernente regole comuni sui sistemi di garanzia dei depositi (*DGS DepositGuaranteeScheme*)¹⁹.

2. La risposta strutturale dell'Unione: la riforma della vigilanza nel Regolamento UE n. 1024/13.

Come accennato, con l'adozione del citato Regolamento UE n. 1024/2013 (*Single SupervisoryMechanism*), viene istituito il Meccanismo di vigilanza unico o MVU²⁰, con

Gambardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca borsa*, 2015, n.5, I, 587; S. Saviola, G. Loiacono e P. Santella, *Il nuovo regime europeo di risoluzione delle crisi bancarie: un'analisi comparata dell'applicazione del bail-in*, in *Bancaria*, 2015, n.9, 46 ss.; L. Di Brina, "Risoluzione" delle banche e "bail-in", alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 4/2015, p. 184; O. Capolino (a cura di), *Le fasi della risoluzione bancaria e i rapporti con il preesistente quadro normativo*, Atti del Convegno: crisi bancarie il nuovo quadro giuridico e istituzionale, Milano, 8 maggio 2014; *Id.*, *Banking recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, relazione al Convegno conclusivo progetto PRIN 2010-11 Siena, 7-9 aprile 2016, in www.regolazioneideimercati.it; E. Rulli, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 3/2015, pp.284 ss.; D. Rossano, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail in e la sua concreta applicazione*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 3/2015, p. 269 ss.; A. DE ALDISIO, *Il Meccanismo di Risoluzione Unico. La distribuzione dei compiti tra il Comitato di risoluzione unico e le autorità di risoluzione nazionali e altri aspetti istituzionali*, in *Scritti sull'Unione bancaria, Quaderni di ricerca giuridica Banca Italia*, Roma, n. 81/2016, p. 137 ss.; cfr. anche G.S. Zavvos e S. Kaltsouni, *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing*, in AA.VV., *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Cheltenham, 2015; V. De Seriere, *Recovery and resolution plans of banks in the context of the BRRD and the SRM: some fundamental issues*, in D. Busch e V. Ferrarini (a cura di), *European Banking Union*, Oxford, 2015, 336; B. Joosen, *Regulatory Capital Requirements and Bail in Mechanism*, in M. Haentjens e B. Wessels (a cura di), *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Cheltenham, 2015; J.H. Binder, *Resolution planning and Structural Bank Reform within the Banking Union*, SAFE Working Paper Series, n. 81/2015, in <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm.abstract>; C. Hadejiemmanuil, *Bank resolution Financing in the Banking Union*, in SSRN; *Id.*, *Special Resolution Regimes for Banking Institutions: Objectives and Limitations*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n.21/2013, reperibile in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm.abstract_id=2336872; FSB, *Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies*, 2013, in www.financialstabilityboard.org; J.N. Gordon e W.G. Ringe, *Bank Resolution in Europe: The Unfinished Agenda of Structural Reform*, *op. cit.*, 500 ss.; ma anche *Id.*, *Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What it Would Take*, in *Columbia Law Rev.*, 2015, p. 1297 ss.

¹⁸Regolamento n. 806/2014/UE, in www.eur-lex.europa.eu.

¹⁹Sul terzo pilastro dell'Unione bancaria costituito dalla Direttiva n.2014/49/UE, cfr. *amplius* G. Cian, *Un nuovo passo verso l'Unione bancaria europea: la Direttiva 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi*, in *Dir. Banc. merc. fin.*, 2014, p. 67 ss.

²⁰Sul nuovo meccanismo di vigilanza unico previsto dal Regolamento UE n. 1024/13 cfr. R. D'Ambrosio, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 74/2013; *Id.*, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza*

cui viene data, in sede comunitaria, una risposta strutturale e non congiunturale alle criticità del previgente impianto della vigilanza su base prevalentemente nazionale, ormai oltremodo disallineato rispetto a mercati finanziari caratterizzati irreversibilmente da strette interconnessioni e da un alto tasso di integrazione²¹; al contempo, con l'adozione del *Single Supervisory Mechanism* le istituzioni dell'Unione hanno inteso rafforzare la capacità delle banche dell'eurozona di assecondare la maggior domanda di credito connessa alla ripresa economica²², con una ricaduta positiva sul rapporto banche-economia reale notevolmente pregiudicato dalla crisi.

Quanto al mutamento dell'approccio alla funzione di vigilanza prudenziale, il legislatore dell'Unione ha compreso che, per rafforzare l'efficacia dell'azione di controllo e supervisione all'interno dell'eurozona, occorre un salto di qualità nel processo di integrazione della perdurante eterogeneità regolativa tra gli Stati membri.

In tal senso, la *ratio* ispiratrice di fondo della Commissione UE, in sede di adozione della novellata disciplina della vigilanza bancaria, è stata di accentrare le competenze ed i relativi poteri in capo ad un'unica Autorità europea.

Del resto, si era compreso che un sistema unico di supervisione rende effettivo il mercato

Legale della Banca d'Italia, n. 78/2015; *Id.*, *Il Meccanismo di vigilanza unico: profili di indipendenza e di accountability*, in *Scritti sull'Unione bancaria*, in *Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, Roma, n. 81/2016, 137 ss.; F. Capriglione, *L'applicazione del meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia di ingiustificati timori*, in *apertacontrada.it*, 2014; *Id.*, *European banking union. A challenge for a more united Europe*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, vol.2, part. 1, p. 5 ss.; M. Clarich, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea. Relazione al convegno "L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità ed innovazione"*, in *Quad. dir. comm.*, 2016; *Id.*, *I poteri di vigilanza della banca centrale europea*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3/2013, p. 975 ss.; M. Lamandini, D. Ramos Munoz e J. Solana, *Depicting the Limits to the SSM's Supervisory Power: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights Protection*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 79/2015; M. Lamandini, *Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences*, in *ECB Legal Conference 2015, From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New Opportunities for European Integration*, ECB, Frankfurt, 2015; M. Lamandini, D. Ramos Munoz e J. Solana, *The ECB as a Catalyst for Change in EU Law. Part I: The ECB's Mandates*, e *id.*, *The ECB as a Catalyst for Change in EU law. Part II: SSM, SRM and Fundamental Rights*, ECB Working Papers, 2016; O. Capolino, *La vigilanza bancaria: prospettive ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in *Scritti sull'Unione bancaria*, *Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, Roma, n. 81/2016, p. 55 ss.; *ECB Banking Supervision and beyond, Report of a CEPS Task Force*, CEPS Bruxelles, 2014, pp. 1-61; S. Antoniazzi, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013; L. Panetta, *La nuova vigilanza bancaria europea e l'Italia. Intervento del Vice Direttore Banca Italia*, in *Mondo Bancario*, n. 3/2014, p. 22 ss.; C. Barbagallo, *L'Unione Bancaria europea*, in *Mondo bancario*, n. 2/2014, p. 11 ss.; C. Brescia Morra, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca impresa società*, n. 1/2015, p. 73 ss.

²¹Cfr. F. Ciraolo, *Il Regolamento UE n.1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea. Prime riflessioni*, in *Amministrazione in cammino*, 2014.

²²Cfr. V. Visco, *Il completamento dell'unione bancaria e il finanziamento dell'economia reale*, Intervento alla Conferenza interparlamentare sull'articolo 13 del *Fiscal Compact*, Roma 30 settembre 2014.

finanziario unico, in quanto è presupposto necessario per rompere il circolo vizioso tra rischio di credito e rischio sovrano: infatti, “la presenza di un interlocutore unico a fronte dei soggetti abilitati (che operano nel sistema finanziario europeo) individua l’indispensabile premessa di una parità di posizioni; questa, a sua volta, è presupposto di convergenze che dovrebbero promuovere innovativi schemi di condivisione, e più in generale la realizzazione di condizioni cui dovrebbero far seguito stabilità e progresso”²³. In tale prospettiva, la BCE è apparsa come il candidato per così dire *perfetto* per assumere il ruolo di supervisore prudenziale dell’Unione, attesa l’indubbia *expertise* nel settore finanziario e la sua tendenziale indipendenza dal potere politico²⁴; ciò, anche se tale scelta deriva anche dal fatto che l’ordinamento dell’Unione non consente la creazione di una nuova *Authority* se non attraverso la necessaria modifica dei Trattati.

In ogni caso, l’elemento di maggior discontinuità innovativa del nuovo impianto regolativo sembra risiedere nel fatto che viene centralizzata la funzione di vigilanza ed i correlativi poteri in capo ad un *network* privo di personalità giuridica, appositamente istituito, il MVU, composto dalla BCE e dalle Autorità nazionali degli Stati membri partecipanti⁹ nel quale, fermo l’obbligo per tutte le Autorità di vigilanza che lo compongono di cooperare in buona fede nello svolgimento dei rispettivi compiti e di scambiarsi le informazioni, non v’è dubbio che alla BCE, oltre alla responsabilità del buon funzionamento del *network*, vengono attribuiti un complesso di competenze e di poteri tali da enfatizzarne un ruolo non di mero *primus inter pares*, ma di vera e propria primazia²⁵.

In effetti, la BCE ha competenze esclusive, individuate vuoi in base ad un criterio soggettivo, in quanto è chiamata ad esercitare la vigilanza prudenziale diretta sugli enti

²³CAPRIGLIONE, TROISI, *L’ordinamento finanziario dell’UE dopo la crisi*, cit., p. 65 e ss.

²⁴Tuttavia, l’attribuzione alla BCE di poteri di supervisione micro-prudenziale è stata giudicata, in senso opposto, come fonte di potenziali interferenze politiche ed attacchi all’indipendenza dell’Autorità comunitaria; perplessità sono state manifestate, inoltre, in ordine al fatto che alcune ANC sono espressione del potere politico, che potrebbe quindi influenzare dall’interno l’operato della stessa BCE; sul punto cfr., *amplius*, F. Capriglione, *European for a more united Europe*, op. cit., p. 57 ss.

²⁵Così F. Capriglione, *Considerazioni a margine di un provvedimento della Banca d’Italia sull’entrata in funzione del Single Supervisory Mechanism*, in *Apertacontrada*, n. 2/2014; *contra* M. Clarich, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2013, p.986, secondo il quale il meccanismo di vigilanza unico rappresenta, invece, un modello peculiare di cogestione dei poteri amministrativi, in cui la cooperazione tra i due livelli si realizza tanto sul piano strutturale quanto su quello funzionale; cfr. anche S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p.79.

creditizi c.d. significativi²⁶, vale a dire i più rilevanti su base consolidata che includono, salvo particolari circostanze, i tre più rilevanti di ciascuno Stato oltre a quelli che avranno richiesto o ricevuto assistenza finanziaria pubblica dal Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) o dal Meccanismo europeo di stabilità (MES)¹⁰; vuoi in base ad un criterio *rationemateriae*, essendo di esclusiva competenza di BCE il rilascio e la revoca dell'autorizzazione agli enti creditizi, nonché la valutazione delle domande di acquisto o di cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi nei confronti di tutte le banche dei Paesi partecipanti.

Peraltro, la novella comunitaria consente una *reductio ad unum* in capo alla BCE del ruolo sia di Autorità competente, sia di Autorità designata degli Stati partecipanti al SSM, con l'attribuzione dei relativi poteri derivanti e dalla legislazione europea e da quella domestica di recepimento¹¹, consentendo alla BCE stessa, ove necessario, all'assolvimento dei propri compiti di sollecitare le Autorità di vigilanza nazionali, mediante istruzioni, all'esercizio degli ulteriori poteri previsti dalle singole normative nazionali che, ancorché non di attuazione del diritto dell'Unione, siano funzionali ai compiti di *supervision* della BCE medesima.

In linea con la *ratio* accentratrice della novella, alle Autorità domestiche viene *de residuo* attribuito un ruolo di assistenza alla BCE, secondo le istruzioni da questa impartite, nella preparazione e nell'attuazione degli atti inerenti alle sue competenze esclusive, nonché la vigilanza sugli enti creditizi *lesssignificant* (meno significativi), nei confronti dei quali sono loro conferiti i relativi poteri, eccezion fatta che per il rilascio e la revoca delle autorizzazioni, la valutazione delle domande di acquisizione e la cessione di partecipazioni qualificate al capitale degli enti vigilati; permangono in capo alla ANC anche le competenze di *supervision* non attribuite dal SSM alla BCE.

²⁶La c.d. "significatività" dell'ente creditizio, a norma dell'art. 6 Regolamento n. 1024/13, è desumibile dai seguenti criteri: ove il valore totale delle attività superi i 30 miliardi di euro; ove il rapporto tra le attività totali e il PIL dello Stato membro partecipante in cui sono stabiliti superi il 20% (a meno che il valore sia inferiore a 5 miliardi di euro); ove l'autorità nazionale competente ritenga che l'ente creditizio abbia un'importanza significativa per l'economia nazionale; assistenza finanziaria dal FESF o dal MES; attività/passività transfrontaliere considerate dalla BCE parte significativa del totale; in ogni caso, i tre enti creditizi più significativi di ciascuno Stato membro. Sul punto, cfr. V. Gortsos, *The Single Supervisory Mechanism (SSM)*, Nomiki Bibliothiki, Atene, 2015, p. 113 ss.; K. Lackhoff, *Which credit institutions will be supervised by the Single Supervisory Mechanism?*, in *Journal of Int. Banking Law and Regulation*, 2013, p. 454 ss.; H. Wymeersch, *The Single Supervisory Mechanism or "SSM"*, op. cit., p.30 ss.; G. Schuster, *The banking supervisory competences and powers of the ECB*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, n. 4/2014; T. Zilioli, *L'attribuzione delle funzioni di vigilanza alla BCE: aspetti istituzionali*, Milano 14 maggio 2014, in www.ecb.europa.eu.

Per di più l'Autorità di vigilanza europea ha la possibilità di estendere il proprio intervento anche alle banche *lesssignificant*, qualora sia necessario, per assicurare l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati.²⁷

In definitiva, il legislatore comunitario, pur non avendo operato un integrale svuotamento delle competenze e dei poteri delle Autorità nazionali di vigilanza, ha costituito un articolato meccanismo di *supervision*, al vertice del quale è stata posta la BCE in posizione di sovraordinazione, affidandole, come acutamente osservato, una “competenza esclusiva nello svolgimento dei compiti di vigilanza prudenziale”²⁸ avendo la “responsabilità ultima per tutte le banche dell'area euro”²⁹; mentre le Autorità domestiche di vigilanza - che subiscono, per tal via, un rilevante ridimensionamento del proprio ruolo - vengono chiamate prevalentemente a prestare ausilio istruttorio, informativo, al più propositivo alla decisione dell'Autorità di *disupervision* europea, mantenendo altresì alcuni limitati compiti di vigilanza diretta³⁰; tuttavia, anche in relazione a questi ultimi il Regolamento UE consente alla BCE di impartire istruzioni alle Autorità nazionali, limitandone ulteriormente le residue prerogative autonome, sacrificate *sull'altare* dell'unitarietà e coerenza dell'azione di vigilanza³¹.

Peraltro, anche in relazione ai compiti di vigilanza macroprudenziale, volti a prevenire e fronteggiare i rischi della stabilità complessiva del sistema, malgrado, in assenza della distinzione sopra richiamata tra enti creditizi significativi e banche *lesssignificant*, l'art. 5 attribuisce il potere di ricorrere agli strumenti macro-prudenziali previsti dal diritto dell'Unione alle Autorità nazionali di vigilanza, ed è ancora la BCE ad esercitare la sua primazia, avendo la facoltà sia di intervenire, ove lo reputi necessario, con l'applicazione di *buffer* più elevati di quelli imposti dall'Autorità nazionale, sia di applicare direttamente le misure macro-prudenziali, sostituendosi *ex lege* all'Autorità nazionale ove questa sia inerte.

²⁷Cfr. BCE, *Guida alla vigilanza bancaria*, settembre 2014, 10; sul punto cfr. F. Capriglione, *L'unione bancaria europea*, op. cit., p. 62 ss.

²⁸Cfr. F. Capriglione, *L'applicazione del Meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia ingiustificata di timori*, in *Apertacontrada*, cit.

²⁹Così V. VISCO, *Intervento all'88° Giornata mondiale del risparmio*, Roma 31 ottobre 2012.

³⁰Cfr. ANTIGNANI, op. cit.; F. Guarracino, *Dal meccanismo di vigilanza unico (SSM) ai sistemi centralizzati di risoluzione della crisi e di garanzia dei depositi: la progressiva europeizzazione del settore bancario*, in *Riv. trim. dir. ec.*, Roma, n. 3/2012.

³¹ Significativa appare la posizione di G. Sabatini nell'Audizione ABI 2012, per il quale “il Regolamento intende perseguire l'obiettivo di rendere la vigilanza prudenziale di esclusivo dominio della BCE”.

3. La torsione accentratrice della funzione di *supervision* nel SSM, tra centralità della BCE e marginalizzazione delle ANC.

Nella richiamata ripartizione dei compiti di vigilanza tra BCE e autorità nazionali, pur avendo il legislatore dell'Unione cercato di bilanciare l'esigenza, per un verso, di assicurare l'unitarietà del sistema e, per l'altro verso, di mantenere i vantaggi del decentramento operativo anche per evitare il depauperamento del patrimonio conoscitivo e di *expertise* delle Autorità di vigilanza nazionale, appare nondimeno piuttosto evidente la torsione *accentratrice* del sistema di vigilanza a favore della BCE sottesa alla novella regolamentare: in tal senso è emblematico, come sottolineato autorevolmente³², che nella relazione di accompagnamento della proposta di Regolamento per qualificare la posizione della BCE nell'ambito del SSM si faccia ricorso all'espressione "univocità di comando"³³.

In effetti, si è evidenziato come alla BCE non solo siano stati attribuiti, in via esclusiva, quei compiti di vigilanza che permettono di assicurare attuazione coerente ed efficace delle regole di vigilanza per tutte le banche dell'Eurozona, ma spetta all'Autorità comunitaria assumere la decisione su profili cruciali per la vita delle imprese bancarie (*id est* in materia di autorizzazione e revoca all'esercizio dell'attività bancaria; di autorizzazione all'acquisto e alla dismissione di partecipazioni nel capitale delle banche; di verifica del rispetto dei requisiti prudenziali minimi in materia di fondi propri, concentrazione dei rischi, liquidità, *leverage*, di fissazione di requisiti prudenziali più elevati rispetto a quelli minimi e dei *buffers* di capitale, ove ciò sia previsto dalle norme comunitarie; di verifica dell'adeguatezza del governo societario, dell'organizzazione e dei controlli interni delle banche; di conduzione del processo di revisione e valutazione prudenziale e definizione del contenuto della normativa al pubblico; di conduzione degli esercizi di *stress test*; di vigilanza consolidata sulle società capogruppo e vigilanza supplementare sui conglomerati finanziari; di coordinamento con le Autorità nazionali per la definizione delle posizioni in seno all'Autorità Bancaria Europea su materie legate ai

³² - Cfr. CAPRIGLIONE, *L'applicazione del Meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia ingiustificata di timori*, in *Apertacontrada*, cit.

³³Cfr. *Relazione alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, documento COM(2012) 511*, par. n.1.

compiti trasferiti alla BCE; di interventi tempestivi in presenza di violazioni, anche potenziali, dei requisiti prudenziali, inclusa la predisposizione dei piani di risanamento e degli accordi di sostegno finanziario di gruppo). Si pensi, ad esempio, alla dinamica del rapporto tra BCE ed Autorità nazionale in relazione ai poteri di autorizzazione e revoca all'esercizio dell'attività bancaria, nonché all'acquisto e alla dismissione di partecipazioni nel capitale delle banche: le Autorità nazionali, pur coinvolte dal SSM in tali procedure esecutiva o al più propositiva.

La scelta di attribuire alla BCE un ruolo di sostanziale primazia nel nuovo sistema di vigilanza emerge altresì ove si consideri il fatto che spetta all'Autorità europea la vigilanza diretta sulle c.d. banche significative, che, come noto, rappresentano oltre l'85% del mercato bancario europeo; del resto, anche laddove il SSM ha lasciato in capo alle Autorità domestiche il potere di vigilanza diretta sulle banche *lesssignificant* - che costituiscono, appunto la quota residua, sempre più marginale, del mercato bancario europeo -, non solo il Vigilante nazionale è tenuto a conformarsi, nel concreto *agere*, alle istruzioni e/o delle *guide lines* stabilite dalla BCE, subendone un'inevitabile condizionamento limitativo³⁴, ma, soprattutto, è sottoposto alla facoltà, potestativa ed unilaterale, della BCE, che può in ogni momento decidere, in via avocativa - ove lo ritenga necessario per assicurare la coerenza nell'applicazione degli standard di vigilanza - di attrarre nell'alveo del proprio ambito diretto di vigilanza banche sino a quel momento ritenute *lesssignificant*, attribuendogli la qualificazione di *significativa*; con conseguente ulteriore compressione del perimetro materiale *riservato* alla vigilanza delle Autorità nazionali.

In buona sostanza, nell'assetto delineato dal SSM la BCE ha - secondo i tratti tipici delle autorità amministrative sovraordinate - il potere di ri-definire, in senso ampliativo,

³⁴Ci si intende riferire al fatto che, secondo l'art. 6, par.5 lett. a), del Regolamento UE n. 1024/2013, la BCE può impartire loro istruzioni o possa emanare nei loro confronti regolamenti e orientamenti, alla stregua dei quali debbono essere svolti i compiti e assunte le decisioni. Del pari, gli artt. 96 ss. del Regolamento quadro n. 468/14 attribuiscono alla BCE il potere di richiedere in qualsiasi momento alle Autorità nazionali informazioni inerenti, fra l'altro, all'espletamento dei loro compiti nei confronti delle banche meno significative e, soprattutto, pongono a carico delle Autorità nazionali l'obbligo di notificare preventivamente alla BCE, almeno dieci giorni prima della data prevista per l'adozione di eventuali provvedimenti, tutti i progetti di decisioni di vigilanza che concernano la rimozione di membri dei consigli di amministrazione dei soggetti vigilati e la nomina di amministratori speciali o che abbiano un impatto significativo sul soggetto vigilato. Inoltre, l'art. 98 del Regolamento quadro prescrive che le ANC trasmettano alla BCE qualsiasi altro progetto di decisione di vigilanza in relazione al quale richiedano il parere dell'Autorità europea o che possa ripercuotersi negativamente sulla reputazione del SSM, precisando, altresì, che la BCE esprime il proprio parere su tutti i progetti di decisione di vigilanza ad essa notificati.

l'ambito della propria competenza, e, specularmente, di ridurre quello delle Autorità nazionali, il cui confine diviene flessibile, in quanto rimesso alla valutazione discrezionale dell'Autorità sovraordinata.

Ne deriva che il perimetro della vigilanza europea appare una sorta di confine variabilissimo alla discrezionalità della BCE, a riprova del ruolo sovraordinato attribuito all'Autorità comunitaria dal SSM³⁵; di tal che la reale misura del ridimensionamento del ruolo delle Autorità di vigilanza nazionali sembra destinato a dipendere dalle concrete modalità in cui la BCE deciderà, via via, di relazionarsi con le Autorità nazionali³⁶, dispiegando i propri poteri: ciò, *a fortiori*, ove si consideri che alla BCE è stata anche attribuita, dall'art. 6, commi 3 e 5 del Regolamento n. 1024/13, la prerogativa di attrarre a sé compiti ordinariamente attribuiti alle Autorità nazionali di vigilanza, secondo una dinamica avocativa tipica del rapporto amministrativo di direzione.

Ulteriore elemento sintomatico della primazia riconosciuta dal SSM alla BCE appare agevolmente desumibile dal meccanismo di inversione nell'attuazione e applicazione del diritto europeo.

Com'è noto, uno dei tratti costitutivi dell'ordinamento UE è tradizionalmente rappresentato dal fatto che l'attuazione e l'applicazione del diritto dell'Unione è sempre stata rimessa alle Autorità nazionali. Viceversa, il SSM ha previsto che sia la Bce a poter dare diretta applicazione, oltre che ai Regolamenti europei, anche alle norme di recepimento delle direttive comunitarie.

La centralità, per così dire, *nomofilattica* della BCE appare evidente ove si consideri che, mentre tendenzialmente nel diritto dell'Unione tante amministrazioni nazionali diverse applicano la medesima regola comunitaria, nel nuovo sistema di vigilanza bancaria del MVU un'unica Autorità comunitaria, la BCE, è messa in grado di applicare regole nazionali (almeno parzialmente) diverse³⁷.

Siffatta posizione di sovraordinazione della BCE e conseguente sussidiarietà (*rectius*) strumentalità delle Autorità nazionali di vigilanza, appare soltanto parzialmente *mitigata* dalle modalità di cooperazione tra la prima e le seconde configurate dal SSM per

³⁵- Così L. Torchia, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. Dir. ammin.*, n. 1/2015, 7 ss.

³⁶-Cfr. CAPRIGLIONE, *L'applicazione del Meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia ingiustificata di timori*, in *Apertacontrada*, cit.

³⁷-Cfr. TORCHIA, *op. ult. cit.*, p.8.

assicurare l'unitarietà e la coerenza dell'azione di vigilanza nel SSM³⁸.

Del pari, non sembra destinato a *risarcire* in modo significativo la rilevante *perdita di sovranità* subita dalle Autorità nazionali di vigilanza il meccanismo, individuato dal SSM, di ripartizione dei poteri sanzionatori tra BCE e Autorità nazionali: laddove la BCE ha il potere di applicare alle sole banche significative sanzioni di esclusiva natura pecuniaria e limitatamente a violazioni di diritto europeo direttamente applicabili; mentre, negli altri casi, l'Autorità di *supervision* europea è tenuta a richiedere l'adozione del relativo provvedimento alle Autorità di vigilanza nazionali, le quali, peraltro, mantengono un potere sanzionatorio diretto ed esclusivo nei confronti delle banche vigilate *less significant*.

Né, del resto, sembra in grado di compensare il sostanziale ridimensionamento del ruolo delle Autorità di vigilanza nazionali la scelta del SSM di aver mantenuto in capo alle medesime alcuni compiti di *supervision* non espressamente trasferiti alla BCE - ossia quelli relativi al contrasto al riciclaggio e al finanziamento al terrorismo, alla trasparenza, alla vigilanza su soggetti definiti come non bancari ai sensi della legislazione comunitaria, ma sottoposti a vigilanza bancaria a livello nazionale, alla vigilanza sui servizi di pagamento; alla vigilanza sulle attività delle banche nei mercati degli strumenti finanziari; alla vigilanza sulle banche di paesi terzi che operano nell'UE mediante

³⁸In effetti, per garantire elevati standard nello svolgimento dell'attività di *supervision*, il Regolamento SSM prospetta il ricorso alle c.d. *best practices* sviluppate dalle Autorità di vigilanza nazionali, in conformità con il *Single rulebook* con *core principles* del Comitato di Basilea; in tal senso, nel concreto svolgimento dell'attività di vigilanza *off* e *on-site*, riveste un ruolo preminente il *Supervisory Manual*, che individua i processi operativi, le procedure e le metodologie di supervisione delle banche sia *significant* che *less significant*, nonché le procedure di cooperazione tra SSM e le Autorità di vigilanza UE ad esso non partecipanti. Il *Supervisory Manual* per il SSM è il risultato di uno sforzo volto ad armonizzare i diversi approcci nazionali e deve essere sottoposto ad un continuo e permanente aggiornamento per consentire l'allineamento all'evoluzione internazionale delle prassi e della regolamentazione. L'obiettivo cui si tende è quello di definire un percorso che permetta di assicurare sia standard qualitativi di supervisione elevati, sia una sorta di parametro comune nella valutazione e nell'azione di vigilanza per tutti gli intermediari del SSM. Il citato *Manual* segue un approccio basato sul rischio e nella valutazione tiene in debito conto i rischi degli intermediari e di elementi prospettici, sarà inoltre caratterizzato dall'interazione tra vigilanza a distanza e ispettiva (*off* e *on-site*). Peraltro, nel modello di *supervision* adottato dal SSM, complementare con la vigilanza *off-site* appare la vigilanza c.d. *on-site*, il cui valore si esprime soprattutto nella verifica in loco della funzionalità dell'organizzazione aziendale e degli organi di governo e controllo, nonché nell'accuratezza delle informazioni quantitative utilizzate nell'analisi a distanza. I team ispettivi cui è demandato tale compito, costituiti da personale delle Autorità di vigilanza nazionali e del BCE, devono operare in stretta collaborazione con i *Joint Supervisory Teams*, responsabili della *day-to-day supervision* sulle banche rilevanti e rappresentano il principale veicolo di cooperazione tra BCE e le Autorità nazionali. Ogni JST, la cui composizione è improntata al principio di proporzionalità e a quello di multi nazionalità, è guidato da un coordinatore della BCE e comprende esperti in materia di vigilanza particolarmente qualificati sia della BCE, sia delle Autorità di vigilanza nazionali. I JST seguono l'obiettivo di svolgere i compiti di supervisione sugli intermediari di competenza.

succursali o in libera prestazione di servizi.

Di qui sembra spiegarsi, peraltro, il tentativo dell’Autorità di vigilanza nazionale di recuperare, ancorché parzialmente, un ruolo ed una centralità a lungo mantenuta tra i poteri pubblici, attraverso un provvedimento con cui la Banca d’Italia, nell’affrettarsi a delineare gli effetti derivanti dall’attivazione del SSM sui procedimenti di vigilanza di sua competenza, si è premurata di puntualizzare la perduranza di un ruolo primario nel sistema della vigilanza ancorato alla diretta partecipazione dell’Autorità nazionale allagovernance dell’Autorità di vigilanza europea.³⁹

Nondimeno, la tendenziale strumentalità del ruolo delle Autorità di vigilanza nazionale nel SSM è stato per così dire validato anche dalla giurisprudenza comunitaria, la quale - chiamata per la prima volta a pronunciarsi in punto di pretesa *non significatività* di un ente creditizio - ha avuto modo, *incidenter tantum*, di evidenziare come dal tenore del Regolamento n.1024/13 si deservi “*the subordinate nature of the intervention by the National authorities*”⁴⁰; come dire, in definitiva, che primazia della BCE nell’ambito del MVU ha avuto ormai anche l’*imprimatur* del giudice dell’Unione, che configura il rapporto tra BCE e Autorità nazionali in termini di sovraordinazione/subordinazione.

4. Il rapporto di supervision tra Autorità vigilanti ed enti creditizi vigilati: profili procedurali.

Le problematiche evidenziate in relazione alla ripartizione dei compiti e dei poteri nell’ambito del SSM tra BCE e Autorità nazionali si riflettono inevitabilmente sia sul piano procedimentale, sia su quello della tutela paragiudiziale e/o giurisdizionale delle imprese vigilate incise dai provvedimenti del Vigilante.

Sotto il primo profilo, si tratta di individuare le regole procedurali applicabili ai differenti tipi di provvedimento tipizzati nel SSM e le relative garanzie apprestate a tutela delle imprese destinatarie delle decisioni di vigilanza.

Muovendo dal fatto che, come accennato, il SSM è un network senza personalità giuridica, i provvedimenti adottati in seno allo stesso non possono essere imputati al

³⁹ -Così F.CAPRIGLIONE, *L’applicazione del Meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia ingiustificata di timori, in Aperta contrada, cit.*

⁴⁰ - Cfr. Tribunale Unione Europea, IV Sez. ampliata, sentenza 16 maggio 2017 Landeskreditbank Baden-Württemberg – Foerderbank c. BCE, T-122/15 – ECLI:EU:T:2017.337, in www.curia.europa.eu. Peraltro, la sentenza è stata impugnata dinanzi alla Corte di Giustizia (C-450/17 P.).

network, bensì alla BCE o alle Autorità nazionali *rationemateriae*; con la conseguenza che, in linea di principio, le regole procedurali saranno essenzialmente desumibili dal diritto dell'Unione ovvero nel diritto nazionale, a seconda dell'Autorità di vigilanza, europea o domestica, competente ad adottare il provvedimento finale.

Tuttavia, stante la complessità del rapporto tra BCE e ANC, il parametro della ripartizione delle competenze potrebbe ingenerare, in sede applicativa, qualche ambiguità, impedendo di definire in modo inequivoco i rispettivi ruoli delle Autorità nazionali ed europea nell'ambito dei vari procedimenti: creando, per tal via, incertezze sull'imputabilità delle decisioni e, quindi, sull'identificazione del *regimen* procedimentale applicabile. Ci si intende riferire al fatto che l'intricata articolazione di compiti prefigurata nel SSM nei procedimenti di vigilanza comporta, sia nelle materie *riservate* alla BCE, sia in quelle spettanti alle ANC, tendenzialmente una necessaria fase di interlocuzione con l'Autorità europea, la cui azione di vigilanza si interseca, in misura più o meno invasiva, con quella delle ANC; ne deriva che in siffatti procedimenti di vigilanza più complessi finiscono sovente per *coabitare* le norme procedurali del diritto dell'Unione e quelle dei diritti domestici.

Si pensi, ad esempio, al procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria: stante il combinato disposto dell'art. 14 del Regolamento n.1024/13 e degli artt. 73 ss. del Regolamento quadro n. 468/14, le Autorità nazionali non si limitano, infatti, a curare l'istruttoria di un procedimento comune, ma dispongono anche di margini di discrezionalità associati a poteri decisionali. In effetti, ove l'istruttoria si concluda con un progetto di decisione di rilascio dell'autorizzazione, la decisione finale viene assunta dalla BCE; ove, invece, la valutazione istruttoria sia negativa, il provvedimento finale spetta all'ANC.

Il che non può non riflettersi sul regime dell'imputabilità degli atti, sull'individuazione della legge applicabile al procedimento, nonché sui rimedi esperibili avverso il provvedimento. Per meglio dire, la fase affidata alle Autorità nazionali si dispiegherà nell'alveo delle norme procedurali domestiche - in via implicita richiamate dall'art. 14 del Regolamento n.1024/13 e dagli artt. 73 ss. del Regolamento quadro -, concludendosi o con un progetto di decisione, notificato anche al richiedente, avente ad oggetto l'accoglimento dell'istanza, ovvero con un vero e proprio provvedimento di rigetto.

Nella prima ipotesi, l'attività delle Autorità nazionali sarà svolta nell'ambito di un sub-

procedimento soggetto al diritto nazionale, ancorché inserito in un procedimento comune, e si concluderà con un atto endoprocedimentale - il progetto di decisione di accoglimento - non definitivo, in quanto tale non impugnabile; viceversa potrà essere oggetto di gravame la decisione finale della BCE, avverso il quale potranno esperirsi sia l'istanza di riesame amministrativo, sia il ricorso al giudice europeo. Nella seconda ipotesi, le ANC adotteranno una decisione vera e propria che, in quanto tale, appare autonomamente e direttamente impugnabile secondo il rito nazionale. Con la conseguenza che, secondo la legislazione italiana, il provvedimento di diniego dell'ANC domestica dovrà essere preceduto dal preavviso di rigetto, da inviare all'impresa richiedente a norma dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, e sarà impugnabile dinanzi al Giudice amministrativo.

Quanto, poi, alle decisioni di vigilanza prudenziale sulle banche significative, essendo il potere deliberativo ascrivibile in via esclusiva alla BCE, le ANC sono chiamate soltanto a prestare assistenza nella preparazione e/o nell'attuazione degli atti, attenendosi alle istruzioni ricevute dalla stessa BCE, ovvero a svolgere l'istruttoria.

Trattasi, in definitiva, di mera attività di assistenza, priva di discrezionalità, in cui le ANC finiscono per divenire una sorta di ufficio *servente* della BCE, sì che la loro attività è imputabile all'Autorità di *supervision* comunitaria. In tali ipotesi, non potrà essere applicata la disciplina procedimentale domestica, bensì quella desumibile dal Regolamento quadro n.468/14.

Peraltro, anche nei casi in cui - come per l'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni rilevanti in enti creditizi - le ANC Autorità nazionali siano chiamate a svolgere un'istruttoria destinata a confluire nel procedimento comune, tale attività, essendo parte integrante di un procedimento il cui esito finale sarà costituito da un provvedimento dell'Autorità europea, potrà essere disciplinata dalle norme procedurali nazionali solo ove compatibili con quelle del citato Regolamento quadro concernenti l'interlocuzione con la BCE⁴¹.

In altri termini, in assenza di potestà decisionale in capo alle ANC, la loro attività, ancorché di discrezionalità tecnica, è di tipo meramente endoprocedimentale, in quanto tale non impugnabile autonomamente; viceversa, ben potrà essere gravata la decisione

⁴¹Per la verità, in relazione alle autorizzazioni all'acquisizione di partecipazioni rilevanti in banche ed imprese di investimento, già in precedenza era stata riconosciuta dalla giurisprudenza nazionale la primazia delle norme procedurali europee ante SSM; cfr., in tal senso, TAR Lazio, sez.I, n.2827/2010, in www.giustiziamministrativa.it.

finale della BCE ad esito di tale procedura comune.

Ad analoghe conclusioni si deve pervenire avuto riguardo alle ipotesi del procedimento relativo alla revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria ed a quelli concernenti l'acquisto o cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi, nei quali le ANC possono al più proporre alla BCE l'adozione del provvedimento, ma non sono mai investite di un vero e proprio potere decisionale.

Del pari, in ordine ai provvedimenti di vigilanza sulle banche meno significative, di competenza delle ANC, le regole procedurali domestiche disciplineranno il rapporto fra l'ANC e l'impresa bancaria destinataria della decisione, mentre alla necessaria fase di interlocuzione tra BCE e ANC si applicheranno le previsioni procedurali del Regolamento quadro n.468/14.

Ciò posto, nelle ipotesi in cui il meccanismo SSM ha attribuito alla BCE la competenza all'adozione dei provvedimenti finali, come sopra accennato, le regole procedurali e le garanzie a tutela delle imprese destinatarie sono canonizzate dall'art. 22 del Regolamento n.1024/13 e dagli artt. 25 ss. del Regolamento quadro n.468/14: ragion per cui, alle decisioni di vigilanza, alle misure amministrative e alle sanzioni amministrative⁴² adottate dalla BCE ex art. 18 del Regolamento n. 1024/2013, si applicheranno le regole generali del giusto processo previste dal citato art. 22, secondo cui, nondimeno nel corso del

⁴²Sia le misure che le sanzioni amministrative si distinguono dalle decisioni di vigilanza in senso stretto, perché le prime due categorie tipologiche presuppongono la previa violazione di un obbligo contenuto in una norma o in un provvedimento dell'autorità di vigilanza, mentre le semplici decisioni di vigilanza comportano, di regola, l'applicazione di requisiti prudenziali (quantitativi e qualitativi) più stringenti rispetto a quelli previsti dalla disciplina di settore. Il criterio per distinguere, poi, ulteriormente le misure amministrative dalle sanzioni amministrative si ricava dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che attribuisce alle misure una funzione ripristinatoria dell'interesse leso e alle sanzioni una funzione punitiva. Alla luce di tale ricostruzione, permane incerta la qualificazione delle cc.dd. *penalità di mora*, applicabili in caso di violazione continuativa di obbligo normalmente imposto dall'Autorità di vigilanza. Quando la funzione della penalità di mora è quella di coartare il destinatario ad adempiere detto obbligo - e questa è l'ipotesi più frequente - allora essa può essere ricondotta alla categoria delle misure. Quando, invece, la penalità di mora ha anche la funzione di punire una violazione continuativa, allora essa è ascrivibile al novero delle sanzioni, giusta le previsioni, di recente modificate, del Regolamento (CE) n. 2532/1998, del 23 novembre 1998, sui poteri sanzionatori della BCE. Un'ulteriore distinzione è, infine, necessaria tra le sanzioni amministrative *tout court* e le sanzioni amministrative a c.d. *colorazione penale*, che costituiscono sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali in virtù dei criteri forniti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (cc.dd. *criteri Engels*, dal caso deciso dalla Corte), cui si è conformata anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea. La distinzione si basa qui in definitiva sulla particolare afflittività della sanzione, desunta, di regola, dal massimo edittale applicabile al sanzionando. Alle sanzioni amministrative a "coloritura" penalistica possono essere senz'altro ricondotte buona parte delle sanzioni amministrative che la BCE è titolata a irrogare ai sensi del primo paragrafo dell'art. 18 del Regolamento MVU, considerato che, in base a tale norma, il massimo edittale che può essere previsto per le stesse può giungere fino al doppio dell'importo dei profitti ricavati o delle perdite evitate grazie alla violazione, quando questi possono essere determinati, o fino al 10% del fatturato complessivo annuo della persona giuridica nell'esercizio finanziario precedente.

procedimento agli interessati devono essere garantiti difesa e contraddittorio partecipativo, con diritto di audizione e di accesso agli atti del fascicolo procedimentale. La BCE, fermo l'obbligo di motivazione della decisione finale, deve fondare la propria deliberazione soltanto sugli addebiti rispetto ai quali gli interessati siano stati posti in condizione di essere sentiti; ciò salvo il caso in cui l'esigenza di un'azione urgente volta ad impedire danni significativi al sistema finanziario facoltizza la BCE ad assumere, in via derogatoria, una decisione provvisoria, ferma restando, comunque, la possibilità agli interessati di essere sentiti appena possibile.

In relazione ai provvedimenti sanzionatori a c.d. colorazione penale assunti dalla BCE, aventi la colorazione penale, ed alle altre decisioni destinate ad incidere in modo particolarmente stringente sulle posizioni delle imprese destinatarie è stata prevista dal Regolamento quadro (artt. 123-128), in via aggiuntiva, anche la netta distinzione tra funzione istruttoria e quella decisionale, concretatasi nella costituzione di un'unità di indagine indipendente, non composta da funzionari coinvolti, anche nei due anni precedenti, nella vigilanza dei soggetti interessati. Permangono, in ogni caso, in entrambe le fasi (istruttoria e decisoria), il diritto ad essere sentito, anche tramite audizione, e l'accesso agli atti del fascicolo in entrambe, nonché il principio dell'udienza pubblica⁴³.

Qualche criticità potrebbe nondimeno derivare, con riguardo a siffatti procedimenti *comuni*, da eventuali asimmetrie fra regole procedimentali UE e quelle nazionali in relazione ad un *diverso* trattamento delle garanzie di partecipazione endoprocedimentale, diritto di accesso e contraddittorio difensivo, soprattutto laddove, come si è avuto modo di rilevare, la fase istruttoria, di spettanza delle ANC, è regolata dal diritto domestico e quella decisionale, di competenza della BCE, dal diritto UE.

In tali evenienze, si potrebbe porre la questione che durante la fase istruttoria dinanzi all'ANC i dovrebbero essere rispettate le stesse regole procedurali vigenti dinanzi al decisore finale europeo, trattandosi di procedimento *comune*: ciò al fine di evitare nocimento per gli interessati; in caso contrario, potrebbe configurarsi un vizio procedurale nell'atto endoprocedimentale nazionale, destinato, in via derivativa, ad

⁴³Va segnalato, tuttavia, che l'estensione delle garanzie ad entrambe le fasi del procedimento non è pienamente simmetrica, atteso che, ai sensi dell'art. 127, § 7, del Regolamento quadro, nella fase decisoria i diritti ad essere sentiti e ad accedere al fascicolo procedimentale sono assicurati solo nel caso in cui la bozza di decisione adottata dal Consiglio di vigilanza non sia conforme alla proposta proveniente dall'Unità investigativa in merito alla qualificazione giuridica della violazione o ai fatti che la integrano.

inficiare la legittimità della decisione finale della BCE.

Senonché, nel silenzio della novella disciplina comunitaria e in attesa di pronunciamenti, sul punto, della giurisprudenza nazionale e di quella europea, rimangono allo stato irrisolte le correlative questioni avuto riguardo sia agli effetti dell'eventuale vizio dell'atto endoprocedimentale nazionale sul provvedimento finale della BCE, sia alla possibilità per il giudice dell'Unione, competente sulle decisioni della BCE, di estendere il proprio sindacato all'atto endoprocedimentale nazionale, che si assuma viziare in via derivativa il provvedimento finale, oggetto di gravame.

Nondimeno, alcuni di tali nodi potrebbero essere sciolti ove il Regolamento quadro fosse assunto a modello di riferimento per i procedimenti o per le fasi procedimentali, destinate a rimanere disciplinate dagli ordinamenti nazionali.

Ulteriormente problematica appare, infine, l'individuazione di garanzie in relazione ad alcuni poteri, come, ad esempio, l'imposizione di un rafforzamento dei requisiti patrimoniali all'impresa vigilata, ovvero di piani di rientro; trattandosi di poteri destinati ad imporre sacrifici significativi al vigilato in via d'urgenza, per la salvaguardia della stabilità finanziaria, va da sé che le decisioni dell'Autorità vigilante vengono adottate in assenza di garanzie procedimentali; di tal che, sembra residuare a favore del vigilato, quale unica tutela azionabile, il ricorso *ex post* in sede di riesame, ovvero in sede giurisdizionale; tuttavia, poiché la decisione di tal genere è per sua natura particolarmente stringente, la tutela giudiziale appare la via per così dire obbligata, anche avuto riguardo al fatto che solo in tale sede è possibile invocare, in via cautelare, la sospensione della decisione gravata, in quanto, come si evidenzierà di seguito, la Commissione del riesame, nell'ambito della procedura del riesame amministrativo interno, non può disporre direttamente alcuna misura cautelare, potendo al più richiedere al Consiglio direttivo della BCE di adottarla (art. 24, par.8 Reg. 1024/13).

5. ... e processuali, tra tutela giustiziale e giudiziale (segue).

Nel sistema delineato dal novellato meccanismo del SSM in relazione alle tutele dai provvedimenti di vigilanza, come testé accennato, è stato introdotto, dall'art.24 del Regolamento n. 1024/13, la procedura del riesame amministrativo interno delle decisioni

adottate dalla BCE dinanzi ad una Commissione interna istituita dalla stessa BCE⁴⁴.

Sin dal tenore del considerando n. 64 del citato Regolamento SSM si desume agevolmentela *ratio* sottesa all'introduzione di tale rimedio, trasfuso poi nel citato art. 24: il riesame è volto a sindacare "la conformità procedurale e sostanziale dei provvedimenti dell'Autorità di vigilanza europea nel rispetto del margine di discrezionalità lasciato alla BCE nel decidere sull'opportunità di adottare le decisioni stesse"⁴⁵:trattasi di *riesame interno*, la cui procedura dovrebbe "consentire al Consiglio di vigilanza di riconsiderare il precedente progetto di decisione in funzione delle esigenze"⁴⁶; infine, pur essendo organo interno alla BCE, la Commissione amministrativa del riesame deve essere composta da soggetti di indubbio prestigio e in modo tale da garantire, al contempo, fra tutti gli Stati membri un adeguato equilibrio di genere e di provenienza. Di qui si spiega, sotto quest'ultimo profilo, la composizione del suddetto organo collegiale di cinque membri nominati a seguito di selezione pubblica fra soggetti con comprovate conoscenze ed esperienza professionale, maturata anche nell'ambito di autorità di vigilanza, nel settore dei servizi bancari e finanziari; non possono invece far parte del *board* del riesame i dipendenti in servizio presso la BCE, o Autorità di vigilanza o altre Autorità europee con competenze di vigilanza: ciò al fine di preservare l'indipendenza dell'organo collegiale sancita dall'art. 24, in forza del quale i membri della Commissione devono agire "in modo indipendente e nel pubblico interesse".

Per quanto incorporata in seno alla BCE, il legislatore dell'Unione ha riconosciuto alla Commissione un'autonomia organizzativa e funzionale, sì da renderla in qualche misura *terza* rispetto agli altri organi della stessa BCE. Tuttavia, per converso, non è consentito alla Commissione l'adozione di norme sul proprio funzionamento, né di tipo procedurale, essendo ciò rimesso ad una decisione della BCE (art. 24 par.10), peraltro già adottata con la delibera n.16/2014. Il che, se da un lato sembra giustificarsi in relazione al

⁴⁴Sul riesame amministrativo interno, cfr. M. Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca centrale europea*, in *La tecnificazione*, vol. IV, in L. Ferrara e D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, p. 266 ss.; G. Sciascia, *Unione bancaria – la revisione quasi-giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione*, in *Banca impr. Soc.*, 2015, 363 ss.; C. Brescia Morra, *The Administrative and judicial review of decisions of the EBC in the supervisory field*, in *AA.VV., Scritti sull'Unione Bancaria*, in *Quad. ric. Giur. Banca d'Italia*, 2016, p. 105 ss.; C. Brescia Morra, R. Smits e A. Magliari, *The Administrative Board of review of the European Central Bank: experience after two years*, in *European Business Organization Law Review*, 2016; A. Magliari, *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1345 ss.

⁴⁵Cfr. Regolamento UE n. 806/14, considerando n. 64, in www.curia.eu.

⁴⁶Idem.

fatto che, in ogni caso, la Commissione è pur sempre organo interno della BCE, dall'altro lato, desta non poche perplessità, costituendo riprova del limite per così dire ontologico di un rimedio esperibile dinanzi ad un organismo che, per sua natura, non sembra in grado di garantire alcuna, pur parziale, terzietà⁴⁷.

In effetti, un'ulteriore riprova del carattere meramente interno della Commissione deriva dal fatto che, nel caso di specie, il riesame, a differenza di altre fattispecie, è facoltativo, nel senso che non costituisce neppure condizione di procedibilità per l'esperimento della tutela giurisdizionale, essendo previsto dall'art. 24, par. 11, del Regolamento SSM il diritto di proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia UE a prescindere dalla presentazione dell'istanza di riesame⁴⁸.

Né, del resto, potrebbe opinarsi diversamente ove si consideri che dal carattere meramente interno del rimedio deriva la natura non vincolante del parere espresso dalla Commissione, di cui il Consiglio di vigilanza deve comunque tener conto, a norma dell'art. 24 par. 7 del Regolamento SSM, nel presentare il nuovo progetto di decisione al Consiglio direttivo della BCE. Come dire, in buona sostanza, che il parere della Commissione, lungi dall'essere vincolante - com'è tipico dei rimedi quasi giustiziali - appare al più alla stregua di una richiesta all'organo che ha adottato la decisione di riesaminarla⁴⁹; tant'è che il Consiglio di vigilanza, nell'adottare il nuovo progetto di decisione all'esito del suddetto parere, potrebbe o modificare la decisione già assunta, ovvero *sostituirla* con una di contenuto identico, pretermettendo del tutto anche un eventuale parere difforme, anche senza darne conto in sede motivazionale, non essendo

⁴⁷Sul punto cfr. M. Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca centrale europea*, in *La tecnificazione*, cit., 267.

⁴⁸Così M. Clarich, *op.ult cit.*, p. 268, il quale evidenzia che in altre ipotesi previste dall'ordinamento dell'Unione il reclamo amministrativo costituisce invece condizione di ricevibilità del ricorso giudiziale.

⁴⁹Sul punto cfr. M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Scritti sull'Unione bancaria*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 2016, p. 27 ss., secondo cui "a rigore, adottando la tassonomia prevalente in letteratura in tema di organi investiti di funzioni quasi giudiziali la decisione della Commissione del riesame non potrebbe ricondursi entro tale nozione [...] dal momento che il terzo non soddisfa il tratto tipologico, in genere ritenuto necessario, del carattere vincolante della decisione adottata. Come è noto, infatti, il *Board of Review* della BCE non esprime una decisione vincolante, bensì una opinione cui è assegnato un ruolo meramente endoprocedimentale in relazione all'adozione, in sede di revisione, del provvedimento finale da parte del *Governing Council* della BCE [...] Interessante è tuttavia anche notare come la soluzione prescelta all'interno del sistema di vigilanza unico - dove, non a caso, il *Board of Review* fu previsto solo in fase di avanzata elaborazione della proposta di regolamento - sia più *debole* rispetto a quella sia precedente dell'ABE sia successiva dello SRM, di modo che non sussiste una linea di progressione in funzione del tempo dell'adozione dei diversi regolamenti fondativi mentre sussiste una (parziale) relazione di proporzione inversa tra grado di tutela amministrativa e quasi giustiziale e centralizzazione delle funzioni amministrative."

previsto alcun obbligo al riguardo né dal Regolamento SSM, né nella decisione BCE n.16/14. Dunque, solo formalmente la decisione originaria viene abrogata e il Consiglio di vigilanza, quindi, adotta una nuova proposta di decisione, di modifica ovvero identica nel contenuto a quella assunta, da sottoporre di nuovo al Consiglio direttivo.

In tale contesto, appare un logico corollario la scelta operata in sede regolamentare dal legislatore dell'Unione di circoscrivere anche la portata del sindacato della Commissione del riesame, volto sì consentire il vagliodella conformità procedurale⁵⁰ e sostanziale dei provvedimenti dell'Autorità di vigilanza europea al Regolamento SSM e comunque al diritto dell'Unione⁵¹, ma nel rispetto del margine di discrezionalità lasciato alla BCE nel decidere sull'opportunità di adottare la decisione; in altri termini, la Commissione non potrà spingersi a sindacare il merito della scelta discrezionale della BCE, il cui ambito è oltremodo ampio ove si consideri non solo il fatto che trattasi di discrezionalità basata sulla valutazione di dati e profili tecnico-economici, ma anche la particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, *id est* la stabilità finanziaria dell'eurozona; tant'è che, secondo taluni⁵², al sindacato della Commissione del riesame dovrebbe applicarsi il principio della giurisdizione limitata, adottato dalla Corte di Giustizia UE laddove un'Autorità amministrativa goda di ampia discrezionalità basata su valutazioni tecnico/economiche.

Viceversa, sotto il profilo procedurale, il riesame appare caratterizzato da un'accentuata speditezza temporale e da un rito dai tratti analoghi a quelli processuali, tipico dei rimedi *quasi judicial*.

Quant alla tempistica, l'art. 24 del Regolamento SSM legittima l'interessato⁵³ a presentare entro un mese dalla notifica o, in mancanza, dal giorno in cui ha avuto conoscenza del

⁵⁰Vale a dire delle regole procedurali sopra richiamate, essenzialmente consistenti nel rispetto dei termini procedurali, nel diritto delle parti a essere sentite prima dell'adozione del provvedimento e nell'obbligo di motivazione.

⁵¹ In tal senso, cfr. M. Mancini, *La Banking Union: il riparto delle funzioni di regolazione e di vigilanza, in Regole e Mercato*, Convegno conclusivo del progetto Prin 2010-11, Siena 7-9 aprile 2016, secondo il quale la verifica di legalità non dovrebbe essere limitata al rispetto di quanto stabilito dal Regolamento (UE) n. 1024/2013, ma dovrebbe estendersi al rispetto di tutti i principi generali stabiliti dal diritto dell'Unione europea, anche in considerazione del fatto che la maggior parte di tali principi è espressamente richiamata nei considerando del regolamento MVUE che l'opposta interpretazione, basata sul dato letterale del testo normativo, renderebbe il ruolo della Commissione amministrativa del riesame molto limitato e poco utile anche in termini di tutela degli interessi del reclamante.

⁵²*Ibidem*

⁵³Trattasi del destinatario del provvedimento o qualsiasi soggetto direttamente leso o interessato dallo stesso, in quanto i presupposti soggettivi per ricorrere alla Commissione amministrativa del riesame sono i medesimi previsti per poter impugnare il provvedimento davanti alla Corte di Giustizia UE.

provvedimento, il ricorso alla Commissione, la quale, verificatane l'ammissibilità, deve, entro i due mesi successivi, formulare il proprio parere, da trasmettere al Consiglio di vigilanza per il seguito di competenza - vale a dire, come evidenziato, adozione di un nuovo progetto di decisione per il Consiglio direttivo avente ad oggetto la modificadella decisione assunta, ovvero una di identico contenuto.

Quanto al rito, la Commissione è tenuta a vagliare, in via preliminare, l'ammissibilità del ricorso, a decidere, a maggioranza, secondo termini procedurali vincolanti, limitando il suo esame al *petitum* del ricorrente, motivando la decisione di tipo *pareristico* all'esito di udienze ove richiesto dalle parti; non può adottare statuizioni di natura cautelare, potendo solo chiedere la sospensione della decisione gravata direttamente al Consiglio direttivo.

Ragion per cui, tale rimedio finisce per assumere i contorni di una sorta di prima tutela per chi è stato inciso dal provvedimento di vigilanza, la cui utilità pare tuttavia circoscritta alla minor onerosità e alla maggior speditezza procedurale, ma non sembra fungibile, neppure parzialmente, alla fase giudiziale, unica in grado di assicurare al destinatario della decisione della BCE una statuizione effettivamente terza e neutra della *res* controversa.

In definitiva, se, per un verso, la ritualità processuale del riesame amministrativo potrebbe condurre ad ascriverlo tra i rimedi *quasi iudicial*, per l'altro verso, il carattere interno, non vincolante e limitato al sindacato di mera legalità formale della decisione (*rectius*) parere assumibile da parte della Commissione, inducono a ritenere che tale rimedio possa al più garantire una fase integrativa del contraddittorioendoprocedimentaleante *causam* fra BCE ed enti creditizi vigilati, nell'ambito della quale il soggetto vigilato possa tentare - attraverso una procedura poco onerosa, rapida e paraprocedurale - di far revisionare la decisione assunta da parte della BCE, sì che, all'esito della sollecitazione eventualmente derivante dal parere della Commissione, *re meliusperpensa*, l'Autorità di vigilanza sia indotta ad adottare il nuovo provvedimento in accoglimento delle ragioni del vigilato; ma, ove, invece, la BCE, malgrado l'esito del riesame, dovesse assumere la nuova decisione in senso sostanzialmente confermativo di quella già censurata dalla Commissione amministrativa, non rimarrebbe altra tutela al vigilato che l'impugnativa del *nuovo* provvedimento dinanzi al giudice dell'Unione.

Quanto, invece, alla tutela giudiziale azionabile da parte dei vigilati, in linea di principio

la ripartizione della giurisdizione tra giudice dell'Unione e giudice nazionale è tracciata dal perimetro delle competenze individuato dal Regolamento SSM tra Autorità europea di vigilanza e ANC, in ragione del quale dovrà essere impugnato di fronte al giudice nazionale il provvedimento imputabile esclusivamente all'ANC, mentre sarà il giudice UE a sindacare la legittimità delle decisioni di esclusiva competenza della BCE. In altri termini, parrebbe prospettarsi una tendenziale ripartizione verticale di competenze giudiziali, nel senso che il sindacato dei provvedimenti della BCE sarà di norma rimesso alla Corte di Giustizia UE, mentre quello sulle decisioni di spettanza delle ANC sarà esercitato dal giudice nazionale.

Tuttavia, tale criterio generale di riparto appare di meno agevole identificazione in tutti i casi, sopra rilevati, in cui nell'ambito del meccanismo concepito dal Regolamento SSM sussistano per così dire *interferenze* funzionali e/o procedurali tra la BCE e le ANC.

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi, di cui all'art. 4 par.3 del Regolamento SSM, concernente i provvedimenti adottati dalla BCE in applicazione del diritto nazionale di recepimento del diritto dell'Unione, in cui non appare del tutto chiaro se il giudice competente sia quello dell'ordinamento della norma applicanda, ovvero il giudice naturale - *id est* la Corte di Giustizia UE - dell'Autorità di vigilanza che tale norma è chiamata ad applicare: in tal caso, sembra potersi prefigurare la giurisdizione della Corte di Giustizia UE, che dovrà vagliare la conformità dell'operato della BCE al diritto nazionale, salva l'applicazione del primato del diritto UE in caso di non corretto adeguamento del diritto domestico a quello dell'Unione⁵⁴.

Analoghi dubbi possono insorgere qualora un'ANC adotti una decisione di sua competenza, bensì sulla scorta di istruzioni dell'Autorità di *supervision* europea⁵⁵: in tal caso, non appare del tutto agevole per il giudice comunitario sindacare l'operato della BCE sulla base del diritto nazionale, soprattutto ove venisse in rilievo non tanto una disciplina domestica sostanziale attuativa del diritto dell'Unione, quanto la disciplina procedimentale nazionale⁵⁶.

⁵⁴Cfr. A. Witte, *The Application of National Banking Supervision Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law?*, in *MJ*, n. 1/2014, 89 e ss..

⁵⁵Esistono già, peraltro, previsioni specifiche in materia: secondo l'art. 14, comma 2, dello statuto della Bce, un governatore di una banca centrale rimosso dal suo ufficio dall'autorità nazionale può impugnare la decisione nazionale di fronte alla Corte di Giustizia.

⁵⁶ Cfr. M. Lamandini, *Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences*, in *ECB Legal Conference 2015*, p. 121; M. Lamandini, M. Ramos e D. Solana, *The ECB as a Catalyst for Change in EU law. Part II: SSM, SRM and Fundamental Rights*.

Si pensi, ancora, ai casi in cui le ANC partecipano ai procedimenti di competenza esclusiva della BCE: qui si pone la questione dell'eventuale sindacato da parte del giudice comunitario anche sulla fase endo-procedimentale nazionale.

Quanto poi alla sindacabilità degli atti di competenza propria delle ANC, pur essendo rimessa ai giudici nazionali, nondimeno rimane il fatto che, ove l'atto presupposto sia un regolamento, ovvero un'istruzione ovvero una linea guida della BCE, l'interpretazione ed il sindacato di conformità di questi ultimi spetterebbe comunque al giudice dell'Unione. Peraltro, sul punto, non può sottacersi come un ulteriore nodo che la Corte di giustizia UE sarà presto chiamata a sciogliere attiene proprio alla sindacabilità di siffatti atti *-id est guide lines*, ovvero raccomandazioni o istruzioni - dell'Autorità di vigilanza europea, atteso che, qualora non dovessero essere ritenuti sindacabili, stanti i limiti imposti al giudice UE su atti non forieri di un effetto diretto sui destinatari, ovvero venissero assoggettati alle regole procedurali in materia di provvedimenti endoprocedimentali - in guisa tale per cui eventuali vizi rileverebbero, ancorché in via derivativa, in sede di impugnazione della decisione dell'ANC dinanzi al giudice domestico, sovente sensibile alla *ration di Stato* del diritto derivato - "la giustizialità di una componente piuttosto ampia e significativa dell'ordinamento bancario europeo sarebbe nella sostanza assai ridotta, se non virtualmente nulla"⁵⁷.

Sotto diverso profilo, ulteriori complicazioni potrebbero derivare dai provvedimenti adottati sulla base delle medesime norme sostanziali, ma sottoposti al vaglio di giudici diversi a seconda del soggetto vigilante decisore: è il caso, ad esempio, dei dinieghi in materia di autorizzazione adottati dalle ANC e di quelli adottati dalla BCE, in cui corti diverse si potrebbero trovare ad applicare le stesse disposizioni, con il rischio di rilevanti incertezze a causa di contrasti tra giudicati, attesa la mancanza a livello europeo di forme di raccordo dei giudicati che si formano nei vari Stati membri⁵⁸.

In definitiva, si tratterà di verificare se, in ragione delle *interferenze* reciproche dei diritti nazionali nella disciplina europea e della mancanza di personalità giuridica del *network* di vigilanza concepito dal SSM, tale meccanismo, pur facendo delle ANC le componenti di

⁵⁷In tal senso, cfr. M. Lamandini, *I regolamenti europei istitutivi del comitato per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari e mercati*, in *NLCC*, n. 2/2012, p. 11. In sede comunitaria, il Tribunale, con sentenza del 4 marzo 2015, in causa T-496/11 ha ritenuto che anche raccomandazioni on-line guida possono produrre "effetti legali" se sono percepite come vincolanti dai destinatari e come tali sono soggette ai rimedi giustiziali.

⁵⁸F. Capriglione, *L'applicazione del meccanismo unico di supervisione*, *op. cit.*

un sistema, non finisca per ciò solo con l'attrarre la loro azione entro il sindacato diretto della Corte di Giustizia UE, ma consenta che le loro decisioni restino a pieno titolo soggette al sindacato del giudice nazionale⁵⁹.

Ciò, ovviamente, non varrebbe a mutare l'imputabilità alle ANC dei provvedimenti finali, sì che avverso gli stessi resterebbero azionabili gli strumenti di tutela individuati dai diritti nazionali; tuttavia, effetti potrebbero derivare sotto il profilo della graduazione di responsabilità imputabile alla BCE ed alle ANC in caso di operato illegittimo, nel senso che ove l'ANC avesse svolto solo attività istruttoria/preparatoria della decisione finale di spettanza in via esclusiva della BCE, solo quest'ultima dovrebbe rispondere dei danni, fermo restando che l'Autorità di vigilanza europea potrebbe chiedere conto, in via di regresso, all'ANC ove quest'ultima avesse operato, ancorché in termini meramente istruttori/preparatori, in contrasto con le norme del Regolamento SSM, o del Reg. n.468/14 ovvero delle *guide lines* o delle istruzioni della BCE: ad esempio, ove si versasse nell'ipotesi dell'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni rilevanti in banche, malgrado la decisione finale di spettanza della BCE, all'ANC potrebbe essere imputabile un'illegittima inerzia con conseguente maturazione del silenzio assenso su una richiesta priva dei requisiti prescritti dal Regolamento SSM.

Ulteriori problematiche in ordine all'imputazione di responsabilità potrebbero derivare in punto di attività di vigilanza *day-to-day* sulle banche *significant*, ove si abbia riguardo al fatto che i gruppi di vigilanza congiunti sono composti con risorse miste di entrambe le Autorità, comunitaria e nazionale: in tal caso, pur non essendo stato prefigurato dal Regolamento un rapporto organico di tali organismi con la BCE, nondimeno la loro attività è strumentale alle competenze di vigilanza diretta di quest'ultima sulle banche sistemiche, ragion per cui l'eventuale operato illegittimo di tali *units* dovrebbe essere imputabile all'Autorità europea⁶⁰; per non dire, poi, dei casi in cui, a fronte della

⁵⁹Cfr. M. Lamandini, M. Ramos e D. Solana, *Depicting the Limits to the SSM's Supervisory Power: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights Protection*, p. 21.

⁶⁰Ai dipendenti e ai membri degli organi della BCE si applicano le immunità previste dal Protocollo n. 7 allegato ai Trattati, le quali non escludono, però, la responsabilità degli stessi nei confronti della BCE. Nella specie, l'incertezza in ordine alla riconducibilità alla BCE dell'operato dei Gruppi di vigilanza congiunti rende dubbia anche l'applicabilità ai componenti degli stessi, non in servizio presso l'Autorità europea, del regime di immunità previsto dal Protocollo n. 7. Riguardo ai criteri di distribuzione della responsabilità all'interno della BCE, è determinante il riparto dei compiti e dei poteri fra i vari organi, disciplinato, in generale, dallo Statuto del SEBC e della BCE e, per quanto attiene specificamente alle funzioni di vigilanza, dal Regolamento (UE) n. 1024/2013. Alla stregua di tali fonti normative, ferma restando la responsabilità del Consiglio direttivo, stante la sua formale competenza ad adottare tutti i

responsabilità diretta delle ANC sulle banche *lesssignificant* si possa prospettare anche una sorta di corresponsabilità solidale in capo all'Autorità di vigilanza europea per *culpa in vigilando*, attesi i poteri avocativi attribuiti alla BCE *in subiecta materia*. Peraltro, sotto ulteriore profilo, rimane da accertare in che modo i criteri elaborati dalla Corte di Giustizia UE in materia di legittimazione ad agire, nonché di interesse diretto all'impugnativa di regolamenti o provvedimenti di carattere generale⁶¹ possano trovare applicazione anche in ordine alla novella regolamentare comunitaria in materia di vigilanza bancaria⁶².

Del pari rilevante appare la questione della portata del poteresindacatorio del giudice comunitario sui provvedimenti della BCE, ove si consideri chese, per un verso, il limite della Corte UE è il vaglio della sola legittimità, per l'altro verso, ciò non dovrebbe comportare che il giudice comunitario si debba astenere del tutto dal verificare la valutazione dei fatti operata dalla BCE, atteso che, secondo la stessa Corte UE, «*qualora la decisione[...] sia il risultato di valutazioni tecniche complesse, queste ultime, in linea di principio, sono soggette ad un sindacato giurisdizionale limitato, il quale implica che il giudice comunitario non può sostituire la sua valutazione degli elementi di fatto a quella*» dell'autorità; «*tuttavia, se il giudice dell'Unione riconosce*» all'autorità «*un potere discrezionale in materia economica o tecnica, ciò non implica che egli debba astenersi dal controllare l'interpretazione*», da parte di tale autorità, «*di dati di tale natura. Infatti, detto giudice è tenuto a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se essi siano di natura tale da*

provvedimenti finali di vigilanza, possono essere chiamati a rispondere, a seconda dei casi, anche il Consiglio di vigilanza, cui, quanto meno in ambito micro-prudenziale, è riconosciuto il potere di predeterminare il contenuto dei provvedimenti di vigilanza, e persino il Comitato esecutivo, investito del potere di distribuire risorse e informazioni in seno alla BCE, nella misura in cui il danno in ipotesi lamentato dai terzi sia riconducibile a carenze nell'organizzazione.

⁶¹Cfr, sul punto, Corte Giustizia UE, 3 ottobre 2013, in causa C-583/11, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*.

⁶²Cfr. A. Witte, *Standing and judicial review in the new EU financial markets architecture*, in *Oxford Journal of Financial Regulation*, 2015, p. 226. Si tratterà in particolare di ben precisare sia quando tali atti non comportano misure di esecuzione, sia quando siano idonei ad incidere una situazione soggettiva a causa di particolari qualità personali o di particolari circostanze atte a distinguere il titolare di tale situazione soggettiva rispetto alla generalità dei destinatari: requisiti ritenuti entrambi indispensabili dalla Corte per riconoscere *locus standi* ricorrente. La sentenza *Ruetgersoffre*, in tal senso, alcune utili indicazioni pronunziata in relazione ad un atto regolamentare dell'agenzia delle sostanze chimiche

*corroborare le conclusioni che se ne traggono».*⁶³

In via ulteriore, viene da chiedersi se il ricorso al giudice comunitario ex artt. 263 - 264 del Trattato abbia effetti devolutivi uguali o più circoscritti rispetto al riesame dinanzi all'*Administrative Board of review*. Ora, anche se, in concreto, il sindacato operato dalla Corte UE e quello della Commissione del riesame appaiono, nella sostanza, come elementi di un sistema di tutela ispirato ai medesimi principi⁶⁴, nondimeno, nel quadro di un sindacato di legittimità, la Corte UE dovrebbe verificare, al fine di assicurare un controllo *intenso ed efficace* della decisione impugnata, la sussistenza di vizi di incompetenza, violazione delle forme sostanziali e obbligo di motivazione (requisito quest'ultimo di ordine pubblico⁶⁵), da intendersi non assolto non solo in caso di mancata motivazione ma anche qualora essa sia insufficiente⁶⁶, violazione delle norme di diritto e sviamento di potere. Senonché, nel corso degli anni, si è assistito ad una progressiva evoluzione dell'intensità del vaglio operato dalla Corte di Giustizia, che, pur non scendendo al merito, si è spinta sinanco a verificare, nell'esercizio della discrezionalità dell'Autorità comunitaria, l'annidarsi di un errore manifesto, ovvero di un eccesso di potere.⁶⁷

6. Conclusioni.

In sede di prima applicazione del meccanismo SSM, appare significativo che alcune delle prime criticità emerse attengano proprio ad alcuni profili connessi alla tutela procedimentale, para-giudiziale o processuale delle imprese vigilate; ciò avuto particolare

⁶³ Cfr. Tribunale UE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, II-3601, §§ 88-89.

⁶⁴ Cfr. A. Fritsche, *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law*, in *Common Market Law Review* n. 47/2010, p. 361 ss.

⁶⁵ Corte Giustizia UE, 2 dicembre 2009, causa C-89/08, *Commissione europea c. Irlanda e altri*.

⁶⁶ Corte Giustizia UE, 29 giugno 2010, causa C-550/09.

⁶⁷ Se ne ha riprova nel settore antitrust - anche se si è indotti a ritenere che un controllo giudiziale ancora più intenso sia necessario nel settore bancario - nella sentenza della Corte di Giustizia 11 settembre 2014, in causa C-382/12 P, *Mastercard*, in particolare ai punti 155 e 156, ove si evidenzia: "155.- Quanto alla portata del sindacato giurisdizionale, occorre ricordare che dalla giurisprudenza dell'Unione risulta che, quando il Tribunale è adito, a norma dell'articolo 263 TFUE, con un ricorso di annullamento avverso una decisione di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, esso deve, in generale, esercitare, sulla base degli elementi prodotti dalla ricorrente per corroborare i propri motivi, un controllo completo sull'adempimento delle condizioni di applicazione di tale disposizione (v., in questo senso sentenze *Remia e a./Commissione*, EU:C:1985:327, punto 34; *Chalkor/Commissione*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punti 54 e 62; nonché *Otis e a.*, C-199/11, EU:C:2012:684, punto 59). Il Tribunale deve altresì verificare d'ufficio se la Commissione abbia motivato la sua decisione (v., in questo senso sentenze *Chalkor/Commissione*, EU:C:2011:815, punto 61 e giurisprudenza citata, nonché *Otis e a.*, EU:C:2012:684, punto 60). 156 In occasione di tale controllo, il Tribunale non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto (v., in questo senso, sentenze *Chalkor/Commissione*, EU:C:2011:815, punto 62, nonché *Otis e a.*, EU:C:2012:684, punto 61)".

riguardo alla questione del diritto di accesso sugli atti della vigilanza, nonché alla funzione del rimedio *ante causam* del riesame amministrativo interno ed al suo rapporto con il sindacato giurisdizionale.

Quanto al primo profilo, è stata di recente rimessa dal giudice nazionale⁶⁸ alla Corte di Giustizia UE la questione interpretativa relativa alla compatibilità con il principio di trasparenza, sancito dall'art. 15 del Trattato, dei limiti al diritto di accesso posta dalla normativa nazionale ed europea in materia di vigilanza bancaria in attuazione della disciplina del c.d. *bail in*⁶⁹. Il rinvio pregiudiziale è stato occasionato da una controversia

⁶⁸Cons. Stato, VI sez., ord. 15 novembre 2016, n. 4712, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁶⁹Sullo strumento del *bail in*, cfr., *amplius* F. Capriglione, *Luci e ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi*, *op. cit.*; G.L. Greco, *La tutela del risparmiatore dopo la direttiva BRRD*, *op. cit.*, p. 8 ss.; V. Santoro, *Prevenzione e "risoluzione" delle crisi delle banche*, *op. cit.*; *Id.*, *Crisi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente*, *op. cit.*; S. Laviola, G. Loiacono e P. Santella, *Il nuovo regime europeo di risoluzione delle crisi bancarie: un'analisi comparata dell'applicazione del bail-in*, *op. cit.*, p. 46 ss.; L. Di Brina, *"Risoluzione" delle banche e "bail-in", alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, *op. cit.*, p. 184 ss.; O. Capolino, *Le fasi della risoluzione bancaria e i rapporti con il preesistente quadro normativo*, *op. cit.*; E. Rulli, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi di concorsualità e prime esperienze applicative*, *op. cit.*, p. 284 ss.; D. Rossano, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail in e la sua concreta applicazione*, *op. cit.*, p. 269 ss.; A.A. Dolmetta, *Le tutele mancanti. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, n. 2/2016; R. Lener, *Bail in: una questione di regole di condotta? Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, n. 2/2016, p. 2 ss.; *Id.*, *Profili problematici del bail-in*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 23 ss.; *Id.*, *Il cliente bancario di fronte al bail-in: la (modesta) protezione delle regole di condotta*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 41 ss.; G. Di Giorgio, *L'assicurazione dei depositi e il completamento dell'Unione Bancaria*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 5 ss.; E. Rulli, *Crisi bancarie e prime esperienze di risoluzione "assistita" da fondi: il primo intervento del Fondo nazionale di risoluzione*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 9 ss.; S. Lugaresi, *La risoluzione delle crisi bancarie: bail-in e Resolution Planning*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 17 ss.; F. Fiordiponti, *Ancora perplessità sul decreto salva banche*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, p. 33 ss.; G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr.giur.*, n. 12/2015, p. 1485 ss.; G. Presti, *Il bail-in, in Banca impresa Società*, 2015, p. 339 ss.; A. Gardella, *Il bail in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unica*, in *Banca borsa*, n. 1/2015, p. 587 ss.; I. Donati, *Il bail in bancario: spunti per il nuovo diritto societario della crisi*, relazione al VII convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del diritto commerciale, Roma 26-27 febbraio 2016, p. 7 ss.; E. Rulli, *Dissesto, risoluzione e capitale nelle banche in crisi*, relazione al VII convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del diritto commerciale, Roma 26-27 febbraio 2016, p. 29 ss.; L. Stanghellini, *Ladisciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in AA.VV., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *op. cit.*, p. 169 ss.; E. Bernardi, *Unione bancaria, gestione delle crisi e protezione dei depositanti*, in *Bancaria*, 2012, p. 51 ss.; A. Capizzi e S. Cappiello, *Prime considerazioni sullo strumento del bail in: la conversione forzata di debito in capitale*, V convegno annuale Associazione italiana Professori Universitari di diritto commerciale, www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/24571/cappiello_s-capizzi_a.def_30.01.14.pdf, Roma, 21-22 febbraio 2014, p. 5 ss.; S. Della Luna Maggio, *Il risparmio tra tutele costituzionali e interventi legislativi*, in *Riv. AIC*, 2015, p. 23 ss.; cfr. anche B. Joosen, *Regulatory Capital Requirements and Bail in Mechanism*, in *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, *op. cit.*, p. 57 ss.; C. Hadjiemmanuil, *Bank Resolution*, *op. cit.*, p. 25 ss. Peraltro, il *bail-in* è stato utilizzato anche in alcuni altri paesi europei per risolvere la crisi di singole banche sulla base della rispettiva legislazione nazionale, in particolare in Danimarca e in Slovenia; oltre a questi, altri paesi europei già ne prevedevano

avente ad oggetto il diniego opposto dalla Banca d'Italia ad un risparmiatore, pregiudicato dal coinvolgimento nel c.d. *burdingsharing*, che aveva richiesto copia degli atti relativi alla liquidazione coatta amministrativa dell'istituto bancario depositario dei suoi risparmi, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per un'azione di responsabilità *versus* sia l'istituto bancario interessato, sia la Banca d'Italia come Autorità di vigilanza.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto di sottoporre alla Corte di Giustizia non solo la questione della compatibilità con il suddetto principio di trasparenza del regolamento della Banca d'Italia per l'esclusione del diritto di accesso, ma anche analoga questione riferita alle omologhe previsioni del Regolamento UE n. 1024/13 di disciplina del diritto di accesso agli atti detenuti dalla BCE (art. 22 par.2 e art. 27 par 1) sul presupposto che la sola riservatezza delle informazioni non potrebbe rappresentare *ex se* motivo ostativo ad un accesso agli atti da parte di chi vi abbia interesse; ciò tanto più che il bilanciamento tra accesso agli atti e divieto di ostensione per motivi di riservatezza costituirebbe una questione da risolvere non *a priori* ed in via generale, bensì di volta in volta ed in concreto, ed il relativo giudizio dovrebbe essere sempre sindacabile da un giudice terzo ed imparziale, costituito per legge e tale da giudicare secondo i principi del giusto processo.

L'ordinanza di remissione si muove, dunque, nella prospettiva di individuare, nell'alveo dei Trattati UE, una gerarchia di norme che riflettano una scala valoriale al cui vertice non vi sia la mera stabilità finanziaria⁷⁰.

Il pronunciamento, atteso, del giudice dell'Unione aiuterà a comprendere quale possa essere l'orientamento della Corte UE in relazione alla portata ed ai limiti del diritto all'accesso e, dunque, del diritto alla trasparenza in materia di atti della vigilanza della BCE.

Parimenti rilevante appare la recentissima pronuncia della Corte Ue⁷¹, intervenuta nell'ambito di un giudizio relativo all'attribuzione della qualifica di soggetto vigilato significativo: ove - oltre ad aver sottolineato, come già sopra evidenziato, la natura

l'applicazione: fra questi il Regno Unito e la Spagna; cfr. J. Kerlin e A. Maksymiuk, *Comparative analysis of the bail-in tool*, in *Copernican J. of Fin. & Account*, n. 4/ 2015, p. 97 ss.

⁷⁰Cfr. L. Barra Caracciolo, *Euro e(o) democrazia costituzionale*, Roma, 2013, p. 233 ss.; *Id*, *La Costituzione nella palude*, Reggio Emilia, 2015, p. 33 ss.; V. Poli, *La Costituzione economica italiana: l'ultima speranza dopo il Trattato di Maastricht*, in *Foro it.*, 2015, V, 175 ss.

⁷¹Tribunale UE, IV Sez. ampliata, sentenza 16 maggio 2017, *Landeskreditbank Baden-Wurtemberg – Foerderbank c. BCE*.

subordinate delle ANC nei confronti della BCE - si è avuto modo di chiarire la funzione del riesame amministrativo dinanzi all'*Administrative Board of reviewed* il suo rapporto con il sindacato giudiziale.

In particolare, il giudice comunitario, ancorché tramite un *obiterdictum*, dopo aver rilevato che il parere della Commissione amministrativa del riesame ha avuto un ruolo significativo sia nel procedimento amministrativo che ha condotto all'emanazione della decisione impugnata, sia nella fase giurisdizionale, riconduce il procedimento di riesame nell'alveo del procedimento amministrativo di vigilanza, sottolineando che tale rimedio rappresenta uno strumento di garanzia e difesa per il privato: il quale può disporre non solo di uno spazio partecipativo qualificato all'interno di un subprocedimento a carattere contenzioso, ma anche di un'ulteriore opportunità di acquisizione e valutazione dei rilevanti interessi pubblici e privati.

Per di più, il giudice dell'Unione ha attribuito particolare rilievo alla conformità della decisione *sub iudice* alle indicazioni emerse nel parere dell'*Administrativeboard of review*, richiamato *per relationem* dalla motivazione della decisione finale gravata della BCE.

In tal senso, la Corte UE ha messo in rilievo la duplice funzione del suddetto rimedio, quale strumento contenzioso di garanzia per il privato e, al contempo, per il corretto svolgimento del processo decisionale dell'Autorità di vigilanza europea, ed eventualmente, ove possibile, di rafforzamento della legittimità della decisione finale attraverso una integrazione dell'apparato motivazionale ovvero del materiale istruttorio precedentemente acquisito; ma proprio in ragione di tale efficacia per così dire sanante, il riesame potrebbe rivelarsi uno strumento a vantaggio dell'Autorità di vigilanza, la cui decisione, invece di essere censurata ed indebolita nel corso della *secondview* dinanzi alla Commissione, potrebbe da questa ricevere addirittura un *enforcement* non solo sul piano motivazionale, in quanto, il giudice dell'Unione potrebbe essere indotto, dopo il riesame, a limitarsi a verificare i soli profili procedurali dell'atto gravato⁷².

In definitiva, la *tenuta* effettiva degli strumenti di tutela delle imprese bancarie vigilate dovrà inevitabilmente misurarsi con la prova dei fatti, nel senso che il grado di tutela

⁷² Cfr. H.C.H. Hofmann, *Lessons for Public Law and The European Economic Monetary Union*, 2015, p. 16; cfr. anche A. Magliari, *Il sistema di ripartizione delle competenze all'interno del Single Supervisory Mechanism: una questione di significatività. Considerazioni critiche a margine della sentenza Landeskreditbank Baden-Wurtemberg c. BCE*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2017.

finirà inevitabilmente per modularsi in relazione alle concrete dinamiche dei poteri e dei comportamenti della BCE e delle Autorità di vigilanza nazionali ed alla *colorazione* che verrà attribuita al loro operato in sede giurisdizionale; ciò, tenuto peraltro conto del rischio di sovrapposizioni di ruoli, competenze e responsabilità di tali Autorità, soprattutto nell'ambito dei procedimenti *comuni*, sui quali potrebbero, come detto, essere chiamati a pronunciarsi giudici appartenenti a ordinamenti diversi.

Il che potrebbe causare possibili contrasti irriducibili di giudicati destinati a formarsi nell'ambito delle diverse giurisdizioni degli Stati membri, su cui, allo stato, non è dato intravedere un adeguato contrappeso né in sede di riesame dinanzi all'*Administrativ board of review*, né in sede nomofilattica dinanzi al giudice dell'Unione; sì che appare del tutto probabile (*rectius*) inevitabile una fase di incerto rodaggio applicativo della novellata *regulation* comune, con effetti presumibilmente destabilizzanti sul precario equilibrio sistemico *post* crisi.

Abstract -Il saggio, muovendo, in chiave ricostruttiva, dall'evoluzione della *supervision* prudenziale delle banche operanti nell'Unione, si sofferma sulle ragioni di fondo della recentissima transizione da un meccanismo di frammentata vigilanza *armonizzata* al nuovo sistema di vigilanza, come risposta strutturale dell'Unione all'erompere della crisi finanziaria globale del 2008; per poi analizzare sia i tratti caratterizzanti il nuovo meccanismo di vigilanza unico (SSM) di cui al Regolamento UE n.1024/13, avuto particolare riguardo alla torsione "accentratrice" della funzione di *supervision* prudenziale, ove alla centralità della BCE è conseguita la tendenziale marginalizzazione delle Autorità di vigilanza nazionali; sia il rapporto di vigilanza tra Autorità ed enti creditizi vigilati, con particolare riferimento ai profili procedurali, paragiudiziali e processuali. Infine, si sofferma sulle prime criticità del SSM emerse in sede applicativa e pretoria, che sembrano offrire una serie di spunti di riflessione sugli effetti presumibilmente destabilizzanti sul precario equilibrio sistemico *post* crisi derivanti da tale incerta fase di rodaggio applicativo della novellata *regulation*, sia sull'opportunità di eventuali correzioni.

Abstract -The article, moving from the evolution of the prudential supervision of banks operating in the Union, focuses on the reasons for the recent transition from a mechanism

of fragmented "harmonized" supervision to the new supervisory system, as a structural response of the Union to break the 2008 global financial crisis; to then dwell on both the features characterizing the new Single Supervisory Mechanism (SSM) referred to in EU Regulation No. 1024/13, having particular regard to the *centralizing* torsion of the prudential supervision function, where the tendency of the ECB is achieved marginalization of National supervisory Authorities; both on the supervisory relationship between EBC and National supervisory Authorities, with particular reference to procedural, para-judicial and judicial aspects. Finally, it focuses on the first critical issues of the SSM emerged in the application and jurisprudence, which seem to offer a number of food for thought both on the presumably destabilizing effects on the precarious post-crisis systemic balance resulting from this uncertain run-in phase of the new regulation, both on the possibility of any corrections.