

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO EUROPEO**

Ciclo XXIX

Settore Concorsuale di afferenza: 12/E4

Settore Scientifico disciplinare: IUS/14

TITOLO TESI

**Il principio di solidarietà e la gestione delle crisi
bancarie**

Presentata da: Gabriele Maria Polito

Coordinatore Dottorato

Lucia Serena Rossi

Relatore

Pietro Manzini

Correlatore

Caroline Kleiner

Esame finale anno 2017

*“Gli economisti sono ottimi
anatomisti e pessimi chirurghi:
operano a meraviglia sul morto
e massacrano il vivo”*

N. DE CHAMFORT

Alla mia famiglia

A Wanda

Indice

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

UN ‘ABBOZZO’ SEMANTICO DEL CONCETTO DI SOLIDARIETÀ

1. Premessa
2. Gli antecedenti classici:
 - 2.1. Ricostruzione del termine ‘paideia’
 - 2.2. L’*humanitas* romana
3. La solidarietà cristiana
4. Dal pensiero dei classici alla “fraternità” rivoluzionaria
5. Affermazione definitiva dell’idea di solidarietà
6. Approfondimenti filosofici più recenti
7. L’affermazione della solidarietà nello Stato sociale e il problema dei confini
8. Considerazioni conclusive: qual è, dunque, il reale significato da attribuire al termine ‘solidarietà’?

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ NEL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA

1. Cenni introduttivi
2. La solidarietà pre-Lisbona
3. La solidarietà a Lisbona
4. La Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC) e la Politica europea di sicurezza e di difesa (PESD)...in generale
 - 4.1. La clausola di mutua difesa collettiva: l’art. 42, par. 7, TUE
 - 4.2. La clausola di solidarietà di cui all’articolo 222, TFUE
5. La Solidarietà nel settore dell’energia
 - 5.1. Introduzione al contesto normativo

- 5.2. Il ruolo dell'art. 194, TFUE
- 5.3. Segue: il principio della “solidarietà energetica”
- 6. La politica di solidarietà dell'Unione europea in tema di immigrazione
 - 6.1. L'assetto normativo della politica dell'immigrazione
 - 6.2. Il principio di solidarietà nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia
 - 6.3. Riflessioni sulla solidarietà nel settore dell'immigrazione
- 7. La solidarietà nell'Unione Economica e Monetaria (UEM)
 - 7.1. Le *no bail-out clauses*
 - 7.2. La solidarietà nell'UEM nel periodo post-Lisbona
 - 7.3. Le cause della modifica dei trattati: crisi economica e mancanza di strumenti adatti a proteggere gli Stati esposti sul mercato dei bond sovrani
 - 7.3.1. Segue: i fondi salva Stati
 - 7.3.2. Cambio di approccio dell'UEM nei confronti della ‘solidarietà’?
 - 7.4. I programmi di intervento anticonvenzionali della BCE
 - 7.4.1. Le misure anti-crisi della BCE: *Covered Bond Purchase Programme, Securities Market Programme e Outright Monetary Transactions*
 - 7.4.2. Riflessione sull'operato della BCE nel contesto della crisi finanziaria
- 8. Considerazioni (non) conclusive sul principio di solidarietà nell'ordinamento giuridico europeo

CAPITOLO III

LA SOLIDARIETÀ NELLA GESTIONE DELLE CRISI BANCARIE “PRIMA” DELL'UNIONE BANCARIA EUROPEA

- 1. La debolezza del quadro normativo istituzionale di gestione delle crisi bancarie prima della crisi finanziaria
- 2. I primi tentativi di regolazione europea dell'insolvenza bancaria
- 3. L'origine e l'evoluzione dei sistemi di garanzia dei depositi
- 4. La direttiva 94/19/CE: i principali aspetti della disciplina dei sistemi di garanzia
 - 4.1. Le banche partecipanti e la natura giuridica dei sistemi di garanzia
 - 4.2. Il livello di copertura
- 4.3. Gli interventi

- 4.4. I rapporti con l’Autorità di vigilanza
- 4.5. Il finanziamento dei sistemi
- 5. Gli aiuti di Stati al settore bancario
 - 5.1. In generale: che cosa sono gli aiuti di Stato e l’articolo 107, TFUE?
 - 5.2. Il concetto di aiuto concesso dallo Stato o mediante risorse statali
 - 5.3. L’esistenza di un vantaggio selettivo
 - 5.4. L’impatto sulla concorrenza e sugli scambi commerciali intra-comunitari
 - 5.5. Il giudizio di compatibilità e la *Block Exemption Regulation*
 - 5.5.1. Il giudizio di compatibilità ai sensi del comma secondo
 - 5.5.2. Il giudizio di compatibilità ai sensi del comma terzo
 - 5.6. Le particolarità del settore bancario
 - 5.7. L’interdipendenza dei *players*
 - 5.8. Il rischio contagio
- 6. Le regole in tema di aiuti di Stato applicabili al settore bancario
- 7. La disciplina speciale applicabile al settore bancario
- 8. L’impatto della crisi finanziaria sul giudizio di compatibilità: le ragioni del passaggio dall’art. 107, co. 3, lett. c) all’articolo 107, co. 3, lett. b)
- 9. Le Comunicazioni della Commissione nel “contesto della crisi finanziaria”
 - 9.1. *Banking Communications*: l’evoluzione dal 2008 al 2013
 - 9.2 La Comunicazione della Commissione UE del 2013
 - 9.2.1. Il *burden sharing* e la presentazione di un piano di ristrutturazione della banca
 - 9.2.2. La ricapitalizzazione e le misure a fronte di attività deteriorate
 - 9.2.3. La concessione di garanzie e il sostegno alla liquidità
 - 9.2.4. Gli interventi del sistema di garanzia dei depositi
 - 9.2.5. Gli aiuti per la liquidazione delle banche
- 10. Le nuove prospettive dell’azione della Commissione

CAPITOLO IV
LA SOLIDARIETÀ NELLA GESTIONE DELLE CRISI BANCARIE “DOPO”
L’UNIONE BANCARIA EUROPEA

PARTE PRIMA

1. La risposta alla crisi finanziaria: il progetto di Unione Bancaria Europea
2. Le tappe dell’evoluzione della vigilanza bancaria in ambito europeo
 - 2.1. I fase: la riforma delle procedure di regolamentazione - il sistema Lamfalussy
 - 2.2. II fase: il rafforzamento della cooperazione internazionale - il progetto de Larosière
 - 2.3. Il punto di arrivo: l’accentramento delle funzioni di vigilanza in capo al Meccanismo di Vigilanza Unico
3. Il Meccanismo di Vigilanza Unico
 - 3.1. Il riparto di competenze tra BCE e Autorità di vigilanza nazionali
 - 3.2. Meccanismo decisionale e *due process* nel contesto del SSM.
 - 3.3. Ruolo del Comitato europeo per il rischio sistemico (ESRB) rispetto ai nuovi compiti attribuiti alla BCE
 - 3.4. I rapporti con l’EBA
 - 3.5. La fase preparatoria del SSM
 - 3.6. Il ruolo della BCE nella gestione delle crisi bancarie

PARTE SECONDA

1. La riforma delle regole di gestione delle crisi bancarie: la direttiva BRRD
2. La costituzione di Autorità di risoluzione nazionali
3. Il trattamento delle crisi *cross-border*: i collegi di risoluzione
4. Un nuovo approccio strategico: i nuovi strumenti di gestione delle crisi bancarie
5. Le misure di preparazione e prevenzione
6. I piani di risanamento
7. I piani di risoluzione
8. L’intervento precoce

9. La risoluzione dell'intermediario in crisi
10. I presupposti dell'azione di risoluzione
11. I principi generali della *resolution*
12. Gli strumenti di risoluzione
13. Il finanziamento della *resolution*. Il fondo unico di risoluzione: 'solidarietà' tra istituti bancari.
14. Gli strumenti di stabilizzazione pubblica
15. Il *funding* del fondo di risoluzione
16. Il ricorso al fondo di risoluzione
17. L'intervento dei sistemi di garanzia dei depositi: altro caso di solidarietà tra istituti di credito
18. Il ricorso al Meccanismo Europeo di stabilità (MES): solidarietà tra Stati membri per salvaguardare il settore bancario dell'eurozona

PARTE TERZA

1. Il II pilastro dell'Unione Bancaria Europea: il *Single Resolution Mechanism*
2. Il conferimento dei poteri alla Autorità unica di risoluzione
3. Il meccanismo decisionale
4. La costituzione del Fondo unico di risoluzione: nuova solidarietà tra banche 'europee'
5. Il rapporto tra SRM e sistema di garanzia dei depositi

PARTE QUARTA

1. La riforma della direttiva sui sistemi di garanzia dei depositi: da una armonizzazione minima ad una massima
2. Gli elementi principali della riforma: l'oggetto della garanzia, le procedure e i tempi del rimborso
3. Il meccanismo di finanziamento: solidarietà per una definitiva mutualizzazione del debito bancario a livello europeo
4. L'uso dei fondi del sistema

PARTE QUINTA

1. Profili attuativi della nuova normativa relativa alla gestione dei dissesti bancari: il ‘caso italiano’
2. Il piano di risoluzione
3. Copertura delle perdite: *burden-sharing* a carico degli investitori
4. Le quattro banche ponte
5. La *bad bank* unica
6. La natura dell’intervento del Fondo di risoluzione nazionale
7. Profili problematici emersi dalla vicenda italiana

CONCLUSIONI

INTRODUZIONE

Il fallimento di Lehman Brothers è l'evento che convenzionalmente si ricollega allo scoppio dell'attuale crisi finanziaria ed economica. Un volta iniziata negli Stati Uniti, la crisi si è velocemente diramata a livello globale a causa della forte interconnessione che caratterizza il settore bancario. In seguito a questi eventi, l'intervento pubblico nell'economia si è rivelato necessario per poter rimediare subito a tale situazione ed evitare conseguenze peggiori in un'ottica di lungo termine. Sono state infatti varate manovre di nazionalizzazione di grandi complessi bancari con operatività *cross-border* e, allo stesso tempo, le banche centrali sono intervenute iniettando nel sistema bancario dosi massicce di liquidità.

Tuttavia, le autorità pubbliche non sono riuscite a contenere totalmente gli effetti della crisi nel settore del credito, le quali in effetti hanno contagiato anche l'economia reale. In effetti, la forte avversione al rischio degli enti bancari e la conseguente contrazione del credito ha causato automaticamente una incontrollata recessione dell'economia, in particolare nei Paesi dell'eurozona.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, sono emerse le lacune dell'Unione economia e monetaria (UME), la quale – ancora adesso – si fonda su due pilastri fondamentali: per un verso, quello monetario, che si fonda su una politica valutaria unica consegnata nelle mani della Banca centrale europea (BCE); per l'altro, quello fiscale, che si fonda sulle necessità di mantenere un certo rapporto Debito/PIL per gli Stati che hanno aderito al progetto dell'euro.

Per quanto attiene più specificamente al settore bancario, negli anni che hanno preceduto la crisi si è assistito ad una forte integrazione dei mercati, ma, allo stesso tempo, il sistema di vigilanza è rimasto confinato al c.d. Paese di origine. Pertanto, allo scoppio della crisi, sono sorte notevoli problematiche connesse alle carenze del sistema di regole e di controlli nel settore del credito. È emerso infatti che in un sistema bancario così integrato, la mera previsione di regole comuni a livello europeo sui requisiti di capitale - che tra le altre cose avevano meramente recepito quanto stabilito dal Comitato di Basilea I e II – non erano sufficienti per fronteggiare le crisi dell'intero comparto. In un contesto finanziario nel quale operavano grandi gruppi bancari dal profilo internazionale, l'attività di controllo e di soluzione della crisi non

potrebbe più essere gestita a livello nazionale. Infatti, una vigilanza esercitata a livello puramente nazionale aveva favorito una pericolosa connessione tra le condizioni economiche delle banche e la solidità finanziaria dello Stato di residenza dell'ente bancario stesso, permettendo la creazione di un perverso legame tra debito bancario e debito sovrano.

In questo contesto finanziario ed economico particolarmente avverso, il 28 e il 29 giugno 2012, nel corso dell'Euro area summit, ha preso corpo il progetto di un'Unione Bancaria Europea (UBE). Allo stato attuale, tale progetto è arrivato quasi al suo compimento (manca solo l'ultimo dei tre pilastri che dovrebbe portare alla creazione di un sistema unico di garanzia dei depositi) ed ha condotto all'istituzione rispettivamente di: 1) un'autorità di vigilanza bancaria unica (la BCE) per tutti i Paesi dell'area euro (*Single Supervisory Mechanism* o "SSM"); 2) nuove regole e un sistema unico di gestione delle crisi bancarie (*Single Resolution Mechanism* o "SRM") che dovrebbe coordinare in maniera ordinata e prevedibile – evitando il c.d. 'effetto contagio' - l'insolvenza dei complessi bancari, favorendo la rottura del circolo vizioso tra debito sovrano e bancario ed eliminando il *moral hazard* degli operatori finanziari fondato sul principio *too-big too-fail*. È evidente come l'Unione Bancaria Europea sia un progetto ambizioso e che richiederà sicuramente tempo prima di essere perfezionato. Con tutta probabilità i padri fondatori dell'UME avrebbero dovuto prestare più attenzione alle raccomandazioni del compianto Tommaso Padoa Schioppa, che - già nell'ormai lontano 1999 - aveva notato la contraddizione tra un sistema bancario fortemente integrato e l'esistenza di autorità di vigilanza e di risoluzione delle crisi bancarie con operatività confinata a livello nazionale.

Obiettivo della presente tesi è dimostrare l'esistenza di un principio di solidarietà nella normativa derivata che ha introdotto nuove modalità e strumenti di gestione dei dissesti bancari. Il lavoro si è articolato in quattro capitoli. Il primo capitolo ricostruisce, dal punto di vista storico-filosofico, la nascita del termine 'solidarietà'. Questa analisi, per un verso, si è rivelata necessaria per meglio comprendere quali fossero le varie sfumature che connotano la semantica di questo concetto; per l'altro, è servita a cogliere la matrice ideologica che ha spinto il legislatore europeo ad adottare certe scelte normative, sia a livello primario che secondario, in materia di solidarietà.

Il secondo capitolo è dedicato all'esame delle disposizioni primarie che nei trattati richiamano la nozione di 'solidarietà'. Innanzitutto abbiamo provato a spiegare come, fin dai trattati originari, l'Unione abbia tentato di instaurare delle forme di solidarietà tra Stati membri e cittadini europei. Inoltre, abbiamo tentato di dimostrare come dall'attuale testo dei trattati emerga un contrasto tra gli 'obiettivi' generali, che hanno accettato un'idea ampia di solidarietà e tra quelle disposizioni rinvenibili principalmente nei settori della PESC, UEM, LSG e Energia, in cui la regola che si è affermata è, al contrario, la non-solidarietà. Il terzo capitolo incomincia ad esaminare il problema di come il principio di solidarietà sia stato applicato nella legislazione secondaria relativa alla gestione dei dissesti bancari. Il quarto capitolo, da ultimo, mira a verificare come sia stato declinato il principio di solidarietà nella nuova disciplina (Dir. sui DGS, Dir. BRRD, Reg. sul SRM – che vedremo nel prosieguo del lavoro), entrata in vigore tra il 2015 e il 2016, la quale ha introdotto innovativi strumenti di gestione delle insolvenze bancarie.

In conclusione, l'intenzione del presente lavoro è dimostrare come anche in questo rinnovato quadro giuridico, conformemente a quanto statuito nei trattati, il principio di solidarietà sia stato attuato entro limiti ristretti e ben definiti. Gli interventi solidali delle banche sembrano attivarsi solo in presenza di gravi difficoltà; viceversa, la 'regola' continua ad essere la non-solidarietà. Infine, abbiamo osservato che l'ultima fase della gestione delle crisi bancarie e degli aiuti di Stato nel settore finanziario dovrebbe comportare il passaggio dal sistema emergenziale fondato sul ricorso alla lett. b), co. 3, dell'art. 107, TFUE alla riapplicazione degli Orientamenti del 2004: tale transizione dovrebbe riportare il quadro relativo alla gestione delle crisi bancarie ad un contesto di 'normalità applicativa'.

CAPITOLO I

Un ‘abbozzo’ semantico del concetto di solidarietà

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gli antecedenti classici. - 2.1. Ricostruzione del termine ‘paideia’. - 2.2. L’*humanitas* romana. - 3. La solidarietà cristiana. - 4. Dal pensiero dei classici alla “fraternità” rivoluzionaria. - 5. Si afferma definitivamente l’idea di solidarietà. - 6. Approfondimenti filosofici più recenti. - 7. L’affermazione della solidarietà nello Stato sociale e il problema dei confini. - 8. Considerazioni conclusive sul reale significato da attribuire al termine ‘solidarietà’.

1. Premessa

Investita di un ruolo fondamentale dalle principali Costituzioni europee del Secondo dopoguerra, la solidarietà ha acquisito un’importanza nodale nella nuova trama istituzionale dell’Unione europea, la quale la riconosce lo status di valore universale, accanto a dignità umana, libertà ed uguaglianza (art. 2, TUE).

La solidarietà, termine figlio della Rivoluzione francese che l’aveva utilizzato come terzo elemento del celebre motto¹, si è inserita stabilmente tra gli obiettivi dell’azione politica a metà Ottocento, per poi occupare un posto centrale nel costituzionalismo democratico europeo dopo la Seconda guerra mondiale. Allo stato attuale, la solidarietà ha ottenuto ampi riconoscimenti, anche a livello internazionale, considerata la frequenza e la varietà dei contesti nei quali è esplicitamente citata².

¹ La dottrina francese riconosce un legame diretto tra la fraternità del 1789 e la solidarietà alla base del patto costituzionale repubblicano: “*La fraternità prende oggi il nome di solidarietà*”, ha dichiarato D. TRUCHET, *Droit public*, Paris, puf, 2003. Cfr. anche M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l’avenir de la solidarité*, Paris, Igdg, 1993, nonché Id., *La devise «Liberté, Égalité, Fraternité»*, Paris, puf, 1997.

² S. DE LA ROSA, *La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l’Union*, in C. BOUTAYEB (a cura di), *La solidarité dans l’Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Paris, Dalloz, 2011, p. 165 ss., ha notato come la parola solidarietà viene evocata “più di venti volte nel corpo dei Trattato sull’Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea”. Il riconoscimento più significativo è, peraltro, quello compiuto col capo IV - dedicato alla solidarietà - della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, cui l’art. 6 del TUE attribuisce lo stesso valore giuridico dei trattati (cfr. S. GIUBBONI, *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 92, n. 4, 2001, pp. 617 ss.).

Basti pensare ai numerosi riconoscimenti ricevuti in occasione della stipula del Trattato di Lisbona, che appaiono particolarmente significativi, tanto più ove si consideri che i trattati originari³ ignoravano il concetto di solidarietà, tranne che per qualche accenno del tutto sporadico e marginale.

Tuttavia, se si posa lo sguardo sulla realtà crudele delle diseguaglianze montanti e delle vecchie e nuove forme d'esclusione sociale generate o amplificate dall'attuale crisi economica⁴, è di tutta evidenza la contraddizione tra l'uso ipertrofico del termine 'solidarietà', in particolare nelle Costituzioni e nelle Carte dei diritti che connotano lo spazio giuridico europeo, e lo stato preoccupante in cui versa l'effettiva attuazione di siffatto concetto nelle politiche pubbliche degli Stati democratici occidentali.

Prima di valutare la misura di questa contraddizione e, in particolare, verificare lo stato di attuazione del principio di solidarietà nel contesto giuridico dell'Unione europea, ci pare comunque opportuno ripercorrere la storia del termine 'solidarietà', dalle sue scaturigini sino alla sua affermazione più compiuta nella forma dello Stato democratico e sociale rinato, in Europa, dopo le devastazioni del secondo conflitto mondiale.

Il presente capitolo, pertanto, si svilupperà intorno a tre principali poli argomentativi: in primo luogo, si procederà ad una ricostruzione storica della nascita del termine solidarietà (parr. 1-6); in secondo luogo, si analizzerà la sua affermazione come valore fondante dei patti costituzionali degli Stati democratici e sociali europei del dopoguerra, soffermandosi brevemente anche sull'esperienza della Costituzione italiana del 1948 (parr. 7-8); in terzo luogo, proveremo ad individuare il vero significato da attribuire al termine solidarietà (par. 9), sia nei rapporti tra individui che tra entità giuridiche, sia da un punto di vista etico-sociale che da un punto di vista giuridico, tentando di non essere influenzati, nella nostra analisi, dall'utilizzo sovrabbondante e retorico che si è fatto di tale parola negli ultimi anni.

³ Il trattato che istituiva la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) o trattato di Parigi, firmato il 18 aprile 1951, è entrato in vigore il 25 luglio 1952. I trattati che istituivano la Comunità economica europea (CEE) e la Comunità europea dell'energia atomica (CEEA o Euratom), o trattati di Roma, firmati il 25 marzo 1957, sono entrati in vigore il primo gennaio 1958.

⁴ M. MAGATTI, *La grande contrazione. I fallimenti della libertà e le vie del suo riscatto*, Milano, Feltrinelli, 2012.

2. Gli antecedenti classici

Il termine solidarietà riecheggia un sentimento morale di empatia, caratterizzante la socialità dell'uomo, e, dunque, anche la stessa idea di diritto e di ordine sociale e giuridico. È possibile individuarne una delle espressioni più alte fin dalle parole di Omero, il quale fa pronunciare ad Apollo, alla vista del corpo straziato di Ettore, le seguenti parole: “*Achille ha perduto il senso della pietà, né conosce vergogna, che è per gli uomini un grande ostacolo, ma anche un grande aiuto*”⁵.

La successiva riconsegna del cadavere di Ettore per la celebrazione del rito funebre da parte del padre Priamo reintegrano quella che nella successiva cultura greca si sarebbe definita *paideia* e nella cultura romana *humanitas*⁶ (cfr. *infra*), le quali avranno un'influenza determinante nella enucleazione del concetto moderno di solidarietà.

2.1. Ricostruzione del termine ‘*paideia*’

Per ricostruire in maniera compiuta la nozione di *paideia*, è necessario risalire alla prima definizione dell'essere umano, dettata dal suo statuto di inferiorità rispetto agli dei. Questo sentimento di sottomissione rispetto al divino caratterizza i rapporti tra gli dei e gli uomini; questi ultimi debbono rispettare gli dei, rimanendo sempre consapevoli del proprio limite, per evitare di peccare di ‘*hybris*’, che nella cultura arcaica greca si identifica con la tracotanza, nella sfida al limite imposto alla natura umana.

La consapevolezza della debolezza della natura umana si trasforma, durante la società eroica di Omero (sec. VIII-VII a.C.), nella coscienza della precarietà e della inevitabilità della morte⁷. La cognizione della transitorietà della condizione umana informa le modalità di relazione dell'uomo con gli altri uomini, con cui condivide l'ontologica fragilità: gli altri uomini vanno rispettati perché si riconosce in essi la comune miseria, e perché così si ottempera alla volontà divina, sotto la cui

⁵ Iliade (nella traduzione italiana di G. Cerri, Milano, Rizzoli, 1999), Libro XXIV, pp. 44-45. Cfr. anche G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Madrid, Editorial Dykinson, 2010, p. 173 ss.

⁶ V. pure G. COSMACINI, *Compassione*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 97 ss.

⁷ Il tema è formulato nell'episodio che narra l'incontro tra Glauco e Diomede (Iliade, 6, 145-149).

protezione si pongono i deboli. Queste relazioni che si instaurano tra gli uomini comportano una reciproca benevolenza che Omero definisce col termine *philophrosyne*, il quale “vuol significare che qualcuno tratta cordialmente le persone di cui non sarebbe obbligato a curarsi in modo speciale”⁸.

Quanto alla sfera entro cui deve essere esercitata l'azione benevola, è necessario passare all'analisi del teatro di Euripide. Ebbene, ai personaggi del conflitto tragico viene accordata la possibilità di esprimere le proprie ragioni, senza essere preliminarmente giudicati in base a criteri sociali, razziali, o di appartenenza di genere. Il teatro euripideo ci riporta, dunque, alla questione - accennata a proposito dell'epica omerica - dell'ambito entro il quale deve essere esercitata la benevolenza reciproca. In questo caso, ci pare che Euripide trasmetta un messaggio che verrà poi sviluppato nel secolo successivo dagli Stoici: egli riconosce, infatti, l'unità del genere umano, attribuendo pari dignità ad ogni individuo, indipendentemente dalle condizioni in cui egli è nato. Chiaramente, per queste sue idee, risultò - per la sua epoca - scandaloso, posto che l'indagine sulle virtù dell'uomo nell'etica antica si fondava su una discriminazione di base, ovverosia che la legge della benevolenza reciproca valeva solo per determinate categorie umane.

Nel IV sec. a.C., l'individuazione di ciò che compete all'uomo si arricchisce di un altro elemento: ciò che deve elevare l'uomo rispetto alle bestie è la sua capacità di pensare, di esprimere le proprie emozioni e sensazioni attraverso la parola (*logos*).

Sarà, dunque, Isocrate (famoso retore ateniese) ad attribuire alla capacità di dominare il linguaggio il più alto traguardo dell'umanità. La missione conferita alla parola è connessa alla trasmissione dei *valori etici* fondanti la comunità umana. Pertanto, per la costituzione di un buon cittadino, è cruciale una propensione naturale, dal momento che la virtù, secondo Isocrate, non è insegnabile. Ad ogni modo, una buona disposizione può essere perfezionata e può giungere a piena maturazione grazie a una cultura appropriata, ottenuta attraverso un percorso educativo (in greco appunto '*paideia*') che prevede come apice del proprio sapere l'*ars oratoria*: non un mero virtuosismo, bensì una fusione tra sistema di valori, solida cultura e arte retorica.

Si registra un ulteriore sviluppo del concetto di *paideia* nel periodo successivo alla morte di Alessandro Magno (323 a.C.), con la quale si dà solitamente avvio a quella fase della storia greca che va sotto il nome di Ellenismo. Sgretolatosi il sistema delle

⁸ Cfr. B. SNELL, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, Einaudi editore, 1951.

poleis, svanì uno degli aspetti chiave dell'idea di uomo: essere uomo in quanto cittadino. L'affermazione delle monarchie ellenistiche, precludendo qualsiasi potere decisionale al di fuori di quello sovrano, elimina la dimensione di partecipazione e di responsabilità civica dell'uomo.

Il passaggio, avvenuto a causa dell'Ellenismo, dalla prevalenza della dimensione politica alla riduzione individualistica dell'uomo, che si riantana nella dimensione del privato, è confermato dal mutamento che investe la speculazione filosofica: nelle filosofie ellenistiche è la dimensione etica che prevale su tutto il resto.

In particolare, allo Stoicismo si deve l'elaborazione del concetto di 'filantropia universale'. Secondo gli Stoici, il mondo è governato da un *logos* divino, che mantiene l'ordine del mondo. Gli uomini partecipano di questa natura razionale. Da ciò consegue che tutti gli uomini, in quanto anch'essi parte della *ratio* divina, hanno *pari dignità*. Se tutti gli uomini hanno pari dignità, al concetto di differenziazione degli uomini in base all'appartenenza ad una specifica categoria o a una specifica comunità, si sostituisce un'idea di mondo cosmopolita in cui convivono tutti gli esseri razionali, sia uomini che dei. Non solo le relazioni di carattere 'orizzontale' si modificano, dato che si estingue la differenziazione tra categorie privilegiate e discriminate di uomini; bensì anche nelle relazioni 'verticali' viene limitata quella percezione di distanza tra uomini e dei, che, nell'epoca arcaica, era stata invece utilizzata come base per la definizione dell'essere umano.

2.2. L'*humanitas* romana

Il concetto di *humanitas* è maturato lentamente. Va osservato preliminarmente come la lingua greca non possieda una parola che possa considerarsi l'equivalente del termine latino *humanitas*. Non vi è dubbio, infatti, che tra i due significati della parola latina *humanitas*, il più antico non è quello che corrisponde al greco *paideia* (educazione), ma quello che corrisponde al greco *philanthropia*, ossia benevolenza.

Il concetto di *humanitas* è nato insomma attraverso la rielaborazione originale di un concetto greco, come spesso accaduto nella civiltà romana. Nella cultura greca, dunque, si trovavano le premesse per la nascita della *humanitas* romana, ma non la matura elaborazione del concetto stesso. L'essenza della *humanitas* romana consisteva in un insieme ordinato di valori, che caratterizzavano il contenuto del

codice di comportamento del cittadino romano. Questi sono pressoché intraducibili in greco: la *pietas* (che è qualcosa di diverso dalla *eusébeia*), i *mores* (che non coincidono esattamente con l'*ethos*), e poi la *dignitas*, la *gravitas*, l'*integritas*. Il termine *humanitas* raccoglieva in una sola volta questi valori, ma nello stesso tempo li rendeva più universali. Infatti, nella diffusione dell'ideale di *humanitas*, i romani individuarono la missione civilizzatrice del loro impero.

Per quanto attiene alla nascita in concreto del 'termine' *humanitas*, essa si attesta a partire dal I sec. a.C. con gli scritti di Varrone e Cicerone. Ma, a dire il vero, il 'concetto' in sé è individuabile fin dal teatro del II secolo a.C.. Invero, fu soprattutto questa sede, data la sua natura meno elitaria, ad esplorare le dimensioni più universali dell'umanità.

Nell'antica Roma, tra i vari generi teatrali era prevedibile che quello più adatto ad approfondire la tematica dell'*humanitas* potesse essere la tragedia, che trattava vicende segnate dalla miseria della condizione umana. In realtà, non fu così, visto che la tragedia romana non raggiunse mai la popolarità che tale genere teatrale aveva in Grecia. Infatti, la speculazione della tragedia di Eschilo e di Sofocle era ormai troppo lontana dalla mentalità romana. Pertanto, l'unico genere teatrale che poteva avere successo nella Roma arcaica era la commedia.

I modelli greci, utilizzati come fonte di ispirazione nel teatro di Plauto⁹ e di Terenzio¹⁰, erano le opere della Commedia nuova¹¹, il cui autore più illustre fu Menandro¹². Più nello specifico, già in Plauto si percepisce che l'autore è consapevole di come le relazioni umane siano soggette al gioco del destino. Nella *Cistellaria*, l'autore ammette come la condizione umana sia fondata sulla precarietà. Nel *Truculentus*, afferma che conquistare e perdere la ricchezza è un "fatto umano" (v. 218). Nel *Mercator*, si trova poi una massima, derivata evidentemente dal modello greco (l'*Emporos* di Filemone), nella quale i tratti caratteristici dell'umanità sono indicati nell'amore e nel perdono. Nel complesso, però, l'analisi psicologica

⁹ Tito Maccio Plauto (in latino: *Titus Maccius Plautus* o *Titus Maccus Plautus*; Sarsina, tra il 255 e il 250 a.C. – 184 a.C.) è stato un commediografo romano.

¹⁰ Publio Terenzio Afro (in latino *Publius Terentius Afer*; Cartagine, 190-185 a.C. circa – Stinfalo, 159 a.C.) è stato un commediografo berbero di lingua latina, attivo a Roma dal 166 a.C. al 160 a.C.. Fu uno dei primi autori latini a introdurre il concetto di *humanitas*.

¹¹ Dal punto di vista storico coincide con l'avvento dell'età ellenistica, in cui il cittadino è un mero suddito, ininfluenza dal punto di vista politico; per cui la commedia si sposta dall'analisi dei problemi politici a quelli dell'individuo.

¹² Menandro, figlio di Diopite del demo di Cefisia (in greco antico: Μένανδρος, Ménandros; 342 a.C. circa – 291 a.C. circa), è stato un commediografo greco antico.

della Commedia nuova è operazione estranea rispetto al teatro plautino. In Plauto prevale solo l'idea pessimistica dell'uomo che lotta contro la fortuna e contro i propri simili.

Fu, invece, il commediografo Cecilio Stazio¹³ a contrapporre al pessimismo plautino un messaggio che risente della filosofia aristotelica: *“l'uomo per l'uomo è un dio, se conosce il suo dovere”*. Con questa affermazione, Cecilio Stazio individua in anticipo il collegamento tra *humanitas* e *officium*, che costituirà la base teorica del *De officiis* ciceroniano.

Ciononostante, il passo decisivo, ai fini dell'enucleazione definitiva del concetto di *humanitas*, è da attribuire a Terenzio. Sebbene ancora non si palesi nelle sue opere il termine di cui trattasi, l'aggettivo ricorrente *humanus* già compendia tutte le sfumature semantiche del concetto, che poi si svilupperà nei secoli successivi. Da un lato, nell'*Andria*, si trova già il significato di *humanitas* intesa come benevolenza, ma anche come dovere. Dall'altro, negli *Adelphoe* troviamo l'idea di *humanitas* legata alla fragilità e alla possibilità di sbagliare, insite nella condizione umana.

La migliore sintesi del concetto di *humanitas* nel pensiero di Terenzio è, tuttavia, individuabile nella celebre massima dell'*Heautontimorumenos*: *“sono un uomo: tutto ciò che è umano, non lo ritengo a me estraneo”*. In tale citazione, l'*humanitas* è proclamata come valore universale: l'uomo rivendica il proprio diritto/dovere di interessarsi ai problemi degli altri uomini, con un atteggiamento di solidarietà e condivisione.

Quanto alla prima utilizzazione del termine *humanitas*, è avvenuta nel I secolo a.C. con Cicerone. Quest'ultimo è senza dubbio l'autore che più di ogni altro ha contribuito all'elaborazione del termine in questione¹⁴. Dal *De oratore* al *De officiis*, Cicerone ha proposto in ogni occasione il proprio ideale umanistico. Nel pensiero ciceroniano, l'oratore si distingue per l'ampiezza della sua cultura, non confinata al proprio settore professionale, bensì aperta a tutte le discipline. Secondo Cicerone, lo studio ha lo scopo di formare un'etica che possa rendere migliore il cittadino. L'*humanitas*, in questo modo, si lega a doppio filo ad un altro valore caratterizzante

¹³ Cecilio Stazio (in latino: Caecilius Statius; 230-220 a.C. – 168-166 a.C.) è stato un commediografo romano. Primo autore della letteratura latina di origine gallica, si specializzò, come il contemporaneo Tito Maccio Plauto prima di lui, nella composizione di palliate, ovvero commedie di ambientazione greca

¹⁴ P. BOYANCE, *Études sur l'humanisme cicéronien*, Latomus, Bruxelles 1970.

la cultura romana, ossia la *pietas* che Cicerone spesso richiama insieme alla *humanitas*, come se fossero due facce della stessa medaglia¹⁵.

Tuttavia, il lascito di Cicerone destinato a rimanere indelebile nella storia sta sicuramente nell'aver individuato nell'*humanitas* la natura umana universale. Altrettanto chiara è l'espressione *communis humanitas*, frequente nelle orazioni ciceroniane, la quale si riferisce anch'essa alla natura umana; con questa espressione l'oratore romano intendeva evidenziare la sostanziale uguaglianza tra gli uomini, che sono parte di un'unica razza¹⁶. In effetti, Cicerone ha ulteriormente evidenziato, nel *De finibus*, che: “*da ciò deriva che è naturale anche la comune solidarietà degli uomini con gli uomini, così che un uomo non può sembrare estraneo a un altro uomo, per il semplice fatto che è un uomo*”. Sempre nel *De finibus*, Cicerone insiste con il concetto di umanità universale e amore tra gli uomini, ricorrendo all'espressione *caritas generis humani*, che indica il “*vincolo di affetto tra il genere umano*” (*De finibus* 5, 65).

La filosofia ciceroniana è stata poi rimpiazzata, pur costituendone la fonte di ispirazione, dalla cultura cristiana nella riflessione sulla figura e sul messaggio del Cristo. Difatti, la nascita dell'idea rivoluzionaria di fraternità, complementare rispetto ai supremi principi di libertà e uguaglianza, è rintracciabile piuttosto nei concetti di *fraternitas* e di *caritas* cristiana, intesi come amore per il prossimo, idee che, riprendendo la filosofia di cui era intrisa l'*humanitas* ciceroniana, hanno espresso nei secoli un concetto veramente universalistico ed egualitario delle relazioni tra le persone.

3. La solidarietà cristiana

Andando al di là del mero particolarismo derivante dall'appartenenza ad una determinata comunità politica, la *fraternitas* e la *caritas* cristiana hanno introdotto,

¹⁵ CICERONE, *Pro Planco* 96; *Actio Secunda in Verrem* 2, 97; 4, 12; *De officiis* 3, 41; *Ad Atticum* 6, 3, 8; 11, 17, 1; *Familiares* 5, 2, 6.

¹⁶ Ad es. *Pro domo sua* 98; *Pro Flacco* 24; *Pro Sulla* 64.

per la prima volta nella storia, un messaggio di eguaglianza e benevolenza fra gli uomini¹⁷.

Secondo il racconto biblico della creazione, Dio ha creato l'uomo a Sua immagine e somiglianza. In questo modo, l'uomo acquisisce una posizione che non aveva mai raggiunto prima: il singolo uomo, da semplice essere umano, diviene un soggetto unico, con una dignità inalienabile. Siffatta dignità, già evidenziata nell'Antico Testamento, viene ulteriormente elevata mediante l'incarnazione di Dio in Gesù Cristo. Quest'ultimo, sia Dio che uomo, rappresenta il fulcro dell'antropologia cristiana: *“poiché in lui la natura umana è stata assunta, senza per questo venire annientata, per ciò stesso essa è stata anche in noi innalzata a una dignità sublime. Con l'incarnazione il Figlio di Dio si è unito in certo modo a ogni uomo”*¹⁸.

Ferma restando la sua speciale dignità, nell'ottica cristiana l'uomo rimane comunque una 'creatura', che può realizzarsi solo se accetta che la propria vita deve essere inserita in modo integrale nell'ordine della creazione. Sulla base di quest'immagine dell'uomo, la Chiesa insiste sul riconoscimento della pari dignità di tutti gli uomini, che deve essere consacrata anche dalle istituzioni sociali e dal sistema economico¹⁹.

Allo stesso tempo, la dottrina della Chiesa sottolinea che l'uomo, in quanto essere sociale, è naturalmente orientato alle relazioni ed è, dunque, chiamato a collaborare per il bene comune. Già la filosofia antica aveva considerato la giustizia come un valore essenziale nella società. Il principio base era che a ognuno doveva essere dato ciò che gli era dovuto per diritto. La dottrina cristiana ha fatto propria questa idea di giustizia, rinnovandola, tuttavia, nel principio che riconosce pari dignità tra gli uomini e attraverso il comandamento che impone l'amore per il prossimo.

Sulla base di quanto fin qui evidenziato, ci sembra che l'*humanitas* romana, con l'avvento del Cristianesimo, abbia compiuto l'ultimo passo, pervenendo ad una dimensione autenticamente universale e creando i presupposti per esercitare un influsso durevole nella storia della cultura occidentale.

¹⁷ H. BRUNKHORST sottolinea come tale concetto esprima anche una critica ad ogni “forma di dominio”, ossia di potere irrispettoso del legame di fratellanza tra uomini e Dio. In ciò, la qualità universalistica ed egualitaria della fratellanza risulta già chiara nell'Antico Testamento (Levitico, 19:18), e trova un'origine essenzialmente giudaica nel racconto biblico dell'Esodo del popolo eletto. Cfr. anche A. GHISALBERTI, *Solidarietà e statuto della persona*, in M. NAPOLI (a cura di), *La solidarietà*, Milano, *Vita e Pensiero*, 2009, p. 19 ss.

¹⁸ VATICANO II, *Gaudium et spes*, n. 22; EV 1/1386.

¹⁹ Cf. GIOVANNI XXIII, lett. enc. *Mater et magistra sugli sviluppi della questione sociale alla luce della dottrina cristiana*, 15.5.1961, n. 221; EE 7/458; VATICANO II, *Gaudium et spes*, nn. 24, 25, 29; EV 1/1393-1398.1409-1412.

4. Dal pensiero dei classici alla “fraternità” rivoluzionaria

Questi approfondimenti sulla nascita del termine solidarietà non devono, tuttavia, trarre in inganno sulla reale appartenenza di tale parola alle categorie fondative della moderna idea di democrazia. In effetti, l’idea di una cittadinanza realmente democratica e solidale nasce con la Rivoluzione francese. La solidarietà, in quanto evoluzione dell’idea rivoluzionaria di fraternità²⁰, è una conquista recente ed “è strettamente legata al concetto giuridico di eguaglianza ed a quello politico di democrazia”²¹.

Durante la Rivoluzione francese, la fraternità diviene quell’elemento che completa le idee di libertà ed eguaglianza, simbolo di quel sentimento di comune appartenenza alla comunità politica degli individui liberi ed eguali, che rivolta in maniera definitiva l’ordine sociale dell’*ancien régime*. Tuttavia, l’idea di fraternità del progetto rivoluzionario del 1789 si identifica con una concezione puramente formale della eguaglianza dei cittadini davanti alla legge: una concezione che non tiene conto della concreta condizione sociale dell’individuo all’interno di un gruppo o di una classe particolare, proprio in quanto volta a scardinare le ‘categorizzazioni’ del vecchio regime.

Giova, a questo punto, osservare che la costituzione giacobina del 1793 (tra l’altro mai attuata) aveva proclamato con enfasi che “*i soccorsi pubblici sono un debito sacro*”, sostenendo che la società deve assistenza ai cittadini bisognosi, sia procurando loro un lavoro che assicurando i mezzi di sussistenza a coloro che non sono in condizione di poter lavorare (art. 21). Questo testo sembrerebbe già esprimere quell’idea di aiuto reciproco in caso di necessità che, di fatto, riprende la radice semantica del termine solidarietà, importando dal piano degli individui a quello dei doveri pubblici quest’obbligo di condivisione, che a sua volta ci pare incorporare l’istituto, di origine romanistica, dell’obbligazione solidale (*obligatio in solidum*)²², recepito nel codice civile napoleonico del 1804 come “*l’obbligo in forza*

²⁰ Nella Dichiarazione dei diritti e doveri del cittadino, parte integrante e iniziale della Costituzione dell’anno III (1795), la Fraternité, terzo elemento del motto repubblicano, è definita così: “*Non fate agli altri ciò che non vorreste fosse fatto a voi*”.

²¹ H. BRUNKHORST, *Solidarity*, op. cit., p. 1.

²² La radice latina della parola – *obligatio in solidum*, ossia per l’intero – è universalmente ricordata dagli studiosi. Cfr. L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Librairie Armand Colin, 1902 (terza ed.), p. 9 ss., il quale rimarca la trasformazione di significato che tale parola ha subito nel passaggio dalla nozione giuridica di obbligazione solidale alla sfera delle categorie politiche, a titolo di terza via tra “*l’individualismo ed il collettivismo*”.

del quale i debitori sono tutti tenuti reciprocamente gli uni per gli altri all'adempimento, ognuno essendolo per l'intero" (art. 1202).

Tuttavia, la disposizione di cui sopra deve essere inquadrata nel modello individualistico di eguaglianza dinanzi alla legge proprio della ideologia rivoluzionaria e che aveva trovato attuazione con il varo della legge Le Chapelier del 1791, che aveva vietato ogni forma di associazione nel tentativo di eliminare ogni possibilità di riviviscenza dell'ordine corporativo dell'antico regime. Siffatto divieto, scatenando tutta la potenza creatrice della nuova idea egualitaria di libertà, si dimostrava comunque *"interamente in linea con il nuovo concetto costituzionale astratto di fraternità"*²³. Invero, come osservato da Stefano Rodotà: *"nel momento in cui la legislazione rivoluzionaria cancellava le appartenenze di ceto (...) alla fraternità si affidava il compito di costruire la nazione"*²⁴.

Solo attraverso il superamento della concezione individualistico-formale della eguaglianza repubblicana si sarebbe potuti passare dalla originaria idea di fraternità, espressa nel celebre motto rivoluzionario, al concetto moderno e socialmente indirizzato di solidarietà. Ma ciò si sarebbe verificato soltanto alcuni decenni dopo, a partire dagli anni '40 dell'Ottocento, inizialmente con i primi socialisti francesi e più tardi, finalmente, nell'ambito del movimento operaio, sotto l'influsso crescente di Marx e Lassalle²⁵.

5. Affermazione definitiva dell'idea di solidarietà

La solidarietà - come intesa ai giorni nostri - aveva bisogno, per rimpiazzare l'idea di fraternità, di liberarsi dall'odio rivoluzionario nei confronti di qualsiasi corpo sociale intermedio tra l'individuo e lo Stato. Pertanto, affinché il concetto di solidarietà potesse radicarsi, era necessario anzitutto che venisse valutato positivamente il fatto che la società si potesse suddividere in gruppi²⁶. Infatti, *"il lavoro richiama il gruppo e non gli individui. Perché richiama appartenenze sociali, intermedie tra l'individuo e lo Stato. Perché fonda una solidarietà non prevista (e non possibile) negli*

²³ H. BRUNKHORST, *Solidarity*, cit., p. 56.

²⁴ S. RODOTÀ, *Quella virtù dimenticata*, in *La Repubblica*, 25 settembre 2012.

²⁵ H. BRUNKHORST, *Solidarity*, cit., p. 59.

²⁶ M.G. GAROFALO, *Solidarietà e lavoro*, in M. NAPOLI (a cura di), *La solidarietà*, cit., pp. 3 ss.

*ordinamenti del mercato individualista*²⁷. È la nascita del sindacato a segnare il rifiuto di quell'individualismo della Rivoluzione francese, oltre che del liberalismo dei filosofi utilitaristi inglesi, di cui anche l'idea rivoluzionaria di fraternità era espressione²⁸. È solo grazie all'affermarsi di un contesto sociale pluralistico, che cominciava a caratterizzarsi per la presenza delle nuove forme organizzative del movimento operaio, che prende vigore l'idea di solidarietà.

Il concetto di solidarietà ha iniziato a diffondersi in Francia intorno al 1830, a seguito del riscontro ottenuto dalle dottrine di Saint-Simon e Fourier²⁹. A partire dal 1840 si sviluppano, in particolare grazie all'opera di Pierre Leroux, le sue prime elaborazioni teoriche. Tuttavia, solo dopo i moti del 1848, la solidarietà si afferma, in Europa³⁰, in qualità di "*bandiera della sinistra progressista*"³¹.

Una volta diventata una delle "*idées-forces*"³² delle forze politiche progressiste, il concetto di solidarietà si è sviluppato secondo dinamiche complesse³³. Il momento chiave della sua affermazione, avvenuto durante la nascita della ideologia del movimento operaio, coincide con lo "*slittamento da un concetto di uguaglianza politica ad un concetto di emancipazione sociale*"³⁴. È la classe e non la nazione, come avvenuto per la fraternità della rivoluzione borghese, il collante della solidarietà operaia³⁵.

Trascinata all'inizio dalla forza dirompente della critica marxista ai rapporti di produzione capitalistici, la nuova idea di solidarietà ha iniziato a mitigare l'odio collettivo scaturito dalla lotta di classe mediante la graduale affermazione, a partire dai primi del Novecento, delle componenti socialdemocratiche, che avevano

²⁷ G.P. CELLA, *Non di solo mercato*, Roma, Edizioni Lavoro, 1994, p. 29.

²⁸ Così, quasi testualmente, F. TANNENBAUM, *Il sindacato: una nuova società*, trad. it., Roma, Opere Nuove, 1962, p. 13.

²⁹ Ivi, p. 82 ss.

³⁰ Per una ricostruzione complessiva, M. RAPPORT, *1848. L'anno della rivoluzione*, trad. it., Laterza, 2011.

³¹ M.C. BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 109 (e, in termini conformi, tra gli altri, S. STJERNO, *Solidarity in Europe*, cit., p. 30, e H. BRUNKHORST, *Solidarity*, cit., p. 3).

³² M. BORGETTO, *Solidarité*, in D. ALLAND, S. RIALS (a cura di), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-puf, 2003, p. 1427.

³³ Cfr. pure M. SALVATI, *Solidarietà: una scheda storica*, reperibile in www.fondazionebasso.it.

³⁴ Ivi, p. 5.

³⁵ Cfr. pure A. MARTINELLI, *I principi della Rivoluzione francese e la società moderna*, in A. MARTINELLI, M. SALVATI, S. VECA, *Progetto '89. Tre saggi su libertà, uguaglianza, fraternità*, Milano, Il Saggiatore, 1989.

rinnovato l'attenzione nei confronti dei temi della libertà e dell'autonomia individuale³⁶.

In particolare, è in Francia che le correnti del solidarismo ottengono maggior riscontro tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento grazie ad una personalità di spicco come quella di Léon Bourgeois³⁷, che ne descrive i contenuti politici definendola come 'ponte' tra libertà individuale e giustizia sociale³⁸.

Sempre in quel periodo si assiste alle prime elaborazioni della dottrina sociale della Chiesa³⁹. Siffatta dottrina ha senza dubbio influito sull'affermazione del concetto di solidarietà come oggi è comunemente inteso. Ispirandosi al discorso marxista, senza però aderire all'idea del conflitto come condizione naturale del rapporto tra le classi, la Chiesa cattolica ha enucleato una teoria sociale che si fondava sugli ideali cristiani di giustizia e carità.

Se la tradizione marxista tentava di contestualizzare il concetto di solidarietà all'interno di una teoria evolutiva della società, la dottrina sociale della Chiesa cattolica elaborò una solidarietà che doveva connotare intrinsecamente ogni assetto societario. Siffatto principio imponeva che ogni singolo membro della società necessitava della convivenza con i propri simili e che suddetta convivenza si fondava sul contributo di ciascuno. Fin qui il principio di solidarietà poteva essere approvato, nella sua generalità, da un larghissimo fronte dottrinale. Le difficoltà iniziano nel momento in cui si intendeva ricavare da tale principio imperativi etici per una società civile già strutturata e organizzata: per questo motivo oggi, nell'ambito di riflessione cattolico, non viene più seguita una tale visione ontologica della solidarietà tipica del

³⁶ L'evoluzione in senso socialdemocratico dell'idea di solidarietà, prefigurata in Germania da Eduard Bernstein già nel 1910, avrebbe in realtà trovato un terreno propizio per le sue prime effettive traduzioni politiche nell'area scandinava, a partire dagli anni '30 dello scorso secolo, grazie ad una capacità di compromesso tra forze politiche di diversa ispirazione sconosciuta alla madrepatria della socialdemocrazia fino a tutti gli anni '50 del Novecento. Fu solo con la svolta di Bad Godesberg del 1956 che la il Partito social-democratico superò la prospettiva della trasformazione in senso socialista del sistema produttivo, accettando l'economia di mercato. Cfr. le analisi di P. BALDWIN, *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State 1875-1975*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; G. ESPING-ANDERSEN, *Politics against Markets. The Social Democratic Road to Power*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 1985.

³⁷ La prima edizione della sua opera *Solidarité*, è del 1896, l'anno in cui Bourgeois ricoprì, per un breve periodo, l'incarico di primo ministro della Repubblica. V. M.-C. BLAIS, *La solidarietà*, cit., pp. 13 ss.

³⁸ Cfr. B. MAGGI, *Tra confini e ponti: l'idea di solidarietà al più volte citato volume della M.-C. Blais*, spec. pp. XX e XXXVII.

³⁹ L'espressione Dottrina Sociale della Chiesa (DSC) venne adottata nel 1941 da Pio XII. Tuttavia, Leone XIII preferiva parlare di filosofia cristiana e Pio XI di dottrina sociale ed economica. Se è vero che il grande nucleo della dottrina sociale è composto da famose encicliche e dai discorsi sociali dei Pontefici, ci pare che essa comunque è ricavabile implicitamente nel messaggio cristiano.

solidarismo cattolico ottocentesco, facendo perno più che altro alle radici bibliche della solidarietà stessa.

Preme, inoltre, osservare come la distinzione offerta da Durkheim tra forme di solidarietà, rispettivamente ‘meccanica’ ed ‘organica’⁴⁰, costituirà il punto di partenza di qualsiasi successivo tentativo definitorio⁴¹. La nozione di solidarietà deve rispondere, nella teoria sociale, a due interrogativi di fondo. Da un lato, al problema della “*de-socializzazione dell’individuo*”⁴², ossia del distacco degli individui dalle forme pre-moderne di solidarietà gerarchicamente organizzata eliminate dall’avvento dell’economia capitalistica di mercato⁴³. Dall’altro lato, al problema della “*proletarizzazione della società*”⁴⁴, ossia della divisione del corpo sociale in classi che, essendo dipendenti dal funzionamento del mercato, vedono messa a rischio la possibilità della loro integrazione sociale. Il passaggio dalla solidarietà *meccanica* delle società semplici, fondate sulla somiglianza tra i membri del gruppo, alla solidarietà *organica* delle società più complesse (funzionalmente differenziate) permette di esaminare la ‘questione sociale’, attribuendo allo strumento del diritto - e quindi allo Stato - un ruolo determinante⁴⁵.

6. Approfondimenti filosofici più recenti

La filosofia novecentesca ha ripreso la riflessione sulla solidarietà. Tra i contributi più rilevanti, ci pare opportuno menzionare quello di Jozef Tischner, secondo il quale la solidarietà è una virtù sociale che può essere conseguita tramite un auto-superamento delle proprie qualità naturali attraverso la socializzazione. Invece di insistere sul fatto che ogni individuo abbia bisogno dell’aiuto di altri soggetti (come nei vari solidarismi ottocenteschi), questa filosofia evidenzia la distanza che separa ogni gruppo solidale da un terzo estraneo. All’interno del gruppo, la solidarietà si dirige verso coloro che hanno patito un dolore evitabile ed arbitrario. Si parla di

⁴⁰ É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale (1893)*, trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1999.

⁴¹ Cfr. G.P. CELLA, *Non di solo mercato*, cit., pp. 43 ss., e più di recente Id., *Solidarietà e coesione sociale*, in M. NAPOLI (a cura di), *La solidarietà*, cit., pp. 69 ss., nonché R. ZOLL, *La solidarietà. Uguaglianza e differenza*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2003.

⁴² H. BRUNKHORST, *Solidarity*, cit., p. 92. Ma in termini simili vedere anche M.C. BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 179.

⁴³ V. K. POLANYI, *La grande trasformazione (1944)*, trad. it., Torino, Einaudi, 1974

⁴⁴ H. BRUNKHORST, *La solidarietà*, cit., p. 180.

⁴⁵ Cfr. M.C. BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 231 ss.

solidarietà in quanto si apre all'orizzonte dell'altro sofferente, ispirata da un puro spirito di liberalità, senza essere egoisticamente spinta da un interesse materiale che abbia come unico fine quello di ottenere un 'ritorno' in futuro; è, pertanto, assente qualsiasi condizione di reciprocità.

La cultura contemporanea ha prodotto anche altre elaborazioni teoriche del concetto di solidarietà. La crisi della soggettività moderna ha aperto un nuovo accesso all'io non più considerato come autosufficiente. La meditazione filosofica heideggeriana, come anche alcune correnti del pensiero neoebraico (Buber, Ebner, Levinas) e la riflessione morale di Ricoeur, hanno evidenziato che la struttura coscienziale dell'uomo si fonda ontologicamente su un nesso con l' "alterità".

Oltre a queste correnti, rimane da evidenziare l'importanza, per lo sviluppo dell'idea di solidarietà, del personalismo, che ha contribuito alla riaffermazione dell'ideale comunitario, ai sensi del quale la persona è al centro di ogni cosa e si deve tendere alla comunione tra gli individui.

Sul tema, interessante appare altresì il contributo di Levinas⁴⁶, secondo cui *“La morte dell'altro uomo mi chiama in causa e mi mette in questione, come se io diventassi, per la mia eventuale indifferenza, il complice di questa morte, invisibile all'altro che vi si espone; e come se, ancora prima di esserle io stesso destinato, avessi da rispondere di questa morte dell'altro: come se dovessi non lasciarlo solo nella sua solitudine mortale”*⁴⁷.

Levinas, dunque, percepisce la soggettività dell'uomo come una sorta di realtà a carattere etico. La responsabilità nei confronti dell'altro non è un elemento secondario, che si aggiunge meramente al fenomeno dell'incontro intersoggettivo, bensì le è connaturale. Il volto-corpo dell'altro è una chiamata che suscita la responsabilità e giustizia nei suoi confronti. Se però l'altro non ricambia, la sostanza etica dell'incontro non può sfumare; anzi, caratteristica fondamentale della responsabilità etica è che, una volta innescatasi, essa diviene indelegabile.

⁴⁶ Emmanuel Lévinas (o Levìnas) (Kaunas, 12 gennaio 1906 – Parigi, 25 dicembre 1995) è stato un filosofo francese di origini ebraico-lituanese.

⁴⁷ E. LÉVINAS-A. PEPPERZAK, *Etica come filosofia prima 1989*, trad. it. di F. CIARAMELLI, GUERINI E ASSOCIATI, Milano 2001, III, 4, p. 56.

7. L'affermazione della solidarietà nello Stato sociale e il problema dei confini

Non è un caso che gli ultimi anni dell'Ottocento e i primi del Novecento, sulla scorta delle elaborazioni filosofiche sopra descritte, conoscano le prime forme di intervento a livello sociale, attraverso il manifestarsi delle forme primordiali dello Stato-previdenza⁴⁸, in un contesto di generale consolidamento degli Stati sovrani in Europa.

Di certo, la previsione, tra il 1883 e il 1884, della prima forma di assicurazione obbligatoria contro le malattie e gli infortuni sul lavoro degli operai nella Germania del cancelliere Otto von Bismarck non corrispondeva ad una vera e propria idea di solidarietà sociale; essa coincideva più che altro con un progetto di carattere autoritario, posto che aveva come suo unico vero fine quello di mettere al bando il partito socialdemocratico.

Ad ogni modo, questa riforma dimostra come gli Stati nazionali del Vecchio continente si erano oramai incamminati verso la costruzione di moderni sistemi di assicurazione sociale contro i principali rischi collegati al mercato del lavoro⁴⁹ e incominciavano a circoscrivere anche lo spazio politico-territoriale all'interno del quale erano poi destinati a svilupparsi i nuovi regimi di solidarietà. Lo Stato, pertanto, incominciava ad intervenire per garantire un'equa redistribuzione della ricchezza e ciò avveniva con le prime forme di assicurazione sociale⁵⁰ e ciò avveniva all'interno dello Stato nazionale, dentro i suoi confini politici e spaziali⁵¹.

L'azione che caratterizza i sistemi di solidarietà *“è quella che mira a rendere uguale per tutti l'appartenenza ad una determinata collettività (gruppo, classe, comunità ecc.), non quella che mira a rendere massima la distinzione tra un attore e l'altro e massimo il vantaggio di una posizione relativa (...). L'azione all'interno dell'unità di appartenenza, non mirando più alla distinzione, si realizza in un ambito di eguaglianza di partecipazione”*⁵². Pertanto, per redistribuire le risorse all'interno del gruppo, è necessaria la fissazione di un criterio normativo per delimitare i confini

⁴⁸ F. EWALD, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1986.

⁴⁹ Il 1898 rappresenta la data di introduzione sia in Francia che in Italia dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. Il Regno Unito l'aveva già prevista nel *Workmen's Compensation Act* l'anno prima, nel 1897.

⁵⁰ M.C. BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 206.

⁵¹ V. sul punto S. ROKKAN, *Stato, nazione e democrazia in Europa*, (a cura di) P. FLORA, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2002.

⁵² Cfr. A. PIZZORNO, *Introduzione allo studio della partecipazione politica*, in *Quaderni di sociologia*, nn. 3-4, 1966, p. 241.

della comunità di riferimento. Se la solidarietà significa condividere le proprie risorse con altri individui presenti all'interno della stessa collettività, in particolare attraverso gli schemi di redistribuzione statali come il prelievo fiscale⁵³, si è allora obbligati a determinare entro quali confini tale azione può legittimamente svolgersi. Si è detto come “ogni proposta di politiche in tema di eguaglianza sconta la dipendenza dai confini (esterni e interni), dai loro processi di costruzione e dalle loro trasformazioni. Essi limitano il campo per il quale è applicabile l'argomento dell'uguaglianza (e dunque della solidarietà), e ne fondano la sua consistenza sul piano teorico ed etico”⁵⁴.

Tale aspetto permette di individuare una caratteristica fondamentale del concetto di solidarietà, fonte di un contrasto mai risolto tra la proiezione universalistica dell'orientamento verso l'eguaglianza e la restrizione particolaristica legata ai criteri politico-normativi alla base della raccolta e redistribuzione delle risorse all'interno di una certa collettività⁵⁵. La fissazione dei confini della solidarietà è sempre stata un questione inevitabile, con la quale i *welfare state* democratici europei sono stati chiamati a misurarsi in modo sempre più problematico man mano che hanno raggiunto la loro fase di piena maturazione e successivamente durante il processo di integrazione europea⁵⁶.

Questa problematica legata ai confini della solidarietà ha costituito, con tutta probabilità, la ragione per cui, subito dopo la Seconda guerra mondiale, durante la stagione della rigenerazione costituzionale degli Stati che daranno vita alla CECA ed alla CEE, si è spinto per un riconoscimento della solidarietà tra i popoli e gli Stati d'Europa. Le affermazioni di principio contenute nei trattati originari, inneggianti alla solidarietà e volte ad elevare tale idea ad un livello sovranazionale, hanno probabilmente tentato di riparare alla discrasia sopra evidenziata, per poter poi ricostruire, all'indomani del conflitto mondiale, l'economia del continente europeo e garantire una pace durevole tra i popoli d'Europa.

⁵³ V. in tal senso anche S. STJERNO, *Solidarity in Europe*, cit., pp. 2, 248, 292 e 326.

⁵⁴ G.P. CELLA, *Solidarietà e coesione sociale*, cit., p. 75.

⁵⁵ Cfr. anche E. SOMAINI, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Roma, Donzelli, 2002, p. 323.

⁵⁶ Cfr. sin d'ora M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

8. Considerazioni conclusive sul reale significato da attribuire al termine ‘solidarietà’

Il messaggio sotteso al termine ‘solidarietà’ gode oggi di ampio credito sia teorico che pratico. Tuttavia, non è sempre stato così in passato. Numerose, infatti, sono state le critiche rivolte alla solidarietà, accusata, il più delle volte, di irenismo⁵⁷ sociale e di fungere da antidoto artificioso al conflitto⁵⁸ tra individui. D’altro canto, è sintomatica l’assenza della voce ‘solidarietà’, fino a pochi anni fa, in svariate opere enciclopediche. In ogni caso, l’anamnesi del concetto svolta nei precedenti paragrafi dovrebbe servire a ricostruirne il ‘vero’ significato.

La solidarietà, per un verso, rivela una parentela con numerosi concetti affini e, per altro verso, evoca concetti collaterali e integrativi. Il suo spessore semantico varia a seconda di tali connessioni. E in effetti, come sopra ampiamente detto, la storia del termine solidarietà risulta alquanto complessa. Dapprima questa veniva utilizzata, ai tempi del diritto romano, e nelle sue successive evoluzioni ed interpolazioni, solamente come termine giuridico e indicava il vincolo tra debitore e creditore. Il termine ha poi assunto connotazioni differenti a seconda del periodo storico e del contesto di riferimento. Ad esempio, in Francia, verso la fine del XVIII secolo, la solidarietà si è imposta al centro del dibattito intellettuale, all’interno del quale è possibile individuare tre significati che tale idea ha progressivamente assunto. In un primo periodo, è stata utilizzata con il significato di *fraternità*, per indicare il punto di riferimento dei sentimenti di condivisione che avrebbero dovuto legare i cittadini per rivendicare la possibilità di esercitare liberamente i propri diritti e di ottenere il riconoscimento dell’uguaglianza tra tutti gli uomini. Il secondo significato si fondava sull’appartenenza ad una classe sociale: all’interno di una società fortemente stratificata, la solidarietà tra operai era l’unico modo per far valere le proprie ragioni. Secondo questo tipo di concezione: *“l’eguaglianza viene riaffermata quale elemento costitutivo della solidarietà, in un duplice senso: la situazione sociale e i mali comuni costituiscono la base della solidarietà; lo scopo dell’azione solidale è quello di realizzare una società strutturata sul principio di uguaglianza”*⁵⁹. L’ultimo

⁵⁷ Orientamento teologico (dal gr. εἰρήνη «pace») che tende a raccogliere i punti comuni alle differenti confessioni cristiane in vista di una loro unione. Il termine, che già compare nel XVII sec., fu imposto all’uso comune da J.A. Moehler (1825).

⁵⁸ F. TOTARO, *Sulla solidarietà: una riflessione critica*, in *Etica & Politica*, 2001.

⁵⁹ ZOLL, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, 1996.

significato associato storicamente alla solidarietà fa riferimento alla ‘politica’ intrapresa dal nascente Stato sociale; in questo contesto la solidarietà viene intesa come nuovo concetto di aiuto e redistribuzione, avente il fine di superare il meccanismo dell’assistenzialismo.

Pertanto, durante il percorso evolutivo che ha connotato la storia di tale termine, si è passati da una solidarietà legata al consenso su interessi, sul perseguimento di diritti, ad una solidarietà ispirata alla fratellanza, alla gratuità, all’amore e al dono. Non si tratta, però, di modalità necessariamente in alternativa tra loro, bensì di sfumature talvolta anche presenti all’interno di una medesima esperienza di solidarietà. Comunque, ciò che emerge con sicurezza è che nel rapporto solidale non possono mancare l’idea e il sentimento di un bene comune in qualche misura partecipabile.

Altra questione problematica è quantificare il nesso esistente tra solidarietà e ‘reciprocità’. Ci pare necessario verificare se i due concetti possano convivere, o se la stessa esistenza di una reciprocità, ossia di un interesse durante il compimento dell’atto solidale, faccia svanire l’essenza stessa dell’idea di solidarietà.

Orbene, da un punto di vista etico-sociale, ci pare che si possa avere solidarietà solo in assenza di reciprocità, ma solo nei rapporti tra persone (fisiche), anche perché la sfera dei rapporti etici è del tutto estranea alla realtà delle persone giuridiche. Questo tipo di solidarietà tra individui-persone trova normalmente il suo fondamento nei sentimenti di fratellanza tipici dell’etica cristiana. La solidarietà è una vera e propria virtù morale, non un sentimento di vaga compassione o di superficiale intenerimento per i mali delle persone. Essa rappresenta, la determinazione ferma e perseverante di impegnarsi per il bene comune. La solidarietà assurge, dunque, al rango di virtù sociale fondamentale orientata al bene comune e all’impegno per il bene del prossimo con la disponibilità, in senso evangelico, a ‘perdersi’ a favore dell’altro invece di sfruttarlo per il proprio tornaconto.

Anche da un punto di vista prettamente giuridico è possibile creare delle forme di solidarietà tra individui, in questo caso sia persone fisiche che giuridiche; tuttavia, in siffatto contesto, l’idea di solidarietà sembra invece associarsi alla reciprocità. A titolo di esempio è sufficiente pensare alle modalità di funzionamento degli istituti civilistici dell’obbligazione solidale passiva o della fideiussione. Per quanto attiene all’obbligazione solidale passiva, quest’ultima si instaura quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno possa essere costretto all’adempimento per la totalità e l’adempimento da parte di uno libera gli

altri. Il condebitore che provvede al pagamento dell'obbligazione ha diritto di rivolgersi poi *in regresso* agli altri debitori solidali per ottenere dagli stessi il pagamento della parte per la quale ciascuno era obbligato. Quanto al fideiussore, egli risulta obbligato in solido con il debitore principale; in tal modo, il creditore potrà chiedere indifferentemente l'adempimento sia al fideiussore che al debitore, salvo sussista il beneficio dell'escussione. Il fideiussore che ha adempiuto all'obbligazione del debitore può agire o *in via surrogatoria* (essendo surrogato nei diritti del creditore nei confronti del debitore) o esperendo l'azione di *regresso*. Si tratta, dunque, di istituti in cui il soggetto agente, ossia il debitore escusso o il fideiussore, procede all'adempimento della prestazione per cui è obbligato non per un puro spirito di liberalità, giacché mediante la possibilità di esercitare l'azione di regresso e/o surrogandosi nel diritto del creditore, ha la possibilità di recuperare la prestazione erogata. Ci troviamo di fronte, quindi, a delle fattispecie, per l'appunto 'giuridiche', in cui è totalmente estranea quella prospettiva di solidarietà che si instaura tra le persone, come perlomeno essa viene comunemente intesa nell'etica cristiana. Data tale premessa, è necessario accettare l'idea che la solidarietà 'cristiana' e quella 'giuridica' agiscono su piani totalmente differenti, e che pertanto non siano mai automaticamente sovrapponibili; altrimenti si dovrebbe arrivare a sostenere la tesi secondo cui nel mondo giuridico non vi possa essere solidarietà, posto che in quest'ambito l'atto solidale è quasi sempre mosso da un interesse ultroneo⁶⁰.

Rimanendo sempre nel mondo giuridico e spostando il nostro ragionamento nel contesto del diritto internazionale, a noi sembra pacifico che anche nella sfera pubblicistica delle relazioni l'idea di solidarietà - come intesa nell'etica cristiana - non trovi riscontri effettivi. In effetti, i rapporti tra Stati sovrani si sono sempre basati sul perseguimento di interessi reciproci; essi non conoscono i sentimenti di liberalità che, di norma, spingono gli esseri umani al comportamento solidale⁶¹.

Sul tema va osservato che il sistema europeo, fin dai trattati originari della CECA e della CEE, si è invece caratterizzato per un approccio totalmente differente rispetto al quadro internazionale preesistente. I Padri fondatori dell'UE hanno da sempre dimostrato di voler mirare alla instaurazione di forme di solidarietà non solo tra i

⁶⁰ Forse l'unica eccezione è costituita dall'istituto civilistico della donazione, in cui lo spirito di liberalità del donante si identifica con la causa stessa del contratto. Pertanto, se non vi liberalità, il contratto è senza causa e dunque nullo.

⁶¹ Per approfondimenti cfr. P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama 'costituzionale'*, 2016, p. 1 ss.

popoli europei, ma anche tra i rispettivi Stati membri; si tratta di un progetto innovativo che non ha precedenti nella storia del diritto internazionale.

Le riflessioni che seguiranno, pertanto, si concentreranno sull'esame dell'innovativo e originale 'principio di solidarietà', come enucleato e sviluppatosi nel quadro giuridico dell'Unione europea. Obiettivo del capitolo che seguirà sarà verificare, anzitutto, la portata effettiva di tale principio nel sistema giuridico UE; infine, proveremo a comprendere la coerenza tra le disposizioni di apertura dei trattati, in cui il principio in commento è stato ampiamente proclamato e a più riprese richiamato, e i meccanismi di solidarietà disciplinati negli altri settori (PESC, SLSG, UEM etc.) in cui sembra al contrario affermarsi la regola della non-solidarietà.

II CAPITOLO

Il principio di solidarietà nel diritto dell'Unione Europea

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. - 2. La solidarietà pre-Lisbona. - 3. La solidarietà a Lisbona. - 4. La Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC) e la Politica europea di sicurezza e di difesa (PESD)...in generale. - 4.1. La clausola di mutua difesa collettiva: l'art. 42, par. 7, TUE. - 4.2. La clausola di solidarietà di cui all'articolo 222, TFUE. - 5. La Solidarietà nel settore dell'energia. - 5.1. Introduzione al contesto normativo. - 5.2. Il ruolo dell'art. 194, TFUE. - 5.3. Segue: il principio della "solidarietà energetica". - 6. La politica di solidarietà dell'Unione europea in tema di immigrazione. - 6.1. L'assetto normativo della politica dell'immigrazione. - 6.2. Il principio di solidarietà nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. - 6.3. Riflessioni sulla solidarietà nel settore dell'immigrazione. - 7. La solidarietà nell'Unione Economica e Monetaria (UEM). - 7.1. Le *no bail-out clauses*. - 7.2. La solidarietà nell'UEM nel periodo post-Lisbona. - 7.3. Le cause della modifica dei trattati: crisi economica e mancanza di strumenti adatti a proteggere gli Stati esposti sul mercato dei bond sovrani. - 7.3.1. Segue: i fondi salva Stati. - 7.3.2. Cambio di approccio dell'UEM nei confronti della 'solidarietà'? - 7.4. I programmi di intervento anticonvenzionali della BCE. - 7.4.1. Le misure anti-crisi della BCE: *Covered Bond Purchase Programme*, *Securities Market Programme* e *Outright Monetary Transactions*. - 7.4.2. Riflessione sull'operato della BCE nel contesto della crisi finanziaria. - 8. Considerazioni (non) conclusive sul principio di solidarietà nell'ordinamento giuridico europeo.

1. Cenni introduttivi

La solidarietà è un concetto che sembra connotare maggiormente i rapporti tra gli individui. Come insegnava anche Émile Durkheim, dal punto di vista etico-sociale, la solidarietà si riferisce a quell'azione di sostegno reciproco tra persone che appartengono alla medesima collettività. Da un punto di vista giuridico, essa si riferisce invece ai casi in cui uno o più soggetti assumono l'obbligo di adempiere ad una prestazione a cui, in parte o per l'intero, non erano vincolati. Viceversa, la solidarietà non sembrerebbe un'idea caratterizzante i rapporti tra entità giuridiche;

infatti, al diritto internazionale, che per definizione regola i rapporti tra Stati sovrani sembra “*difficile applicare un’idea antropomorfa come quella di fratellanza*”⁶².

Diversamente, nel diritto dell’Unione europea, la solidarietà sembrerebbe aspirare a ben altro spessore⁶³. La solidarietà tra Stati e regioni europee è invero presente fin dai momenti iniziali della costruzione ‘comunitaria’⁶⁴. Effettivamente, nei processi di integrazione (nazionali⁶⁵ e sovranazionali⁶⁶) il ricorso alla solidarietà appariva come l’unico strumento per poter superare i particolarismi⁶⁷ che normalmente fungono da ostacolo alla pace tra i popoli.

Tuttavia, il richiamo alla solidarietà, quale elemento di aggregazione a livello europeo, non ha avuto luogo solo con l’avvento della Comunità europea, bensì ha trovato riscontri già all’epoca del pieno trionfo degli Stati sovrani, come dimostra il celebre discorso tenuto da Victor Hugo all’apertura del Congresso per la pace del 1849. L’idea di solidarietà si riscontrava poi nel pensiero di coloro (Einaudi, Spinelli, Sturzo⁶⁸ tra gli altri) che, all’indomani degli orrori della Seconda guerra mondiale, hanno creduto fermamente alla necessità dell’integrazione europea quale elemento deterrente dell’odio tra i popoli. Dalle tragedie della prima metà del Novecento, si è incominciato, dunque, a comprendere come si doveva procedere per costruire la c.d.

⁶² P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama ‘costituzionale’*, 2016, p. 1.

⁶³ *Ivi*, p. 2 ss.

⁶⁴ V. COSTANTINESCO, R. KOVAR, J.P. JACQUE, *Traite instituant la CEE*, Paris, 1992, in *commento all’art. 2 Trattato CE*. V. anche G. BOSCO, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1992, p. 587.

⁶⁵ In particolare negli stati federali o con una forte connotazione regionalistica si accenna spesso al concetto di solidarietà. A tal fine basti vedere il Preambolo della Costituzione della Confederazione Elvetica, in cui si afferma che il Popolo svizzero e i Cantoni: “*risoluti a rinnovare l’alleanza confederale e a consolidarne la coesione interna, al fine di rafforzare la libertà e la democrazia, l’indipendenza e la pace, in uno spirito di solidarietà e di apertura al mondo*”. Cfr. anche la Costituzione spagnola, la quale “*se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*” (art. 2, Cost. Spagna).

⁶⁶ La solidarietà si richiama anche durante i processi di integrazione regionale. In America Latina, abbiamo il Trattato costitutivo della Unione delle Nazioni Sudamericane del 23 maggio 2008 a cui hanno aderito Argentina, Bolivia, Brasile, Colombia, Cile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay e Venezuela. Questo parla difatti di solidarietà nel suo Preambolo.

⁶⁷ In ordine al concetto di solidarietà nelle relazioni internazionali v. M. WEBER, *The concept of solidarity in the study of world politics: towards a critical theoretic understanding*, in *Review of International Studies*, 2007, p. 693 ss.

⁶⁸ Don Sturzo fa riferimento alla solidarietà in ordine alla sua battaglia per la costruzione internazionale di giustizia e di pace, v. L. STURZO, *La vera vita. Sociologia del soprannaturale*, Opera omnia, Bologna, 1960, p. 216. Cfr. anche A. PALAZZO, *La democrazia industriale secondo Sturzo*, in E. GUCCIONE (a cura di), *Luigi Sturzo e la democrazia nella prospettiva del terzo millennio*, Atti del seminario internazionale di Erice del 7-11 ottobre 2000, Firenze, 2004, II, p. 733. V. nella stessa opera anche S. DELUREANU, *L’impegno europeistico di Luigi Sturzo e le Nouvelles Equipes Internationales*, *ivi*, I, p. 365 ss.

Europa unita: bisognava, infatti, superare la logica della cooperazione intergovernativa, che aveva causato il fallimento di esperienze come la Società delle Nazioni⁶⁹.

Coerentemente a questi assunti si esprime anche Robert Schuman nella sua celebre dichiarazione del 9 maggio 1950⁷⁰, durante la quale segnatamente disse che: *“l’Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto”*⁷¹. In questo discorso, l’allora ministro degli esteri francese, non fece altro che notare la necessità di una cooperazione in Europa, che potesse garantire progressivamente i più alti livelli d’integrazione e solidarietà tra gli Stati⁷².

L’analisi che segue intende, pertanto, esplorare la misura in cui il principio di solidarietà si sia radicato nel quadro giuridico europeo. Si evidenzierà che, fino all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, suddetto principio trovava solo vaghi e sporadici riconoscimenti a livello di disposizioni di rango primario. Diverso, invece, è stato l’approccio seguito con il nuovo Trattato sull’Unione (TUE) e con il Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE) in cui il principio di solidarietà è stato valorizzato anche in settori chiave, compreso quello dell’UEM. Se ne dedurrà che, negli ultimi anni, la solidarietà tra Stati membri si sia rafforzata, contrariamente a quelle opinioni populiste che affermano come l’Unione, in realtà, stia passando da una Comunità di ‘benefici’ ad una di ‘sacrifici’ a discapito dei Paesi e delle classi sociali più deboli. Ciononostante, si proverà a dimostrare che la percezione crescente dell’insufficienza dell’azione solidale tra gli Stati dell’Unione risiede nel fatto che il ricorso alla stessa, in questi anni di crisi, è ancor più urgente rispetto al passato⁷³; sembrerebbe essere questa, dunque, la ragione per cui le innovazioni introdotte a Lisbona in tema di solidarietà appaiono (apparentemente) inadeguate.

⁶⁹ Nel Manifesto di Ventotene, si evidenzia la dannosità di esperienze quali la Società delle Nazioni *“che pretendano di garantire un diritto internazionale senza una forza militare capace di imporre le sue decisioni e rispettando la sovranità assoluta degli stati partecipanti. Assurdo è risultato il principio del non intervento, secondo il quale ogni popolo dovrebbe essere lasciato libero di darsi il governo dispotico che meglio crede, quasi che la costituzione interna di ogni singolo stato non costituisca un interesse vitale per tutti gli altri paesi europei”*.

⁷⁰ Tale dichiarazione del ministro degli Esteri francese Robert Schuman risale al 9 maggio 1950. Egli aveva paventato la creazione di una Comunità europea del carbone e dell’acciaio, i cui Stati membri avrebbero dovuto mettere in comune la produzione di tali sostanze minerarie.

⁷¹ La citazione è tratta dalla Dichiarazione Schuman.

⁷² Cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Bari, 2013, III ed., p. 4.

⁷³ P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama ‘costituzionale’*, cit., p. 2.

2. La solidarietà pre-Lisbona

I trattati originari contenevano rari riferimenti all'idea di solidarietà. Uno dei primi è contenuto nel Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), e in particolare nel suo Preambolo (punto 3) in cui si legge che *“l'Europa non si potrà costruire altro che mediante concrete realizzazioni che creino innanzitutto una solidarietà di fatto, e mediante l'instaurazione di basi comuni di sviluppo economico”*⁷⁴. È facile intuire come questa disposizione si sia ispirata alla Dichiarazione Schuman, attraverso una riproposizione quasi letterale della stessa. Inoltre, nel Trattato che istituisce la Comunità economica europea (CEE)⁷⁵, nel Preambolo (punto 1), viene esplicitata l'intenzione di *“porre le fondamenta di una unione sempre più stretta fra i popoli europei”*.

Altro richiamo alla solidarietà, meno diretto e più moderato, era contenuto sempre nel Trattato CEE, ma al suo art. 103. Tale disposizione prevedeva che gli Stati membri dovevano considerare la loro politica congiunturale come una *“questione di interesse comune”* e declinava una procedura particolare - culminante con una delibera all'unanimità del Consiglio - applicabile in caso di *“difficoltà sopravvenute nell'approvvigionamento di determinati prodotti”*. All'art. 108 dello stesso trattato vi era comunque un richiamo ancor più chiaro alla solidarietà; tale norma disponeva che *“in caso di difficoltà o grave minaccia di difficoltà nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro, provocate da uno squilibrio globale della bilancia o dal tipo di valuta di cui esso disponeva, e capaci di compromettere il funzionamento del mercato comune o l'attuazione della politica commerciale comune”*, il Consiglio, su raccomandazione della Commissione, una volta accertata l'insufficienza delle misure adottate dallo Stato membro interessato, aveva il potere di accordare a quest'ultimo un *“concorso reciproco”*. Quest'ultimo, ai sensi del par. 2, lett c) della norma di cui sopra, poteva assumere anche la forma di concessione di crediti da parte degli altri Stati membri, con riserva di consenso di questi ultimi⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, v. sito www.eur-lex.europa.eu.

⁷⁵ Il Trattato CEE, ossia il "Trattato che istituisce la Comunità economica europea" ha istituito la c.d. CEE. È stato firmato il 25 marzo 1957 insieme al Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (EURATOM): insieme costituiscono i "Trattati di Roma". Insieme al trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, ovvero la CECA, firmato a Parigi il 18 aprile del 1951, sono l'emblema del momento costitutivo delle Comunità europee.

⁷⁶ Degna di nota è la sentenza della Corte 6-11/69, in cui affermò che sulla solidarietà si fondava l'obbligo degli Stati membri di assicurare l'equilibrio delle loro finanze pubbliche e di coordinare a tal

Nel tempo, le varie modifiche, che hanno investito i trattati, hanno allargato le aree di operatività della solidarietà, senza che però tale intervento venisse sostenuto da un chiaro obiettivo politico e/o da un qualsiasi schema normativo sistematico⁷⁷.

Il Trattato di Maastricht (1992) volle segnare un punto di svolta nella definizione delle politiche di solidarietà a livello comunitario. Innanzitutto, nel Preambolo (punto 4) si ribadisce l'intento dei governanti europei di *“intensificare la solidarietà tra i loro popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni”*, e si conferma un sostegno attivo e *“senza riserve”* per *“la politica estera e di sicurezza dell'Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca”*⁷⁸.

L'art. A del trattato UE affermava, invece, che tra i compiti dell'Unione vi era quello *“di organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli”*. In aggiunta, nel settore della PESC, l'art. J.1 del medesimo trattato prevedeva che la politica estera e di sicurezza comune doveva essere sostenuta dagli Stati membri *“in uno spirito di lealtà e solidarietà reciproca”*.

Nonostante queste affermazioni di principio, che sembravano potessero aprire una nuova era della solidarietà nel quadro giuridico dell'Unione, esse hanno trovato concreto recepimento solo nell'art. 103 A CEE. Tale norma, al suo primo comma (in cui evidente è l'ispirazione all'originario art. 103, CEE), prevedeva che il Consiglio, con delibera all'unanimità, potesse adottare misure economiche adeguate in caso di gravi difficoltà di approvvigionamento di determinati prodotti⁷⁹. Il secondo comma, invece, contemplava una clausola di assistenza finanziaria a cui si poteva ricorrere qualora uno Stato membro avesse mostrato delle difficoltà dovute a *“circostanze eccezionali che sfuggano al suo controllo, ivi comprese le calamità naturali”*, il cui

fine le loro manovre economiche, considerandolo come un problema di interesse comune. La Corte continuò asserendo (pt. 14-17) che la solidarietà permeava l'intero sistema comunitario nel suo complesso e ciò trovava un corollario nella procedura di mutua assistenza ex art. 108 (l'attuale art. 143, TFUE).

⁷⁷ P. MANZINI., *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama 'costituzionale'*, cit., p. 2.

⁷⁸ Art. J.1, par. 4, TUE.

⁷⁹ Il passaggio dall'originario art. 103 e il testo emendato a Maastricht ha reso meno chiara la disposizione. In effetti, mentre nel primo, l'intervento del Consiglio era chiaro che dovesse far fronte a situazioni congiunturali di un singolo Stato membro, nel secondo il riferimento a *“misure adeguate alla situazione economica”*, rende incerti sul fatto se si debba tener conto della situazione economica complessiva della Comunità e non solo di uno o più Stati membri.

innesco dipendeva ancora una volta da una delibera da adottare all'unanimità del Consiglio⁸⁰.

Di segno totalmente opposto, rispetto alle norme sopra richiamate, apparivano invece tre disposizioni introdotte a seguito della riformulazione del titolo relativo alla politica economica e monetaria, che aveva portato altresì all'abrogazione dell'art. 108, CCE, di cui sopra. Tali articoli introducevano la regola del divieto di aiuto economico finanziario erogato da soggetti terzi (i.e. la Comunità e gli altri Stati membri) a favore dei Paesi in difficoltà; tali disposti possono essere letti "*come delle vere e proprie clausole di non solidarietà*"⁸¹. L'art. 104, infatti, vietava ogni forma di facilitazione creditizia e di acquisto diretto di titoli di debito da parte della BCE o delle Banche centrali nazionali a favore degli Stati membri e dai loro organismi di diritto pubblico interno; l'art. 104 A, proibiva qualsiasi misura non basata su considerazioni prudenziali che offriva agli Stati membri e ai loro organismi di diritto pubblico interno un accesso privilegiato alle istituzioni finanziarie; da ultimo, l'art. 104 B stabiliva che né la Comunità né gli Stati membri rispondevano o si facevano carico degli impegni assunti dagli altri Stati membri e/o dai loro organismi di diritto pubblico interno.

Con il Trattato di Amsterdam, invece, sono stati apportati soltanto alcuni ritocchi alle disposizioni di principio ed è stata inserita una regola che prevede la solidarietà nel settore dell'asilo. La prima modifica ha riguardato l'art. 2 del trattato CE, che, nell'elencare gli obiettivi generali della Comunità, dichiarava come quest'ultima avesse anche l'obbligo di promuovere "*la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri*". Inoltre, il nuovo art. J.1, previsto nel settore relativo alla PESC, oltre a prevedere l'obbligo di sostegno solidale tra Stati membri nell'ambito delle politiche correlate alla PESC, inseriva per i Paesi membri l'obbligo di agire in sintonia per rafforzare e sviluppare la 'reciproca solidarietà politica' tra Stati membri.

Quanto al dovere di solidarietà aggiunto alle disposizioni disciplinanti la politica d'asilo, l'art. 73 L regolava un meccanismo di solidarietà a favore di quegli Stati che si trovavano in una situazione temporanea di difficoltà a causa di un afflusso

⁸⁰ La disposizione relativa alla assistenza finanziaria in caso di calamità naturali o circostanze eccezionali, leggermente modificata in senso formale è confluita nell'art. 100, 2 comma, del TCE, nel testo consolidato post trattato di Nizza.

⁸¹ P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama 'costituzionale'*, cit., p. 3.

improvviso di cittadini provenienti da Paesi terzi. In questo caso, il Consiglio poteva decidere, a maggioranza qualificata, misure che non potevano avere durata superiore ai sei mesi per soccorrere lo Stato o gli Stati membri interessati⁸².

In ordine al principio di solidarietà, neppure le riforme varate in occasione del Trattato di Nizza sono risultate particolarmente significative. Da una parte, è stato riformulato l'intervento che l'Unione poteva realizzare a favore di uno Stato membro in difficoltà o minacciato da gravi difficoltà derivanti da calamità naturali o da circostanze eccezionali; dopo la modifica, il Consiglio poteva accordare l'aiuto a maggioranza qualificata invece che all'unanimità⁸³. Dall'altra, si assiste alla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali⁸⁴, che ha dedicato un intero titolo alla solidarietà (artt. 27-38), lasciando ad una successiva fase di maturazione il compito di sciogliere il nodo della valenza giuridica da attribuire alla Carta stessa⁸⁵.

Per quanto attiene alla giurisprudenza, raramente si riscontrano pronunce della Corte di giustizia sul tema. Nel caso *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij c. Commissione* (1978), la Corte dichiarò che la solidarietà rientrava tra i principi fondamentali dell'allora Comunità. Ciononostante, l'affermazione della Corte risulta generica, considerato che si limitò semplicemente ad affermare che la mancata adozione da parte del Consiglio di una decisione ex art. 103, CEE, volta a porre fine alle intervenute difficoltà nell'approvvigionamento, rappresentava un chiaro disconoscimento del "principio di solidarietà comunitaria"⁸⁶. Nella sentenza *Commissione c. Regno Unito*⁸⁷ del 1979, la Corte si preoccupò invece di trovare un fondamento positivistico al principio di solidarietà, collegandolo al rispetto degli obblighi derivanti dal trattato. Più nello specifico, i giudici di Lussemburgo affermarono che la violazione da parte di uno Stato membro delle disposizioni contenute nei trattati, per assicurare il perseguimento di un interesse puramente nazionale, rappresentava una palese rottura dell'equilibrio degli oneri e dei vantaggi

⁸² Tale disposto è poi confluito nell'art. 64, trattato CE, nel testo consolidato post trattato di Nizza.

⁸³ V. art. 100 che modifica l'originario art. 103 A.

⁸⁴ Tuttavia, in occasione del trattato di Nizza, la Carta dei diritti fondamentali è stata semplicemente approvata, tuttavia venne rinviata ad una conferenza successiva la decisione relativa al valore giuridico che doveva essere attribuito alla stessa, i.e. il successivo trattato di Lisbona. Per approfondimenti cfr. G. DI FEDERICO, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection after the Lisbon Treaty*, in *The Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, DORDRECH HEIDELBERG LONDON NY, Springer, 2011, pp. 15 – 54.

⁸⁵ Per approfondimenti cfr. G. TESAURO, *Il diritto dell'Unione europea*, CEDAM, 2012, p. 13 ss.

⁸⁶ V. sentenza del 29 giugno 1978, c. 77/77, *Benzine en petroleum handelsmaatschappij BV ed a c. Commissione*, Racc. p. 1513, punti. 14 e 15.

⁸⁷ Sentenza del 7 febbraio 1979, c. 128/78, *Commissione c. Regno Unito*, in Racc. , p. 419, v. in particolare, punto 12.

che derivano dall'appartenenza alla Comunità; un'azione di tal genere costituiva una violazione dei “*doveri di solidarietà*” che gli Stati membri erano obbligati a rispettare e scuoteva le “*fondamenta dell'ordinamento giuridico comunitario*”.

Vi sono state anche altre occasioni, sebbene molto rare, in cui le Corti di Lussemburgo si sono espresse sul principio di solidarietà; tuttavia, ogni volta si è avuta l'impressione che a tale principio vi si riferisse come se fosse un concetto vago, dai contorni non meglio definiti⁸⁸. Così, infatti, è successo nella sentenza *Valsabbia c. Commissione* in cui la Corte, richiamando il Preambolo del Trattato CECA, sostenne che la politica d'emergenza nel settore siderurgico dovesse ispirarsi al “*principio fondamentale della solidarietà tra varie imprese*”⁸⁹. Nel caso *Breda Fucine Meridionali e altri c. Commissione*⁹⁰, il Tribunale fece invece riferimento al principio di solidarietà per affermare che le deroghe alla concorrenza, permesse ai sensi dell'art. 92, n. 3, TCE (l'attuale art. 107 del TFUE) a favore degli aiuti regionali, si basavano sulla necessità di garantire la “*solidarietà comunitaria*” quale obiettivo fondamentale del trattato.

3. La solidarietà a Lisbona

In un quadro così scarno e frammentato, e per certi versi contraddittorio⁹¹, il Trattato di Lisbona si è rivelato particolarmente utile per la valorizzazione del principio di solidarietà. A Lisbona, infatti, sono state aggiunte nuove disposizioni, al punto che i citati inserimenti hanno indotto parte della dottrina a ritenere che la solidarietà abbia assunto oramai il “*rango di principio dei Trattati*”⁹².

⁸⁸ P. MANZINI., *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama 'costituzionale'*, cit., p. 4.

⁸⁹ Sentenza del 18 marzo 1980. *SpA Ferriera Valsabbia e altri. c. Commissione*, cause riunite 154, 205, 206, 226 a 228, 263 e 264/78, 39, 31, 83 e 85/79, Racc. p. 907, punto 59.

⁹⁰ Sentenza del 15 settembre 1998, cause riunite T-126/96 e T-127/96, *Breda Fucine Meridionali e altri c. Commissione*, Racc. II – 3437, pt. 101.

⁹¹ Basti pensare all'apparente conflitto tra l'obiettivo della solidarietà tra Stati membri individuato in via generale dall'art. 2, CE, e le altre disposizioni del trattato che, viceversa, sembrano richiamare la non-solidarietà tra Stati membri, ammettendola solo in casi eccezionali per superare situazioni contingenti di difficoltà.

⁹² Cfr. sul punto cosa sostiene U. VILLANI, il quale rileva che fra i principi generali vi è anche il principio di solidarietà. Egli, infatti, scrive: «[l'Unione promuove il principio di solidarietà] tra le generazioni (art. 3, par. 3, co.2, TUE), tra gli Stati membri (art. 3, par. 3, co. 3, TUE, nonché l'art. 122 TFUE, in materia di politica economica, e l'art. 222 TFUE, c.d. clausola di solidarietà) e tra i popoli (art. 3, par. 5, TUE)». Poi aggiunge «per quanto possano qualificarsi come generali [i principi dell'Unione, fra i quali il principio di solidarietà], o fondamentali, rappresentano il contenuto di

In effetti, con Lisbona, la solidarietà viene portata ad un livello ‘costituzionale’ in quanto richiamata direttamente all’art. 2 del TUE. Questa disposizione si riferisce espressamente ad una collettività “*caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*”. La solidarietà rientra, inoltre, tra i nuovi obiettivi dell’Unione, elencati all’art. 3 del TUE, secondo il quale l’UE si impegna a promuovere la solidarietà tra le generazioni⁹³, i popoli⁹⁴ e gli Stati membri⁹⁵.

La portata di tale principio sembrerebbe, pertanto, notevolmente ampliata rispetto al passato⁹⁶. Una volta, infatti, la solidarietà aveva una valenza individuale e trovava attuazione all’interno dei confini nazionali; ora tale principio sembra includere una prospettiva solidaristica non solo tra i popoli, ma anche tra gli Stati d’Europa⁹⁷. A conferma di quanto testé riferito, basti pensare al fatto che il principio di solidarietà sembra permeare anche il principio di leale cooperazione tra Stati membri in virtù del quale “*l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati*” (art. 4, par. 3, TUE)⁹⁸.

La stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁹⁹, che - come detto sopra - con Lisbona ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati¹⁰⁰, prevede un

disposizioni dei Trattati e quindi sono già vigenti come diritto primario», vedi U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto*, cit., p. 248; sul tema si veda anche G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell’Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2011, III ed., p. 211 ss.

⁹³ L’art. art. 3, par. 3, co. 2, TUE così recita: «*[l’Unione combatte l’esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore*».

⁹⁴ L’art. 3, par. 5, TUE così recita «*Nelle relazioni con il resto del mondo l’Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all’eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite*».

⁹⁵ Art. 3, par. 3, co. 3, TUE «*[l’Unione] promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri*»

⁹⁶ Il principio di solidarietà è ribadito anche fra i principi della politica estera e di sicurezza comune (artt. 21, 24, 31, TUE); in dottrina tra i tanti cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Torino, p. 379; A. LANG, M.P. MARIANI, *La politica estera dell’Unione europea: Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014, p. 19. In materia di politica economica (art. 122 TFUE), nel settore dell’energia (art. 194 TFUE), e nella c.d. clausola di solidarietà (art. 222 TFUE), cfr. G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell’Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l’integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 371-372.

⁹⁷ R.M. CREMONINI, *Il principio di solidarietà*, cit., p. 435.

⁹⁸ Sulla corrispondente norma dell’art. 10 TCE v. D. RINOLDI, Art. 10, in F. POCAR (a cura di), cit., p. 115 ss., p. 117, e R.M. CREMONINI, cit., p. 443 ss.

⁹⁹ Per un approfondimento relativo al ruolo attribuito dalla Carta dei diritti fondamentali nell’ordinamento dell’Unione si veda L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’UE alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, TORINO,

apposito titolo dedicato alla solidarietà (Capo IV)¹⁰¹. La Carta, nella sua nuova valenza giuridica, propone un nuovo legame tra diritti e solidarietà: “*Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l’Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l’Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell’Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*” (v. il Preambolo).

L’innovazione rispetto alla logica sottesa ai trattati originari è evidente. Questi non contenevano riferimenti così espliciti ai concetti di uguaglianza e solidarietà; viceversa, il Trattato di Lisbona, assieme alla Carta, ha prescritto e introdotto un equo bilanciamento tra interessi individuali ed esigenze sociali¹⁰².

È proprio grazie ad una visione solidale dei diritti che sembra imporsi quella (prima quasi sconosciuta) “*solidarietà tra estranei*”, che per Habermas promuove l’integrazione europea¹⁰³ e che per Balibar fonda l’idea di una nuova cittadinanza europea¹⁰⁴. D’altro canto, un rapporto armonico tra le varie categorie di diritti costituisce il contributo tipicamente europeo all’esperienza costituzionale internazionale. Non casualmente siffatto connubio tra diritti individuali e socialità è alla base di quello che è stato chiamato il nuovo “*European Dream*”, in contrapposizione al tradizionale “*American Dream*”¹⁰⁵.

Nonostante ciò, la solidarietà nell’Unione europea non sembrerebbe avere assunto ancora un significato chiaro e uniforme; essa, infatti, pare potersi declinare in maniera differente a seconda del contesto in cui viene presa in esame¹⁰⁶. In questo quadro, nel prosieguo del nostro lavoro, ci si propone di analizzare - oltre alle

Giappichelli, 2011, pp. 119-131; L.S. ROSSI, *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei Diritti UE e standards internazionali*, NAPOLI, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 460; L.S. ROSSI, *Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le Traité de Lisbonne*, in *Chemins de l’Europe Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, PARIS, Dalloz, 2010, pp. 609-625.

¹⁰⁰ V. art. 6, n. 1, primo comma del TUE.

¹⁰¹ Gli articoli da 27 a 38, infatti, disciplinano i diritti dei lavoratori, la protezione della vita familiare e professionale, il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza e assistenza sociali, la tutela della salute, l’accesso ai servizi di interesse economico generale, la tutela dell’ambiente e la protezione dei consumatori. Sulla valenza sociale della solidarietà v. R. M. CREMONINI, *op. cit.*, p. 448 ss.

¹⁰² S. RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 21 ss.

¹⁰³ Cfr. J. HABERMAS, *La creazione di una identità europea è necessaria e possibile?*, Id., *L’Occidente diviso*, Bari-Roma, 2007, p. 53 ss.

¹⁰⁴ E. BALIBAR, *Nous, citoyens d’Europe? Les frontières, l’état, le peuple*, Paris, 2001, ed in particolare il saggio *Europe difficile: les chantiers de la démocratie*, p. 286 ss.

¹⁰⁵ J. RIFKIN, *The European Dream. How the Europe’s Vision of the Future is Quietly Eclipsing the American Dream*, New York, 2005.

¹⁰⁶ In generale v. R.M. CREMONINI, *Il principio di solidarietà nell’ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L’ordinamento europeo. I principi dell’Unione*, Milano, 2006, p. 435 ss.

dichiarazioni di principio sopra esaminate - gli altri settori dei trattati, emendati a Lisbona, in cui il richiamo al principio solidaristico è esplicito (parr. 4-8); tenteremo, con questo approccio, di comprendere in che modo le clausole di solidarietà si innescano a seconda dei settori in cui esse vengono invocate. Infine, proveremo a soppesare il valore che la solidarietà ha oggi assunto nei trattati: verificheremo anzitutto se la solidarietà nell'UE debba essere considerata come la regola o come una semplice eccezione azionabile in circostanze particolari; e qualora la risposta alla nostra domanda dovesse propendere verso la seconda opzione, valuteremo allora se sia riscontrabile, in questo caso, un contrasto tra gli obiettivi proclamati nei trattati e le norme contenute nei settori in cui questi si articolano (par. 9).

4. La Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC) e la Politica europea di sicurezza e di difesa (PESD)...in generale

La Politica estera e di sicurezza comune (PESC) è contenuta nel titolo V (*“Disposizioni sulla politica estera e di sicurezza comune”*) del trattato sull'Unione europea (TUE) e comporta la definizione progressiva di una Politica europea di sicurezza e di difesa (PESD) che, al momento opportuno, potrebbe condurre alla creazione di una difesa comune.

Il Trattato di Lisbona ha convertito il Titolo V in *“Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione europea e disposizioni specifiche sulla Politica estera e di sicurezza comune”*. Va osservato che la PESC si fonda sullo sviluppo della reciproca 'solidarietà' tra Stati membri, sull'individuazione delle questioni di interesse generale e sulla realizzazione di un livello sempre più alto di convergenza delle azioni degli Stati membri.

Per quanto riguarda la PESD, che fino al trattato di Lisbona si è sviluppata in gran parte al di fuori di un preciso contesto giuridico e istituzionale, le novità introdotte sono rilevanti. Queste riguardano l'istituzione di una *“cooperazione strutturata permanente”* fra gli Stati membri che vogliono realizzare un'integrazione più stretta; il rafforzamento dei vincoli di *solidarietà* fra i Paesi dell'Unione con l'introduzione, in particolare, delle due clausole di difesa e solidarietà collettiva (v. *infra*).

La possibilità di istituire una cooperazione strutturata permanente è concessa a quegli Stati membri che soddisfano determinati criteri in termini di capacità militari -

specificati in un protocollo allegato al trattato - e che sottoscrivono impegni vincolanti per la realizzazione delle missioni più impegnative dell'Unione. Per garantire trasparenza e uguaglianza di condizioni a tutti, tali criteri riguardano il conseguimento di elevate capacità militari operative attraverso "pacchetti" di forze nazionali e multinazionali, nonché la partecipazione allo sviluppo di programmi comuni o europei per la predisposizione di equipaggiamenti di vasta portata nel quadro dell'Agenzia per la difesa.

La cooperazione strutturata permanente appare quindi differente sia rispetto alla cooperazione rafforzata, poiché ha portata più circoscritta, sia rispetto a precedenti iniziative nel settore della PESC, giacché ha carattere strutturato e la valutazione delle capacità si basa su una forma di certificazione (come avviene nella NATO).

Tuttavia, l'affermazione del principio di solidarietà, nella sua proiezione esterna, è ancor più evidente agli articoli 21, par. 1 (principi sui quali si fonda l'azione esterna dell'Unione), e 24 (principi della PESC). Quest'ultimo articolo, in particolare, ai suoi commi secondo e terzo, declina la solidarietà nel settore PESC: da una parte, viene definita come fondamento della politica estera dell'Unione, dall'altra, come lo spirito che deve caratterizzare l'azione degli Stati membri durante il sostegno a tale politica. Lisbona, pertanto, nel settore della politica estera, sembra accentuare la necessità di sviluppare la "*reciproca solidarietà politica*" tra Stati membri.

La vera novità del settore è però rappresentata dall'inserimento nei Trattati delle due clausole di solidarietà (il cui esame si svilupperà nei paragrafi che seguono): la prima, è una 'clausola di reciproca difesa' prevista all'art. 42, par. 7 del TUE, che impone un dovere di aiuto e di assistenza reciproca fra Stati membri, nel caso in cui uno Stato sia oggetto di un'aggressione armata nel suo territorio, in conformità all'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite e nel rispetto degli impegni dell'organizzazione del trattato del Nord-Atlantico per gli Stati membri che vi appartengono. La seconda, è una 'clausola di solidarietà' inserita all'art. 222 del TFUE, che impone all'Unione e agli Stati membri di agire congiuntamente qualora uno di questi sia oggetto di un attacco terroristico o di una calamità naturale o provocata dall'uomo.

4.1. La clausola di mutua difesa collettiva: l'art. 42, par. 7, TUE

La clausola di mutua difesa collettiva ex art. 42, paragrafo, 7 del TUE, prevede segnatamente che: *“Qualora uno Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite. Ciò non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri. Gli impegni e la cooperazione in questo settore rimangono conformi agli impegni assunti nell'ambito dell'Organizzazione del trattato del Nord-Atlantico che resta, per gli Stati che ne sono membri, il fondamento della loro difesa collettiva e l'istanza di attuazione della stessa”*.

Il testo sopra riportato si ispira all'analogo clausola prevista dall'art. V del Trattato di Bruxelles del 1948, nella quale, però, il riferimento alla natura militare dell'aiuto da prestare era assai più esplicito¹⁰⁷.

Va anzitutto sottolineato come il secondo periodo del primo comma di suddetto articolo abbia recepito una proposta presentata dall'Italia nel corso dei lavori della Convenzione sul futuro dell'Europa per risolvere il problema dei Paesi neutrali (Finlandia, Svezia, Irlanda e Austria) che avrebbero altrimenti richiesto l'inserimento di una disposizione di *opt-in* che li escludesse dal campo di applicazione della clausola di difesa reciproca, salvo loro richiesta in senso contrario¹⁰⁸. Peraltro, il principio secondo cui le disposizioni riguardanti la politica comune in materia di sicurezza e di difesa non pregiudicano il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa degli Stati membri è ribadito nelle Dichiarazioni n. 13 e n. 14 relative alla politica estera e di sicurezza comune allegate al Trattato. I riferimenti, nel primo e nel secondo comma, alla Carta delle Nazioni Unite e alla NATO (su cui torneremo fra poco) mirano invece a garantire la compatibilità della clausola di difesa reciproca con l'appartenenza a tali organizzazioni.

Di non facile identificazione sono i presupposti in presenza dei quali sorge per gli Stati membri l'obbligo di prestare aiuto ai sensi dell'art. 42, par. 7, TUE. Ci si

¹⁰⁷ L'articolo 5 del Trattato di Bruxelles recitava: *"Nel caso in cui una delle Parti Contraenti sia oggetto di un'aggressione armata in Europa, le altre Parti, conformemente alle disposizioni di cui all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, gli presteranno aiuto e assistenza con tutti i mezzi a loro disposizione, militari e non"*.

¹⁰⁸ Cfr. S. MYRDAL, M. RHINARD, *The European Union's Solidarity Clause: Empty Letter or Effective Tool?*, UI Occasional Papers, n. 2/2010, Swedish Institute of International Affairs, Stockholm, p. in <http://www.ui.se/upl/files/44241.pdf>

domanda se lo Stato aggredito deve ufficialmente invocare l'aiuto o è sufficiente l'autonoma valutazione della circostanza che uno di loro sia stato vittima di un atto di aggressione. Da un lato, sembrerebbe più logica la seconda soluzione, posto che la disposizione in commento non fa alcun esplicito riferimento alla questione, mentre l'art. 222, TFUE, ai par. 1 e 2, parla chiaramente di "*richiesta delle (...) autorità politiche*" dello Stato leso. Dall'altro, il richiamo dell'art. 51 della Carta dell'ONU, ai sensi del quale l'esercizio della difesa collettiva si innesca solo a seguito della richiesta da parte dello Stato vittima dell'attacco¹⁰⁹, sembrerebbe far propendere verso la prima opzione. Nondimeno, l'episodio francese del 13 novembre 2015¹¹⁰ (primo caso di ricorso all'art. 42, par. 7, TUE) fa propendere per quest'ultima impostazione.

Bisogna, peraltro, verificare l'impiego di quali mezzi assolva all'obbligo di solidarietà di cui all'art. 42. Il ricorso generico alle nozioni di "*aiuto*", "*assistenza*", da prestare con "*tutti i mezzi in possesso*" degli Stati membri e il mancato riferimento a misure di tipo bellico, suggeriscono un certa flessibilità in merito alle modalità di intervento consentite. Gli Stati membri non sembrano dunque 'tenuti' a intraprendere operazioni militari in autodifesa collettiva. In effetti, l'Unione europea non nasce come un'alleanza militare e la clausola di mutua assistenza non è suscettibile di renderla tale. Perciò, alla luce di quanto sopra considerato, la clausola di mutua assistenza pare concedere agli Stati membri un certo margine di manovra nell'individuare forme e contenuti dell'assistenza dovuta. Tuttavia, tali forme e contenuti, sebbene possano essere variamente graduati, dovrebbero pur sempre uniformarsi all'istituto della legittima difesa di cui all'art. 51 della Carta dell'ONU. È necessario, inoltre, valutare se l'oggetto e la portata dei mezzi da mettere a disposizione dello Stato aggredito possano essere determinati unilateralmente o se invece debbano essere concordati con quest'ultimo. Sul punto, non sembra si possa escludere la possibilità di organizzare delle consultazioni e/o siglare accordi tra Stato aggredito e singoli Stati membri, come del resto è accaduto nel caso della Francia, la quale si è impegnata nell'avvio di veri e propri negoziati¹¹¹.

¹⁰⁹ International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), judgment of 27 June 1986, par. 193 et seq., par. 199.

¹¹⁰ Gli attentati del 13 novembre 2015 a Parigi sono stati una serie di attacchi terroristici di matrice islamica organizzati ed eseguiti da un gruppo armato collegato allo Stato Islamico, noto come ISIS.

¹¹¹ V. le conclusioni del Consiglio affari esteri del 17 novembre 2015.

Si evidenzia che l'art. 42, par. 7, TUE, non fornisce particolari indicazioni sulle modalità di assolvimento dell'obbligo di solidarietà. Se ne deduce che la buona fede è il principio che dovrebbe permeare la materia. Siffatte modalità, pertanto, non potranno essere definite unilateralmente dagli Stati assistenti né dallo Stato richiedente, ma nemmeno formare oggetto di ingiustificati rifiuti da parte dei primi.; invero, tutti sono tenuti a conformarsi al generale obbligo di leale collaborazione¹¹² previsto dall'art. 4, par. 3 del TUE¹¹³.

Giova, inoltre, ricordare la clausola di mutua assistenza innesca una dinamica intergovernativa che sembra estromettere le istituzioni dell'Unione da qualsiasi processo decisionale in merito alle misure da intraprendere. Pertanto, l'obbligo di prestare aiuto e assistenza grava sugli Stati, i quali possono decidere di assolverlo autonomamente o agendo presso le organizzazioni competenti di cui sono membri. L'art. 42 non richiede che la domanda di aiuto venga inoltrata ad una istituzione UE, né tantomeno impone formalità particolari da parte degli Stati membri o delle istituzioni. Al massimo l'Unione europea e le sue istituzioni potrebbero essere utilizzate come veicolo per agevolare il dialogo tra Stato aggredito e gli altri membri in ordine alla scelta delle modalità da seguire ai fini dell'erogazione dell'assistenza. Così d'altronde si è espresso l'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza¹¹⁴ all'indomani degli attentati di Parigi. Ciò significa che le istituzioni ufficiali dell'Unione non sembrerebbero poter svolgere alcun ruolo. Forse, in ultima istanza, una qualche forma di partecipazione potrebbe provenire - anche se solo in via informale e per coordinare le iniziative statali - da Consiglio e Consiglio europeo, in quanto organi intergovernativi¹¹⁵.

¹¹² Sul principio di leale cooperazione si veda F. CASOLARI, *The principle of loyal co-operation: a 'master key' for EU external representation?*, in *Principles and practices of EU external representation*, THE HAGUE, Asser Institute, 2012, pp. 11 - 35 (CLEER WORKING PAPERS).

¹¹³ Così già M. GESTRI, *Tutti per uno? La Francia invoca la clausola europea di difesa*, in *Affari internazionali*, 23 novembre 2015, www.affarinternazionali.it; G.L. TOSATO, *Interrogativi sul ricorso della Francia alla clausola di difesa collettiva ex art. 42.7 TUE*, in *Aperta contrada*, 3 dicembre 2015, www.apertacontrada.it.

¹¹⁴ Cfr. *Remarques introductives de la Haute Représentante et Vice-Présidente Federica Mogherini lors de la conférence de presse avec Jean Yves Le Drian, Ministre de la Défense Français*, *European External Action Service*, 17 novembre 2015, www.eeas.europa.eu.

¹¹⁵ Sul punto G.L. TOSATO, *Interrogativi sul ricorso della Francia alla clausola di difesa collettiva ex art. 42.7 TUE*, cit., fa osservare che, nonostante il principio di attribuzione sembri precludere un qualche ruolo dell'Unione, "non si può escludere una prassi evolutiva, come è avvenuto in altri settori; e fors'anche si potrebbe pensare a un ricorso alla clausola di flessibilità dell'art. 352 TFUE".

4.2. La clausola di solidarietà di cui all'articolo 222, TFUE

Com'è noto la clausola di difesa reciproca di cui all'articolo 42, paragrafo 7, TUE, non costituisce l'unica clausola di solidarietà introdotta dal Trattato di Lisbona. Infatti, l'accordo firmato nel 2007 ha previsto l'inserimento del nuovo articolo 222 che reca la c.d. clausola di solidarietà.

L'art. 222 contempla due ipotesi in cui il meccanismo di intervento si può attivare. La prima, prevede un intervento congiunto dell'UE e degli Stati membri attraverso la mobilitazione di tutti gli strumenti di cui l'Unione dispone, inclusi i mezzi militari messi a disposizione dai suoi membri (par. 1). La seconda, prevede l'assistenza dei soli Stati membri in seguito alla richiesta dello Stato attaccato, sotto il coordinamento del Consiglio (par. 2). Diversamente dall'art. 42 del TUE, l'art. 222 del TFUE sembra fondare l'azione in solidarietà sull'intervento dell'apparato istituzionale dell'Unione. Inoltre, l'art. 222 sembra invocare una richiesta di aiuto sul territorio nazionale per fronteggiare un attacco terroristico; per contro, l'art. 42, par. 7, TUE apre l'aiuto sul piano esterno per fronteggiare nell'immediato un vero e proprio atto di aggressione da dove esso proviene¹¹⁶.

Le due clausole non solo presentano presupposti diversi ai fini della loro applicazione, ma anche un contenuto diverso. In effetti, l'art. 42, par. 7, TUE può condurre sino all'utilizzo delle forze militari dei Paesi membri dell'UE e al conseguente coinvolgimento del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Una interpretazione confortata dall'inquadramento di tale norma nella parte del TUE dedicata alla politica di difesa e sicurezza comune e dal riferimento all'art. 51 della Carta dell'ONU. Di contro, l'art. 222, TFUE, non sembra poter legittimare iniziative di tipo militare, anche perché, in merito all'eventuale azione dell'Unione ex art. 222, la decisione 2014/415/UE del Consiglio del 24 giugno 2014 relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà prescrive, all'art. 2, par. 2, che essa “*non comporta implicazioni nel settore della difesa*”, posto che non rientra nelle competenze in tema di politica di sicurezza e di difesa comune. Pertanto, la decisione non permette l'utilizzo di tali strumenti a scopi difensivi. Questo aspetto è sottolineato anche dal tredicesimo considerando, il quale statuisce che “*se una crisi richiede un intervento di pertinenza della PESC o della PSDC, la relativa decisione*

¹¹⁶ C.C. CîRLI, *The EU's mutual assistance clause first ever activation of Article 42(7) TEU*, cit., p. 8.

dovrebbe essere presa dal Consiglio in conformità delle pertinenti disposizioni dei trattati”, in particolare, in conformità agli artt. 23 e ss. e 42 e ss. del TUE.

Per di più, l’assenza nel par. 2, dell’art. 222, di riferimenti all’art. 51 della Carta o comunque all’uso delle armi sembrerebbe anch’esso contribuire a mitigare la prospettiva di ricorso alla forza militare. Ad ogni modo, anche in questa ipotesi, il ricorso a misure belliche potrebbe, al limite, risultare dall’applicazione delle disposizioni concernenti la PESC, rispetto alle quali però il ricorso all’art. 222, TFUE, non appare costituire un presupposto necessario. In definitiva, le due clausole in commento si differenziano quanto alle fattispecie in presenza delle quali si devono organizzare le risposte solidali, alla proiezione interna o esterna delle azioni in solidarietà e al coinvolgimento o meno delle istituzioni europee.

5. La Solidarietà nel settore dell’energia

5.1. Introduzione al contesto normativo

Il settore dell’energia per lungo tempo è rimasto fuori dal cerchio delle competenze dell’Unione; per qualche anno, poi, è stato confinato in una sorta di anticamera in attesa di varcarne il confine e, alla fine, vi è entrato a pieno titolo. Invero, sotto la pressione di sopravvenute esigenze e del più volte sottolineato allargamento dell’area di azione dell’Unione, l’energia era subentrata, sul terreno della prassi, tra le iniziative dell’allora Comunità, per poi trovare a Maastricht una certa visibilità a livello di Trattato, ma solo nel senso di essere elencata tra gli obiettivi della Comunità (art. 3, lett. *t*), TCE), senza che all’inserimento in tale elenco si accompagnasse la previsione di corrispondenti norme sostanziali miranti a definire la portata della competenza dell’Unione al riguardo. Si può dire che questo settore restava come sospeso nel vuoto; tuttavia, il fatto di rientrare tra gli obiettivi dell’Unione, permetteva di adottare delle misure in *subiecta* materia, utilizzando disposizioni per la cui attivazione il semplice inserimento tra gli obiettivi poteva considerarsi sufficiente (ad esempio la clausola di flessibilità di cui all’attuale art. 352, TFUE).

Con il Trattato di Lisbona questa lacuna è stata colmata e il settore dell’energia ha ricevuto, come vedremo, una specifica ed autonoma regolamentazione anche a

livello di norme materiali. In effetti, il Trattato di Lisbona inserisce nel TFUE un'apposita norma, l'art. 194 che apre ufficialmente l'UE alle tematiche energetiche. Più nello specifico, tale disposizione attribuisce all'UE mira a instaurare una politica energetica volta a: garantire il funzionamento del mercato interno; assicurare la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'UE; promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili; infine, incoraggiare l'interconnessione delle reti energetiche. Parimenti l'art. 194 TFUE riconosce agli Stati membri la competenza esclusiva in ordine all'utilizzo delle proprie fonti energetiche e alla struttura dell'approvvigionamento.

Sulla base degli elementi sopra elencati, si comprende il disegno di una disposizione che, oltre ad una più chiara demarcazione dell'azione dell'Unione nel settore energetico, almeno sul piano teorico, offre a quest'ultima un più ampio raggio d'azione. Infatti, l'Unione, dopo Lisbona, è sicuramente legittimata ad elaborare una propria politica energetica e ad intervenire così sulle più complesse questioni dell'energia *“nel rispetto dell'ambiente e”*, si badi, *“in uno spirito di solidarietà fra Stati”*.

5.2. Il ruolo dell'art. 194, TFUE

La constatazione che, malgrado non vi fosse un esplicito conferimento di poteri alla Comunità Europea nel campo dell'energia, parecchio si sia fatto in passato¹¹⁷, non sminuisce di certo la portata innovativa dell'art. 194, TFUE. Infatti, numerosi sono gli spunti di riflessione che emergono da suddetta norma. Tale interesse si giustifica non solo per l'impatto che le tematiche energetiche (mercati concorrenziali, sicurezza degli approvvigionamenti, ambiente, rapporti con Stati terzi, per citare solo i più scontati) possono avere sulla politica economica di uno Stato e sulla quotidianità dei privati cittadini, ma anche per la connessione che presenta il problema dell'approvvigionamento energetico con altre rilevanti politiche dell'UE quali ambiente, coesione economica e sociale, reti trans europee e consumatori.

Ebbene, le principali novità introdotte dall'art. 194, TFUE, possono così elencarsi: l'introduzione nel TFUE di una esplicita competenza nel settore dell'energia; il

¹¹⁷ L'approvazione di regole comuni per il funzionamento del mercato dell'energia e gas ne è una prova.

riparto di competenze tra Unione e Stati membri con riferimento al settore energetico; la conciliabilità degli obiettivi energetici con gli obiettivi ambientali dell'UE; da ultimo, il rilievo del principio della solidarietà energetica. Si tratta di questioni molto complesse e ciascuna di esse meriterebbe di essere debitamente approfondita; ad ogni modo, ai fini della presente analisi, ci soffermeremo nel prossimo paragrafo sul reale significato che attualmente ha nel diritto UE il richiamo alla solidarietà energetica.

5.3. Segue: il principio della “solidarietà energetica”

L'art. 194, TFUE, contiene un messaggio significativo quando dispone che il perseguimento degli obiettivi della politica energetica può avvenire solo tenendo conto del funzionamento del mercato interno e dell'ambiente “*in uno spirito di solidarietà fra Stati membri*”¹¹⁸.

Il richiamo alla solidarietà fra Stati membri assume una certa valenza per una serie di ragioni. Anzitutto, si fa riferimento ad un principio fondamentale del quadro giuridico UE, che impone la creazione, nel processo di integrazione europea, di una Comunità non solo di vantaggi, ma anche di sacrifici. Inoltre, siffatti principio viene ripreso in un settore, quale quello energetico, caratterizzato da un accentuato grado di interdipendenza nazionale, ancor più accresciuto dalla realizzazione di un mercato interno dell'energia.

Com'è evidente, la clausola di solidarietà costituisce una specificazione del principio di leale cooperazione tra Stati membri e istituzioni europee, che ha valore di principio generale nel diritto dell'Unione europea. A seguito del riconoscimento espresso della sicurezza energetica tra gli obiettivi dell'Unione, gli Stati membri e le istituzioni europee sono tenuti a cooperare lealmente nell'esercizio delle rispettive competenze sull'energia. La presenza di questa clausola nei Trattati comporta, per un verso, un obbligo di carattere positivo, in capo agli Stati membri, ossia di fornire assistenza a quei Paesi che versino in difficoltà dovute ad una interruzione improvvisa delle forniture energetiche; per l'altro, la solidarietà energetica prevede anche un obbligo negativo, ovverosia la necessità di astenersi dal porre in essere

¹¹⁸ V. sul punto Y. PETIT, *La solidarité énergétique entre les Etats membres de l'Union européenne: une chimère?*, in RAE-LEA 2009-2010/4, p. 771 ss.

qualsiasi azione che possa ostacolare l'Unione nel perseguimento dell'obiettivo della sicurezza energetica.

Inoltre, l'inserimento di una clausola di solidarietà nel campo specifico dell'energia, permette di avanzare una serie di letture ermeneutiche evolutive di certe disposizioni presenti nella legislazione secondaria, suscettibili ora di essere reinterpretate alla luce di questo innovativo richiamo alla solidarietà.

A titolo esemplificativo, ci sembra possibile sostenere una lettura estensiva della nozione di “*grave interruzione*” dell'approvvigionamento di gas ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 2 e 8 della direttiva 2004/67/CE¹¹⁹. In effetti, l'azione dell'Unione, fino ad oggi, in caso di crisi energetiche degli Stati membri si è limitata solo alle ipotesi di grave interruzione delle forniture. In ottemperanza al principio di sussidiarietà, ai sensi dell'art. 2 di cui sopra, l'Unione ha facoltà di intervenire solo quando la crisi energetica assume una dimensione tale da influire su oltre il 20% delle forniture. La previsione, da parte della direttiva 2004/67/CE, di una soglia oltre la quale può innescarsi l'azione dell'Unione se, da un lato, consente di precisare il quadro di intervento degli Stati membri e dell'Unione nel caso di interruzione delle forniture, dall'altro, rischia di essere aggirata dagli Stati responsabili di tali interruzioni. Invero, quest'ultimi possono facilmente evitare l'intervento in sussidiarietà dell'Unione, interrompendo le forniture in una misura che rimanga sempre sotto la soglia indicata dalla direttiva europea. A conferma di quanto appena asserito, è sufficiente notare come le interruzioni delle forniture decise dalla autorità russe nel 2009 abbiano creato un danno solo di pochi giorni all'approvvigionamento energetico europeo, non consentendo, pertanto, l'attivazione del meccanismo di intervento dell'Unione previsto dalla direttiva.

Sebbene l'articolo 8 della direttiva 2004/67/CE contenga una definizione - di carattere residuale - che autorizza l'intervento dell'Unione solo in quelle situazioni che, per ampiezza o eccezionalità dell'evento, non possono essere adeguatamente gestite con misure nazionali, neppure l'articolo 8 ha permesso l'attivazione del meccanismo ‘unionale’, considerato che il ricorso al termine “*evento*” presuppone la dimostrazione della ‘concretezza’ del danno, che era quasi inesistente nel caso sopra riportato. Ebbene, sulla base della clausola di solidarietà di cui all'art. 194 sembra possibile proporre una interpretazione più ampia degli artt. 2 e 8 della direttiva

¹¹⁹ Direttiva 2004/67/CE del Consiglio, del 26 aprile 2004, concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas naturale (Testo rilevante ai fini del SEE).

2004/67/CE. Qualora si procedesse ad un'interpretazione estensiva di suddette disposizioni, si giungerebbe ad un ampliamento del campo di azione dell'Unione, non limitato solo ai casi di danno effettivo e concreto, ma anche a quelli di danno potenziale, in cui si deve verificare la serietà della minaccia alla sicurezza energetica.

6. La politica di solidarietà dell'Unione europea in tema di immigrazione

6.1. L'assetto normativo della politica dell'immigrazione

Nel settore della Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), il Trattato di Lisbona ha introdotto delle modifiche di rilievo. In primo luogo, ha riorganizzato gli articoli 61, TCE, e 29, TUE, nell'art. 67 del TFUE. Quest'ultimo prevede ora che lo sviluppo di una politica comune in materia di asilo costituisca uno degli obiettivi dello SLSG. In secondo luogo, il nuovo art. 78, TFUE, specifica che “[l]’Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento”¹²⁰, nell’ambito della quale il Parlamento e il Consiglio possono adottare alcune misure relative al Sistema europeo comune di asilo (SECA). Infine, sempre l’art. 78, TFUE, al suo comma terzo, conferma il potere del Consiglio di adottare misure a favore di quei Paesi membri che si trovino ad affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi; tale disposto, peraltro, introduce una novità di rilievo, prevedendo che queste misure abbiano natura ‘temporanea’ a differenza del testo precedente secondo cui queste misure non potevano avere “*durata superiore ai sei mesi*”.

L’art. 78, TFUE, si differenzia dal previgente art. 63, TCE, in quanto quest’ultimo, per un verso, consentiva l’adozione di “*misure in materia di asilo [e] misure applicabili ai rifugiati ed agli sfollati*”, senza prevedere lo sviluppo di una politica comune, e, per l’altro, permetteva al Consiglio di adottare solamente norme

¹²⁰ Essa, peraltro, “*deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti*”.

minime¹²¹. Le tappe - per l'esercizio di tale competenza da parte Consiglio - erano state precisate nel Programma di Tampere del 1999, in cui vennero indicati gli atti della "prima fase" del SECA e si prefigurarono gli ulteriori sviluppi in una "seconda fase". Il Consiglio europeo dell'Aja del 2004 confermava e dava impulso al SECA mediante l'adozione di un nuovo Programma per gli anni 2004-2009¹²².

Nella c.d. prima fase, l'allora Comunità europea aveva adottato quattro direttive¹²³ e 'comunitarizzato' la Convenzione di Dublino del 1990¹²⁴ con il regolamento 343/2003 (c.d. Dublino II)¹²⁵. Recentemente, si è compiuta anche la seconda fase, attraverso il regolamento n. 604/2013 (c.d. Dublino III)¹²⁶ e una serie di atti modificativi di quelli approvati nella fase precedente¹²⁷. Com'è noto, il sistema Dublino prevede i criteri per la determinazione di quale Stato membro sia competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale presentata in uno

¹²¹ Tali norme minime riguardano l'accoglienza dei richiedenti asilo, l'attribuzione della qualifica di rifugiato, le procedure applicabili per la concessione o la revoca dello status di rifugiato e la protezione temporanea agli sfollati che non possono ritornare nel Paese di origine e per le persone che altrimenti necessitano di protezione internazionale.

¹²² Programma dell'Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, adottato dal Consiglio europeo del 4 e 5 novembre 2004, GUCE C 53, 3 marzo 2005, p. 1 ss.

¹²³ Si tratta delle direttive "protezione temporanea" (2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, GUCE L 212, 7 agosto 2001, p. 12 ss.); "accoglienza" (2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, GUUE L 31, 6 febbraio 2003, p. 31 ss.); "qualifiche" (2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, GUUE L 304, 30 settembre 2004, p. 12 ss.); e "procedure" (2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, GUUE L 326, 13 dicembre 2005, p. 13 ss.).

¹²⁴ Convenzione del 15 giugno 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità Europee, GUCE C 254, 19 agosto 1997, p. 1 ss., in merito alla quale ha scritto L. ZAGATO, *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del Trattato su una Costituzione per l'Europa*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 133 ss. 11 Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, GUUE L 50, 25 febbraio 2003, p. 1 ss. In dottrina v. F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2012, p. 257 ss., e G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 147 ss.

¹²⁵ Regolamento (UE) n. 604/2013, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide, GUUE L 180, 29 giugno 2013, p. 31 ss.: un breve commento in G. MORGESE, *I nuovi atti dell'Unione europea in materia di asilo, in Sud in Europa*, 2013, p. 12 ss.

¹²⁶ Il 26 giugno 2013 è stato infatti approvato il Regolamento (UE) n. 603/2013 (nuovo regolamento "Eurodac"), la direttiva 2013/33/UE (nuova direttiva "accoglienza") e la direttiva 2013/32/UE (nuova direttiva "procedure"), tutti in GUUE L 180, 29 giugno 2013. In precedenza era stata adottata anche la nuova direttiva "qualifiche" (2011/95/UE, del 13 dicembre 2011, GUUE L 337, 20 dicembre 2011, p. 9 ss.). Si noti che la direttiva "protezione temporanea" non è stata interessata dal processo di modifica.

¹²⁷ Sul punto v. E. LAUTERPAHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003, p. 87 ss.; e F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 487 ss.

degli Stati dell'Unione da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide. Esso si conforma alle disposizioni della Convenzione di Ginevra, in specie al principio di *non-refoulement*¹²⁸, ai diritti fondamentali e ai principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Gli Stati membri, essendosi vincolati al rispetto del principio di *non-refoulement* e di altri diritti fondamentali, si considerano, di conseguenza, tutti reciprocamente sicuri per le domande di protezione internazionale presentate in ciascuno di essi. Il sistema Dublino si fonda dunque sul principio di 'mutua fiducia', che dovrebbe far venir meno l'interesse dei richiedenti a presentare domanda in uno Stato dell'Unione ritenuto più favorevole rispetto ad altri.

Questa è la ragion per cui suddetto sistema individua rigidi criteri per la determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale. Ad eccezione di situazioni particolari¹²⁹, riguardanti ad esempio minori non accompagnati e ricongiungimenti familiari, il sistema poggia sulla regola dello "*Stato di primo ingresso*".

La previsione di questo criterio provoca due conseguenze rilevanti. Da un lato, i richiedenti asilo hanno diritto a essere esaminati dalle autorità dello Stato di primo ingresso, con evidente limitazione della scelta del Paese membro ritenuto più 'gradito'. Dall'altro, l'esame delle domande di protezione internazionale e la relativa accoglienza grava maggiormente sugli Stati membri situati alle frontiere esterne dell'Unione.

Per attenuare l'onere appena descritto, e più in generale quelli derivanti dall'attuazione delle politiche relative ai controlli alle frontiere, il Trattato di Lisbona ha all'uopo introdotto il nuovo art. 80 nel TFUE, il quale dispone che le politiche dell'immigrazione vengono governate dal "*principio di solidarietà*" ed equa ripartizione delle responsabilità tra Stati membri.

¹²⁸ Considerando n. 39, Regolamento 604/2013. La conformità rispetto a certi principi e atti internazionali in materia di diritti fondamentali è altresì assicurata dall'art. 6, TUE, che richiama le norme CEDU. Inoltre, ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali (richiamato dall'art. 6, par. 1, TUE), laddove essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, "il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione", in particolare ci si riferisce alla giurisprudenza della C.edu.

¹²⁹ Anzitutto, è competente lo Stato in cui si trova legalmente un familiare del minore non accompagnato oppure in cui un familiare del richiedente goda dello status di rifugiato o abbia richiesto tale status. Altrimenti, è competente lo Stato che abbia rilasciato un visto o permesso di soggiorno in corso di validità o scaduto, oppure che non richieda un visto d'ingresso, al richiedente asilo. Infine, la competenza può spettare allo Stato attraverso le cui frontiere esterne il richiedente sia entrato illegalmente; a quello nella cui zona internazionale di un aeroporto venga presentata la domanda; e, infine, a quello di presentazione della domanda.

6.2. Il principio di solidarietà nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Nel settore dell'immigrazione, il principio di solidarietà tra Stati membri si ricava in via interpretativa sin dall'art. 67¹³⁰, che costituisce la prima disposizione del Titolo V del TFUE. Al suo par. 2, infatti, si afferma che l'Unione deve sviluppare una politica comune in materia di asilo ed immigrazione, fondata sulla 'solidarietà' tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi.

In maniera ancor più evidente, i principi fondamentali sulla base dei quali si devono sviluppare le politiche dell'Unione in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione, sono espressi all'art. 80, TFUE. Quest'ultimo così recita: *“le politiche dell'Unione (...) e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri”*. Il richiamo, in tale articolo, al principio di solidarietà trova origine nella Convenzione europea che ha portato alla stesura del Progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa. In particolare, il problema dell'applicazione della solidarietà in ordine ad aspetti quali l'asilo, l'immigrazione e i controlli delle frontiere si rinviene nel documento preparatorio del decimo gruppo di lavoro incaricato dalla Convenzione europea di discutere dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹³¹. Nel documento è visibile lo sforzo di comprensione delle criticità che caratterizzano tale Spazio¹³².

L'attuale art. 80, TFUE, non si sofferma sulla definizione del termine *“solidarietà”* e sull'espressione *“equa ripartizione delle responsabilità”*. Tuttavia, è intuibile la stretta connessione tra questi due elementi, i quali possono essere considerati senza dubbio *“elementi costituenti un unico principio applicabile ai controlli alla frontiera, all'asilo e all'immigrazione”*¹³³. Sembrerebbe, dunque, che l'art. 80, TFUE, in

¹³⁰ Art. 67, par. 2, TFUE, *“L'Unione [...] garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi. Ai fini del presente titolo gli apolidi sono equiparati ai cittadini dei paesi terzi”*.

¹³¹ Cfr. D. VANHEULE, J. VAN SELM, C. BOSWELL, *L'attuazione dell'articolo 80 del TFUE sul principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità, anche sul piano finanziario, tra gli Stati membri nel settore dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione*, Bruxelles, 2011, p. 6.

¹³² Il decimo gruppo di lavoro ha evidenziato quanto segue: *“vi sono vari settori, quali la criminalità transfrontaliera, la politica in materia di asilo o il controllo delle frontiere esterne dell'Unione, che non possono essere affrontati con efficacia con l'azione individuale degli Stati, né la difesa dalle nuove minacce terroristiche è compatibile con un'azione autonoma a livello nazionale”*, CONV 426/02.

¹³³ Cfr. G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri*, cit., p. 373.

materia di asilo, sottenda forme di ripartizione solidale degli oneri gravanti sugli Stati membri per l'attuazione del SECA¹³⁴.

Nondimeno, se si tiene conto di tale disposizione e di altre¹³⁵ miranti alla determinazione di azioni e misure basate sul principio di solidarietà, emerge un evidente conflitto tra il SECA e il meccanismo previsto dal sistema di Dublino III. Quest'ultimo ha introdotto dei criteri che obbligano lo Stato membro - interessato in maniera diretta dal fenomeno migratorio - a valutare le domande di asilo, richiamando il principio di solidarietà solo in alcune parti¹³⁶. Secondo il sistema Dublino la solidarietà tra Stati membri risulta applicabile solo in situazioni emergenziali. In effetti, si parla di “*meccanismo di allerta rapido*”, di “*preparazione e di gestione delle crisi*”, di “*urgenza e alla gravità della situazione*”, di redazione di “*un piano d'azione per la gestione delle crisi*” e, da ultimo, di approvazione di misure di solidarietà, solo se ritenute opportune dal Consiglio e dal Parlamento europeo. Sembra, dunque, potersi sostenere che la solidarietà, delineata nel Titolo V del TFUE, posseda natura emergenziale.

Giova osservare inoltre che l'elaborazione di misure che si fondano sul principio di solidarietà debbano necessariamente conciliarsi anche con il principio di sussidiarietà. Infatti, in caso di gravi difficoltà, e nell'ipotesi in cui gli Stati membri non siano in grado di realizzare azioni risolutive, l'Unione deve agire in via sussidiaria per rendere effettivo il principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità di cui all'art. 80¹³⁷. Inoltre, l'azione dell'Unione in sussidiarietà, innescata ai sensi dell'art. 80 del TFUE, dovrà apparire anche “*appropriata*”. Pertanto, non solo bisogna valutare la natura eccezionale dell'evento, ma è necessario anche verificare, sulla base del principio di proporzionalità, la giusta portata delle azioni da stabilire.

¹³⁴ Siffatto quadro di cooperazione e condivisione di certi oneri è giustificato anche da altre norme quali l'art. 74 e 78, par. 3, TFUE.

¹³⁵ Artt. 74, 78, 80, TFUE.

¹³⁶ Nei “Considerando” (punti 7, 8, 9, 22, 25) e nell'art. 33, par. 4, relativo al Meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione della crisi. Cfr. il Regolamento (UE) n. 604/2013.

¹³⁷ In tal senso si pronunciano D. VANHEULE, J. VAN SELM, C. BOSWELL, *L'attuazione dell'articolo 80 del TFUE*, cit., p. 41 ss., i quali asseriscono che “*il principio di sussidiarietà si applica all'adozione di misure e politiche in materia di frontiere, asilo e immigrazione di cui agli articoli 77-79 del TFUE. Qualora l'attuazione di tali politiche richieda il ricorso a misure aggiuntive di solidarietà, queste ultime possono essere adottate in forza dell'articolo 80*”. Tuttavia, provvedimenti di tal tipo richiedono un doppio controllo: il primo per comprendere in quale settore si devono innescare delle azioni dell'Unione (articoli 77-79 del TFEU); il secondo invece per verificare se i Paesi membri saranno in grado di attuarle e se occorrono misure di solidarietà.

Ad ogni modo, malgrado il principio di solidarietà di cui all'art. 80, TFUE, dimostri di avere natura eccezionale, sarebbe scorretto asserire che siffatto principio detenga una portata 'secondaria'. In effetti, non si può sottovalutare il fatto che il principio di solidarietà, all'interno dei trattati (TUE e TFUE), permea numerosi ambiti di competenza dell'Unione. Diverse disposizioni offrono all'Unione una base giuridica per l'attivazione di strumenti di carattere solidale aventi il fine di ripartire la responsabilità tra Stati membri, uno fra tutti l'art. 67, TFUE, inserito proprio nel Titolo V inerente lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹³⁸. In relazione a quest'ultimo ambito, è possibile infatti suddividere gli strumenti di solidarietà in due categorie: quelli di carattere 'pratico' (ad esempio: la ricollocazione dei richiedenti asilo, il trattamento congiunto delle domande di asilo, il reinsediamento, i programmi di protezione regionale e le procedure di ingresso protetto), e quelli di carattere 'finanziario', che l'art. 80, TFUE, ulteriormente prevede.

6.3. Riflessioni sulla solidarietà nel settore dell'immigrazione

Pare opportuno a questo punto trarre alcune conclusioni sulla reale portata del principio di solidarietà nel campo dell'immigrazione (e non solo).

In primo luogo, emerge un'inadeguata attuazione della solidarietà tra Stati membri. Il sistema stabilito da Dublino III attribuisce, di norma, la competenza ad esaminare le domande di protezione internazionale in capo ad un unico Paese, dato che si fonda sulla "*regola dello Stato di primo ingresso*" del richiedente protezione internazionale. Come sopra già anticipato, questo meccanismo grava maggiormente sugli Stati membri posti alle frontiere esterne dell'Unione. Suddetto criterio, che crea un significativo squilibrio degli oneri gravanti sui singoli Stati, non ha subito alcuna modifica a seguito del varo del nuovo Reg. (UE) n. 604/13; per di più, è stata respinta anche la proposta della Commissione di istituire un meccanismo di sospensione temporanea di siffatta regola¹³⁹. La proposta di sospensione, durante i negoziati, è stata poi sostituita dal c.d. "*meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi*". Tale dispositivo, previsto dall'art. 33 del Reg. n. 604/2013, non trasferisce oneri e responsabilità ad altri Stati membri per sollevare

¹³⁸ Si ricordano gli artt. 67, 78, 80 TFUE, ma anche gli artt. 2, 3, 24 TUE.

¹³⁹ Proposta del 3 dicembre 2008, COM(2008) 820 def., p. 18.

il Paese interessato dalla pressione migratoria, bensì si limita a prevedere il possibile invio di raccomandazioni da parte della Commissione¹⁴⁰. Orbene, sulla base di quanto dianzi considerato, la regola del Paese di primo ingresso ci pare in contrasto con il principio di solidarietà di cui all'art. 80 del TFUE.

In secondo luogo, preme sottolineare che, nel titolo V del TFUE, la solidarietà non è prevista unicamente per situazioni di tipo emergenziale (v. ad es. l'art. 80, TFUE); in effetti, ai sensi dell'art. 67, TFUE, essa dovrebbe caratterizzare globalmente l'azione dell'Unione all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e non soltanto le situazioni di difficoltà.

Infatti, la solidarietà, in una prospettiva di più ampio respiro, ha acquisito nel tempo il rango di principio dei Trattati; l'approccio solidale ha di fatto caratterizzato, fin dagli albori, il processo d'integrazione europea e senza di esso probabilmente non avremmo conosciuto, nel Vecchio Continente, un così lungo periodo di pace. Pertanto, la solidarietà ha assunto e continua ad assumere un ruolo fondamentale, sebbene venga più volte ostacolata dalla rivalsa di singoli interessi nazionali, sia nella fase orizzontale (relativa ai rapporti fra Stati membri) che in quella verticale (fra Unione e Stati membri)¹⁴¹. È necessario, dunque, provare a riesplorare l'ottica di coesione di cui è intriso suddetto principio, al fine di rendere l'azione dell'Unione più conforme alla prospettiva della solidarietà, che, in qualità di principio dei Trattati, dovrebbe informare regolarmente l'azione dell'Unione e dei singoli Stati membri e non dovrebbe, al contrario, attivarsi solo in casi eccezionali e di conclamata difficoltà.

¹⁴⁰ La Commissione può invitare lo Stato interessato a elaborare un “*piano d'azione preventivo*”, oppure un “*piano d'azione per la gestione della crisi*” e, da ultimo, se ritenuto opportuno dal Consiglio e dal Parlamento europeo, è possibile attivare misure di solidarietà verso lo Stato membro in difficoltà.

¹⁴¹ In merito ai principi che informano i rapporti tra Unione e Stati membri cfr. P. COSTANZO, L. MEZZETTIA, *Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione europea*, IV ed., Torino, 2014, p. 124-125; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto*, cit., p. 254; E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in AA. VV. *Studi sull'integrazione europea*, Bari, anno IX 1/2014, p. 22 ss.

7. La solidarietà nell'Unione Economica e Monetaria (UEM)

7.1. Le *no bail-out clauses*

La decisione di introdurre l'euro si è basata sulla convinzione secondo cui la coesistenza di una pluralità di politiche monetarie nazionali costituisce un impedimento per il corretto funzionamento del mercato unico ed espone molti dei Paesi membri a instabilità durante le crisi economiche e valutarie. I tentativi di introdurre meccanismi di stabilizzazione dei cambi, come ad esempio il Sistema Monetario Europeo (SME), avevano dimostrato tutte le loro debolezze, posto che non riuscirono ad eliminare quelle distorsioni del mercato causate dalle fluttuazioni dei valori delle monete nazionali. Si decise, dunque, di introdurre una moneta unica, per tutelare gli Stati dall'oscillazione dei cambi, garantendo in tal modo quella stabilità necessaria per favorire la circolazione dei fattori produttivi e l'efficiente allocazione delle risorse all'interno del mercato unico.

Tuttavia, i redattori del Trattato di Maastricht erano consapevoli del fatto che, mentre la moneta rappresentava una prerogativa dello Stato sovrano, l'Unione non era ancora uno Stato federale, e gli Stati membri non avrebbero mai ceduto il controllo della propria politica economica. Erano, inoltre, consci della circostanza che la politica economica produce effetti redistributivi e che quest'ultimi incidono sulle prestazioni dello Stato sociale; essa, pertanto, richiede una legittimazione democratica che soltanto i parlamenti nazionali possono garantire. In aggiunta, le politiche economiche devono essere elaborate tenendo conto dell'assetto istituzionale nazionale e, nella maggior parte dei casi, costituiscono l'essenza stessa del dibattito politico di un Paese. I padri fondatori dell'euro, nonostante queste criticità, speravano di introdurre un certo grado di emulazione tra i responsabili delle politiche economiche nazionali, favorendo così l'affermarsi di migliori prassi che i governi avrebbero condiviso e perseguito.

Sulla base di queste considerazioni prese vita la c.d. Unione Economica e Monetaria¹⁴² (UEM). Essa si suddivide in due pilastri che detengono caratteristiche molto diverse tra loro: il pilastro della politica monetaria, fortemente integrato e

¹⁴² Si veda sul tema l'analisi condotta da F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Préface D. Carreau, Avantpropos Jean-Victor Louis, Bruxelles, Bruylant, Collection: «Droit de l'Union européenne», 2015; F. MARTUCCI, (en collaboration avec C. Mongouachon), *La Constitution économique*, Paris, La Mémoire du droit, 2015.

accentrato in cui la Banca Centrale Europea (BCE) gioca un ruolo primario; il pilastro della politica economica, che si fonda su un meccanismo di coordinamento connotato da strumenti non vincolanti e da una procedura di carattere correttivo nel cui contesto i maggiori poteri sono detenuti dal Consiglio.

Per poter garantire la tenuta complessiva del sistema dell'UEM, malgrado la debolezza di fondo derivante dalla separazione tra politica monetaria e politica economica, sono stati individuati criteri stringenti per l'adesione alla zona a moneta unica. In tal modo, si è inteso assicurare l'ingresso nell'eurozona solo a Stati membri che avrebbero potuto garantire la sostenibilità delle loro finanze pubbliche e la stabilità dei prezzi. A tal fine, sono stati fissati i ben noti "criteri di convergenza" relativi al disavanzo di bilancio (3% del PIL) e al debito pubblico (60% del PIL).

Ai fini della nostra analisi, assumono particolare rilievo quelle disposizioni che impongono obblighi miranti ad incentivare gli Stati membri ad adottare una corretta politica di bilancio e ad impedire il c.d. 'azzardo morale', ossia la propensione degli Stati ad adottare politiche di bilancio non virtuose, confidando nel salvataggio (*bail-out*) da parte dell'Unione o di altri Stati membri.

A tal proposito, la BCE¹⁴³, ai sensi dell'art. 123, TFUE¹⁴⁴, nel perseguire il prioritario obiettivo di mantenimento della stabilità dei prezzi di cui all'art. 127, TFUE, non può avvalersi dell'acquisto diretto di titoli di debito, poiché si realizzerebbe un effetto equivalente ad una agevolazione creditizia o ad una concessione di scoperto. Tale norma trova ulteriore conferma nel disposto contenuto all'art. 18 dello Statuto del SEBC che riconosce alla "Bce, oltre che alle banche centrali nazionali, la facoltà di operare sui mercati finanziari comprando e vendendo a titolo definitivo (a pronti e a termine), ovvero con operazioni di pronti contro termine, prestando o ricevendo in prestito crediti e strumenti negoziabili, in valute sia comunitarie che di altri paesi, nonché metalli preziosi; effettuare

¹⁴³ Sulle modalità di funzionamento della politica monetaria, in generale, si veda C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, prefazione P. Mayer, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, vol. 516, 2010; C. KLEINER, *L'agrément bancaire*, in *Revue Banque & Droit*, 2015; C. KLEINER, *Verbo «Money-Currency» et «Switzerland» (rapport national)*, in *European Encyclopedia of Private International Law*, (a cura di) J. BASEDOW, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, G. RÜHL, (dir. pub.), Edward Elgar, 2015; C. KLEINER, *L'irrésistible souveraineté monétaire - Une approche juridique de la monnaie dans l'Etat et hors l'Etat*, in *La souveraineté monétaire et la souveraineté politique en idées et en pratiques: identité, concurrence, corrélation?*, 2015.

¹⁴⁴ Nello stesso modo si esprime l'art. 124, TFUE, che, nell'ottica di conformare le operazioni finanziarie pubbliche al rispetto dei principi propri dell'economia di mercato, vieta l'accesso privilegiato alle istituzioni finanziarie.

operazioni di credito con istituti creditizi ed altri operatori di mercato, erogando i prestiti sulla base di adeguate garanzie”.

Coerente rispetto a tali disposizioni si pone il divieto di *bail-out* di cui all’art. 125, TFUE, finalizzato, considerata l’impossibilità di ricorrere a svalutazioni del cambio, all’adozione di politiche fiscali responsabili; in effetti, politiche budgetarie non coerenti con il fine di detenere finanze pubbliche sane costringerebbero gli Stati membri, nel lungo periodo, a pagare un prezzo molto alto per finanziarsi sui mercati. Lo stesso art. 126, TFUE, relativo al divieto di disavanzi eccessivi, è complementare al divieto di salvare uno Stato indebitato. Sia l’art. 123 che l’art. 125 del TFUE contengono, pertanto, delle norme coerenti con il mantenimento della sovranità di bilancio in capo agli Stati membri: i debiti contratti da uno Stato rimangono dello Stato contraente e non sono posti a carico dell’Unione o di altri Stati. La *ratio*, dunque, risiede nella garanzia di stabilità del sistema.

Ciononostante, per bilanciare la rigidità del sistema è stato introdotto l’art. 122, TFUE, definibile come la clausola di solidarietà - nel contesto UEM - tra Stati membri con difficoltà a gestire il disavanzo dei propri conti. Tale norma prevede, infatti, la possibilità di concedere finanziamenti ad uno Stato membro quando “*sia seriamente minacciato da gravi difficoltà*” oppure in caso “*di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo (...) in uno spirito di solidarietà tra Stati membri*”. L’applicazione di tale articolo si fonda su una valutazione dei singoli casi oggetto di intervento, tale da giustificare il sostegno finanziario ad uno Stato membro che versa in difficoltà non imputabili al governo della sua finanza pubblica.

Sul punto è necessario fare almeno due considerazioni: in primo luogo, in caso di crisi sistemica come quella che attualmente caratterizza l’Unione europea, è un’operazione decisamente complessa calcolare la quota di responsabilità da attribuire alle politiche adottate dai singoli Stati, visto che la loro esposizione dipende in larga misura dall’andamento negativo dei mercati; in secondo luogo, l’esame del singolo caso non può essere scisso dalla valutazione del contesto di integrazione economica nel quale si è sviluppata la crisi e sul quale ricadranno comunque gli effetti. Ciò richiede una visione d’insieme, coerentemente alla *ratio* di stabilità del sistema a cui mira l’art. 125, TFUE. Pertanto, se il divieto di *bail-out* è funzionale al mantenimento della stabilità all’interno dell’UEM, se ne deduce che l’interpretazione dell’art. 125, TFUE, deve focalizzarsi sul perseguimento della ‘stabilità’ invece che sul rispetto in senso stretto del divieto. Sotto questo punto di

vista, il sostegno finanziario concesso ad uno Stato travolto dalla crisi economica, non configurerebbe una violazione del divieto di *bail-out*. Non rilevarebbe neanche una situazione di bilancio in deficit, poiché uno shock asimmetrico, come quello che ha colpito ad esempio gli Stati membri negli ultimi anni, può costituire una delle situazioni “*fuori controllo*” richiamate dall’art. 122 del TFUE¹⁴⁵.

7.2. La solidarietà nell’UEM nel periodo post-Lisbona

Il trattato di Lisbona non rappresenta la tappa conclusiva del processo riformatore che ha investito le norme primarie interessate alla solidarietà. Dopo Lisbona, è stata apportata, infatti, un’altra importante modifica: si tratta dell’inserimento di un terzo paragrafo all’art. 136 del TFUE. Tale disposizione prevede che gli Stati membri appartenenti all’eurozona “*possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme*”. Sulla base di tale disposto, è stato stipulato, tra gli Stati dell’eurozona, il Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), un fondo che emette prestiti (concessi a tassi fissi o variabili) ai Paesi in difficoltà per mantenere la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e dei suoi Stati membri (art. 3, MES). Esamineremo qui di seguito le cause che hanno condotto al varo del MES, i problemi di carattere giuridico che sono emersi durante l’*iter* di approvazione e le conseguenze sul tema della solidarietà che ne sono derivate.

7.3. Le cause della modifica dei trattati: crisi economica e mancanza di strumenti adatti a proteggere gli Stati esposti sul mercato dei bond sovrani

A causa della crisi finanziaria ed economica, l’Unione europea ha dovuto adottare una serie di riforme, sia normative che istituzionali, aventi il fine di rafforzare la resilienza del settore finanziario e migliorare la prevenzione, gestione e risoluzione delle crisi finanziarie e bancarie. Ciò è apparso necessario anche per le caratteristiche

¹⁴⁵ La definizione dell’art. 122, TFUE come “*counterweight*” della ‘*no bail out clause*’ è di J.V. LOUIS; diversamente M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, n.6/2011 p. 1778 e ss, specie p. 1786, il quale spiega che in tal modo si realizza il passaggio da un sistema basato sul “*no bail out*” ad uno basato sul mutuo soccorso.

peculiari del Sistema europeo in cui “*the institutional framework of Economic and Monetary Union is characterised by a single monetary policy set at supranational level (i.e. the euro area), a common market, and largely decentralised fiscal policies, which remain within the area of competence of the individual EU Member States but which are subject to rules-based coordination procedures, such as the Stability and Growth Pact*”¹⁴⁶.

In effetti, le cause della crisi - secondo l’opinione maggioritaria - sono da ricondursi proprio ai difetti genetici di cui è pervaso il sistema euro. È stata creata una moneta unica senza preoccuparsi di dotarla delle necessarie strutture di sostegno. La gestione della politica valutaria è stata separata rispetto a quella dell’economia: centralizzata la ‘prima’ a livello europeo, detenuta a livello statale la ‘seconda’. La politica monetaria è stata affidata ad un’istituzione (la BCE) priva di quei poteri che in campo monetario normalmente vengono attribuiti alle banche centrali; per il coordinamento delle politiche economiche nazionali sono stati considerati sufficienti meccanismi di *soft law*, che si sono, viceversa, dimostrati di dubbia efficacia sia sul piano giuridico che sul piano pratico; in ordine alla disciplina di bilancio, sono state introdotti rigidi criteri per prevenire disavanzi eccessivi, ma è stato affidato il loro rispetto alle logiche discrezionali di un organo politico e intergovernativo come il Consiglio¹⁴⁷.

Tuttavia, l’euro non è stato il frutto di un disegno folle e velleitario. La scelta di introdurre la moneta unica - come sopra anticipato - derivava dalle difficoltà di funzionamento del mercato interno in presenza di una pluralità di monete nazionali. Il contenimento della fluttuazione dei cambi, a cui era finalizzato il SME, non aveva prodotto i risultati sperati. Pertanto, il progetto euro è stato elaborato in questo contesto¹⁴⁸ e chiaramente non sarebbe mai partito se si fosse posata l’attenzione solo sulle debolezze strutturali di cui si è detto.

I padri dell’euro (il Comitato Delors¹⁴⁹) invero si sono trovati di fronte ad un’alternativa: o sacrificare le esigenze del mercato unico, che richiedevano il superamento dei rischi di cambio fra monete nazionali autonome, o, viceversa, tenere

¹⁴⁶ BANCA CENTRALE EUROPEA, *The European Stability Mechanism*, in *ECB Monthly Bulletin* 71, 2011, reperibile sul sito www.ecb.europa.eu.

¹⁴⁷ Sui difetti dell’UEM, per approfondimenti si consiglia di leggere MICOSSI, *Unholy Compromise in the Eurozone and How to Mend It*, in *CEPS Policy Brief*, No. 277, 2012, disponibile nel sito <http://www.ceps.eu>.

¹⁴⁸ Vedi G.L. TOSATO, BASSO, *L’unione economica e monetaria*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 14 ss.

¹⁴⁹ Istituito dal Consiglio europeo di Hannover del 27-28 giugno 1988 con “*l’incarico di studiare e proporre le tappe concrete » per la « realizzazione graduale di una unione economica e monetaria*”.

conto di queste esigenze ed avviare l'introduzione dell'euro, malgrado la sussistenza di una serie di difetti strutturali. Ebbene, tra le due alternative si è scelto di adottare l'euro. Da una parte, non si volevano pregiudicare i risultati positivi del mercato unico; dall'altra, si pensava che l'UEM si sarebbe evoluta e modificata, rimediando in tal modo alle sue debolezze congenite¹⁵⁰.

Purtroppo, fin da subito vi sono stati evidenti segnali di disfunzione della moneta unica. Sul punto, emblematiche sono state le procedure per disavanzi eccessivi, aperte nei confronti di Francia e Germania, bloccate dal Consiglio a causa del voto favorevole di altri governi (complici), perché consapevoli, a loro volta, della fragilità dei loro conti pubblici¹⁵¹. In aggiunta, hanno dimostrato tutta la loro inefficacia i programmi di coordinamento delle politiche economiche nazionali, affidati a vaghi obiettivi e a meccanismi di controllo *ex post* di dubbia efficacia¹⁵².

Ciò nonostante, per quasi un decennio i mercati finanziari non hanno prestato attenzione a questi squilibri dell'UEM¹⁵³. Si sono concentrati piuttosto sulla presunta irreversibilità dell'euro e sulla solidità del blocco economico europeo. Si erano creati, dunque, i presupposti per un periodo tutto sommato florido per l'eurozona: bassa inflazione, bassi tassi di interesse, *spreads* contenuti fra i debiti pubblici dei vari Paesi, credito bancario abbondante. Sul punto va però osservato che non tutti gli Stati dell'eurozona hanno saputo sfruttare questa congiuntura economica favorevole. Alcuni, come la Germania, ne hanno approfittato per attuare riforme strutturali, investire nell'innovazione, spingere le esportazioni. Altri, come l'Italia, non sono riusciti a sostenere politiche della stessa efficacia: così, invece di eliminare il debito pregresso, sono, viceversa, arretrati in termini di competitività.

Le asimmetrie presenti nell'eurozona sono poi emerse in tutta la loro evidenza con lo scoppio della crisi¹⁵⁴. Quest'ultima, all'origine di natura finanziaria (2008), ha

¹⁵⁰ Cfr. LAMY, *Setting Up and Governing the Euro*, in *Notre Europe*, Tribune, 2012, disponibile nel sito <http://www.Notre-Europe.eu/uploads/tx.publication/SettingUp>.

¹⁵¹ Nello specifico, faccio riferimento alla decisione del Consiglio - del 25 novembre 2003 - di sospendere l'applicazione del Patto di stabilità e crescita nei confronti di Francia e Germania. Sul punto cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2004, causa C-27/04, *Commissione c. Consiglio*, Raccolta, 2004, p. I-6649.

¹⁵² La norma di riferimento è l'art. 121 TFUE, che si limita a prevedere l'adozione di "indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche nazionali".

¹⁵³ Come si legge nel Rapporto sull'unione economica e monetaria nella Comunità europea (Comitato Delors, Lussemburgo, 17 aprile 1989, punto n. 30): "I vincoli imposti dalle forze di mercato possono essere o troppo lenti e deboli o troppo repentini e dirompenti".

¹⁵⁴ Sui problemi della zona euro si veda BOLTHO, CARLIN, *The Problems of European Monetary Union - Asymmetric Shocks or Asymmetric Behaviour?*, Vox, 3 marzo 2012, disponibile nel sito <http://www.voxeu.org/article/problems-eurozone>.

prodotto poi conseguenze dirette sull'economia reale (2009) e ha preso, infine, di mira il debito sovrano dei Paesi più esposti (2010). Ne hanno pagato le conseguenze alcuni Paesi periferici dell'area euro, come la Grecia, che hanno subito in particolar modo le speculazioni degli operatori finanziari. Per questi Stati, lo *spread* sui titoli pubblici si è alzato in maniera incontrollata facendo divenire insostenibili i connessi oneri finanziari. In più, vista la stretta interconnessione economica e finanziaria che caratterizza oramai le relazioni tra i Paesi membri appartenenti all'euro, il pericolo di contagio si è rapidamente diffuso. L'Europa si è trovata investita da una tempesta economica e finanziaria che ha ricordato da vicino la crisi americana del 1929¹⁵⁵.

In questo quadro di crisi, le istituzioni europee hanno dovuto elaborare una serie di azioni di emergenza, valorizzando, quale eccezione rispetto alla regola che impone il divieto di *bail-out*, la clausola emergenziale di cui all'art. 122, par. 2¹⁵⁶, e forzando - alle volte - il testo dei Trattati attraverso operazioni ermeneutiche 'spregiudicate'¹⁵⁷. In questo modo, si è cercato di garantire quella 'stabilità' a cui il divieto di *bail-out* mira, e che, in situazioni di emergenza, può essere assicurata solo attraverso gli aiuti solidali volti, in fin dei conti, ad assicurare lo stesso obiettivo che si cela dietro alle *no bail-out provisions*, ossia il mantenimento della stabilità finanziaria dell'Unione.

7.3.1. Segue: i fondi salva Stati

L'Unione si è presentata impreparata all'appuntamento con la crisi. Il sistema costruito a Maastricht non contemplava l'ipotesi 'crisi' e, di conseguenza, non prevedeva alcuna contromisura da prendere in una tale eventualità. La filosofia dell'UEM si basava sull'assunto che ogni Stato membro era responsabile delle proprie politiche economiche e di bilancio e, nel caso di deviazioni dalle regole convenute, fosse il solo a doverne sopportare le conseguenze. Infatti, il vecchio art. 103 del TCE (l'attuale art. 125, TFUE) escludeva chiaramente che dei debiti di uno Stato membro potessero essere chiamati a rispondere l'Unione o gli altri Paesi membri.

¹⁵⁵ Vedi KRUGMAN, *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, New York, 2009.

¹⁵⁶ v. *infra* – par. 7.3.1.

¹⁵⁷ v. *infra* – par. 7.4.1.

Alla luce di tale quadro normativo, con lo scoppio della crisi su scala globale, si sono prospettate due strade da seguire. La prima, a favore di una rigorosa applicazione del sistema di Maastricht, che avrebbe portato all'abbandono degli Stati in difficoltà. Ciò avrebbe comportato per tali Paesi: l'uscita dall'euro, il ripristino di una moneta nazionale e il ricorso alla svalutazione monetaria per riequilibrare i loro conti.

La seconda strategia credeva che la crisi fosse un'occasione per far avanzare l'Unione verso strutture federali. Bisognava passare da un'unione monetaria ad una vera unione economica, con l'introduzione di un governo europeo dell'economia che affiancasse la gestione della moneta unica in capo alla BCE, procedere ad 'comunitarizzazione' dei debiti nazionali e all'emissione di titoli di debito pubblico europei (c.d. *Eurobonds*).

Alla fine si è scelto di adottare una soluzione intermedia. Le misure anti-crisi adottate tra il 2010 e il 2011 si sono concentrate, in primo luogo, sul rafforzamento dei controlli sulle politiche economiche e di bilancio nazionali e, in secondo luogo, sulla predisposizione di meccanismi di sostegno per gli Stati in difficoltà. Relativamente al tema della solidarietà, quelle che più ci interessano e che procederemo ad esaminare, sono le misure tese a contenere nel breve termine un ulteriore contagio della crisi del debito sovrano¹⁵⁸.

A tal proposito, per la migliore gestione della crisi del debito si è scelto di predisporre una serie di fondi, finanziati dai Paesi membri, che avrebbero dovuto erogare delle somme in assistenza per gli Stati in difficoltà; in questo modo, si sperava che potesse calare il livello dello *spread* e che ciò avrebbe permesso agli Stati assistiti di potersi rifinanziare sul mercato a prezzi sostenibili.

Tuttavia, la creazione di tali fondi si è scontrata inizialmente con una lettura rigorosa dell'art. 125, TFUE. Quest'ultima non si limiterebbe ad isolare i debiti di uno Stato membro rispetto a quelli degli altri Stati e dell'Unione stessa; essa vieterebbe anche qualsiasi misura a sostegno dei Paesi in crisi.

Il superamento di quest'approccio è avvenuto per approssimazioni successive¹⁵⁹. In una prima fase, per inviare aiuti urgenti alla Grecia, sono stati firmati una serie di

¹⁵⁸ Per una puntuale ricostruzione delle misure in discorso e del contesto in cui sono state adottate vedi F. MARTUCCI, *La Grèce et la crise de dette souveraine. - En attendant Godot, allons voir Godeau*, JCP Edition Générale, n° 29, 2015, pp. 1604-1610; NELLI FEROCI, *La riforma dell'assetto di governance economica dell'Unione Europea, lectio magistralis* tenuta al Collegio europeo di Parma il 21 maggio 2012, disponibile nel sito <http://www.italiaeu.it>; MESSORI, *La governance economica europea*, in *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2012* (a cura di Zanardi), Bologna, 2012, p. 49 ss.

¹⁵⁹ Al riguardo cfr. ATHANASSIOU, op. cit., p. 6 ss.

accordi bilaterali con quel Paese¹⁶⁰. Si è sostenuto che l'art. 125, se vieta l'elargizione di aiuti da parte dell'Unione, non può opporsi ad iniziative volontarie di singoli Stati membri. È evidente comunque che questa poteva essere solo una soluzione momentanea.

La mossa successiva ha trovato quale referente normativo l'art. 122, TFUE, (già art. 100, TCE), il quale - si ricorda - autorizza la concessione di assistenza finanziaria ad uno Stato membro che versi in gravi difficoltà a causa di “*circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo*”. Su queste basi sono stati istituiti due fondi per il sostegno dei Paesi in crisi: l'*European Financial Stabilisation Mechanism* (EFSM) e l'*European Financial Stability Facility* (EFSF)¹⁶¹. Il primo fondo operava all'interno dell'Unione e attingeva alle risorse del bilancio di quest'ultima¹⁶²; il secondo si avvaleva di una società di diritto privato lussemburghese, partecipata dagli Stati della zona euro¹⁶³. Si evince che, in questo caso, l'art. 122, TFUE, sia stato interpretato come norma speciale rispetto all'art. 125, TFUE. Infatti, misure di salvataggio, di norma vietate, possono considerarsi ammesse in presenza di circostanze eccezionali. Vi possono essere dei dubbi sul fatto che le difficoltà degli Stati membri, primi beneficiari dell'EFSM e dell'EFSF (Grecia, Portogallo, Irlanda), potessero rientrare nell'ambito di applicazione della norma in discorso¹⁶⁴. In ogni caso, è emerso che l'art. 122, TFUE, sebbene deroga rispetto al divieto di *bail-out*, potesse autorizzare solo interventi *limitati nel tempo* e non strumenti di tipo *permanente*.

Era, dunque, necessario abbandonare la prospettiva basata sull'art. 122, TFUE (c.d. clausola di solidarietà nell'UEM), per poter istituire un meccanismo di sostegno stabile. In tal modo, si è giunti alla terza fase del processo di elaborazione dei meccanismi di sostegno. Questa fase si è articolata in due momenti: il primo caratterizzato dalla modifica dell'art. 136, TFUE; il secondo, dalla conclusione di un accordo internazionale. Infatti, attraverso la procedura di revisione semplificata dei

¹⁶⁰ Vedi la dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo della zona euro del 25 marzo 2010, nonché lo Statement by the Eurogroup del 2 maggio 2010.

¹⁶¹ Vedi la decisione dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri della zona euro riuniti in sede di Consiglio Ecofin, adottata il 9 maggio 2010.

¹⁶² Il fondo EFSM è stato istituito con regolamento del Consiglio 407/2010 dell'11 maggio 2010, G.U.U.E. 2010 L 118, p. 1.

¹⁶³ La società EFSF è stata costituita e registrata in Lussemburgo il 7 giugno 2010. Lo statuto della società e il Framework Agreement concluso tra l'EFSF e gli Stati membri della zona euro sono disponibili nel sito <http://www.efsf.europa.eu/about/legaldocuments/index.htm>. per un'analisi approfondita sul tema cfr. F. MARTUCCI, *FESF, MESF et MES*, in *Revue de l'Union européenne*, 2012, décembre, pp. 664-671

¹⁶⁴ Critiche sul tema non sono mancate, anche se prontamente rimandate al mittente dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza sugli aiuti alla Grecia del 7 settembre 2011.

trattati (art. 48.6, TUE), è stato inserito un terzo paragrafo all'art. 136, TFUE, che autorizza la creazione di un meccanismo permanente a tutela della stabilità monetaria¹⁶⁵. Gli Stati della zona euro hanno così potuto sottoscrivere il trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), un ente finanziario di diritto internazionale destinato a sostituirsi ai fondi precedenti¹⁶⁶.

Ci si può domandare se la disciplina dell'Eurogruppo, tutta centrata sull'emendato art. 136, non avrebbe permesso l'approvazione del MES ricorrendo ai poteri già esistenti, così evitando di procedere ad una revisione dei trattati. Risulta comunque difficile comprendere la successiva stipula di un accordo internazionale, in luogo dell'adozione di un atto normativo dell'Unione. Malgrado l'art. 136 preveda un'autorizzazione letteralmente limitata agli Stati membri, sembra tuttavia ragionevole poterla estendere anche alle istituzioni dell'UE. Diversamente, suddetta disposizione avrebbe poco senso; infatti, gli Stati membri avrebbero potuto comunque istituire il MES siglando un accordo extra UE, senza che vi fosse bisogno di una specifica autorizzazione da parte dei trattati¹⁶⁷.

7.3.2. Cambio di approccio dell'UEM nei confronti della 'solidarietà'?

A seguito della modifica apportata all'art. 136 è divenuto più difficile decifrare il ruolo della solidarietà nel contesto dell'UEM. È opportuno adesso comprendere se la nuova disposizione abbia aiutato ad orientare in senso solidaristico un settore che normalmente si è caratterizzato per la previsione di divieti di solidarietà tra Stati membri. In effetti, il terzo paragrafo dell'art. 136 sembra aver indebolito il divieto posto all'art. 125, TFUE; la previsione di una solidarietà tra Stati membri, nel caso di difficoltà finanziarie che potrebbero mettere a repentaglio la stabilità della zona euro, accresce infatti il pericolo che politiche di bilancio impudenti non vengano adeguatamente punite dal mercato.

¹⁶⁵ Decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011, G.U.U.E. 2011 L 91, p. 1.

¹⁶⁶ Il Trattato istitutivo dell'ESM è stato sottoscritto dagli Stati euro il 2 febbraio 2012. Il testo del Trattato è disponibile nel sito <http://european-council.europa.eu/eurozone-governance>. Per una analisi del Trattato vedi G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 461 ss.

¹⁶⁷ Cfr. G.L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, p. 285 ss.

Sul tema, la Corte di giustizia, nella sentenza *Pringle*¹⁶⁸, si è premurata di specificare come non vi sia contrasto tra il nuovo art. 136, par. 3, e l'art. 125. Sul punto, la Corte ha sviluppato due filoni argomentativi. In primo luogo, ha affermato che l'art. 125 non vieta in assoluto all'Unione e agli Stati membri di fornire assistenza finanziaria ai Paesi in difficoltà. Infatti, da una parte, se l'art. 125 contenesse un vero divieto di facilitazione finanziaria, allora l'art. 122 avrebbe dichiarato espressamente che essa funge da deroga rispetto a questa norma. Dall'altra, l'art. 123, che vieta alla BCE e alle banche centrali degli Stati membri di concedere scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, è formulato in termini più rigorosi rispetto al divieto di *bail-out* di cui all'art. 125; da ciò si ricaverebbe che il divieto contenuto in quest'ultima disposizione non avrebbe portata 'assoluta'.

In secondo luogo, considerato che l'art. 125 serve ad incentivare gli Stati membri all'adozione di politiche di bilancio virtuose, la Corte sostiene che tale norma non vieta l'erogazione di aiuti, se le somme in assistenza vengono concesse a condizioni tali da stimolare lo Stato beneficiario all'adozione di politiche budgetarie responsabili. Di conseguenza, la condizionalità prevista dal MES costituisce un incentivo per gli Stati beneficiari a perseguire manovre di bilancio prudenti, rendendo così gli aiuti erogati compatibili con l'art. 125, TFUE.

Orbene, le argomentazioni prospettate dalla Corte non sembrano molto efficaci. Quanto al rapporto tra l'art. 122 e l'art. 125, la Corte asserisce sostanzialmente che il primo, visto che non dichiara esplicitamente di essere una deroga rispetto al secondo, non contiene un divieto assoluto di assistenza finanziaria. Restando semplicemente coerenti con l'approccio interpretativo adottato dalla Corte, vi sono notevoli dubbi su quest'ultima affermazione, posto che la relazione vigente tra regola generale e deroga non deve necessariamente essere esplicita, bensì essa può essere ben

¹⁶⁸ Sentenza del 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguardava, per un verso, la validità della decisione 2011/199/UE del Consiglio europeo che modifica l'articolo 136 TFUE e, per l'altro, sull'interpretazione degli articoli 2, TUE, 3, TUE, 4, paragrafo 3, TUE, 13, TUE, 2, paragrafo 3, TFUE, 3, paragrafi 1, lettera c), e 2, TFUE, 119, TFUE, 123, TFUE e 125, TFUE, 127, TFUE nonché dei principi generali di tutela giurisdizionale effettiva e di certezza del diritto. Il rinvio era stato operato in occasione di un ricorso in appello di una sentenza della High Court (Irlanda) proposto dal sig. Pringle per far accertare che l'emendamento dell'articolo 136 TFUE costituiva una modifica illegittima del TFUE, e per far accertare che con il Trattato MES l'Irlanda avrebbe assunto obblighi incompatibili con i trattati su cui si fonda l'UE. Per un commento approfondito sul caso reso dalla Corte di giustizia, si consiglia di leggere F. MARTUCCI, *La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 nov. 2012, Pringle*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, 2, pp. 239-265.

individuata mediante la sola attività dell'interprete. Altrettanto non convincente pare l'opinione dei giudici di Lussemburgo in ordine al tipo di linguaggio impiegato nell'art. 125, che sarebbe meno perentorio di quello usato nell'art. 123. Da una parte, non si comprende bene quali possano essere tali 'più rigorose espressioni'¹⁶⁹ a cui fa riferimento la Corte; dall'altra, è chiaro che, a parte il diverso oggetto delle due norme, il divieto contenuto all'art. 125 è perentorio tanto quello riportato all'art. 123. La critica maggiore va tuttavia rivolta nei confronti dell'affermazione della Corte, secondo cui la stretta condizionalità, a cui sarebbe subordinata l'erogazione di ogni aiuto da parte del MES, incentiverebbe gli Stati beneficiari a promuovere a livello interno una rigida politica di bilancio, con ciò assicurando la compatibilità del MES con il divieto imposto all'art. 125. Tale asserzione solleva qualche dubbio. Se, da un lato, è vero che gli Stati riceventi gli aiuti rimangono vincolati a rimborsare i propri debitori, dall'altro, la loro responsabilità finanziaria è sicuramente mitigata rispetto a quella che sarebbe loro gravata se avessero dovuto finanziarsi a condizioni di mercato. Pertanto, la modifica dell'art. 136, introducendo una disposizione di sostegno finanziario per gli Stati in crisi di liquidità, sembrerebbe minare il mantenimento di una disciplina di mercato che, viceversa, rappresenta la *ratio* dell'art. 125¹⁷⁰.

Sulla base di quanto fin qui considerato, l'art. 136 sembra dunque aver introdotto un ulteriore limite alla *no bail-out clause* (oltre quello contemplato all'art. 122), allargando l'ambito di operatività della solidarietà nel settore dell'UEM. Invero, l'art. 122 può autorizzare solo misure 'temporanee' di soccorso, in caso di gravi difficoltà che colpiscono uno o più Stati membri per circostanze che sfuggono al loro controllo; l'art. 136, par. 3, di contro, permette l'erogazione di aiuti, di carattere anche 'permanente', ogni volta che una difficoltà, che colpisce uno o più Stati membri, pone un rischio sistemico per l'eurozona. Non è dubitabile, quindi, che il rinnovato art. 136 rappresenti un punto di svolta per il principio di solidarietà nel settore dell'UEM; in tal modo, si cessa di consegnare gli Stati alla mercé dei mercati - non più confidando nell'effetto deterrente delle clausole di non solidarietà - per fare viceversa affidamento agli interventi in solidarietà dei Paesi membri, qualora il rischio che si palesi sia tale da poter travolgere la stessa esistenza della moneta unica.

¹⁶⁹ Cfr. P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama 'costituzionale'*, cit., p. 10.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 11.

7.4. I programmi di intervento anticonvenzionali della BCE

È doveroso analizzare, per la vicinanza al tema in esame, anche i recenti interventi ‘anticonvenzionali’ della BCE, su cui anche la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi. Sebbene non vi sia stata, a differenza che con l’art. 136, alcuna revisione di norme primarie dei trattati, la deroga alla clausola di *no bail-out* per il settore monetario (art. 123, TFUE) è avvenuta inizialmente in via di mero fatto, con interventi atipici della BCE, e successivamente in via pretoria è stata dichiarata compatibile con i trattati.

Va osservato preliminarmente che, in occasione degli interventi della BCE, non si è assistito ad un intervento solidale tra Stati membri; al contrario, vi è stata un’istituzione dell’Unione (la BCE) che autonomamente ha acquistato bond sovrani per calmierare il livello dello *spread* e alleviare la situazione finanziaria di Stati dell’eurozona in difficoltà. In questo caso, ci siamo trovati di fronte ad un’altra dimensione della solidarietà, quella in cui l’Unione interviene a sostegno degli Stati membri insolventi; si tratta di una situazione totalmente diversa rispetto a quella esaminata in occasione dell’istituzione del fondo salva stati (MES), in cui abbiamo notato l’emersione di una solidarietà tra Stati membri, con un coinvolgimento a livello meramente procedurale delle istituzioni UE. Tuttavia, se si pensa alla circostanza che la BCE è partecipata dai Paesi membri¹⁷¹ dell’Unione, non pare azzardato sostenere che comunque gli Stati membri si siano resi partecipi di suddetti acquisti, realizzandosi una sorta di ‘mutualizzazione’ indiretta del debito sovrano dell’eurozona.

Data questa premessa, nei paragrafi che seguono, verificheremo anzitutto come la BCE abbia forzato la lettera dei trattati e come la Corte di giustizia si sia inoltrata in pronunce piuttosto ‘ardite’, nell’intento di non sconfiggere l’operato dell’*Euro Tower*. Ci soffermeremo, inoltre, a sottolineare come tali interventi e le interpretazioni fornite dalla Corte abbiano reso mobile il limite contenuto all’art. 123, facendo emergere una nuova solidarietà tra Unione e Stati membri. Infine, constateremo come tali misure abbiano evidenziato che il mandato della BCE debba

¹⁷¹ Le Banche centrali nazionali (BCN) sono le uniche autorizzate alla sottoscrizione e alla detenzione del capitale sociale della BCE. La sottoscrizione di tale capitale sociale è stata effettuata secondo un criterio di ripartizione proporzionale alla percentuale di ciascuno stato membro dell’Unione europea al PIL comunitario e alla popolazione dell’Unione.

essere riformulato per permettere a tale istituzione di sostenere in futuro, in qualità di prestatore di ultima istanza, gli Stati insolventi nei momenti di più profonda crisi.

7.4.1. Le misure anti-crisi della BCE: *Covered Bond Purchase Programme, Securities Market Programme e Outright Monetary Transactions*

L'Unione monetaria, come costruita a Maastricht, ha funzionato per l'arco di un decennio, assicurando un periodo di sostanziale tranquillità, testimoniato dal forte cambio sul dollaro, oltre che da interessi particolarmente bassi sui debiti dei singoli Stati sovrani. Questo scenario è però mutato nel 2008, ossia quando le conseguenze derivanti dalla crisi dei mutui *sub-prime* hanno incominciato ad aggredire anzitutto il sistema bancario europeo e, in seconda battuta, gli Stati più deboli dell'eurozona. Per reagire a questo contesto economico e finanziario avverso, l'azione della BCE è divenuta più incisiva, forzando il più delle volte i limiti imposti dai Trattati e offrendo, conseguentemente, un'interpretazione più elastica al divieto di finanziamento monetario¹⁷², attraverso misure volte ad immettere liquidità sul mercato per sostenere il sistema bancario e per supportare i debiti degli Stati in dissesto.

In primo luogo, la BCE ha proceduto a rifinanziare il settore del credito acquistando *covered bonds* ed ampliando i c.d. collaterali, ossia gli *assets* che per le banche fungono da garanzia per i finanziamenti¹⁷³.

In secondo luogo, si evidenzia che, fino al 2010, alla BCE e alle altre banche centrali era assolutamente precluso acquistare titoli dei governi nazionali e le operazioni di rifinanziamento potevano riguardare esclusivamente titoli privati. Successivamente, questo divieto si è ammorbidito e sempre più spesso le operazioni hanno avuto ad oggetto i titoli pubblici degli Stati membri¹⁷⁴.

Più nel dettaglio, la BCE, nel 2008, ha erogato una serie di prestiti a lungo termine, tramite aste di liquidità a tasso fisso (c.d. *Special Long Term Refinancing Operation*

¹⁷² Cfr. sul punto M. PACINI, *La vigilanza prudenziale*, pp. 381-382, il quale sostiene che, in caso di crisi temporanea di liquidità, il framework già esistente nel Trattato e nello Statuto non avrebbe impedito alla BCE di assicurare la stabilità finanziaria dell'eurozona, anche se sacrificando, nel minor modo possibile, gli obiettivi monetari.

¹⁷³ Sul punto v. F. NUGNES, *L'Europa e la crisi. Gli interventi della Banca centrale europea e la creazione del Meccanismo europeo di stabilità*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it.

¹⁷⁴ Cfr. A. VERDE, *Unione monetaria*, cit., 190 ss.

o SLTRO), che, rispettivamente, nel dicembre 2011 e nel febbraio 2012 hanno raggiunto l'eccezionale durata di tre anni con un tasso all'1%. In questi casi, la BCE ha accettato come garanzia anche titoli governativi con *rating* piuttosto bassi, purché fossero già sottoposti ad un programma approvato dall'Unione europea e dal Fondo monetario internazionale (FMI).

Tuttavia, fino a quando la BCE si era limitata a recitare, tramite questi interventi, il ruolo di *lender of last resort* nei confronti del sistema bancario europeo, la sua azione non era stata particolarmente osteggiata da parte dei singoli governi nazionali¹⁷⁵. Il quadro, però, è mutato nel momento in cui la BCE ha incominciato a supportare i Paesi in crisi di liquidità, fungendo, in concreto, da prestatore di ultima istanza sul mercato dei titoli di debito pubblico.

A partire dal 2010, infatti, con il *Securities Market Programme*¹⁷⁶ (SMP), alle Banche centrali dell'eurozona e alla stessa BCE è stato permesso di operare sui mercati secondari dei titoli pubblici e privati dei Paesi dell'eurozona¹⁷⁷. In aggiunta, nel 2012, l'*Euro Tower* ha deciso di adottare un nuovo sistema di operazioni di acquisto di titoli di Stato sul mercato secondario, il c.d. *Outright Monetary Transactions* (OMT)¹⁷⁸, allo scopo di consentire un abbassamento del livello dello *spread*. Il programma - che tra l'altro non è mai stato utilizzato, ma solamente annunciato - era funzionale all'acquisto di obbligazioni sovrane, a breve termine, emessi dai Paesi in “grave e conclamata” difficoltà economica. La particolarità di questo strumento è che, a differenza del precedente SMP, non prevedeva un tetto massimo per gli interventi e non trasformava la BCE in un creditore privilegiato in caso di fallimento dell'emittente.

Va, inoltre, ricordato l'avvio di un massiccio programma di acquisto di titoli pubblici e privati (il *Quantitative Easing* o QE). Il QE è stato un programma di acquisto

¹⁷⁵ Salvo – come sempre - la Germania; in risposta a queste critiche v. M. DRAGHI, *Intervento alla giornata in ricordo di Federico Caffè*, discorso del 24 maggio 2012.

¹⁷⁶ Più nello specifico, si tratta di un programma adottato nel 2010 e volto ad acquistare sul mercato secondario i titoli degli Stati dei paesi dell'eurozona in difficoltà con la finalità di fornire liquidità ristabilendo appropriati meccanismi di trasmissione monetaria per raggiungere una stabilità dei prezzi nel medio periodo. Una prima critica a tale intervento della BCE si può trovare in F. CAPRIGLIONE, M. Semeraro, *Financial crisis and sovereign debt: The European Union between risks and opportunities*, 2012, in www.ssrn.com.

¹⁷⁷ In relazione a tale questioni cfr. G.L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Riv. dir. internaz.*, 2012, 3, p. 681 ss.

¹⁷⁸ Strumento annunciato dal Consiglio direttivo della BCE il 2 agosto 2012 e illustrato il 6 settembre dello stesso anno. Per un'analisi più dettagliata degli interventi che la BCE ha realizzato per sostenere il sistema bancario italiano, v. A. BANFI, F. DI PASQUALI, *Il contributo italiano all'operatività della banca centrale europea*, in *Osservatorio monetario*, 2013.

mensile di titoli pubblici sul mercato secondario (*covered bonds*, ossia obbligazioni bancarie garantite, e Abs, cioè titoli bancari cartolarizzati) per un importo di 60 miliardi di euro, partito a marzo 2015 e terminato a settembre 2016; il suo obiettivo è quello di sostenere l'economia e rilanciare la crescita.

Come si può notare, i programmi sopra menzionati hanno previsto l'acquisto di titoli di debito degli Stati membri sul mercato secondario, vale a dire titoli di Stato che erano già in circolazione, acquistandoli dalle banche a prezzi di mercato; il presupposto di tale intervento era che il divieto previsto all'art. 123, TFUE, valesse esclusivamente solo per l'acquisto diretto. Siffatta interpretazione, in realtà, appare come un vero e proprio escamotage, che si fonda sulla possibilità di distinguere tra acquisto sul mercato primario e secondario dei titoli al fine di bypassare il divieto di cui all'art. 123.

Alla luce di quanto testé riferito, era inevitabile che l'OMT, in particolare per la mancata previsione di un massimale per le operazioni e per l'assenza di idonee garanzie alla BCE, venisse criticato dai Paesi membri più virtuosi e, in particolare dalla Germania, che infatti ha visto impugnare detto meccanismo di fronte alla propria Corte costituzionale, la quale a sua volta ha deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia chiedendo una pronuncia preliminare sulla compatibilità ai Trattati del programma OMT¹⁷⁹. I giudici di Karlsruhe, innanzitutto, hanno chiesto alla Corte di giustizia di controllare se il programma non costituisse una misura di politica economica, sconfinando in tal modo rispetto alle attribuzioni di politica valutaria della BCE; in aggiunta, è stato chiesto di verificare se tali misure non abbiano violato il divieto di finanziamento monetario (art. 123, TFUE).

Com'è noto, la Corte di giustizia ha risposto ai quesiti posti dai giudici tedeschi, dichiarando la sostanziale compatibilità con i trattati delle misure di politica monetaria non convenzionali adottate dalla BCE. Quanto al primo quesito, la Corte ha esaminato le competenze della BCE in materia di politica monetaria, evidenziando come sia compito del SEBC, ai sensi dell'art. 127, par. 2, TFUE, la definizione di tale politica, e come competeva alla BCE la sua attuazione in concreto. Anche se il TFUE "*non contiene alcuna definizione precisa della politica monetaria*" (punto 42), essa deve comunque mirare all'obiettivo principale di mantenimento della stabilità dei prezzi, all'interno dei limiti e dei poteri previsti dal diritto primario.

¹⁷⁹ Sentenza del 16 giugno 2015, resa nell'ambito della causa *Gauweiler e altri c. Deutscher Bundestag*.

Per valutare se il programma OMT rientri nella politica monetaria o in quella economica, la Corte ha ricorso al test del caso *Pringle*, che impone la verifica della conformità di obiettivi e strumenti di una misura rispetto alle finalità ultime della politica monetaria (sentenza *Pringle*, C-370/12, pt. 55). In questa prospettiva, lo scopo perseguito dal programma OMT, ossia la riattivazione del meccanismo di trasmissione della politica monetaria, coincide con il fine di preservare il carattere di “unicità” di tale politica previsto all’art. 119, par. 2, TFUE (pt. 47). Inoltre, i mezzi utilizzati dal programma - ovvero l’acquisto di titoli sui mercati secondari - costituiscono delle operazioni che il SEBC è autorizzato a compiere, e sono volte all’assolvimento del mandato di mantenimento della stabilità dei prezzi ex art. 18, par. 1, Protocollo SEBC-BCE (pt. 54). Pertanto, il test *Pringle*, per la Corte, ha ottenuto un riscontro positivo, posto che obiettivi e strumenti utilizzati nel programma sono stati valutati conformi alle finalità ultime a cui mira la politica monetaria (pt. 56).

In ordine al secondo quesito, che riguardava il possibile aggiramento da parte della BCE del divieto di assistenza finanziaria agli Stati membri, il *BVerfG* ha sostenuto, nell’ordinanza di rinvio, che l’acquisto di bond, anche se sul mercato secondario, avrebbe costituito una violazione di tale divieto. La Corte ha anzitutto spiegato come le operazioni sui mercati finanziari della BCE siano ammesse dall’art. 18, par. 1, Statuto SEBC (pt. 96). Tuttavia, ha dichiarato che operazioni del genere potrebbero avere effetti equivalenti all’acquisto diretto, dimostrando, pertanto, di nutrire dei dubbi sulla compatibilità di tali misure con i trattati (pt. 102-103). La Corte ha proceduto, dunque, a verificare se il programma OMT avesse scongiurato tale rischio. A tal fine, la Corte ha osservato che la volontà della BCE di acquistare titoli non verrebbe annunciata con eccessivo anticipo e, inoltre, verrebbe fatto passare un arco di tempo ragionevole tra la vendita dei titoli sul mercato primario da parte dello Stato e l’acquisto di essi sul mercato secondario da parte della BCE (pt. 106-107). Tali garanzie offerte dalla BCE si uniscono a quella assicurata dalla condizionalità dell’operazione, che potrà avere ad oggetto solo bond sovrani di Stati che hanno già avviato riforma strutturali nell’ambito del MES. In effetti, la *ratio* che caratterizza il divieto di finanziamento è quella di costringere gli Stati membri ad adottare politiche di bilancio responsabili. Ebbene, sarebbe proprio l’aggancio del programma OMT al sistema del MES a spingere gli Stati membri a sottrarsi dall’approvazione di politiche di bilancio irresponsabili e a renderlo compatibile con l’art. 123.

7.4.2. Riflessione sull'operato della BCE nel contesto della crisi finanziaria

La recente crisi ha spinto la BCE a varare misure 'anticonvenzionali'¹⁸⁰, che hanno sollevato numerose critiche sia da parte dell'opinione pubblica che da parte dei tecnici. Molti economisti hanno giudicato in maniera negativa la posizione assunta dalla BCE; quest'ultima avrebbe dimostrato immobilismo e non avrebbe fatto a sufficienza per sostenere la crescita dell'eurozona¹⁸¹.

Ciononostante, dal punto di vista giuridico, tali convinzioni non appaiono fondate. Sono notevoli, infatti, gli ostacoli normativi che hanno imbrigliato l'azione della BCE. In realtà, tale istituzione sembra aver fatto tutto ciò che fosse in suo potere¹⁸² per garantire supporto al sistema euro, malgrado sia evidente che i vincoli imposti dal diritto primario dell'Unione rappresentino ostacoli che non possono essere ignorati facilmente.

La BCE, come il programma OMT e il QE dimostrano, ha addirittura operato come prestatore di ultima istanza nei confronti dei debiti pubblici dei Paesi membri, nonostante l'esistenza di un esplicito divieto in tal senso all'interno del proprio Statuto e nel diritto primario UE¹⁸³. Essa, malgrado questi limiti, ha adottato delle misure che hanno impedito ad una situazione difficile di divenire disperata, anche se tali operazioni non possono di certo definirsi totalmente rispettose dei parametri contenuti nei Trattati¹⁸⁴.

Per rispondere alle esigenze imposte dalla crisi, la BCE ha dovuto compiere veri e propri 'miracoli' interpretativi, come dimostrano le parole che Jorg Asmussen ha utilizzato, l'11 giugno 2013, per difendere l'OMT di fronte alla Corte di Karlsruhe. Il

¹⁸⁰ Per una ricostruzione completa di questi eventi cfr. ancora G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, cit., p. 67 ss.

¹⁸¹ Per un richiamo di queste critiche, v. F. SARACENO, *BCE e FED, Quantitative Easing o Prestatore di ultima istanza? La confusione regna sovrana*, in www.keynesblog.org; nonché le osservazioni di P. DE GRAUWE, *The European Central Bank: Lender of Last Resort in the Government Bond Market?*, in *Cesifo working paper*, n. 3569, 2011, p. 13 secondo cui «*The ECB has been unduly influenced by the theory that inflation should be the only concern of the central bank. Financial stability should also be on the radar screen of a central bank. In fact, most central banks have been created to solve an endemic problem of stability of financial systems. With their unlimited firing power, central banks are the only institutions capable of stabilizing the financial system. It is time that ECB recognizes this old truth instead of fleeing from its responsibility*».

¹⁸² Da ricordare il "whatever it takes" pronunciato da Mario Draghi in occasione della conferenza sull'investimento globale organizzata il 26 luglio 2012 dalla UK Trade & Investment - UKTI.

¹⁸³ A. MCDONEL, *Solidarity, Flexibility, and the Euro-Crisis: Where Do Principles Fit In?*, in LS. ROSSI, F. CASOLARI (a cura di) *The EU after Lisbon Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Springer, 2014.

¹⁸⁴ Per questa posizione si v. F. DEBENEDETTI, *Dubbi in punto di diritto sulle tesi degli anti Karlsruhe*, in www.astrid-online.it

membro dell'*Executive Board* della BCE, infatti, a proposito della compatibilità di detta misura con le norme del Trattato, si è limitato a sottolineare come essa non sia in contrasto con il divieto contenuto all'art. 123, giacché l'acquisto dei titoli di debito, da parte della BCE, non avverrebbe sul mercato primario, ma soltanto in quello secondario. Un'interpretazione giustificata dall'importanza di questo strumento ai fini della sopravvivenza dell'eurozona, ma che appare abbastanza pretestuosa¹⁸⁵.

Ci pare dunque che, per un verso, sia vero che la BCE stia ricorrendo a tutti gli strumenti in suo possesso per combattere la crisi nella zona euro; per l'altro, appare evidente la necessità di cambiare certi approcci, a partire proprio dal divieto di acquisto dei titoli pubblici e dall'obiettivo primario ed esclusivo della politica valutaria. Il mantra del perseguimento della stabilità dei prezzi non è più sufficiente¹⁸⁶; ad esso deve aggiungersi anche lo scopo di mantenimento della stabilità finanziaria. La BCE dovrebbe adottare misure che, incidendo sulla politica monetaria, sostengano in seconda battuta la politica economica generale¹⁸⁷. Inoltre, il suo ruolo dovrebbe comprendere anche la funzione di *lender of last resort* sia nei confronti del sistema bancario che a favore del mercato dei titoli dei debiti sovrani¹⁸⁸. Una prospettiva, tuttavia, che già allo stato attuale non sembra del tutto estranea al TFUE, che all'art. 119 prevede che la BCE dovrebbe garantire il “*sostegno delle politiche economiche degli Stati*”¹⁸⁹, in vista della promozione delle economie

¹⁸⁵ Dubbi di ugual tenore sono stati sollevati in occasione della pronuncia della Corte di Giustizia C-370/12 sul MES in ordine alla sua compatibilità con l'art. 125, TFUE. Sul punto, osserva E.CHITI, in *Il meccanismo di stabilità*, che grazie ad un'interpretazione funzionale dell'art. 125, TFUE, interpretata come disposizione mirante a “*garantire che gli Stati membri rispettino una “politica di bilancio virtuosa”, nel superiore interesse del mantenimento della stabilità finanziaria dell'unione monetaria*”, la Corte afferma che tale norma “*non vieta la concessione di un'assistenza finanziaria da parte di uno o più Stati membri ad uno Stato membro che resta responsabile dei propri impegni nei confronti dei suoi creditori e purché le condizioni collegate a siffatta assistenza siano tali da stimolarlo all'attuazione di una politica di bilancio virtuosa*”.

¹⁸⁶ Per un critica su tale questione cfr. G. BUCCI, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in www.costituzionalismo.it, 3/2012.

¹⁸⁷ In tema v. A. MALATESTA, *La banca centrale europea*, cit., 33.

¹⁸⁸ Cfr. P. DE GRAUWE, *Stop this Guerrillas*, cit., il quale afferma che “*if financial stability is to be maintained, because the sovereign and the banks hold each other in a deadly embrace. When the banking system collapses, this threatens the solvency of the sovereign. When the sovereign defaults on its debt, it pulls the banks into default. This means that the banking sector cannot be stabilized if the sovereign is unstable. A central bank that wishes to stabilize the banking sector is condemned to also stabilize the government bond market. Failure to do so leads to a banking crisis, forcing the central bank to provide huge amounts of liquidity to banks that it refuses to provide to the sovereign*”.

¹⁸⁹ E. DOMINGO SOLANS, *Should the ECB have broader objectives beyond price stability*, www.ecb.int.

nazionali¹⁹⁰. Inoltre, sebbene alla BCE sia stato attribuito tradizionalmente il solo compito di mantenere la stabilità dei prezzi, l'art. 127, TFUE, dispone che, fatta salva detta finalità, il SEBC debba anche sostenere “*le politiche economiche generali nell’Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi (...) definiti dall’art. 3 del trattato*”, ossia “*lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento dell’ambiente*” (art. 3, TUE). In aggiunta, nel perseguimento di siffatti obiettivi, il SEBC dovrebbe agire conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza, contribuendo ad un’efficace allocazione delle risorse e rispettando i principi di cui all’art. 119 TFUE: “*prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile*” (art. 119, comma terzo). Pertanto, già l’attuale dettato normativo permetterebbe di mitigare l’importanza attribuita all’obiettivo della stabilità dei prezzi, a fronte dello scopo di sostenere le politiche economiche generali. Tuttavia, la lettura che ha prevalso è stata profondamente orientata al solo perseguimento dell’obiettivo primario, perlomeno fino al recente passato.

Effettivamente, come la storia insegna, le funzioni svolte dalle Banche centrali non rimangono fisse nel tempo, ma mutano a seconda delle contingenze¹⁹¹. Le recenti vicende hanno provato quanto questa asserzione possa esser vera, soprattutto se riferita alla BCE, la quale è divenuta una vera protagonista sulla scena europea; proprio per questo si ritiene che sia ormai arrivato il momento di fare chiarezza sui poteri dell’*Euro Tower* e sui i limiti entro cui essi devono essere esercitati.

Relativamente al quadro del diritto primario sopra rappresentato, in particolare con riferimento all’art. 123, non di agevole lettura risulta adesso l’influenza giocata dalla ‘solidarietà’ nei confronti dell’operato della BCE. A seguito della pronuncia resa dalla Corte di giustizia nel caso *Gauweiler*¹⁹², in cui essa ha dichiarato la

¹⁹⁰ V. M. PACINI, *La vigilanza prudenziale*, cit., 378, per il quale durante lo svolgimento di tali funzioni le banche centrali dovrebbero “*assumere la posizione di regolatori di ultima istanza; è ad esse, infatti, che spetta decidere in che misura gli effetti prodotti dalle scelte adottate dai singoli soggetti pubblici e privati*”.

¹⁹¹ Su questo punto v. C. GOODHART, *The Changing Roles of Central Banks*, in *LSE Financial Markets Group*, Special Paper, n. 197, 2010.

¹⁹² Per un esame approfondito del giudizio reso dalla Corte di giustizia, cfr. F. MARTUCCI, *La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines : l’arrêt Gauweiler entre droit et marché*, CDE, 2015, pp. 593-534.

compatibilità con i trattati delle misure anticonvenzionali della BCE, si è posto il problema di capire se tale sentenza abbia orientato in senso solidaristico l'intera materia, che, viceversa, si è sempre caratterizzata per la non-solidarietà. Orbene, le misure eccezionali approvate dalla BCE ci sembra abbiano allargato le maglie dell'art. 123, favorendo la nascita di una innovativa solidarietà tra Unione e Stati membri, in una prospettiva di mantenimento della stabilità all'interno dell'eurozona. In questo modo, pare sia stato sferrato un ulteriore colpo, oltre quello inferto con la modifica dell'art. 136, TFUE, al dogma 'intoccabile' della stabilità e soprattutto della non-solidarietà tra Stati membri nel contesto dell'UEM. In definitiva, sembra potersi sostenere come sia oramai necessario procedere ad un ripensamento delle funzioni conferite alla BCE; bisogna, infatti, far tesoro dell'insegnamento che la crisi ci ha fornito e riassegnare alla politica monetaria il ruolo che ad essa meglio si attaglia, superando i veti e i vincoli contenuti nel Trattato, e riallineando il dettato giuridico alle esigenze 'economiche'.

8. Considerazioni (non) conclusive sul principio di solidarietà nell'ordinamento giuridico europeo

L'Unione europea, fin dai trattati originari, ha mirato a istituire delle forme originali di solidarietà tra cittadini europei, tra Stati membri e tra questi ultimi e l'Unione stessa. Si osserva che nei trattati UE, sono emerse, a seguito delle varie riforme che li hanno investiti, due diverse idee di solidarietà. La prima è quella che dovrebbe essere promossa nelle relazioni tra cittadini europei e che fungerebbe da base per la "creazione di un'Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa". Siffatto genere di solidarietà viene declinata anzitutto nel Preambolo del TUE, il quale recita che le Parti contraenti desiderano rinforzare lo spirito di solidarietà tra i popoli, nel rispetto della loro storia, tradizione e cultura. La solidarietà tra i popoli d'Europa viene altresì definita quale valore fondante dell'Unione sia sul piano interno (art. 2, TUE) che sul piano esterno (art. 21, TUE)¹⁹³. In aggiunta, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione dedica alla solidarietà il suo intero Titolo IV. Infine, l'art. 3, par. 3,

¹⁹³ Cfr. P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama 'costituzionale'*, cit., p. 1, in nota n. 3.

TUE, prevede che sull'Unione gravi l'onere di promuovere la solidarietà tra le generazioni. La seconda idea di solidarietà attiene invece al livello istituzionale e normativo¹⁹⁴ e dovrebbe incidere sulle relazioni tra Stati membri e/o tra questi ultimi e l'Unione europea. Quest'ultimo genere di solidarietà è rinvenibile in quelle disposizioni dell'Unione di rango primario (ampiamente descritte nel corso del presente capitolo) relative sostanzialmente a quattro settori: PESC, LSG, UEM e Energia.

A noi sembra possibile distinguere le disposizioni sopra citate in altrettante due categorie: nella prima sono da ricomprendere quelle norme che hanno recepito un'idea estesa di solidarietà quale criterio che deve ispirare la politica e gli atti dell'UE (v. ad es, artt. 2, 3 del TUE); nella seconda, di contro, possono essere annoverate quelle disposizioni che autorizzano gli interventi in solidarietà tra Stati membri solamente in casi 'eccezionali' e di conclamata emergenza (vedere ad es. l'art. 42, TUE e gli artt. 80, 122, 222 del TFUE). Al riguardo, preme allora sottolineare il contrasto che emerge tra gli 'obiettivi' che stimolano ad una solidarietà tra popoli europei e Stati membri e le disposizioni contenute negli altri segmenti in cui si sviluppano i trattati (vedi PESC, LSG, UEM, Energia), nei quali, viceversa, sembra affermarsi la 'regola' della non-solidarietà.

Si evidenzia inoltre come non sia un caso che le disposizioni di apertura dei trattati contengano un richiamo così ampio alla solidarietà. Esse si riferiscono ad una solidarietà tra individui, *rectius* tra cittadini europei; ci troviamo quindi nella dimensione privatistica delle relazioni, in cui la solidarietà tra persone può essere ispirata da un puro spirito di fratellanza. Non sorprende, allo stesso modo, che nelle altre sezioni in cui si articolano i trattati, i meccanismi di solidarietà si attivino solo in caso di emergenza e non rappresentino, viceversa, la norma. In effetti, si tratta, in questo caso, del profilo applicativo dell'atto solidale in cui necessariamente si devono mettere in moto istituzioni europee e/o Stati membri; di conseguenza, il loro atteggiamento risente delle remore nei confronti della solidarietà tipiche del diritto internazionale e dell'approccio giuridico. L'influenza residuale delle relazioni di stampo internazionalista si deduce dal fatto che la regola nell'UE è rappresentata dalla non-solidarietà; la novità, però, introdotta dal progetto europeo è stata l'instaurazione di forme di solidarietà tra Stati membri nei momenti di più acuta

¹⁹⁴ *Ivi*, p.1, in nota 3.

difficoltà. Quanto all'influenza esercitata dall'approccio giuridico, essa si ricava dal fatto che, nel momento in cui l'UE o gli Stati membri intervengono in solidarietà, essi sono spinti non da un sincero spirito di liberalità, ma da un secondo fine, il quale, il più delle volte, si riassume nel tentativo di risolvere immediatamente una situazione di crisi che potrebbe degenerare in caso di immobilismo e comportare costi maggiori in un secondo momento. Ci sembra dunque che l'approccio alla solidarietà, nel campo etico come in quello giuridico, nel diritto internazionale come in quello europeo, sia tutto riconducibile ad una stessa 'matrice'; pertanto, certe scelte normative - come quelle sopra evidenziate - non sono state assolutamente casuali, bensì sono inquadrabili all'interno del medesimo disegno.

A parte queste considerazioni sostanziali, non è dubitabile che con il TUE e il TFUE il principio di solidarietà sia stato valorizzato in diversi settori dell'Unione. Va, inoltre, osservato che, grazie alle riforme post-Lisbona (vedi l'inserimento del par. 3 all'art. 136 del TFUE) e alle manovre non convenzionali della BCE (OMT e QE in particolare) sia stato compiuto un ulteriore passo in avanti verso una reale presa di coscienza dell'idea di solidarietà all'interno del tessuto giuridico 'unionale'.

Ci pare, dunque, sostenibile la tesi secondo cui, in realtà, negli ultimi anni si sia assistito ad un rafforzamento della solidarietà piuttosto che ad un suo affievolimento, diversamente da quanto sostenuto dall'opinione pubblica europea. Con tutta probabilità, la sensazione che l'azione solidale tra gli Stati membri sia stata insufficiente negli ultimi anni trova una giustificazione nel fatto che la solidarietà appare ancor più necessaria in un periodo di crisi sistemica come quella attuale. In ultima analisi, ci sembra di poter sostenere che la solidarietà, nell'ordinamento giuridico europeo, sia ormai da considerare alla stregua di una vera e propria obbligazione, l'inadempimento della quale è particolarmente grave perché *“scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico comunitario”*¹⁹⁵. A nulla vale il richiamo a interessi di natura nazionale, posto che *“il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario»* e soprattutto *“determina discriminazioni a carico dei loro cittadini, in primissimo luogo di quelli dello Stato che trasgredisce le norme comunitarie”*¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Corte giust., 7 febbraio 1973, *Commissione/Repubblica italiana*, 39/72, Racc. 1973, p. 101.

¹⁹⁶ Sentenza Corte giust., 7 febbraio 1979, *Commissione/Regno unito*, 128/78, Racc. 1979, p. 419.

CAPITOLO III

La Solidarietà nella gestione delle crisi bancarie “prima” dell’Unione Bancaria Europea

SOMMARIO: 1. La debolezza del quadro normativo istituzionale di gestione delle crisi bancarie prima della crisi finanziaria. - 2. I primi tentativi di regolazione europea dell’insolvenza bancaria. - 3. L’origine e l’evoluzione dei sistemi di garanzia dei depositi. - 4. La direttiva 94/19/Ce: principali aspetti della disciplina dei sistemi di garanzia. - 4.1. Le banche partecipanti e la natura giuridica dei sistemi di garanzia. - 4.2. Il livello di copertura. - 4.3. Gli interventi. - 4.4. I rapporti con l’Autorità di vigilanza. - 4.5. Il finanziamento dei sistemi. - 5. Gli aiuti di Stati al settore bancario. - 5.1. In generale: che cosa sono gli aiuti di Stato e l’articolo 107, TFUE?. - 5.2. Il concetto di risorse statali. - 5.3. L’esistenza di un vantaggio selettivo. - 5.4. L’impatto sulla concorrenza e sugli scambi commerciali intra-comunitari. - 5.5. Il giudizio di compatibilità e la *Block Exemption Regulation*. - 5.5.1. Il giudizio di compatibilità ai sensi del comma secondo. - 5.5.2. Il giudizio di compatibilità ai sensi del comma terzo. - 5.6. Le particolarità del settore bancario. - 5.7. L’interdipendenza dei *players*. - 5.8. Il rischio contagio. - 6. Le regole in tema di aiuti di Stato applicabili al settore bancario. - 7. La disciplina speciale applicabile al settore bancario. - 8. L’impatto della crisi finanziaria sul giudizio di compatibilità: le ragioni del passaggio dall’art. 107, co. 3, lett. c) all’articolo 107, co. 3, lett. b). - 9. Le Comunicazioni della Commissione nel “contesto della crisi finanziaria”. - 9.1. *Banking Communications*: l’evoluzione dal 2008 al 2013. - 9.2 La Comunicazione della Commissione UE del 2013. - 9.2.1. Il *burden sharing* e la presentazione di un piano di ristrutturazione della banca. - 9.2.2. La ricapitalizzazione e le misure a fronte di attività deteriorate. - 9.2.3. La concessione di garanzie e il sostegno alla liquidità. - 9.2.4. Gli interventi del sistema di garanzia dei depositi. - 9.2.5. Gli aiuti per la liquidazione delle banche. - 10. Le nuove prospettive dell’azione della Commissione.

1. La debolezza del quadro normativo istituzionale di gestione delle crisi bancarie prima della crisi finanziaria

La crisi finanziaria scoppiata nel periodo 2007-2009, a causa dei fallimenti delle operazioni connesse ai mutui *sub-prime* statunitensi, e successivamente diffusasi in Europa per la forte integrazione dei sistemi finanziari, ha costituito senza dubbio il banco di prova della bontà delle regole e dell’architettura istituzionale della

supervisione bancaria e delle modalità di gestione delle insolvenze bancarie a livello europeo. Sfortunatamente per i Paesi Europei, il test è stato fortemente negativo; le numerose insolvenze bancarie hanno effettivamente dimostrato, per un verso, l'esistenza di gravi carenze di preparazione nella gestione dei rischi da parte degli enti finanziari, e, per l'altro, la presenza di lacune nella regolamentazione e nella supervisione del settore bancario¹⁹⁷.

Molteplici sono stati i fattori di debolezza che sono emersi. Tra le lacune che sono affiorate con più veemenza è doveroso menzionare: a) la diversa natura dei modelli giuridici di gestione delle crisi (amministrativo o giudiziario); b) la differente modulazione, e in alcuni casi la vera e propria mancanza di strumenti per il trattamento dei diversi stadi della crisi dell'azienda bancaria; c) la carenza di una specifica normativa dedicata alla crisi dei gruppi bancari, che ha comportato l'impossibilità di assicurare una visione globale nell'analisi dei problemi che interessano la capogruppo e i singoli enti del gruppo e nella ricerca delle relative soluzioni. Peraltro, nei casi di crisi di conglomerati finanziari aventi una operatività globale, le procedure di coordinamento tra le autorità competenti si sono rivelate insufficienti, soprattutto per l'assenza di precise regole in tema di ripartizione dei costi dell'insolvenza bancaria che ha portato le autorità nazionali a proteggere il complesso aziendale insediato all'interno dei propri confini nazionali (c.d. *ring fencing*).

Nella maggior parte dei Paesi europei, le difficoltà che hanno travolto le banche sistemiche, per evitare esternalità negative che avrebbero potuto colpire gli *stakeholders*, sono state risolte ricorrendo a soldi pubblici (*bail-outs*) e ponendo, quindi, il costo dei fallimenti bancari sulle spalle dei contribuenti. Attraverso questo *modus operandi* si è consolidato il principio secondo cui le banche troppo grandi non possono fallire (*too big to fail*), un principio mai esplicitamente dichiarato in conformità ad una prassi di *constructive ambiguity* fino ad allora seguita dalle autorità per non dare certezza agli investitori in merito agli interventi statali di salvataggio e per ridurre l'azzardo morale degli operatori finanziari¹⁹⁸. Siffatti interventi pubblici di salvataggio hanno minato i bilanci statali e, nei Paesi più

¹⁹⁷ M. DRAGHI, *Financial Stability in the global environment? Learning the lessons from the market crisis*, Keynote Speech at IOSCO's Annual Conference, 2009; R. MASERA, *The great financial crisis, Economics, Regulation and Risk*, in *Bancaria editrice*, 2009; J. STIGLITZ, *Freefall, America, Free Market and the Sinking of the World Economy*, in *WW Norton e co.*, 2010.

¹⁹⁸ Cfr. G. BOCCUZZI, *L'Unione Bancaria Europea*, Pacini editore, 2016, p. 12 ss.

esposti, hanno favorito la creazione di un circolo vizioso tra rischio bancario e rischio sovrano.

Il bisogno di superare le inefficienze palesatesi nel corso della crisi finanziaria ha indotto le istituzioni europee ad intervenire per individuare delle soluzioni, in particolare sotto il profilo della collaborazione e del coordinamento *cross-border*. Il processo di riforma ha subito una forte accelerazione negli ultimi tre anni, sfociando in un nuovo *framework* per la gestione delle crisi bancarie¹⁹⁹, la cui *ratio* risulta coerente alle più generali innovazioni normative che hanno interessato la regolamentazione prudenziale e l'attività di vigilanza europea negli ultimi dieci anni.

2. I primi tentativi di regolazione europea dell'insolvenza bancaria

La necessità di una maggiore convergenza tra gli ordinamenti dei Paesi europei nel settore della gestione delle insolvenze bancarie era divenuta sempre più impellente negli ultimi decenni. Tuttavia, la spinta a risolvere tali problematiche era incostante, posto che essa risultava crescente nei momenti in cui si manifestavano insolvenze bancarie di rilevante portata, mentre diminuiva nei momenti di stabilità finanziaria²⁰⁰. Gli sforzi profusi a livello europeo per armonizzare suddetto settore non hanno effettivamente mai ricevuto un sostegno rilevante; al contrario, molto forti sono state le opposizioni alla creazione di un quadro unitario di gestione delle crisi, giacché mancava una vera e propria volontà di rinunciare alle peculiarità nazionali in un settore così delicato e tecnico.

Solo all'indomani di vicende di portata sistemica originatesi in alcuni Paesi - in particolare negli anni novanta - si è registrata la volontà di creare un sistema di regole comuni per il trattamento delle crisi di gruppo fondate sul principio dell'armonizzazione minima, del mutuo riconoscimento delle procedure nazionali e della effettiva collaborazione tra autorità nazionali. A seguito di queste riflessioni è scaturita, dopo un travagliato iter legislativo, la direttiva in materia di risanamento e

¹⁹⁹ V. sul punto cap. IV del presente lavoro.

²⁰⁰ Alcune importanti iniziative erano già state adottate agli inizi degli anni 2000 per migliorare la gestione delle insolvenze bancarie, tra cui: Financial Stability Forum, *Guidance for developing effective deposit insurance system*, 2001; Basel committee on banking supervision, *Supervisory guidance on dealing with weak banks*, 2002; World Bank-IMF, *Global bank insolvency initiative: legal institutional and regulatory framework to deal with insolvent banks*, 2009.

liquidazione delle banche (direttiva 2001/24/CE del 4 aprile 2001)²⁰¹. Tale direttiva, pur avendo costituito un significativo passo in avanti, presentava tuttavia un approccio ispirato ad una visione di intervento minimalista e, pertanto, ancora caratterizzata dalla volontà di preservare le peculiarità nazionali. La direttiva non definiva regole comuni, ma lasciava agli Stati membri la possibilità di mantenere il proprio assetto istituzionale e le procedure di crisi previste a livello nazionale. Essa infatti si limitava solo alla definizione del Paese competente all'apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione e alla indicazione delle leggi applicabili.

Ad ogni modo, la direttiva sanciva importanti e innovativi principi. Anzitutto stabiliva che le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro di origine (ossia il Paese in cui l'intermediario ha la sua sede principale) erano le uniche competenti a decidere l'apertura delle procedure di risanamento e di liquidazione. Le procedure aperte nello Stato d'origine erano riconosciute, senza formalità, in tutti gli Stati membri, nei quali producevano gli effetti previsti dalla legge dello Stato membro d'origine. Siffatta previsione era coerente con il principio generale del settore bancario (Dir. 2006/48/CE del 14 giugno del 2006), secondo cui le banche e le loro filiali comunitarie erano considerate come singole entità e sottoposte al controllo delle autorità competenti dello Stato in cui era stata rilasciata la licenza all'esercizio dell'attività creditizia²⁰². La disciplina europea delle crisi bancarie ricavabile dalla direttiva di cui sopra si muoveva dunque secondo una logica prettamente territoriale, ovvero essa imponeva l'applicazione della disciplina di risanamento e liquidazione del Paese della società madre alle sole succursali estere e conseguentemente non era applicabile alle filiazioni del gruppo bancario.

La disciplina sul coordinamento delle procedure di gestione delle crisi bancarie aveva fatto seguito alla normativa sui sistemi di garanzia dei depositi, introdotta nell'ordinamento europeo nel 1994 con l'entrata in vigore della Direttiva 94/19/Ce. La direttiva ha costituito uno spartiacque nella regolamentazione della protezione dei

²⁰¹ Per approfondimenti sul tema cfr. G. BOCCUZZI, *Direttiva comunitaria in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi*, *Commento ai titoli I, II, III, IV (artt. 28, 29 e 33)*; R. CERCONE, *Direttiva comunitaria in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi. Le eccezioni alla applicazione della lex concursus*, in G. ALPA, F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto Bancario Comunitario*, Utet, 2002; J.P. DEGUEE, *The winding up directive finally establishes uniform private international law for banking insolvency proceedings*, in *European Business Review*, 2001, p. 99 e ss.

²⁰² Poco prima della direttiva bancaria era stato adottato il Regolamento Ce n. 1346/2000 che disciplinava le procedure di insolvenza delle imprese commerciali con operatività transfrontaliera. Tale normativa si differenziava da quella bancaria per una serie di profili, in particolare per la previsione della possibilità di aprire procedure secondarie in altri Stati in cui l'impresa era insediata con delle succursali (ipotesi non contemplata dalla direttiva bancaria).

depositanti bancari; essa infatti ha previsto il principio della obbligatorietà dell'adesione delle banche ai sistemi di garanzia dei depositi, configurando tale partecipazione come *condicio sine qua non* per l'esercizio dell'attività bancaria. In ogni caso, il livello di armonizzazione imposto dalla direttiva era minimo, coerentemente all'approccio seguito dalla regolamentazione bancaria di quel periodo. Gli elementi da armonizzare previsti dalla direttiva riguardavano solo alcuni elementi fondamentali di funzionamento dei sistemi nazionali, lasciando agli Stati membri assoluta discrezionalità nella determinazione degli aspetti strutturali e funzionali degli schemi di garanzia. La convergenza aveva principalmente avuto come oggetto: a) la partecipazione obbligatoria delle banche a un sistema di garanzia; b) la responsabilità del sistema di garanzia della società madre del gruppo per il rimborso dei depositanti delle succursali con sede nel resto della Comunità; c) la previsione di un livello minimo di tutela per i depositanti (20.000 euro) con la previsione - per i medesimi - della possibilità di compartecipare alle perdite fino ad un massimo del 10% dell'importo dei depositi garantiti.

In seguito ai default bancari verificatesi nel corso della crisi finanziaria internazionale scoppiata nel biennio 2007-2009 e dei fenomeni di *bank run* (corsa agli sportelli) manifestatesi in alcuni sistemi bancari²⁰³, è maturata la volontà di procedere ad un ulteriore rafforzamento dei sistemi di garanzia dei depositi. Il primo prodotto di questa stagione di riforme è stata la Direttiva 2009/14/Ce dell'11 marzo 2009, la quale ha tentato di rimediare ad alcuni aspetti problematici della Dir. 94/19/Ce e di favorire una maggiore convergenza degli schemi di garanzia dei depositi. In maniera progressiva è stato elevato a 100.000 euro il livello di copertura e si è deciso di ridurre fino a 20 giorni lavorativi il termine per procedere al rimborso dei depositanti.

Tuttavia, l'assetto determinatosi a seguito dell'intervento normativo del 2009 è stato giudicato insufficiente per gestire le nuove esigenze emergenti dalla crisi finanziaria. Queste problematiche hanno alimentato un dibattito a livello internazionale per assicurare un ulteriore rafforzamento dei sistemi di garanzia dei depositi. A tal proposito, nel giugno 2009, il Comitato di Basilea e l'*International Association of Deposit Insurers* (IADI) in un documento comune hanno emanato diciotto *core*

²⁰³ Emblematico è il caso di Northern Rock nel Regno Unito.

*principles*²⁰⁴ basati sulle migliori prassi consolidate a livello internazionale, tenendo conto anche delle informazioni fornite dal *Financial Stability Forum* nel 2008²⁰⁵. Tali nuovi principi sono sostanzialmente delle *guide lines* rivolte ai legislatori per migliorare gli schemi di garanzia a livello nazionale e aumentarne l'efficacia, lasciando in ogni caso agli Stati la libertà di introdurre misure supplementari che tengano conto delle peculiarità nazionali.

Inoltre, per controllare l'efficace applicazione di tali *core principles*, è stata elaborata una apposita metodologia per la valutazione della conformità dei singoli sistemi nazionali con i principi, i quali godono di ampia fiducia a livello internazionale, in particolare a seguito del loro utilizzo da parte del Fondo Monetario Internazionale nei *Financial Sector Assessment Program (FSAP)*²⁰⁶.

In base alle indicazioni del FSB e del Comitato di Basilea, la Commissione europea, nel luglio 2010, ha presentato una nuova proposta di direttiva²⁰⁷ modificativa di quella del 1994 sopra menzionata. Tale riforma mirerebbe ad armonizzare la portata della copertura e le disposizioni concernenti il rimborso dei depositanti; ridurre il termine del rimborso; migliorare l'accesso alle informazioni sulle banche partecipanti da parte degli schemi di garanzia; rendere più credibili gli schemi di garanzia attraverso un rafforzamento del loro *funding*; mutare le modalità di finanziamento dei sistemi attraverso un approccio sia *ex ante* che *ex post*, compresa la messa in opera di un sistema di prestiti tra fondi nazionali.

Va, peraltro, ricordato che il sistema europeo di gestione delle insolvenze bancarie è stato completato con una serie di direttive emanate verso la fine degli anni novanta e l'inizio degli anni duemila. Vale la pena ricordare: 1) la direttiva 2001/17/Cee sul risanamento e la liquidazione delle imprese di assicurazione; 2) la direttiva 1998/26/Ce sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o regolamento titoli, avente la funzione di garantire la stabilità degli effetti delle operazioni di pagamento, compensazione e trasferimento effettuate nei sistemi ufficiali di pagamento e di regolamento titoli, anche nel caso in cui il soggetto

²⁰⁴ V. Basel Committee on banking supervision – International association of deposit insurers, *Core principles for effective deposit insurance systems*, 2009.

²⁰⁵ Financial Stability Forum, *Report of the Financial Stability Forum on enhancing market and institutional resilience*, 2008.

²⁰⁶ La metodologia è stata definita grazie alla collaborazione dello IADI, della Commissione europea e del Fondo monetario internazionale.

²⁰⁷ Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 94/19/CE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi per quanto riguarda il livello di copertura e il termine di rimborso.

partecipante al sistema venga assoggettato ad una procedura di insolvenza. In altri termini, tale direttiva ha introdotto specifiche norme di protezione a favore dei sistemi di pagamento: nello specifico, ha previsto il carattere vincolante e definitivo degli ordini di pagamento tra i partecipanti e di opponibilità ai terzi, anche nel caso di apertura di una procedura di insolvenza a carico dei partecipanti, dei cui effetti viene comunque stabilita l'irretroattività sui diritti e sugli obblighi dei partecipanti stessi; ha sancito la facoltà dei sistemi di gestire direttamente la liquidità e i titoli del partecipante sottoposto ad una procedura di insolvenza; infine, è stato previsto l'isolamento dei diritti alla garanzia in titoli ricevuta da un partecipante al sistema o da banche centrali dagli effetti dell'avvio di una procedura di insolvenza al datore della garanzia; 3) la direttiva 2002/47/Ce sui contratti di garanzia finanziaria. Tale normativa ha introdotto nuove figure di garanzia finanziaria, tra cui i contratti di trasferimento della proprietà con funzione di garanzia e la cessione di credito, compresi i contratti di pronti contro termine. Si osserva che tale nuovo quadro giuridico ha previsto una disciplina più fluida delle modalità di svolgimento del rapporto tra debitore e creditore, attraverso la semplificazione delle formalità per la costituzione ed escussione delle garanzie prestate a favore degli intermediari; la previsione del diritto del creditore pignoratorio di utilizzare le attività finanziarie oggetto delle garanzie; un trattamento di favore delle garanzie in caso di innesco di una procedura di insolvenza a carico del debitore.

3. L'origine e l'evoluzione dei sistemi di garanzia dei depositi

I sistemi di garanzia dei depositi bancari costituiscono uno strumento essenziale per garantire un'efficiente gestione di una crisi bancaria; essi, in caso di fallimento di un ente creditizio, intervengono, di norma, per rimborsare dei depositanti, soggetti considerati come la componente più debole nell'ambito delle varie categorie di creditori della banca insolvente. In effetti, i depositanti non dispongono degli strumenti informativi che permettono loro di stimare in maniera credibile la solidità dell'ente a cui affidano i loro risparmi.

Pertanto, i sistemi di garanzia dei depositi sono una componente fondamentale di quella rete di sicurezza predisposta dal legislatore europeo per salvaguardare la

stabilità finanziaria dell'Unione²⁰⁸. Invero, la stessa esistenza di una forma di tutela diretta dei risparmiatori rinsalda la fiducia nel sistema bancario, evitando che certe situazioni di crisi, che colpiscono singoli intermediari, possano scatenare fenomeni di panico tra i depositanti e promuovere il c.d. *bank run effect*, suscettibile di innescare crisi sistemiche.

Alla luce di cui sopra, dagli anni novanta si è assistito ad un massiccio potenziamento delle funzioni e delle risorse dei sistemi di garanzia dei depositi. Tuttavia, non è possibile affermare in maniera aprioristica quale tra i modelli adottati sia il migliore, considerato che i sistemi istituzionali dei vari schemi assumono configurazioni molto diverse a seconda delle specificità degli ordinamenti nazionali. Infatti, dalla semplice funzione di rimborso dei depositanti, che costituisce il mandato classico dei sistemi di garanzia dei depositi, la loro missione può comprendere anche la partecipazione al finanziamento della risoluzione. Vi è anche un terzo modello che prevede un attivo coinvolgimento nella elaborazione delle misure e del finanziamento della risoluzione sulla base del principio del minor costo (*loss minimiser*); da ultimo, è stato elaborato anche un quarto modello (*risk minimiser*), in base al quale il sistema di garanzia dei depositi assume poteri di gestione del rischio, ossia interviene nella fase di *early intervention* e di risoluzione e, in qualche caso, ha anche poteri di supervisione²⁰⁹.

Infine, si osserva che in alcuni ordinamenti il sistema di garanzia dei depositi è fuso con l'autorità di risoluzione. I vantaggi di questo assetto istituzionale derivano dalla flessibilità e dall'efficienza della gestione dei fondi e dalla possibilità di mitigare i rischi di *forbearance*²¹⁰; da ultimo, grazie a questo schema, si riesce ad incentivare l'adozione di *least cost solutions*²¹¹.

²⁰⁸ Sulle finalità della assicurazione dei depositi si consiglia di vedere D. DIAMOND, P. DYBVIK, *Banking Theory, Deposit Insurance and Bank Regulation*, in *The Journal of Business*, 1986, vol. 59, pp. 55-68; E.J. KANE, *Deposit Insurance around the globe: where does it work?*, in *Journal of Economic Perspective*, 2002, pp. 175-195.

²⁰⁹ Sul tema si consiglia di vedere Financial Stability Board, *Thematic Review on deposit insurance scheme - Peer review report*, 2012.

²¹⁰ Si tratta di esposizioni della banca, per le quali, a causa del deterioramento delle condizioni economico-finanziarie del debitore, vengono modificate le originarie condizioni contrattuali (deroga dei termini, riduzione del debito o degli interessi dovuti).

²¹¹ J. PRUSKI, *The role of deposit insurer in bank resolution*, Intervento al FSI-IADI "Seminar on Bank resolution, Crisis management and Deposit insurance issues", Basilea, 9-11 settembre 2014.

4. La Direttiva 94/19/Ce: i principali aspetti della disciplina dei sistemi di garanzia

Negli anni novanta la Direttiva europea 94/19/Ce ha segnato un punto di svolta nella definizione dell'istituto dello schema di garanzia dei depositi; essa infatti ha stabilito come requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività bancaria l'adesione delle banche ai sistemi di garanzia dei depositi. Tale riforma può essere considerata come un'embrionale dimostrazione dell'esistenza di un principio di solidarietà all'interno del settore bancario in vista della salvaguardia dei depositanti, ma soprattutto al fine di salvaguardare la stabilità finanziaria, rinforzare la fiducia nel settore bancario al fine ultimo di evitare un effetto contagio nell'intero comparto a causa di difficoltà finanziarie che dovessero colpire anche un singolo intermediario. Sebbene la partecipazione a siffatti schemi sia stata etero-imposta tramite una direttiva, la quale ha sancito l'obbligatorietà della adesione da parte delle banche esercenti attività creditizia, la creazione - ad esempio - in Italia di due schemi di garanzia su base 'volontaria', ben prima che la creazione dei sistemi di garanzia dei depositi fosse prevista come obbligatoria dalla normativa 'comunitaria', ci sembra dimostrare come l'attivazione di siffatti strumenti non sia strumentale al perseguimento di soli interessi pubblicistici (tutela del risparmio dei cittadini), bensì avvenga anche nell'interesse delle stesse banche. In tal modo, gli intermediari riescono a godere di una serie di vantaggi, in particolare il contenimento del *bank-run effect*, il mantenimento della base di liquidità e la conservazione di un costo di *funding* accettabile.

Quanto alla direttiva di cui sopra, essa ha mirato ad armonizzare una serie di aspetti fondamentali relativi al funzionamento dei sistemi nazionali, seguendo un approccio coerente ai principi di armonizzazione minima e di mutuo riconoscimento tipici della regolamentazione bancaria degli anni novanta. Tale direttiva, tuttavia, a seguito degli eventi finanziari manifestatesi tra il 2007 e il 2009 e, in particolare, a causa del fenomeno di corsa agli sportelli che ha colpito alcuni Paesi europei, è stata ritoccata a causa del dibattito apertosi in ordine al rafforzamento dei sistemi di garanzia dei depositi. La prima mossa delle istituzioni europee è stata l'approvazione della direttiva 2009/14/Ce dell'11 marzo 2009, la quale ha mirato a risolvere alcuni aspetti problematici della previgente disciplina e al contempo ha tentato di armonizzare una

serie di aspetti fondamentali degli schemi di garanzia²¹². Tenteremo qui di seguito di illustrare le principali novità introdotte dalla direttiva in commento.

4.1. Le banche partecipanti e la natura giuridica dei sistemi di garanzia

Ai sensi dell'art. 96 del TUB - la legge italiana di recepimento della direttiva di cui trattasi - tutte le banche hanno l'obbligo di aderire ad uno dei sistemi di garanzia dei depositi costituiti e formalmente riconosciuti in Italia. Siffatta partecipazione rappresenta un requisito fondamentale per l'esercizio dell'attività bancaria²¹³. Secondo la Direttiva 94/19/Ce, le succursali italiane di banche insediate in altri Paesi dell'Unione hanno la facoltà di partecipare ad un sistema italiano per integrare la garanzia fornita dallo schema dello Stato di origine; di contro, la partecipazione diviene obbligatoria per le filiali in Italia di banche extra-comunitarie, salvo che queste ultime non abbiano aderito ad uno schema estero considerato equivalente in termini di protezione²¹⁴.

Per quanto riguarda l'assetto istituzionale, i due sistemi di garanzia realizzati in Italia hanno la forma giuridica del consorzio di diritto privato tra banche e sono amministrati da rappresentanti delle banche. La struttura di governo degli schemi è simile a quelle delle altre imprese societarie: infatti, essa si compone di una assemblea, di un consiglio, di organi esecutivi e di controllo. Diversamente da altri ordinamenti, tali schemi di garanzia non svolgono una funzione di vigilanza sulle banche e non possono imporre a tali enti l'adozione di certe manovre in caso di difficoltà. In aggiunta, i loro poteri vengono esercitati in stretto coordinamento con la Banca d'Italia, considerati i poteri di supervisione micro-prudenziale e di gestione delle crisi di cui quest'ultima istituzione è titolare.

²¹² Le nuove regole varate dalla direttiva 14 del 2009 sono poi state recepite in Italia con il Dlgs. 49 del 2011, il quale ha apportato delle modifiche all'art. 96-bis del TUB.

²¹³ Per quanto attiene all'esercizio dell'attività bancaria, la competenza passerà alla BCE dopo l'entrata in vigore del regolamento sul SSM, anche se dovranno essere rispettati i requisiti imposti dagli ordinamenti nazionali. La Banca d'Italia sarà ancora titolare del potere istruttorio.

²¹⁴ Con la direttiva n. 14 del 2009, che ha uniformato a livello europeo il livello di copertura, la possibilità richiedere l'integrazione della garanzia è stata circoscritta alle rare ipotesi di discrezionalità nella definizione dell'oggetto della garanzia tra Paese di origine e Paese ospitante.

4.2. Il livello di copertura

Il livello minimo di copertura che veniva assicurato dalla Direttiva 94/19 era di 20.000 euro. A seguito del varo della Direttiva 2009/14 si è deciso di elevare il livello di copertura a 100.000 euro. La definizione del nuovo livello di garanzia ha comportato anche l'abbandono del principio di coassicurazione; si ricorda infatti che nel precedente sistema i depositanti partecipavano alle perdite in casi di rimborso fino ad un certo ammontare. Nel nuovo quadro normativo, invece, i depositanti hanno diritto a ricevere l'intero ammontare dell'importo garantito, senza subire alcuna perdita nei limiti di detto ammontare.

Di particolare rilievo è la circostanza che la protezione offerta dai sistemi di garanzia è "*per depositante*" e non per deposito; ciò comporta che se un depositante ha più di un deposito o conto presso una banca insolvente, tali depositi o conti vengono consolidati e rimborsati fino al limite previsto dalla legge.

Quanto all'oggetto della garanzia, sono ammessi al rimborso i creditori relativi ai fondi acquisiti dalle banche con obbligo di restituzione sotto forma di depositi o sotto altra forma, nonché agli assegni circolari e agli altri titoli di credito a essi assimilabili.

Vi sono, inoltre, delle passività della banca che sono escluse dalla garanzia, posto che sono ritenute per la loro specifica natura o per le loro caratteristiche soggettive dei creditori non meritevoli di tutela. Nella prima categoria rientrano i depositi e altri fondi al portatore, le obbligazioni, i titoli di capitale e le altre componenti del patrimonio, i depositi derivanti da transazioni in relazione alle quali è intervenuta una condanna per riciclaggio. Rientrano, invece, nella categoria delle esclusioni in base alle caratteristiche dei creditori, i depositi dello Stato e degli enti territoriali, i depositi di altre banche e di altri enti finanziari, i depositi di soggetti che ricoprono cariche nella banca o nella capogruppo e, infine, i depositi che hanno usufruito di particolari tassi e condizioni che hanno concorso a determinare il dissesto finanziario della banca.

4.3. Gli interventi

Nel sistema italiano gli schemi di garanzia dei depositi intervengono per rimborsare i depositanti nei casi di liquidazione coatta amministrativa delle banche autorizzate in

Italia. Per le succursali di banche europee operanti in Italia, che usufruiscono dell'integrazione della copertura presso il sistema di garanzia italiano, i depositanti vengono rimborsati nel caso in cui sia intervenuto un rimborso ad opera dello schema di garanzia dello Stato di appartenenza.

Prima della Direttiva n. 14/2009, i sistemi effettuavano i rimborsi ai depositanti fino a 20.000 euro entro tre mesi dalla data del decreto di liquidazione coatta, prorogabile per un periodo non superiore a nove mesi dalla Banca d'Italia in circostanze eccezionali. Con il Dlgs. 49/2011 il termine per rimborsare i depositanti è stato ridotto fino a 20 giorni lavorativi, decorrenti dalla data in cui si producono gli effetti del decreto che dispone la liquidazione coatta dell'intermediario. Il suddetto termine è prorogabile dalla Banca d'Italia per un periodo non superiore a 10 giorni lavorativi in circostanze eccezionali.

Una volta rimborsati i depositanti, i sistemi di garanzia si surrogano nei diritti di cui i depositanti erano titolari verso la banca in liquidazione nei limiti dei pagamenti effettuati; va osservato inoltre come i sistemi partecipino ai riparti erogati in sede di liquidazione in via prioritaria rispetto ai depositanti destinatari dei rimborsi medesimi. La regola di priorità corrisponde ad un principio di equità e assicura, tra le altre cose, la minimizzazione del costo dell'intervento sostenuto dai sistemi di garanzia dei depositi. In effetti, qualora i proventi della liquidazione superino l'importo rimborsato dal Fondo, la disposizione permette al Fondo di recuperare per l'intero le somme rimborsate, mentre solo la parte eccedente viene restituita ai depositanti.

Per quanto attiene al peculiare caso italiano, i sistemi di garanzia di tale Paese si caratterizzano per l'ampiezza dei loro ambiti di intervento. A tal proposito, la legge ha previsto che i sistemi di garanzia possono prevedere ulteriore casi di intervento, disciplinati dallo statuto e dai regolamenti interni. Più nello specifico, al posto dell'ordinario rimborso ai depositanti (ex art. 27 dello Statuto del Fondo interbancario di tutela dei depositanti – "FITD"), i sistemi possono decidere di intervenire per sostenere il trasferimento dei depositi garantiti oppure per cedere le attività o passività a un'altra banca, a condizione che tali interventi rispondano al requisito del 'minor onere' rispetto all'ipotesi del rimborso ai depositanti (art. 28). Questo tipo di intervento tende ad essere preferito giacché permette di evitare la disgregazione del complesso aziendale e di preservare la continuità delle funzioni

essenziali della banca, obiettivi che risultano particolarmente rilevanti nella prospettiva di preservare la stabilità finanziaria.

I sistemi di garanzia hanno anche la facoltà di aiutare una banca sottoposta ad amministrazione straordinaria per facilitare il suo risanamento, evitare la sua insolvenza, ridurre i problemi di liquidità e promuovere fusioni e acquisizioni di complessi bancari. A tal fine, i sistemi sono autorizzati a concedere finanziamenti, garanzie e acquisire partecipazioni temporanee al capitale (art. 29), a condizione sempre che tali operazioni rispondano al requisito del minor onere rispetto ai costi derivanti dal rimborso dei depositanti e qualora sussistano prospettive di risanamento della banca.

Quanto al sopra citato requisito del minor onere, la valutazione è frutto del risultato del confronto tra il costo complessivo che si sostiene in caso di intervento alternativo e l'onere che deriverebbe dal rimborso dei depositanti, al netto dei potenziali recuperi nel corso della liquidazione, i quali dovranno essere computati sulla base di ipotesi ragionevoli in ordine al valore di realizzo delle varie categorie di attività della banca. Va aggiunto che il sistema di garanzia delle banche di credito cooperativo (BCC) ha la possibilità di intervenire anche al di là delle procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta, al fine di sostenere piani di ristrutturazione o di agevolare fusioni o acquisizioni da parte di altre banche.

Il sistema delle banche cooperative presenta anche altri profili innovativi. In effetti, da anni è in corso un dibattito sul progetto di costituzione di un ulteriore schema di garanzia per la protezione della liquidità e solvibilità delle BCC, coerentemente a quanto previsto all'art. 113, co. 7, della *Capital requirements regulations* ("CRR"), che prevede un trattamento prudenziale favorevole per le esposizioni reciproche tra le banche partecipanti allo stesso schema. In aggiunta, nel 2004 è stato costituito il Fondo di garanzia degli obbligazionisti, il quale ha natura volontaria e assicura protezione ai possessori di obbligazioni emesse sul mercato dalle BCC partecipanti.

4.4. I rapporti con l'Autorità di vigilanza

Le funzioni attribuite ed esercitate dai sistemi di garanzia dei depositi vengono svolte in stretto coordinamento con le autorità di supervisione e di risoluzione, per le quali

il legislatore europeo ha ricucito un ruolo centrale nell'ambito della gestione delle crisi bancarie.

Paradigmatica di questa ripartizione di competenze e ruoli è la situazione italiana, in cui i sistemi di garanzia dei depositi e la Banca d'Italia esercitano una ampia gamma di poteri durante tutto l'arco della vita dell'ente bancario e operano in stretto coordinamento per una efficiente gestione delle crisi che dovessero manifestarsi in vista del mantenimento della stabilità finanziaria.

Le funzioni della Banca d'Italia con riferimento agli schemi di garanzia dei depositi sono divisibili in due categorie: la prima concerne il profilo genetico strutturale mentre la seconda il loro funzionamento. Nella prima categoria rientrano: il potere di riconoscere gli schemi di garanzia per controllare che i medesimi rispettino gli standard imposti dalla regolamentazione europea; l'approvazione degli statuti per valutare che tali schemi non palesino delle caratteristiche che possano comportare una ripartizione squilibrata dei rischi di insolvenza del sistema bancario; la verifica di equivalenza della tutela offerta dai sistemi di garanzia esteri, di cui fanno parte le succursali italiane di banche extracomunitarie, rispetto alla protezione offerta dai sistemi di garanzia italiani.

Quanto alla seconda categoria, alla Banca d'Italia è stato assegnato il potere di coordinare l'attività dei sistemi di garanzia con gli interventi di gestione delle crisi bancarie e con l'attività di sorveglianza micro-prudenziale. Per tale motivo la Banca d'Italia può autorizzare gli interventi degli schemi di garanzia dei depositi. In aggiunta, la Banca d'Italia determina le modalità di rimborso dei depositi e le informazioni che le banche devono fornire al pubblico sul sistema di garanzia a cui esse aderiscono.

Per consentire uno stretto coordinamento tra queste autorità, è necessario mettere in piedi un sistema che assicuri uno stabile flusso di informazioni tra gli schemi di garanzia dei depositi e la Banca d'Italia. Allo scopo l'art. 7, co. 9, del TUB stabilisce che la Banca d'Italia può comunicare agli schemi di garanzia e, salvo che ne sia assicurata la riservatezza, a quelli esteri, informazioni e dati che siano necessari per il buon funzionamento degli stessi. In effetti, conformemente a specifici accordi di collaborazione, la Banca d'Italia deve fornire trimestralmente ai sistemi di garanzia una serie di informazioni sui profili operativi delle banche sorvegliate (solvibilità, redditività, qualità dell'attivo, liquidità), necessari per il corretto calcolo degli indicatori di bilancio di cui si compongono i sistemi di controllo della rischiosità dei

Fondi, anche per agevolare la correzione della contribuzione in funzione del rischio. Inoltre, i sistemi hanno diritto a essere informati tempestivamente sull'avvio di procedure di gestione delle crisi; a tal fine, un delegato della Banca d'Italia può partecipare, senza diritto di voto, alle riunioni degli organi dei sistemi di garanzia.

L'art. 96, co. 4 del TUB è complementare rispetto alla disposizione di cui sopra, posto che impone un obbligo di riservatezza a carico dei componenti degli organi e di coloro che prestano la propria attività nell'ambito dei sistemi di garanzia. Tali soggetti sono vincolati dal segreto professionale in ordine a tutte quelle notizie, informazioni e dati che entrano in possesso dei sistemi di garanzia a causa dell'attività istituzionale svolta.

Altro importante potere conferito alla Banca d'Italia permette a quest'ultima di escludere una banca dal sistema di garanzia in caso di inadempimento di eccezionale gravità degli obblighi derivanti dalla partecipazione ai sistemi (art. 96-quater, TUB). Al riguardo, i sistemi di garanzia, di concerto con la Banca d'Italia, possono contestare alla banca l'inadempimento, concedendo il termine di un anno per sanare la propria posizione. Decorso inutilmente il suddetto termine, prorogabile per un ulteriore anno, i sistemi di garanzia, previo assenso della Banca d'Italia, comunicano alla banca l'esclusione.

Ad ogni modo, è previsto che i fondi acquisiti fino alla data di comunicazione dell'esclusione siano coperti dalla garanzia. La banca destinataria del provvedimento di esclusione deve comunicare tempestivamente ai depositanti la comunicazione di esclusione.

Tale esclusione²¹⁵ comporta per la banca la revoca della licenza bancaria da parte della Banca d'Italia; rimane ferma la possibilità di disporre la liquidazione coatta amministrativa dell'ente ai sensi dell'art. 80, TUB.

4.5. Il finanziamento dei sistemi

Il finanziamento dei sistemi di garanzia dei depositi avviene sulla base di trasferimenti a carico delle banche aderenti. Il meccanismo contributivo, ai sensi della Direttiva n. 14/2009, si basava sugli impegni assunti dalle banche a mettere a

²¹⁵ Si osserva come l'esclusione non può essere avviata né proseguita nei confronti di banche sottoposte ad amministrazione straordinaria.

disposizione del Fondo, su chiamata, le risorse necessarie per gli interventi (finanziamento *ex post*)²¹⁶.

Le erogazioni finanziarie a cui erano obbligate le banche variavano tra lo 0,4% e lo 0,8% dei fondi rimborsabili, come definito annualmente dall'Assemblea del Fondo.

Le quote di contribuzione di ciascuna banca sono determinate in proporzione dei depositi protetti di ciascuna banca. Viene applicato inoltre un meccanismo di correzione della base contributiva, connesso alla dimensione della banca in termini di fondi rimborsabili, insieme ad un secondo criterio correttivo che si fondava sugli indicatori di bilancio e ai connessi profili di rischio delle banche consorziate, identificati su base individuale e consolidata.

5. Gli aiuti di Stati al settore bancario

5.1. In generale: che cosa sono gli aiuti di Stato e l'articolo 107, TFUE?

Il comma primo dell'articolo 107, TFUE, elenca un serie di condizioni che un aiuto di Stato deve soddisfare affinché possa essere dichiarato illegittimo. Più nello specifico, la norma statuisce espressamente che: *“salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”*.

Sotto il profilo sistematico, il fatto che l'articolo di cui sopra sia collocato all'interno del Titolo VII del Trattato rubricato *“Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni”* costituisce un indizio utile per comprendere la *ratio* della sua previsione. Invero, il diritto della concorrenza²¹⁷ - in generale - si fonda sul presupposto in base al quale soltanto una economia di mercato

²¹⁶ Questo sistema di finanziamento è stato poi modificato con la Dir. 49/2014 (UE) del 14 marzo 2014, che ha introdotto anche un sistema di finanziamento *ex ante* - v. *infra* nel presente lavoro al cap. IV.

²¹⁷ Per un'analisi più approfondita sul diritto della concorrenza dell'Unione si vedano P. MANZINI, B. CORTESE, F. FERRARO, *Il diritto Antitrust dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014; P. MANZINI, *European Antitrust in Search of the Perfect Fine*, «WORLD COMPETITION», 2008, 1, pp. 3 – 17; G. DI FEDERICO, P. MANZINI, *A Law and Economics Approach to the New European Antitrust Enforcing Rules*, «ERASMUS LAW AND ECONOMICS REVIEW», 2004, 2, pp. 143 – 164; P. MANZINI, *Antitrust applicato*, Torino, Giappichelli, 2004.

può contribuire al miglioramento del tenore di vita dei cittadini. Un controllo severo sugli aiuti statali in favore di imprese operanti in un libero mercato trova il suo fondamento nella necessità di evitare il rischio di indebite distorsioni delle dinamiche concorrenziali²¹⁸. Tale bisogno era già stata percepito nel 1956 quando lo *Spaak Report* suggerì l'introduzione nei Trattati fondativi del divieto di assistenza finanziaria per evitare alterazioni della concorrenza²¹⁹, favorendo taluni operatori di mercato a discapito di altri²²⁰.

Il ricorso all'espressione "*qualsiasi forma*" di assistenza finanziaria sembra delimitare in maniera piuttosto ampia il concetto di 'aiuto'. Al riguardo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha stabilito la natura oggettiva di tale nozione²²¹. Dunque, per qualificare una misura adottata un soggetto pubblico quale aiuto illegittimo ex art. 107, comma primo, TFUE, si deve tener conto solo degli effetti scaturenti dalla stessa, a prescindere da qualsiasi considerazione in ordine allo scopo da questa perseguito. Di contro, lo scopo perseguito assume rilevanza in sede di giudizio di compatibilità previsto ai commi secondo e terzo della medesima disposizione.

Coerentemente a quanto detto sopra, in *Steenkolenmijnen*²²² – il primo caso di aiuti di Stato – la Corte di Giustizia, per delimitare i confini di tale nozione, stabilì che "*il concetto di aiuto è tuttavia più comprensivo di quello di sovvenzione dato che esso vale a designare non soltanto delle prestazioni positive del genere delle sovvenzioni stesse, ma anche degli interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti*".²²³ Si ricava da tale pronuncia una interpretazione ampia del concetto di aiuto,

²¹⁸ COMMISSIONE EUROPEA, "State Aid Action Plan – Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005–2009", COM(2005) 107 final.

²¹⁹ G. DI FEDERICO, *The Impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: Enhancing Procedural Guarantees Through Article 6 TEU*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 4, pp. 805 – 833.

²²⁰ INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON EUROPEAN INTEGRATION, 'The Brussel Report on the General Common Market (The Spaak Report)' [1956] Titolo II, Capitoli 1 e 2.

²²¹ Caso 487/06, *British Aggregates Association v Commission*, [2008] ECR I-10505 par. 111; caso 173/73, *Italy v. Commission* [1974] ECR 709, par. 13.

²²² Caso 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v High Authority of the European Coal and Steel Community*, [1961] ECR 1

²²³ *Ibid.*, p. 38.

utilizzata spesso nella prassi decisionale successiva della Commissione²²⁴, che negli anni vi ha ricompreso altresì l'erogazione di prestiti concessi a termini preferenziali o soggetti all'applicazione di tassi di interesse inferiori a quelli di mercato, esenzioni fiscali, remissioni di debito, ma anche esenzioni rispetto alla comune applicazione delle norme fallimentari.

In *France Télécom*²²⁵ la nozione di aiuto di Stato illegittimo è stata ulteriormente ampliata. La Commissione incominciò ad indagare a causa di alcune dichiarazioni rilasciate dal Ministro francese dell'Economia²²⁶ – azionista al 52% della società – tra il luglio e il settembre 2002, le quali dovevano rassicurare gli investitori in merito alla solvibilità di France Télécom. Nel dicembre dello stesso anno, il governo francese annunciò di essere disponibile a concedere un prestito a favore di tale società. Solo queste dichiarazioni comportarono un considerevole miglioramento del *credit rating* di France Télécom; quest'ultima, infatti, ebbe la possibilità di finanziarsi sui mercati a condizioni più favorevoli. La Corte di Giustizia confermò la decisione della Commissione secondo cui le dichiarazioni poste in essere dal Ministro francese dell'Economia avevano integrato un aiuto di Stato illegittimo, posto che avevano generato un vantaggio selettivo a favore di France Télécom, la quale aveva potuto usufruire di finanziamenti più economici rispetto a quelli che il mercato, privo di queste rassicurazioni, avrebbe potuto concedergli.²²⁷

5.2. Il concetto di aiuto concesso dallo Stato o mediante risorse statali

Se si dovesse procedere ad una interpretazione letterale dell'articolo 107, comma primo, esso imporrebbe l'individuazione di due condizioni alternative, ossia “*aiuto concesso dallo Stato*” e “*mediante risorse statali*”, alla luce del ricorso alla “o” con

²²⁴ Sulla prassi decisionale della Commissione in materia di concorrenza cfr. F. CASOLARI, *Recensione a: Private Enforcement of European Union Competition Law*, «THE INTERNATIONAL SPECTATOR», 2014, 49, pp. 134 – 136.

²²⁵ Procedimenti riuniti C-399/10 P e C-401/10 P, *Bouygues and Bouygues Télécom v. Commission and Others*, [2013] ECLI 2013/175.

²²⁶ Il par. 36 della decisione della Commissione (Decisione della Commissione 2006/621 del 6 Agosto 2004 sull'aiuto di Stato implementato dal governo francese in favore di France Télécom, OJ L 257/11) sottolinea come la dichiarazione oggetto di scrutinio sia la seguente: “*Lo Stato azionista si comporterà da investitore avveduto e, se France Télécom dovesse avere difficoltà, adotteremmo le disposizioni appropriate ... Ribadisco che se France Télécom avesse problemi di finanziamento, che attualmente non esistono, lo Stato adotterebbe le decisioni necessarie per superarli*”.

²²⁷ Per un approfondimento del caso cfr. P. NICOLAIDES, “*When do Public Pronouncements Confer an Advantage to Undertakings?*”, www.stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/3627, 2015.

un valore evidentemente disgiuntivo. Nondimeno, la Corte di giustizia ha confermato in più occasioni la loro natura cumulativa.²²⁸ In particolare, in *Stardust Marine* la Corte di Lussemburgo ha affermato che “*determinati vantaggi, per poter essere qualificati come aiuti ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, debbono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali [...] e, dall'altro, essere imputabili allo Stato*”²²⁹.

Visto che l'avveramento di entrambe le condizioni è requisito indispensabile affinché il comma primo dell'art. 107 possa considerarsi integrato, è doveroso procedere all'analisi della portata di ciascuna di queste.

L'espressione che prevede che l'aiuto debba essere “*concesso dallo Stato*” comporta che debba essere affrontata la questione della “*imputabilità*”. L'intervento pubblico, in effetti, può avvenire attraverso una molteplicità di agenti. L'aiuto può essere concesso direttamente dallo Stato, ma anche da enti pubblici o privati designati o costituiti da quest'ultimo. Pertanto, quando si tratta di imputabilità, il nodo da sciogliere si concentra sulla riconducibilità dell'azione del soggetto agente, a prescindere dalla sua natura formalmente pubblica o privata.

Sul punto, un primo problema interpretativo nasce dal fatto che l'art. 107 non contempla alcun parametro per valutare l'imputabilità. È pertanto intervenuta in via pretoria la Corte di giustizia per chiarire se il dato normativo in parola debba interpretarsi in senso ampio o restrittivo. Orbene, i giudici di Lussemburgo in *Stardust Marine* hanno enunciato due principi che successivamente verranno richiamati in maniera costante. In primo luogo, la Corte ha escluso l'ammissibilità di qualsiasi presunzione di imputabilità allo Stato basata sulla mera natura pubblica dell'impresa agente, richiedendo invece ulteriori prove relativamente all'effettivo esercizio di un'influenza dominante su quest'ultima. In secondo luogo, ha elencato una serie di elementi da prendere in considerazione per poter stabilire se una misura sia stata “*concessa dallo Stato*”; in particolare, la Corte presta attenzione: *i*) allo status legale dell'impresa; *ii*) al grado di integrazione di questa nella struttura pubblica; *iii*) all'intensità del controllo dell'autorità pubblica sugli amministratori dell'impresa. Alla luce di quanto fin qui espresso, ci pare che, ai fini

²²⁸ Per un'analisi del concetto di aiuto di Stato si consiglia A. JONES E B. SUFFRIN, *EU Competition Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 1-235.

²²⁹ Caso 482/99, *France v. Commission (Stardust Marine)*, ECR I-043397, 2002, par. 24.

dell'accertamento dell'imputabilità, è necessario svolgere un'analisi caso per caso che prescindendo da qualsiasi presunzione.

Si osserva inoltre che l'art. 107, quale secondo requisito per stabilire che un aiuto erogato ad una impresa sia definito 'pubblico' - e quindi vietato - richiede che l'aiuto provenga da "risorse statali". La definizione dell'origine delle risorse ha impegnato la Corte di giustizia sin dai primi anni '70. I giudici di Lussemburgo, nel corso dei decenni, hanno abbracciato orientamenti diversi tra loro e talvolta contraddittori.

Per garantire una esposizione lineare dell'*exkursus* giurisprudenziale in materia, appare particolarmente utile dividere la casistica della Corte in tre periodi²³⁰. Nel 1978, in *Van Tiggele* la Corte si espresse sulla natura di aiuto di Stato di una legge del governo olandese che fissava un prezzo minimo per la vendita del gin.²³¹ La misura, evidentemente imputabile allo Stato, aiutava i distributori di bevande distillate, il cui calo del prezzo "era già in atto e non accennava ad arrestarsi" ed era arrivato a "un livello tale da rendere ormai impossibile persino alle rivendite di vini e alcoolici moderne, efficienti e ben amministrate coprire i costi di distribuzione" in detrimento dei consumatori al dettaglio costretti a sopportare prezzi maggiorati²³². La Corte stabilì che la misura non costituiva aiuto di Stato giacché il vantaggio per i distributori di bevande distillate non era derivava dal trasferimento di risorse pubbliche bensì da quelle private dei consumatori²³³.

Tale opinione della Corte venne poi rivista nel 1985 in *Poor Farmers*, in cui la misura esaminata era un contributo di solidarietà in favore degli agricoltori francesi in difficoltà, finanziato gli avanzi di gestione della *Caisse nationale de crédit agricole*²³⁴. La Corte, in questo caso, introdusse un'interpretazione ampia del concetto di "risorse dello Stato" asserendo che "come si desume dalla stessa lettera dell'art. 92, n. 1 [attuale art. 107, comma primo], la sovvenzione non deve necessariamente essere finanziata col denaro dello Stato perché si tratti di una sovvenzione statale"²³⁵.

²³⁰ L. RUBINI, *The Elusive Frontier: Regulation under EC State aid Law*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, pp. 277-285 ss.

²³¹ Caso 82/77, *Openbaar Ministerie (Public Prosecutor) of the Kingdom of the Netherlands v Jacobus Philippus van Tiggele (Van Tiggele)*, [1978] ECR 25.

²³² *Ibid.*, p. 28.

²³³ *Ibid.*, par. 25.

²³⁴ Caso 290/83, *Commission of the European Communities v French Republic (Poor Farmers)*, [1985] ECR 1985/00439.

²³⁵ *Ibid.*, par. 14.

Agi inizi degli anni duemila, la Corte di giustizia ha optato per un approccio più restrittivo in ordine alla definizione di “risorse dello Stato”. Essa ha sottolineato più volte la necessità di ricorrere a risorse pubbliche per il finanziamento di una sovvenzione affinché questa possa considerarsi aiuto di Stato. In *Sloman Neptun*, un giudice tedesco aveva operato un rinvio pregiudiziale su una norma interna che autorizzava le imprese commerciali di trasporti marittimi ad assumere lavoratori senza cittadinanza tedesca a condizioni più favorevoli²³⁶. Tale misura era stata approvata per contenere la crisi che negli ultimi anni aveva colpito il settore marittimo tedesco. Il comitato aziendale della Sloman Neptun contestò l’assunzione di sei marinai filippini avvenuta ai sensi della legge di cui sopra, che imponeva un salario pari solo al 20% di quello dei marinai tedeschi. Il comitato sostenne, di fronte al giudice nazionale, il contrasto tra la suddetta legge e l’art. 107, TFUE, in quanto questa esonerava i proprietari delle navi dal versamento dei più gravosi contributi previdenziali che questi avrebbero dovuto erogare qualora avessero assunto marinai tedeschi, comportando conseguentemente delle entrate minori per l’erario statale. La Commissione si costituì nel giudizio di fronte la Corte di giustizia e sostenne che il riferimento normativo ad aiuti concessi “sotto qualsiasi forma” presagisse ad “un’accezione ampia della nozione di aiuto”. Una interpretazione di tal tenore era necessaria “avuto riguardo allo spirito, alle finalità e, dunque, all’efficacia pratica degli art. 92 e seguenti CEE”. La Commissione quindi valutò la normativa tedesca equivalente ad un aiuto di Stato per lo sgravio fiscale concesso al datore di lavoro, tenendo conto degli effetti della misura controversa, consistenti nel versamento di minori contributi previdenziali a causa della ridotta retribuzione versata ai dipendenti stranieri²³⁷. La Corte di giustizia si esprime diversamente poiché, dopo un esame della norma da un punto di vista strutturale e delle sue finalità, concluse che la normativa tedesca incideva unicamente sul metodo e sui termini di costituzione di rapporti di lavoro tra imprese marittime e personale di bordo, qualificando le minori entrate statali come “inerente a questa disciplina” e escludendo qualsiasi trasferimento di risorse pubbliche nel finanziamento del vantaggio.

²³⁶ Procedimenti riuniti C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun Schiffahrts AG contro Seebetriebsrat Bodo Ziese mer der Sloman Neptun Schiffahrts AG (Sloman Neptun)*, [1993] ECR I-00877.

²³⁷ *Ibid.*, pp. 900-901.

Siffatto approccio restrittivo fu confermato anche nella storica pronuncia *PreussenElektra*²³⁸. In questo caso, una legge tedesca imponeva ai distributori regionali di energia elettrica l'acquisto di una quota di energia prodotta da fonti rinnovabili a un prezzo fissato dalla legge, che risultava superiore a quello di mercato. *PreussenElektra*, contestò la norma in relazione all'art. 107, TFUE; la società, infatti, sostenne che il meccanismo imposto dalla legge controversa imponeva l'utilizzo di sue risorse economiche per finanziare produttori di fonti rinnovabili come se queste ammontassero a risorse dello Stato. Tuttavia, la Corte asserì che l'obbligazione imposta ai distributori non coinvolgeva risorse statali, posto che non poteva considerarsi aiuto di Stato un'obbligazione imposta ad una impresa consistente nell'effettuare pagamenti obbligatori a terzi giacché il costo di questi era sopportato esclusivamente da un soggetto privato²³⁹. Per contro, qualora i pagamenti erogati da entità private fossero stati veicolati attraverso enti pubblici o privati sotto il controllo pubblico, prima di essere trasferiti a terzi beneficiari, allora in questo caso la possibilità di esercitare un pubblico controllo su tali risorse avrebbe potuto determinare la natura di aiuto di Stato dello schema.

I motivi per cui la Corte di giustizia verso la fine degli anni novanta aveva adottato questo approccio formalistico si evincono dai pareri dell'avvocato generale Jacobs espressi in occasione dei giudizi sopra menzionati²⁴⁰. L'avv. Jacobs, nella sua opinione resa in *Viscido*, affermò come, tra gli effetti negativi derivanti da un'interpretazione estensiva della nozione di risorse dello Stato, rientra l'apertura di investigazioni su tutte le normative nazionali di diritto del lavoro; in tal modo, l'art. 107 si sarebbe trasformato in una base giuridica che avrebbe potuto autorizzare un'indebita intromissione nella vita economica e sociale di ogni Stato Membro. Jacobs si pronunciò nello stesso senso anche nel parere formulato in *PreussenElektra*. In questo caso l'avvocato generale riaffermò con nettezza la necessità di un'interpretazione restrittiva del requisito in commento, per scongiurare la revisione di qualsiasi forma di regolamentazione nazionale dei rapporti tra imprese, il cui esito incerto avrebbe prodotto effettivi negativi sulla certezza del diritto e sugli operatori di mercato.

²³⁸ Caso 379/98, *PreussenElektra AG v Schleswag AG*, [2001] ECR I-2099.

²³⁹ *Ibid.*, par. 58-60.

²⁴⁰ Cfr. A. BIONDI, *Some Reflections on the Notion of "State Resources" in European Community State Aid Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, pp. 1426 ss.

Tuttavia, tale approccio viene rimesso in discussione in *Enirisorse II* dall'avvocato generale Maduro²⁴¹. Quest'ultimo, analizzando tutta la casistica della Corte di giustizia sul tema in parola, ha riconosciuto l'intento della stessa di distinguere tra distorsioni della concorrenza causate da misure meramente regolamentari e quelle, invece, causate dal trasferimento di risorse pubbliche. Nonostante condividesse le stesse preoccupazioni dell'avvocato generale Jacobs, Maduro ha suggerito un metodo differente per distinguere tra le diverse tipologie di intervento pubblico. Egli ha proposto il passaggio dal precedente test basato sul trasferimento di risorse pubbliche a uno nuovo focalizzato sul requisito della 'selettività'. Secondo Maduro, tale test permetterebbe di far ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 107, comma primo, TFUE, anche quelle misure indirettamente finanziate dallo Stato; assicurerebbe una maggiore efficacia nel contrasto alle misure distorsive della concorrenza²⁴²; da ultimo, costituirebbe uno strumento adeguato per contrastare la problematica concessione di aiuti attraverso la tecnica della compenetrazione tra settore pubblico e privato dell'economia.

Il percorso giurisprudenziale della Corte è comunque andato avanti. Nel caso *Essent*, la Corte di Lussemburgo ha verificato se l'imposizione *ex lege* di un supplemento sul prezzo dell'elettricità per rimborsare i produttori di energia di taluni costi incagliati, non più recuperabili, costituisse aiuto di Stato. Nello specifico, la norma prevedeva il trasferimento del sovrapprezzo pagato dai consumatori finali a una società obbligata a ritrasferire tali somme ai quattro produttori di energia regionali, a loro volta proprietari della società intermediaria. La Corte qualificò il sovrapprezzo quale risorsa dello Stato, visto che era sottoposto a controllo pubblico ed era utilizzabile esclusivamente secondo modalità imposte dalla legge.

Tale decisione ci sembra coerente con il principio secondo cui la nozione di aiuto di Stato ha natura oggettiva e con il principio per cui il controllo esercitato in virtù dell'art. 107 richiede un'analisi degli effetti prodotti dalla misura controversa. Tuttavia, sembra opportuno domandarsi perché una analisi basata sugli effetti prodotti abbia condotto nel caso *Essent* a qualificare un provvedimento finanziato con una tassa imposta *ex lege* e sostenuta dai consumatori quale aiuto di Stato, mentre nel caso *Van Tiggele* la Corte sia arrivata ad una conclusione differente, a

²⁴¹ Caso 237/04, *Enirisorse v Sotacarbo* ('*Enirisorse II*'), [2006] ECR I-2843.

²⁴² Per un approfondimento relativo alla procedura europea per l'applicazione delle sanzioni antitrust si veda G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, NAPOLI, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 504 (Studi di diritto dell'Unione europea).

fronte di uno schema parimenti finanziato attraverso un prezzo minimo fissato *ex lege* e gravante sui medesimi consumatori.

Alla luce di quanto sopra esposto, emerge la multiformità dell'approccio interpretativo della Corte, le cui ragioni sono da ricondurre alla genericità della formulazione dell'art. 107, TFUE, e alle considerevoli implicazioni politiche che il suo utilizzo in un senso piuttosto che in un altro può produrre, in particolar modo in ordine al grado di controllo esercitato dalle autorità europee su misure avvertite come il corollario di poteri e competenze proprie del legislatore nazionale. Il dato inconfutabile per cui dopo oltre cinquanta anni dalla inclusione nei trattati dell'art. 107 (ex art. 87) non vi sia chiarezza in merito alla concreta interpretazione dei requisiti di imputabilità ed utilizzo di risorse pubbliche, incide negativamente sulla certezza giuridica del diritto, complicando, per un verso, l'azione dei pubblici poteri nella messa a punto di provvedimenti di sostegno alle imprese, e per l'altro, la valutazione da parte del beneficiario del ricevimento o meno di aiuti di Stato illegittimi che, in futuro, potrebbero essere oggetto di un ordine di recupero.

5.3. L'esistenza di un vantaggio selettivo

Ai fini dell'applicazione dell'art. 107, TFUE, il termine “*vantaggio*” deve essere interpretato come un riferimento a qualsiasi beneficio economico che una determinata impresa non avrebbe ottenuto in condizioni di mercato normali, ovvero sia in assenza di un intervento statale²⁴³. Esaminare che un'impresa non abbia beneficiato di un vantaggio comporta una comparazione tra la situazione finanziaria dell'impresa a seguito dell'attuazione della misura e lo scenario caratterizzato dall'assenza della stessa. Per di più, la forma in cui il vantaggio può manifestarsi è duplice: esso può consistere nella diretta concessione di vantaggi economici oppure può consistere in un semplice sgravio o in un'esenzione da oneri finanziari. Infatti, come la Corte di giustizia ha evidenziato nel caso *Mediaset*, la concessione di un vantaggio può avvenire anche indirettamente²⁴⁴. Il caso nacque dalla concessione ai consumatori italiani di un sussidio finanziato dallo Stato per l'acquisto di decoder digitali terrestri. Tale misura fu contestata dalle emittenti satellitari, le quali

²⁴³ COMMISSIONE EUROPEA, *Draft Notice on the Notion of State aid*, 2014, par. 67.

²⁴⁴ Caso 403/10, *Mediaset SpA v Commission* [2011] ECR I-117, parr. 73-77.

affermarono che tale misura integrava una concessione di un vantaggio indiretto e selettivo ai concorrenti attivi sulla rete digitale terrestre. I giudici di Lussemburgo qualificarono la misura come aiuto di Stato illegittimo poiché regolamentazione tecnologicamente non neutrale. In effetti, la misura controversa discriminava ingiustificatamente tra diverse tipologie di operatori, favorendo direttamente i consumatori e indirettamente le sole emittenti attive sul digitale terrestre, facilitando l'accesso ai loro servizi da parte degli utenti finali.

Pertanto, per verificare se una determinata operazione sia compatibile con l'art. 107, del TFUE bisogna valutare se quanto ottenuto a mezzo di provvedimento pubblico sarebbe stato ottenuto ugualmente in virtù della normale interazione delle forze di mercato. In altri termini, bisogna stabilire se lo Stato abbia agito al pari di un "investitore privato" ("MEIP") operante nelle stesse condizioni di mercato.

Come stabilito nel caso *EDF*, la Commissione deve applicare sempre il MEIP²⁴⁵. Nel caso di specie, il governo francese trasformò in capitale sociale un credito fiscale di €0.9 milioni nei confronti di EDF. La Commissione, in una prima decisione, dichiarò il mancato rispetto del principio di cui sopra sulla base dell'assunto per cui nessun investitore privato gode del potere di rinuncia alla riscossione di una tassa. Nel contempo, essa si astenne da qualsiasi analisi in ordine alla possibilità che un investitore privato, in ragione della profittabilità di EDF, avrebbe potuto investirvi la medesima somma. Con successo EDF obiettò che soffermandosi sulla forma dell'aiuto piuttosto che sui suoi effetti, la Commissione aveva commesso un errore in diritto. La Commissione²⁴⁶, dunque, venne chiamata nuovamente a pronunciarsi sul merito della questione. Essa sancì ancora una volta la natura di aiuto illegittimo del provvedimento; tuttavia, questa volta, fondò la sua decisione su una approfondita analisi economica mirante a valutare la sua remuneratività e l'idoneità a fondare una corrispettiva scelta economica da parte di un investitore privato²⁴⁷.

Pertanto, leggendo il puro dato normativo, l'art. 107, comma primo, TFUE, si innesca nel momento in cui la misura contestata produce un vantaggio "selettivo".

²⁴⁵ Caso 124/10 P, *Commission v EDF* [2012].

²⁴⁶ Decisione della Commissione Europea 2016/154 del 22 luglio 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.13869 (C 68/2002), Conversione in capitale degli accantonamenti contabili in esenzione d'imposta per il rinnovo della rete di alimentazione generale cui la Francia ha dato esecuzione in favore di EDF, OJ L 34/152.

²⁴⁷ P. NICOLAIDES, *How to Apply the Market Economy Investor Principle and what Mistakes to Avoid: The Long-running Case of EDF*, 2016, reperibile in www.stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/5433.

Viceversa, misure di carattere generale e, quindi, applicabili indiscriminatamente a tutte le imprese operanti in uno Stato membro non costituiscono aiuto illegittimo. Per valutare che una determinata misura sia selettiva bisogna accertare “*se, nell’ambito di un dato regime giuridico, la suddetta misura rappresenti un vantaggio per talune imprese rispetto ad altre che si trovano in una situazione fattuale e giuridica analoga*”.²⁴⁸ Sul punto, la Commissione ha suggerito una distinzione tra selettività ‘materiale’ e selettività ‘regionale’. La prima, concerne quelle norme applicabili a specifiche imprese o nei confronti solo di certi settori dell’economia di un dato Stato membro. Più nello specifico, la Commissione distingue tra selettività *de iure*, riscontrabile nei casi in cui la concessione dell’aiuto è esplicitamente subordinata alla ricorrenza di taluni requisiti (es. dimensioni o veste giuridica), e selettività *de facto*, ricavabile dalla struttura della norma che, sebbene appaia *prima facie* generica nella sua formulazione, determina un’applicazione disomogenea della stessa.

Per l’identificazione della selettività di una misura si deve ricorrere ad un test che si dipana in tre fasi²⁴⁹. Anzitutto, la Commissione deve individuare un regime giuridico comune a tutte le imprese rientranti nel suo campo di applicazione. Tale operazione serve a chiarire se il provvedimento pubblico palesi una natura derogatoria. Una volta individuato il regime comune di riferimento è necessario “*determinare se, nell’ambito di un dato regime giuridico, un provvedimento statale sia tale da favorire «talune imprese o talune produzioni» ai sensi dell’art. 92, n. 1, del Trattato rispetto ad altre imprese che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga tenuto conto dell’obiettivo perseguito dal provvedimento interessato*”²⁵⁰. L’onere della prova è posto in capo alla Commissione; quest’ultima, infatti, deve individuare “*in tutti i casi una categoria di imprese che beneficiano in maniera esclusiva della misura in parola*”²⁵¹, non essendo sufficiente la mera constatazione di una deroga a un regime di tassazione comune. In effetti, è possibile che una norma, malgrado contenga una deroga ad un quadro normativo comune, sia formulata in maniera tale da essere potenzialmente accessibile a tutte le imprese. In *Autogrill*, la Corte di giustizia aveva dichiarato la natura di aiuto illegittimo dell’art. 12, paragrafo 5, della legge 24/2001. Tale disposizione prevedeva la deducibilità dalla base imponibile

²⁴⁸ Caso 487/06 P, *British Aggregates v Commission* [2008] ECR I-10515, par. 82.

²⁴⁹ Espressamente richiamato dalla Corte di giustizia nel giudizio T-219/10, *Autogrill Espana SA v Commission* [2014], par. 29-33.

²⁵⁰ Caso 143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v Finanzlandesdirektion für Kärnten (Adria Wien)* [2001] ECR I-08365, par. 41.

²⁵¹ T-219/10, *Autogrill Espana SA v Commission* [2014], par. 45.

dell'imposta sulle società dell'avviamento derivante dall'acquisizione, da parte di un'impresa con domicilio fiscale in Spagna, di una partecipazione azionaria in una società estera pari o superiore al 5% e detenuta senza interruzione per almeno un anno.

La Commissione aveva, in prima battuta, valutata come un aiuto di Stato illegittimo la norma di cui trattasi. Quest'ultima fu dichiarata selettiva a causa della discriminazione operata dalla deroga rispetto al regime giuridico comune applicabile in materia di trattamento fiscale dell'avviamento finanziario. La deroga discriminava tra imprese aventi domicilio fiscale in Spagna che acquisivano partecipazioni estere rispetto a quelle che acquisivano partecipazioni in compagnie nazionali.

La Corte di Lussemburgo, in seconda battuta, si è pronunciata diversamente, restringendo la portata del concetto e dichiarando legittimo il provvedimento adottato dal governo spagnolo. In primo luogo, la misura era in potenza accessibile a tutte le imprese spagnole. In secondo luogo, oggetto della misura era l'acquisizione di partecipazioni azionarie di una società estera pari almeno al 5% e detenute per almeno un anno. Pertanto, il par. 5, dell'art. 12, non discriminava in favore di talune imprese o produzioni a discapito di altre come richiesto dall'art. 107, comma primo, bensì perseguiva unicamente il fine di promuovere una determinata tipologia di transazione economica. In terzo luogo, la Corte ha richiamato un principio di natura generale stabilito nel caso *Adria Wien*, ossia “*che una misura che si applica indipendentemente dalla natura dell'attività delle imprese non è, a priori, selettiva*”²⁵².

Si osserva che, nella misura in cui il provvedimento nazionale appaia *prima facie* selettivo, è possibile per lo Stato membro presentare delle osservazioni in ordine alla sua legittimità. Lo Stato deve riuscire a dimostrare che il provvedimento è giustificato dalla natura o dalla struttura fiscale in cui si inserisce. Ad esempio, nel caso *Lübeck*, la Commissione valutò aiuto di Stato una normativa tedesca che consentiva ad ogni operatore aeroportuale di stabilire le tariffe applicabili alle compagnie aeree²⁵³. La Commissione affermò che, giacché le tariffe fissate dall'operatore dell'aeroporto di Lübeck erano inferiori rispetto a quelle degli altri aeroporti tedeschi, ciò generava un vantaggio competitivo per le sole compagnie ivi

²⁵² Ibid., par. 57.

²⁵³ Caso 27/13, *Flughafen Lübeck GmbH v Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs-KG (Lübeck)*, [2014] ECLI:EU:C:2014:240.

operative. Tale decisione venne totalmente confutata dalla Corte di giustizia, la quale dichiarò che il fatto che le tariffe fossero fissate individualmente da ciascun aeroporto era un fenomeno inerente al sistema tedesco. Pertanto, considerato che, nel regime tedesco, ogni aeroporto poteva stabilire le tariffe applicabili, i vettori considerati in una situazione di fatto e di diritto analoga erano i soli operanti in un dato aeroporto e, dunque, sottoposti alla medesima tariffazione. Infine, la stessa Corte sottolineò come potenzialmente qualunque compagnia aerea avrebbe potuto beneficiare delle tariffe più favorevoli dell'aeroporto di Lübeck spostando i propri voli presso lo stesso.

Per quanto attiene al termine selettività 'regionale', con esso si intende una misura che favorisca le sole imprese attive in una parte del territorio dello Stato membro. Orbene, non tutte le misure aventi tale effetto possono considerarsi selettive. Il progetto di Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato contempla tre scenari diversi.²⁵⁴ Un primo caso, in cui la selettività appare indiscutibile, si ha quando lo Stato centrale decide di introdurre un livello di tassazione inferiore in una determinata area territoriale. Di contro, non vi è selettività quando vengono simmetricamente devoluti certi poteri, ossia quando tutte le autorità infra-statali possono determinare, autonomamente rispetto al governo centrale, le aliquote applicabili nel proprio territorio di competenza. In queste fattispecie il regime locale non è definibile come selettivo, visto che non esiste un regime giuridico rispetto al quale rilevare delle deroghe. Da ultimo, in caso di devoluzione asimmetrica di poteri, ovverosia quando soltanto alcune autorità locali o regionali possono regolare il regime fiscale del proprio territorio di competenza, la selettività dipende dal livello di autonomia conferito a tali autorità. Al riguardo, è richiesta anzitutto la prova della loro autonomia istituzionale, dimostrabile in virtù del dettato costituzionale, come successo nel caso *Azores*²⁵⁵ in cui la selettività di una misura fiscale non venne dimostrata giacché la Costituzione portoghese riconosceva le isole Azzorre quali regioni autonome alla luce della loro autonomia politica e amministrativa. Inoltre, lo Stato membro ha l'onere di dimostrare l'autonomia procedurale dell'autorità agente, ossia il potere di quest'ultima di adottare decisioni senza che vi sia alcuna interferenza statale. Infine, deve essere provata l'autonomia

²⁵⁴ Commissione Europea, *Comunicazione Della Commissione – Progetto di comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107*, par. 1, TFUE, 2013.

²⁵⁵ Case C-88/03, *Portugal v Commission ('Azores')*, ECLI:EU:C:2006:511, par. 58.

economica e finanziaria dell'autorità locale con particolare riferimento alle conseguenze finanziarie del regime introdotto, le quali devono essere interamente sopportate dal soggetto agente attraverso l'esclusivo ricorso alle proprie risorse.

Alla luce dei casi sopra riportati, si evince la tendenza della Commissione e della Corte di giustizia di ricorrere a un numero sempre più consistente di distinzioni. Bisogna sottolineare comunque una certa apertura nella definizione del concetto di “*vantaggio selettivo*” in adattamento all'attuale contesto economico. Per un verso, con l'introduzione del test di immanenza, agli Stati membri è stata concessa l'opportunità di giustificare il proprio intervento; per l'altro, è stata riscontrata maggior flessibilità in fatto di selettività regionale, come testimoniato dal giudizio reso in *Azores*.

Tuttavia, certa parte della dottrina²⁵⁶ ha individuato l'incoerenza della nuova prassi giurisprudenziale e la criticità delle varie differenziazioni poste in essere, non sempre del tutto giustificate. Sotto questo punto, alcuni²⁵⁷ hanno guardato con favore alla recente pronuncia della *General Court* in *Autogrill*, posto che, qualora questo venisse confermata dalla Corte di giustizia, inaugurerebbe una stagione di maggior chiarezza. In tal modo, la Commissione, nel prossimo futuro “*dovrà provare non solo l'introduzione di una deroga rispetto ad un normale regime tributario, ma sarà tenuta ad individuare ex ante una categoria ben definita di beneficiari*”.

5.4. L'impatto sulla concorrenza e sugli scambi commerciali intra-comunitari

Un aiuto per essere considerato illegittimo deve “*incidere sugli scambi tra gli Stati Membri*” e “*falsare o minacciare di falsare la concorrenza*”. I due elementi - sebbene distinti - “*nella pratica sono spesso accertati congiuntamente in quanto considerati indissolubilmente legati*”²⁵⁸.

La distorsione della concorrenza risiede nel fatto che lo Stato assicura, in tal modo, un vantaggio competitivo ad un'impresa attiva in un settore liberalizzato dell'economia²⁵⁹. A tal fine, ci pare emblematico il caso *Philip Morris*²⁶⁰ in cui la

²⁵⁶ T. JAEGER, *From Santander to LuxLeaks – and back*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015, pp. 345-352.

²⁵⁷ *Ivi*, p. 352 ss.

²⁵⁸ *Draft Notion of State aid Notice*, par. 187.

²⁵⁹ *Ibid.*, par. 188.

Corte di giustizia affermò l'illegittimità dell'aiuto di 2.3 milioni di euro notificato dal governo olandese in favore del produttore di tabacchi sulla base di una legge nazionale mirante a stimolare la realizzazione di investimenti di grande rilievo. La Corte chiarì che l'erogazione di tali soldi pubblici avrebbero ridotto i costi di riconversione della produzione che Philip Morris avrebbe altrimenti dovuto sostenere. Pertanto, in questo caso, la distorsione della concorrenza risiedeva nel *“vantaggio competitivo nei confronti dei fabbricanti che hanno ottenuto, o hanno l'intenzione di ottenere, a proprie spese un aumento analogo delle possibilità di rendimento dei propri impianti”*.²⁶¹

Nella misura in cui un aiuto produce una distorsione alla concorrenza, è lecito presumere che produca altresì un impatto sugli scambi commerciali intracomunitari. La Corte di giustizia ha infatti affermato sul punto: *“allorché un aiuto concesso dallo Stato rafforza la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati dall'aiuto anche se l'impresa beneficiaria non partecipa direttamente alle esportazioni. Infatti, quando uno Stato membro concede un aiuto ad un'impresa, la produzione interna può risultarne invariata o aumentare, con la conseguenza che le possibilità delle imprese con sede in altri Stati membri di esportare i loro prodotti nel mercato di questo Stato membro ne sono diminuite”*²⁶². A tal riguardo, la Commissione ha specificato che qualora l'aiuto abbia un effetto solo a livello locale, l'art. 107, co. 1, TFUE, non può trovare applicazione. Nel 2007, la Commissione esaminò la natura di aiuto di una sovvenzione concessa dal governo dei paesi baschi ai teatri attivi nella regione; l'istituzione dichiarò legittimo l'aiuto per assenza di un effetto sugli scambi intracomunitari²⁶³ sulla base di una serie di valutazioni: *i)* da un punto di vista geografico, la capacità di attrazione dei teatri sovvenzionati sembrò di scarso valore. Il teatro francese più vicino, infatti, distava oltre 50 chilometri, ovvero una distanza considerata sufficiente per escludere qualsiasi capacità attrattiva di visitatori del concorrente francese da parte dei teatri baschi. Inoltre, tenendo conto della tipologia di produzioni sovvenzionate, queste risultavano delle opere minori e, di conseguenza, erano prive di una attrattiva internazionale; *ii)* le produzioni oggetto di sovvenzione

²⁶⁰ Caso 730/79, *Philip Morris Holland BV v. Commission*, 1980.

²⁶¹ *Ibid.*, par. 11-12.

²⁶² Caso 75/97, *Belgium v. Commission ('Maribel I')* [1999] ECR I-3671, par. 47.

²⁶³ Decisione della Commissione n. 257/2007, *Subsidies for theatre productions in the Basque country*, 2007, par. 19 ss.

non potevano essere eseguite all'estero, se si considera la barriera linguistica rappresentata dalla produzione di opere in lingua basca; *iii*) l'ammontare totale dell'aiuto erogato attraverso lo schema era pari a 800.000 euro e il valore degli aiuti concessi ai singoli beneficiari inferiore ai 200.000 euro. Secondo quanto statuito all'interno del Regolamento sugli aiuti *de minimis*, “è esente da notifica l'aiuto elargito ad una singola impresa il cui valore non superi tale massimale nell'arco di tre anni, poiché considerato avere un impatto distorsivo della concorrenza e del commercio comunitario trascurabile”²⁶⁴.

Uno dei più frequenti motivi di ricorso contro le decisioni della Commissione riguarda la violazione dell'obbligo di motivazione (art. 296, TFUE) con riferimento alla sussistenza dei due elementi di cui trattasi. Tuttavia, trattasi di un motivo di ricorso estremamente debole, giacché la prova della ricorrenza di tali elementi si fonda su requisiti facilmente riscontrabili da parte della Commissione²⁶⁵. L'ampiezza di tale analisi, tuttavia, è stata oggetto di oscillazioni se si considera la casistica e la legislazione di *soft law* rilasciata dalla Commissione fin dal caso *Philip Morris*. In questo caso, la Corte di giustizia chiarì come la Commissione, per provare la distorsione della concorrenza e il pregiudizio nei confronti del commercio intracomunitario, non doveva ricorrere al test normalmente utilizzato nei casi di violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE.

Successivamente, il nuovo piano di azione sugli aiuti di Stato (“SAAP”) presentato dalla Commissione nel 2005, obbligò a ricorrere ad un approccio economico più rigoroso ai fini dell'applicazione dell'art. 107.²⁶⁶ Ciò avrebbe permesso l'approvazione rapida di aiuti solo marginalmente distorsivi della concorrenza, permettendo alla Commissione di “concentrare le proprie risorse sui casi che possono provocare distorsioni più gravi della concorrenza e degli scambi”²⁶⁷. L'importanza del nuovo approccio fu sottolineata al punto 19 del SAAP in cui la Commissione sottolineava la necessità di utilizzare “analisi economiche e giuridiche,

²⁶⁴ Regolamento n. 1407/2013 “relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis»” del 18 dicembre 2013, par. 3.

²⁶⁵ J. LIPINSKY, “Fine-Tunings” Regarding the Assessment of Aid Schemes, in *European State Aid Law Quarterly*, 2012, pp. 833-837.

²⁶⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Piano Di Azione Nel Settore Degli Aiuti Di Stato – Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, COM(2005) 107 definitivo, par. 22.

²⁶⁷ Comunicato stampa della Commissione Europea (IP/05/680), *Aiuti di Stato: la Commissione delinea un'ampia riforma della politica degli aiuti di Stato per i prossimi cinque anni, per promuovere la crescita, l'occupazione e la coesione*, 7 giugno 2005.

in alcuni casi per determinare se una misura costituisca un aiuto di Stato [...] e in particolare per determinare se un aiuto di Stato possa essere dichiarato compatibile con il trattato". A seguito di tale affermazione, la dottrina cominciò a considerare l'ambito di applicazione dell'approccio economico confinato al giudizio di compatibilità e, solo in via eccezionale, alla fase preliminare di accertamento dell'esistenza di aiuto illegittimo²⁶⁸.

Tuttavia, in maniera sorprendente, l'anno seguente alla pubblicazione del SAAP, la Corte di prima istanza in *Wam c. Commissione* annullò la decisione della Commissione per difetto di motivazione. La Corte sostenne che la Commissione non aveva precisato "sotto quale profilo, date le circostanze del caso di specie, gli aiuti controversi potrebbero incidere sugli scambi tra Stati membri e falsare ovvero minacciare di falsare la concorrenza"²⁶⁹.

Siffatta pronuncia nell'immediato sembrava dovesse rinnovare l'approccio volto all'accertamento di questi due elementi, più sostanziale ed economico rispetto al caso *Philip Morris*. La Corte di giustizia intervenne e ricompose la vicenda; essa chiarì infatti la portata dell'analisi e il contenuto dell'obbligo di motivazione a cui si deve conformare la Commissione durante la fase di accertamento della distorsione della concorrenza e dell'effetto sugli scambi commerciali intracomunitari²⁷⁰. Anzitutto, la Corte stabilì che il grado di dettaglio che deve avere la decisione della Commissione dipende dalle peculiarità del caso oggetto di analisi. In relazione al caso *Wam* l'impatto della misura sugli scambi commerciali intracomunitari non era molto chiaro e, pertanto, tale caso richiedeva necessariamente una elencazione approfondita delle ragioni alla base della decisione. In aggiunta, la Corte affermò la legittimità del ricorso a presunzioni relative, nella misura in cui dai fatti di causa emerga un rafforzamento della situazione patrimoniale ovvero un alleviamento dei costi sopportati dall'impresa beneficiaria rispetto ai concorrenti. Tuttavia, anche in simili circostanze la Commissione deve spiegare i fatti che giustificano il ricorso a tale presunzione.

Va detto che il caso *Wam* è servito a chiarire la portata dell'analisi pretesa dalla Commissione. In *Philip Morris*, la prova dei due elementi di cui sopra appare ancora oggi ancorabile a presunzioni; queste ultime, tuttavia, sono di carattere 'relativo' e

²⁶⁸ M. FARLEY, *The Role of Economics-based Approaches when Analysing Effects on Trade and Distortions of Competition after Wam*, in *European State Aid Law Quarterly*, 212, p. 369.

²⁶⁹ Caso T-316/04, *Wam v Commissione* [2006] ECLI:EU:T:2006:239, para 76.

²⁷⁰ Case C-494/06 *Commission v Italy and Wam* [2009] ECR I-3639.

hanno bisogno di essere accompagnate dalle indicazioni dei fatti sulla base dei quali la Commissione ha fondato la sua decisione. Per di più, tale caso ha provato che le caratteristiche del caso oggetto della decisione incidono sull'intensità della motivazione, comportando dunque per la Commissione un onere della prova più gravoso se la natura di aiuto sia contestata nei confronti di provvedimenti tesi a favorire esportazioni al di fuori del mercato unico. Infine conclusione, la Corte di giustizia ci pare abbia sgravato la Commissione dall'obbligo di condurre un'analisi economica simile a quella che effettua nei casi di antitrust ex artt. 101-102, TFUE²⁷¹.

5.5. Il giudizio di compatibilità e la *Block Exemption Regulation*

5.5.1. Il giudizio di compatibilità ai sensi del comma secondo

Una volta che la Commissione europea ha accertato la sussistenza di un aiuto di Stato illegittimo ai sensi dell'art. 107, comma primo del TFUE, la prassi impone di procedere a verificare la sua eventuale compatibilità con i trattati. Il comma 2 dell'art. 107, infatti, enuncia tre casi in cui l'aiuto, sebbene illegittimo, è considerato compatibile con il mercato interno. In tali casi, l'aiuto viene notificato alla Commissione ai sensi dell'art. 108, comma terzo, TFUE, ma l'accertamento di questa istituzione è confinato alla verifica che l'aiuto rientri in una delle circostanze esplicitamente previste dalla norma. Se l'analisi dovesse avere un esito positivo, la Commissione non gode di alcuna ulteriore discrezionalità ed è obbligata a dichiarare l'inapplicabilità dell'art. 107, co. 1.

Ai sensi della lett. a) dell'art. 107, comma secondo, è prevista la compatibilità con il mercato interno degli "*aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti*". Un aiuto ha carattere sociale quando vengono erogati a soggetti bisognosi in ragione, ad esempio, della loro età, disabilità o condizione di povertà. L'aiuto può essere anche rivolto all'intera popolazione di un determinato territorio isolato o colpito da problemi connessi alle infrastrutture di trasporto. Sul punto, ad esempio, la

²⁷¹ In ordine al metodo utilizzato dalla Commissione per condurre le proprie indagini in materia di concorrenza si consiglia di consultare P. MANZINI, F. PORTINCASA, *La discrezionalità della Commissione nella determinazione delle ammende antitrust*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, 3, pp. 559-584.

Commissione ha ritenuto compatibile il sussidio - consistente nella riduzione fino ad un massimo di 56 euro di un biglietto aereo – concesso dal governo francese agli abitanti della Corsica che avrebbero dovuto spostarsi tramite aereo dall'isola verso Nizza, Marsiglia, Montpellier e Lione²⁷². In effetti, in questo caso, l'agevolazione era diretta a vantaggio dei consumatori, possedeva carattere sociale - visto che compensava le difficoltà dei cittadini corsi in fatto di mobilità - e non discriminava in relazione all'origine del servizio, poiché tutte le compagnie aeree potevano partecipare allo schema.

Il carattere non discriminatorio dell'aiuto è il secondo elemento la cui ricorrenza è fondamentale per la dichiarazione di compatibilità ai sensi dell'art. 107, co. 2, lett. a). A tal proposito, la Corte di prima istanza ha statuito che *“per accertare se un aiuto è accordato senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti, è necessario verificare se i consumatori beneficino dell'aiuto in questione a prescindere da chi sia l'operatore economico che fornisce il prodotto o il servizio atto a perseguire l'obiettivo sociale invocato dallo Stato membro interessato”*.²⁷³ In *Ferries golfo de Vizcaya*, la Corte considerò discriminatorio l'accordo siglato dalle autorità locali basche e una compagnia di navigazione per l'acquisto di un numero predeterminato di vouchers per la tratta Bilbao-Portsmouth; l'obiettivo era rendere più agevole lo spostamento dei residenti dell'isola verso la città inglese. La Corte non dichiarò compatibile con i trattati l'operazione, che, viceversa, consisteva in un contratto firmato tra un'autorità pubblica e una compagnia privata discriminatorio in relazione all'origine del servizio. Gli utenti finali, infatti, per usufruire dell'agevolazione potevano rivolgersi solo ad un unico e predeterminato vettore.

L'art. 107, comma secondo, lett. b), afferma invece la compatibilità con il mercato interno di un altro tipo di aiuti, ossia gli *“aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali”*. Per applicare la lett. b), è richiesta la prova che: *i) l'aiuto sia reso necessario a fronte di un disastro naturale o di un evento eccezionale; ii) sussista un nesso causale tra evento e danno*²⁷⁴; *iii)*

²⁷² Decisione della Commissione Europea, N24/2000 *Corsica Air Passengers* [2004] OJ C 67/9.

²⁷³ Procedimenti riuniti T-116/01 e T-118/01, *P&O European Ferries (Vizcaya) SA and Diputación Foral de Vizcaya v. Commission* [2003] ECR II-5927, para 163.

²⁷⁴ Caso T-268/06, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE v. Commission* [2008] ECR II-1091, par. 68: *“si deve rilevare che non risulta dall'art. 87, n. 2, lett. b), CE né dalla giurisprudenza citata al precedente punto 52 che un nesso diretto tra l'evento eccezionale e il danno cagionato presupponga la loro simultaneità. Al contrario, non può essere generalmente esclusa la possibilità di riconoscere l'esistenza di un nesso siffatto qualora il danno sia sorto poco tempo dopo l'evento”*.

evitare una sovra-compensazione da parte dello Stato membro. Pertanto, non è compatibile con il mercato interno un aiuto concesso per compensare perdite economiche frutto della normale interazione delle forze di mercato a cui ogni imprenditore deve far fronte²⁷⁵.

Infine, la lettera c) dell'art. 107, co. 2, prevede la compatibilità degli “*aiuti concessi alla economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione*”. Com'è noto, si tratta di una previsione *ad hoc*, avente il fine di compensare gli svantaggi economici sofferti dalla più povera Germania Est, a causa della divisione geografica del Paese.

5.5.2. Il giudizio di compatibilità ai sensi del comma terzo

L'art. 107, comma terzo elenca una serie di obiettivi di carattere generale che, se perseguiti dall'aiuto erogato dallo Stato membro interessato, possono dar luogo ad una dichiarazione di compatibilità. In tal modo, si realizza un bilanciamento tra le ricadute negative sugli scambi e sulla concorrenza nell'ambito del mercato comune e gli effetti positivi derivanti dall'aiuto, che devono essere riconducibili agli obiettivi di interesse generale stabiliti nei trattati²⁷⁶. Tale giudizio è di competenza della Commissione, la quale, come già sottolineato dalla Corte di giustizia in *Philip Morris*, gode in questo campo di ampia discrezionalità.

Inoltre, l'art. 108, comma secondo, TFUE, autorizza uno Stato membro a rivolgersi al Consiglio al fine di valutare la compatibilità di un aiuto. Quest'ultimo sulla base di un voto unanime può considerare l'aiuto compatibile, in deroga agli artt. 107 e 109, solo ove circostanze eccezionali lo giustificano. Se, prima dell'inizio di questa procedura eccezionale, la Commissione abbia già avviato un'indagine sul medesimo aiuto, quest'ultima è tenuta a sospendere la sua istruttoria fino all'adozione della decisione da parte del Consiglio. Per contro, qualora lo Stato Membro richieda al Consiglio una decisione su un aiuto già dichiarato incompatibile dalla Commissione, il Consiglio non si può pronunciare ai sensi dell'art. 108, comma secondo.

²⁷⁵ Procedimenti riuniti C-346/03 e C-529/03, *Giuseppe Atzeni and Others v. Regione autonoma della Sardegna*, 2006, ECR I-1875, par. 80.

²⁷⁶ Commissione Europea, *Principi Comuni per una Valutazione Economica della Compatibilità degli Aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87, par. 3, del Trattato CE*, par. 9 ss.

Per garantire uniformità e prevedibilità al giudizio di compatibilità ai sensi dell'art. 107, comma terzo, la Commissione ha stabilito una serie di principi comuni. Anzitutto, l'aiuto deve: perseguire un obiettivo di interesse comune, ovvero uno di quelli individuati dal comma terzo; l'intervento dello Stato deve essere inevitabile; risultare appropriato per il raggiungimento dell'obiettivo per il quale è stato concesso; incentivare l'impresa beneficiaria al compimento di investimenti o attività economiche supplementari; essere proporzionato, i.e. ridotto al minimo indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo di interesse generale; limitare l'effetto anticoncorrenziale dell'aiuto; essere trasparente.

Tra gli aiuti compatibili con il mercato interno, si evidenziano quelli “*destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'art. 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale*”.²⁷⁷ Tali aree sono individuate da Eurostat che divide il territorio dell'Unione in tre tipologie di regioni in base alle condizioni socio-economiche vigenti e al dato sulla popolazione. La Commissione, utilizzando le ricerche dell'istituto, può identificare in maniera oggettiva quali siano le regioni a cui si riferisce l'art. 107, comma terzo, lett. a)²⁷⁸.

La Commissione ha, inoltre, il potere di dichiarare la compatibilità degli “*aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo*”. Affinché un progetto possa essere definito “*di comune interesse europeo*”, esso deve contribuire in maniera concreta ad uno degli obiettivi dell'Unione – ad esempio alla strategia Europa 2020 – e, in principio, deve avere un profilo transfrontaliero.²⁷⁹ Peraltro, i vantaggi derivanti dal progetto non devono riguardare unicamente l'impresa beneficiaria, ma devono produrre effetti positivi su scala comunitaria. Il beneficiario dell'aiuto è infine tenuto al co-finanziamento dell'opera.

²⁷⁷ Art. 107, comma 3, lett. a).

²⁷⁸ Si veda in *Philip Morris* (Caso 730/79, *Philip Morris Holland BV v. Commission* [1980] ECR 2671) il par. 25 laddove la Corte di giustizia stabilisce che la Commissione ha giustamente tenuto conto del tenore di vita e della sottoccupazione grave nella zona di Bergen-op-Zoom, non utilizzando come parametro il livello medio nazionale olandese, bensì il livello comunitario.

²⁷⁹ Comunicazione della Commissione Europea, *Criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo*, (2014/C 188/02), par. 14-19.

L'art. 107, co. 3, lett. b), afferma altresì la compatibilità degli *“aiuti destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro”*. La grave perturbazione economica deve avere anzitutto una dimensione nazionale e poi un carattere sistemico. A tale disposizione raramente la Commissione ha ricorso quale base giuridica per dichiarare la compatibilità di un aiuto con il mercato interno, perlomeno fino allo scoppio della crisi economica globale del 2008²⁸⁰. Un atteggiamento restrittivo motivato dalla paura che, a causa della formulazione particolarmente ampia della previsione di cui sopra, sarebbe potuto derivare un approccio troppo generoso relativamente agli interventi statali nell'economia.

Quanto alla lett. c) dell'art. 107, TFUE, essa stabilisce la compatibilità degli *“aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse”*. Anche questa previsione - al pari della lett. a) – dichiara compatibili degli aiuti concessi a *“talune regioni economiche”*. Al fine di razionalizzare l'applicazione di due disposizioni in apparenza speculari, la Commissione ha pubblicato gli *“Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale validi per il periodo dal 2014 al 2020”*. Tali orientamenti hanno chiarito che *“una maggiore distorsione della concorrenza può essere accettata nel caso delle regioni più svantaggiate ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera a), rispetto a quelle di cui alla lettera c)”*²⁸¹.

Da ultimo, l'art. 107, comma terzo, tra gli aiuti potenzialmente compatibili ricomprende altresì quelli *“destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune”* e *“le altre categorie di aiuti determinate con decisione del Consiglio su proposta della Commissione”*.

5.6. La particolarità del settore bancario

Per poter assicurare una corretta applicazione al settore finanziario delle norme sugli aiuti di Stato, è necessario riflettere anzitutto sulle peculiarità che connotano tale

²⁸⁰ Comunicazione della Commissione Europea, *L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale*, par. 9.

²⁸¹ Comunicazione della Commissione Europea, *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020 (Testo rilevante ai fini del SEE)*, [2003] OJ C 209/1, par. 5.

settore. In via preliminare va osservato che l'attività bancaria consiste principalmente nella raccolta del risparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito²⁸². Alle banche è altresì consentito esercitare ogni altra attività finanziaria prevista dal loro statuto, che non sia esplicitamente proibita dalla legge²⁸³. Le banche, pertanto, in un'economia di stampo capitalista. Normalmente fungono da intermediari tra la raccolta del risparmio e la concessione del credito. Tale funzione viene svolta attraverso la cd. trasformazione delle scadenze: *“la dimensione economica della banca le consente infatti di utilizzare parte dei depositi – i quali sono rimborsabili ‘a vista’ – per l'erogazione di prestiti ripagabili dalla controparte debitrice sul più lungo termine”*²⁸⁴. Ovviamente si tratta di una strategia di azione che deve individuare un equilibrio ottimale tra flussi in ingresso e in uscita e tra rischi caratterizzati da scadenze diverse. In effetti, un errore nella ponderazione di tali operazioni, può condurre una banca sull'orlo di una crisi di liquidità, ossia una situazione in cui le entrate (i depositi) sono inferiori alle uscite (i crediti concessi). Uno squilibrio che, a sua volta, può generare la sfiducia della clientela circa la solidità finanziaria di un istituto di credito e/o del mercato bancario nel suo complesso, originando pericolosi fenomeni di *assalto agli sportelli* (il c.d. *bank run effect*) che, a loro volta alimentano e aggravano la sottostante crisi di liquidità. Questi scenari di crisi possono produrre delle esternalità negative nei confronti degli altri *players* del mercato bancario, sugli operatori attivi in altri mercati, che tuttavia fanno affidamento sul credito bancario, e, da ultimo, sull'economia reale.

Il motivo per cui - nel settore bancario - la crisi anche di un singolo intermediario può facilmente contagiare le altre banche, risiede nella forte interdipendenza tra i *players* di mercato. Tensioni sul fronte economico-finanziario possono causare una avversione all'erogazione del credito da parte delle banche sotto forma di razionalizzazione della liquidità e di inasprimento delle condizioni di concessione del credito. A causa di ciò, le imprese, che per operare ricorrono in via esclusiva o principale al finanziamento fornito dagli intermediari creditizi, possono trovarsi nella condizione di non disporre di liquidità ai fini dell'esercizio delle proprie attività²⁸⁵.

²⁸² Art. 10, comma primo, TUB.

²⁸³ Ibid., co. 3.

²⁸⁴ Si veda J. GOBAT, *Banks: at the heart of the matter*, International Monetary Fund, 2012, in www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/basics/bank.htm; BANCA D'ITALIA, *Che cos'è una banca*, in www.bancaditalia.it/servizi-cittadino/cultura-finanziaria/informazioni-base/banca/index.html.

²⁸⁵ S. COSTA, P. MARGANI, *Credit Crunch in Italy: evidence on new ISAE survey data*, in *Fourth joint EU-OECD Workshop on Business and Consumer Opinion Surveys*, 2009, pp. 2-10.

La chiusura delle linee di credito influisce negativamente sullo sviluppo dell'economia reale²⁸⁶. Le imprese, non più considerate meritevoli di credito, non sono più in condizione di effettuare investimenti, subendo conseguentemente un calo della competitività e sopportando il *trade-off* derivante dall'incapacità di sfruttare il proprio potenziale di crescita; nella peggiore delle ipotesi, sono costrette al fallimento. In entrambi gli scenari è la crescita economica di un Paese a risentirne, in termini di costi economici, ma anche sociali.

Alla luce della centralità della funzione svolta dalle banche per garantire un corretto funzionamento dell'economia reale, questi enti sono sottoposti ad una regolamentazione specifica e multilivello (interna, europea e internazionale) – un dato non riscontrabile in altri settori – nonché a un sistema di vigilanza specifico presieduto dalla Banca Centrale Europea (BCE) e attuato dalle banche centrali nazionali²⁸⁷.

5.7. L'interdipendenza dei *players*

Com'è noto, le banche quotidianamente si prestano denaro sul mercato interbancario. Si tratta di un mercato attivo solo per il settore bancario, il cui funzionamento si basa sul *surplus* di liquidità registrato dagli enti creditizi e messo a disposizione di quegli istituti che, al contrario, necessitano di risorse. La scadenza dei prestiti interbancari può variare dalle 24 ore (*overnight*) ad oltre un anno. Nel contesto di una crisi finanziaria come quello che attualmente attanaglia l'eurozona, oltre alla sfiducia dei risparmiatori si deve sommare l'avversione delle banche a prestarsi soldi; in questo contesto, le banche centrali possono alleviare il rischio di liquidità, ma non il rischio di credito, che dipende comunque dalla affidabilità dei debitori²⁸⁸. A tal proposito, è particolarmente rilevante il ruolo della fiducia tra istituti finanziari. Dopo lo scoppio

²⁸⁶ Sul punto Lopes si è espresso in tal modo: “*se le banche e gli intermediari hanno un ruolo preminente nel processo di creazione del credito, fornendo liquidità alle imprese che non possono finanziare altrimenti i propri progetti d'investimento, allora tutti quei fattori che riducono la disponibilità di credito hanno degli effetti macroeconomici potenzialmente molto rilevanti*”. Cfr. A. LOPES, *Accesso al credito, vincoli patrimoniali e sistema bancario. L'esperienza della crisi finanziaria*, in *Rivista Economica del Mezzogiorno*, 2014, p. 539.

²⁸⁷ v. infra al cap. IV.

²⁸⁸ Banca d'Italia (press release), *Il mercato interbancario dopo la crisi finanziaria: spremere liquidità in un “mercato dei limoni” o chiedere liquidità “alla spina*, 2011, disponibile all'indirizzo www.bancaditalia.it/pubblicazioni/temi-discussione/2011/2011-0819/index.html.

della crisi nell'agosto 2007, una stima precisa dello stato patrimoniale di taluni intermediari divenne impossibile, tanto da spingere la *Bank for International Settlements* ("BIS") ad ammettere che: "*assuming that the big banks have managed to distribute more widely the risks inherent in the loans they have made, who now holds these risks, and can they manage them adequately? The honest answer is that we do not know*"²⁸⁹. La conseguenza di queste dichiarazioni fu un crollo della fiducia tra banche stesse e una ulteriore contrazione sul mercato del credito all'ingrosso.

In ogni caso, il complesso rapporto esistente tra banche va ben al di là delle attività svolte sul mercato interbancario. Infatti, gli istituti di credito, nel corso della storia, hanno incluso hanno concluso tra di loro un numero cospicuo di intese collettive. La ragione per cui sono state stipulate è da rintracciare in una triplicità di fattori²⁹⁰. In primo luogo, la tecnicità del settore richiede, certe volte, un approccio comune e coordinato. Si pensi alla costituzione del Fondo Interbancario di Tutela dei depositi (FITD), creato dalle stesse banche per la necessità di stabilire un meccanismo di solidarietà tra aziende di credito.

In secondo luogo, ai fini della conclusione di intese, svolge un ruolo determinante, se non decisivo, la presenza di un'associazione di categoria forte – come nel caso italiano, l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) – e le consolidate relazioni tra il settore bancario e le Banche centrali nazionali (BCN), che "*spingono il comparto creditizio verso il modello del club, e verso le tentazioni di ogni associazione a deviare verso un'intesa*"²⁹¹.

In terzo luogo, il modello di organizzazione delle banche, influenzato dalla necessità di diversificare il rischio, e la tendenza, oramai consolidata nell'economia reale, a realizzare progetti che richiedono cospicui finanziamenti, conducono sempre più di frequente le banche a finanziare in misura parziale un medesimo progetto.

È facile dunque comprendere come le banche, tra loro, dispongano di un considerevole numero di occasioni di scambio economico o di relazioni, "*un mondo molto complesso e ramificato, e in larga misura poco trasparente a chi non appartenga alla corporazione*"²⁹².

²⁸⁹ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *BIS 77th annual report*, 2007, p. 145; disponibile all'indirizzo www.bis.org/publ/arpdf/ar2007e.htm.

²⁹⁰ L.C. UBERTAZZI, *La « tradizione » delle intese bancarie*, in *Banche e Concorrenza*, Giuffrè Editore, 2007, p. 105.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² *Ibidem*.

5.8. Il rischio contagio

Abbiamo già sottolineato che, per come è strutturato il settore bancario, anche la crisi di un singolo ente bancario può produrre un effetto contagio nel resto del comparto bancario. Emblematico al riguardo il caso della correlazione tra lo stato di sofferenza di Bear Stearns e la successiva crisi di Lehman Brothers, oppure la diramazione della crisi nel Vecchio continente a seguito del default di Lehman Brothers.

L'effetto contagio che si produce nel mercato bancario è da ricollegare, ancora una volta, alla questione della 'fiducia'. I correntisti o gli investitori, nella misura in cui percepiscano lo stato di precarietà della banca di cui sono clienti, reagiscono prelevando i propri risparmi. Un fenomeno che acutizza la crisi dell'intermediario e che, se ripetuto in maniera sistemica, determina il collasso del sistema bancario nella sua interezza.

Per prevenire tale rischio i pubblici poteri possono intervenire *ex ante* (in via preventiva) o *ex post* (in ultima istanza). Nel novero degli interventi del primo tipo, rientrano le regolamentazioni nazionali, europee ed internazionali, come nel caso dell'accordo di Basilea che mirano a garantire la solidità patrimoniale delle banche. Rientrano, peraltro, in questa categoria, i poteri di supervisione delle banche centrali nazionali e della Banca Centrale Europea nel contesto del Meccanismo di vigilanza unico²⁹³. Come sottolineato da acuta dottrina, la crisi del 2007 non è stata soltanto "un «fallimento del mercato», ma soprattutto un «fallimento delle regole»"²⁹⁴; è stato notato che il problema non consisteva tanto "nella forma degli assetti di vigilanza e neppure nell'individuazione di nuovi meccanismi di intervento nelle crisi bancarie quanto nella sostanza del rapporto fra regolatori e regolati. Piaccia o no, i primi si sono dimostrati troppo compiacenti verso i secondi, consentendo loro di assumere rischi senza neppure la protezione del credito di ultima istanza (è il caso di Bear Stearns) oppure di avere attività totali pari a 58 volte il capitale (è il caso di Northern Rock)"²⁹⁵.

Se l'attività di prevenzione non è condotta in maniera non adeguata, allora il rischio contagio può facilmente avverarsi. In questa fase, il contrasto alla crisi può assumere la forma di: provvedimenti delle banche centrali che tenteranno di assumere una

²⁹³ V. *infra*, cap. IV del presente lavoro.

²⁹⁴ M. ONADO, *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori*, in *Banca Impresa Società*, 2009, p. 14.

²⁹⁵ *Ibid.*, 16-17.

politica monetaria espansiva; regolamentazioni nazionali o europee volte a facilitare l'assistenza pubblica a intermediari ormai prossimi al fallimento; interventi di supporto alle banche colpite in termini di concessione di garanzie pubbliche, separazione degli *assets* buoni da quelli cattivi e ricapitalizzazioni. Quelli sopra menzionati sono chiaramente gli interventi più comuni che vengono adottati nelle immediatezze del verificarsi di uno squilibrio finanziario. Una volta rientrata la situazione di emergenza, si riapre la fase di prevenzione - in attesa della prossima crisi - tentando di evitare gli errori commessi in passato. Un *modus operandi* - come verrà osservato nel prosieguo del presente lavoro - adottato anche dalla Commissione, che nel contesto della crisi finanziaria ha autorizzato un'apertura alla concessione di linee di credito pubbliche agli istituti di credito, salvo poi, a seguito della conclusione della fase più drammatica della crisi (2008-2013), elaborare un quadro normativo più severo per le banche in crisi.

6. Le regole in tema di aiuti di Stato applicabili al settore bancario

Durante la fase più acuta della crisi finanziaria, gli interventi degli Stati membri per salvare il settore bancario - miranti a salvaguardare la stabilità finanziaria interna - hanno condotto le autorità europee a rivedere il proprio approccio strategico in ordine alla disciplina sugli aiuti di Stato, cercando sempre di mantenere un quadro di coerenza con quanto statuito all'interno del TFUE²⁹⁶. Più nello specifico, si è deciso di adattare i principi e le regole generali che informano il settore della concorrenza alle nuove esigenze emerse a seguito dell'innescarsi delle insolvenze bancarie.

La principale novità consiste nel riconoscimento della 'specialità' del settore bancario, motivata dalla necessità di preservare la stabilità finanziaria, obiettivo cardine del nuovo quadro normativo. Invero, prima dell'attuale crisi, ai fini della valutazione di compatibilità con i trattati dei piani di ristrutturazione del settore bancario, veniva applicata la disciplina ordinaria della concorrenza in vigore per le ordinarie imprese commerciali. All'epoca effettivamente non si credevano sussistenti quegli elementi di peculiarità che potessero poi giustificare una normativa specifica

²⁹⁶ Per la disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione si intende il quadro giuridico istituito agli artt. 107, 108, 109, TFUE e tutti gli atti dell'Unione compresi orientamenti, comunicazioni e avvisi adottati ai sensi dell'art. 108, par. 4 o art. 109, TFUE.

per il solo settore bancario, anche per il fatto che fino ad allora le crisi bancarie verificatesi non avevano mai assunto una dimensione sistemica. Tuttavia, la crisi finanziaria ha rappresentato il punto di svolta che ha comportato un epocale mutamento della filosofia della Commissione nella valutazione delle operazioni di risanamento delle banche²⁹⁷.

I numerosi interventi statali nel corso della crisi hanno segnato infatti il passaggio da un quadro normativo in cui gli aiuti pubblici alle banche erano valutati come azioni non ammissibili - salvo la loro erogazione in caso di assoluta necessità²⁹⁸ - ad un sistema in cui gli aiuti pubblici alle banche in difficoltà sono divenuti delle soluzioni adottabili ma solo a certe condizioni, ossia solo aver provato a ricorrere a tutti gli strumenti privatistici disponibili. Tali interventi di salvataggio sono stati sottoposti ad una serie di requisiti che avrebbero dovuto attenuare gli effetti negativi sui comportamenti degli intermediari sotto il profilo del *moral hazard*.

Dal punto di vista normativo, è necessario anzitutto fare riferimento alle disposizioni contenute all'art. 107, TFUE, secondo il quale gli interventi pubblici per i risanamenti e i salvataggi delle imprese in crisi sono vietati considerati che, favorendo talune imprese e produzioni, sono idonei a falsare o minacciare la concorrenza. Nondimeno, il divieto generale trova eccezione in alcune fattispecie particolari: i) il caso contemplato all'art. 107, par. 3, lett c), che considera compatibili con il mercato interno “*gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse*”; la fattispecie di cui all'art. 107, par. 3, lett. b), che stabilisce la compatibilità delle misure miranti a “*a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro*”. Specifiche regole e procedure sono rinvenibili altresì nella Comunicazione della Commissione del 1994²⁹⁹, che ha introdotto una procedura per verificare la compatibilità delle misure pubbliche e ha distinto tra aiuti al salvataggio e aiuti al

²⁹⁷ Per una completa ricostruzione della evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato, cfr. S. FORTUNATO, *Gli aiuti di Stato alle banche in crisi*, in *Crisi Bancarie e diritto comunitario*, Pacini Editore, n. 4, 2013, pp. 622-641.

²⁹⁸ In applicazione del principio della *constructive ambiguity*.

²⁹⁹ Commissione europea, “*Comunicazione recante orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*”, in GUCE C 368, 1994, p. 12 e ss.

risanamento³⁰⁰. Lo strumento giuridico a cui si è ricorsi per l'applicazione della disciplina in commento non è stato quello legislativo, bensì quello delle 'comunicazioni' - atto di *soft law* - da parte della Commissione al fine di specificare una serie di principi per la prevedibile valutazione dei casi in cui gli aiuti di Stato possono essere dichiarati compatibili con il mercato interno. In quella fase pre-crisi, gli orientamenti adottati a livello europeo applicabili al settore bancario definivano gli interventi statali come delle misure di sostegno ad una impresa in difficoltà dichiarandoli, se del caso, compatibili ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. c).

7. La disciplina speciale applicabile al settore bancario

Come noto, a seguito della crisi finanziaria e, in particolare, a causa della sua rilevanza sistemica, si è verificato un serio cambiamento di *policy* in materia di aiuti di Stato agli intermediari finanziari, sancendo il passaggio alla regolamentazione di emergenza attraverso il ricorso ai criteri ex art. 107, par. 3, lett. b).

La Commissione, con la pubblicazione di una serie di Comunicazioni, è intervenuta per emanare linee guida in ordine ai criteri che un aiuto di Stato nel settore bancario deve rispettare per essere dichiarato compatibile con i trattati, stabilendo metodi specifici e peculiari a seconda della natura delle dimensioni dei soggetti e delle caratteristiche oggettive della crisi.

La stagione degli interventi della Commissione (che vedremo più nel dettaglio nei prossimi paragrafi), è stata aperta con la Comunicazione del 25 dicembre 2008 (*Banking Communication*)³⁰¹. Ad essa sono poi seguite le Comunicazioni in tema di ricapitalizzazione delle banche in crisi (15 gennaio 2009), di trattamento degli *assets* deteriorati (26 marzo 2009), di misure di ristrutturazione (19 agosto 2009), e le due Comunicazioni del 2010 e del 2011 di proroga delle regole degli aiuti di Stato concernenti le misure statali a favore degli enti bancari nel contesto della crisi finanziaria. Seguendo le *guide lines* contenute in suddette Comunicazioni, si è consolidato un quadro normativo avente il fine di garantire che l'erogazione di aiuti

³⁰⁰ Per un'analisi dei criteri richiamati nella Comunicazione. Cfr. G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*, Milano, 1998, p. 487 ss; V. GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 11, 2009.

³⁰¹ A. DELL'ATTI, *Gli aiuti di Stato alle banche in tempo di crisi*, in *Concorrenza Mercato Regole*, 2012.

pubblici, mirante a mantenere la stabilità finanziaria, dovesse essere sottoposta a certi requisiti tali da ridurre al minimo le distorsioni alla concorrenza.

8. L'impatto della crisi finanziaria sul giudizio di compatibilità: le ragioni del passaggio dall'art. 107, co. 3, lett. c) all'articolo 107, co. 3, lett. b)

Nel caso *Züchner* (1981), la Corte di giustizia chiarì che le istituzioni finanziarie non possono essere considerate alla stregua delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale e, conseguentemente, non sono esenti dall'applicazione del diritto della concorrenza³⁰².

La Commissione, alla luce di tale pronuncia, ha cominciato a gestire il rapporto tra gli interventi statali e le istituzioni finanziarie in maniera rigorosa. Nel 1994 la Commissione pubblicò la prima versione degli Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà³⁰³. In questo caso, la Commissione decise di regolare allo stesso modo la concessione di aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione delle compagnie finanziarie e della restante generalità delle imprese, non tenendo ancora conto delle differenze strutturali e funzionali del settore creditizio.

Gli Orientamenti incentivarono gli Stati membri dall'astenersi dal concedere aiuti a imprese che nel nuovo contesto di economico sarebbero dovute uscire fuori dal mercato, frustrando e ritardando il processo di aggiustamento strutturale³⁰⁴. Allo stesso tempo, la Commissione individuò nell'art. 107, comma terzo, lett. c) la base giuridica ideale ai fini dell'accertamento della compatibilità di piani di salvataggio e ristrutturazione finanziati attraverso il ricorso ad aiuti statali. Suddetta norma autorizza la concessione di aiuti *“destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse”*³⁰⁵.

³⁰² Caso 172/80 *Züchner v. Bayerische Vereinsbank* [1981] ECR I-02021, par. 6-8.

³⁰³ Commissione Europea, *Orientamenti Comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*, 1994.

³⁰⁴ *Ibid.*, par. 1.1.

³⁰⁵ *Ibid.*, par. 2.4.

Il caso *Banesto* costituisce la prima fattispecie di rilievo ai fini dell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al settore creditizio³⁰⁶. Quanto al caso di specie, nel 1993 la Banca centrale spagnola elaborò un piano di salvataggio che prevedeva un aumento di capitale sottoscritto dal Fondo di garanzia dei depositi. La Commissione stabilì che la transazione era conforme MEIP, visto che al Fondo partecipavano su base volontaria banche private che finanziavano la maggior parte delle sue risorse. La Commissione, dunque, concluse che lo schema non costituiva aiuto di Stato secondo quanto statuito all'art. 107, comma primo.

Nel 1995, la Commissione verificò la compatibilità di un piano di salvataggio nel caso *Crédit Lyonnais*³⁰⁷. Nel 1993, questo complesso bancario era il gruppo bancario leader del settore in Europa in termini di *assets* totali detenuti ed era partecipata dallo Stato francese al 55%. Dopo due anni di gravi perdite, il governo francese adottò un piano di salvataggio, prevedendo una iniezione di capitale da 4.9 miliardi di franchi francesi e l'accollamento da parte dello Stato di tutti i rischi e i costi connessi ad attività deteriorate trasferite ad una società veicolo per un valore di 135 miliardi di franchi. Innanzitutto, la Commissione dichiarò che l'iniezione di capitale era avvenuta in violazione del MEIP, visto che le autorità pubbliche francesi erano intervenute in assenza di un'analisi *ex ante* del bilancio di *Crédit Lyonnais* e di un piano di ristrutturazione in grado di dimostrarne la capacità di tornare ad essere redditizia in un ragionevole periodo di tempo³⁰⁸. Pertanto, la prima misura, venne considerata aiuto di Stato illegittimo e incompatibile con il mercato interno. In seconda battuta, la Commissione si pronunciò sul trasferimento delle attività deteriorate ad una società veicolo; anche in questo caso dichiarò l'illegittimità di tale operazione, giacché essa risultava essenziale per la sopravvivenza dell'intermediario, prevedeva una durata troppo lunga, nonché un alto livello di rischio non adeguatamente remunerato. La Commissione, quindi, in considerazione delle due fasi in cui, di norma, si articola l'accertamento ex art. 107, verificò se l'aiuto fosse

³⁰⁶ Comunicato stampa della Commissione Europea, 15 dicembre 1994. Cfr. altresì P. ROSSI E V. SANSONETTI, *Survey of State Aid in the Lending Sector – A Comprehensive Review of main State Aid cases*, in *Società Italiana di Diritto ed Economia*, 2007, pp. 8-9.

³⁰⁷ Decisione della Commissione Europea 95/547/EC, *Credit Lyonnais*, 26.07.1995, 1995.

³⁰⁸ Quanto alle modalità di accertamento del comportamento dello Stato come quello di un investitore privato si veda ciò che la Corte di giustizia ha dichiarato al pt. 71 in *Stardust Marine* (Caso 482/99, *France v Commission* [2002] ECR I-4387): “Nella fattispecie, è incontestato tra le parti che, per stabilire se lo Stato abbia adottato o no il comportamento di un investitore avveduto in un'economia di mercato, occorre porsi nel contesto dell'epoca in cui sono state adottate le misure di sostegno finanziario al fine di valutare la razionalità economica del comportamento dello Stato e occorre quindi astenersi da qualsiasi valutazione fondata su una situazione successiva”.

compatibile con uno degli obiettivi di interesse generale richiamati dal comma terzo. In *Crédit Lyonnais*, la Commissione valutò che lo scopo perseguito dall'aiuto non consisteva nel porre rimedio ad un serio turbamento dell'economia francese – ai sensi del comma terzo, lett. b), TFUE – sebbene altri enti bancari si trovassero in situazione di sofferenza. Al contrario, optò per l'approccio ex lett. c), sancendo la compatibilità dello schema e, contestualmente, imponendo una serie di misure compensative per ridurre al minimo le esternalità negative prodotte dall'intervento pubblico³⁰⁹. La dichiarazione di compatibilità dell'aiuto nel caso *Crédit Lyonnais* ai sensi del co. 3, lett. c) piuttosto che della lett. b), ci pare - a posteriori - ragionevole. In quel frangente storico, il mercato bancario europeo non era ancora coinvolto in una crisi sistemica; di contro, era affetto da casi individuali di 'malagestione'. Per di più, l'approccio adottato dalla Commissione appare coerente con gli obiettivi dichiarati all'interno degli Orientamenti, ossia la volontà di non incentivare una corsa alle sovvenzioni tra Stati membri che avrebbe messo a repentaglio la realizzazione del mercato unico. Malgrado ciò, l'inaspettato deterioramento del contesto economico e finanziario a livello globale avrebbe richiesto di lì a poco un radicale cambio di *policy*.

In effetti, già il 28 marzo 2007, Ben Bernanke, nel corso della annuale audizione al Joint Economic Committee of the U.S. Congress dichiarò: “*a large increase in early defaults on recently originated subprime variable-rate mortgages casts serious doubt on the adequacy of the underwriting standards for these products, especially those originated over the past year or so*”³¹⁰. Nell'agosto dello stesso anno American Home Mortgage annunciò il fallimento per bancarotta e BNP Paribas sospese le attività di prelievo da tre dei fondi controllati, posto che era divenuto impossibile stabilire l'effettivo valore degli *assets* da questi detenuti. Com'è evidente, quelli sopra citati costituivano i primi segni di una turbolenza finanziaria che si sarebbe manifestata in tutta la sua pienezza nel 2008. La loro scaturigine è individuabile nel mercato americano dei *mutui subprime*; tuttavia l'Europa non poteva considerarsi immune.

Malgrado questi primi segnali di una crisi che si sarebbe poi diramata a livello globale, la Commissione continuò a fondare il proprio giudizio di compatibilità sulla

³⁰⁹Si evidenzia che l'art. 107, co. 3 lett. c), fino al 2008, è stato utilizzato quale base giuridica di riferimento per l'ottenimento della dichiarazione di compatibilità; viceversa, la lett. b) è stata utilizzata solo in rarissimi casi.

³¹⁰ B.S. BERNANKE, *The economic outlook, Joint Economic Committee*, U.S. Congress, 2007.

lett. c) co. 3, dell'art. 107, parametro di gran lunga più stringente rispetto alla previsione di cui alla lett. b). La Commissione effettivamente si rifiutò ancora di adottare la previsione più elastica di cui alla lett. b) nella decisione sul caso *Denmark Roskilde Banks A/S*³¹¹. Tuttavia, nel caso *Northern Rock*³¹², vi è un primo segnale di apertura, considerato che la Commissione³¹³ riconobbe che lo stato di sofferenza dell'intermediario inglese non era soltanto dovuto a 'malagestione' dello stesso, ma altresì collegato alla sempre più dilagante crisi finanziaria; conseguentemente, dichiarò la compatibilità dello schema di salvataggio sulla base dell'art. 107, comma terzo, lett. b)³¹⁴.

Il mutamento di approccio si consolidò definitivamente nel 2008. La dichiarazione di fallimento di Lehman Brothers fece comprendere che la crisi in corso avesse natura sistemica. In aggiunta, le istituzioni europee riconobbero per la prima volta che, in un contesto di crisi, il panico e l'urgenza di azione potessero generare frammentazione normativa a livello nazionale³¹⁵. In aggiunta, il 7 ottobre i Ministri dell'Economia dell'eurozona concordarono sulla necessità di ricorrere a tutte le misure necessarie al fine di restaurare la fiducia e il corretto funzionamento del settore bancario attraverso lo sviluppo di un quadro normativo comune³¹⁶.

In risposta a questo contesto di crisi mutato, la Commissione pubblicò la Comunicazione sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto della crisi finanziaria mondiale ("*Comunicazione sul settore bancario del 2008*")³¹⁷. Tale Comunicazione, per un verso, riaffermava la necessità che l'aiuto fosse mirato, proporzionato e concepito in modo da ridurre al minimo gli effetti pregiudizievoli della concorrenza, per l'altro, introduceva una novità dal punto di vista giuridico che si sarebbe rivelata determinante nel contenimento della crisi finanziaria affermando che "*visto il livello di gravità raggiunto dalla crisi attualmente in corso sui mercati finanziari e del suo*

³¹¹ Roskilde Bank A/S, S.A. NN 36/2008 [2008] OJ C 238/5.

³¹² Northern Rock, S.A. NN 70/07 [2008] OJ C 43.

³¹³ *Aid implemented by the United Kingdom for Northern Rock*, C 14/08 [2009] OJ L 112/38.

³¹⁴ Ž. DIDŽIOKAITĖ, M. GORT, *Restructuring in the Banking Sector During the Financial Crisis: the Northern Rock Case*, in *Competition Policy Newsletter*, 2010, p. 74 ss.

³¹⁵ Il primo ottobre il Ministro del Tesoro irlandese annunciò infatti l'introduzione di un programma di 400 miliardi di euro per garantire le esposizioni degli istituti di credito disponibile solo per le banche irlandesi.

³¹⁶ Consiglio dell'unione europea, "*Immediate responses to financial turmoil, Council Conclusions - Ecofin Council of 7 October 2008*", COM (2008) 13930.

³¹⁷ Commissione Europa, *Comunicazione della Commissione - L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale*, [2008] OJ C 270/8.

*eventuale impatto sull'economia complessiva degli Stati membri, la Commissione ritiene che l'articolo 87, paragrafo 3, lettera b), fornisca, nelle attuali circostanze, una base giuridica per le misure di aiuto adottate per affrontare questa crisi sistemica*³¹⁸.

Parte della dottrina era contraria alla decisione della Commissione di ricorrere ad una nuova base giuridica e ad un nuovo quadro normativo specifico per il settore finanziario, in deroga agli orientamenti applicabili alle imprese comuni. Invero, si è osservato che questi interventi hanno avuto *“the effect of rewarding inefficient or inept banks”* e che *“the treatment of the banking sector as a special case has prompted other sectors, such as the motor industry, to solicit the same treatment”*³¹⁹.

Alter perplessità sono state sollevate anche in ordine alle esatte motivazioni di diritto che hanno condotto all'esenzione delle banche dall'applicazione degli Orientamenti generali, sostenendo che una simile decisione *“heightens the impression that the measures adopted were primarily the result of political considerations and pragmatic solutions rather than a resolve to apply the rule of law”*³²⁰. Nonostante ciò, se si analizza il mutamento della situazione del mercato bancario europeo e la formulazione degli Orientamenti - non elaborati per gestire crisi finanziarie sistemiche - sembra potersi sostenere che la Commissione abbia agito nel rispetto del principio di legalità. In effetti, aver adottato una differente base giuridica per il giudizio di compatibilità, costituisce una decisione che rientra pienamente nell'ambito di discrezionalità concesso alla Commissione; inoltre, sembra del tutto coerente con il dettato normativo dei trattati, che prevedono l'ammissibilità degli aiuti destinati a porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro.

Infine, è ragionevole riportare almeno due considerazioni per controbattere alla critica secondo cui il nuovo approccio è il frutto di riflessioni prettamente politiche. Se da un lato, l'elargizione di aiuti statali ai sensi della lett. b) appare possibile a condizioni più favorevoli, dall'altro, va riconosciuta l'attenzione posta dalla Commissione nell'imporre 'misure compensative' - nella forma di severi ridimensionamenti degli istituti di credito - per conservare la parità delle condizioni concorrenziali vigenti sul mercato.

³¹⁸ Ibid., par. 9.

³¹⁹ R. M. D'SA, *“Instant” State Aid Law in a Financial Crisis – A U turn?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, pp. 139-143.

³²⁰ Ibid., p. 144.

9. Le Comunicazioni della Commissione nel “contesto della crisi finanziaria”

9.1. *Banking Communications*: l’evoluzione dal 2008 al 2013

La Comunicazione sul settore bancario del 2008 è stata elaborata dagli uffici della Commissione a causa dell’accentuarsi a livello globale della crisi finanziaria, “*all’erosione generale della fiducia*” nel comparto e alla “*dilagante incertezza sul rischio di credito delle singole istituzioni finanziarie*”³²¹. Questa Comunicazione ha certamente segnato un primo passo decisivo verso l’adozione di un approccio comune e flessibile all’applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al settore finanziario.

Il primo vero cambiamento è rappresentato dalla introduzione di una procedura accelerata per il controllo sugli aiuti di Stato, la quale doveva dilungarsi entro 24 ore oppure durante il weekend³²². Si è trattato di un disposto innovativo rispetto a quanto imposto negli Orientamenti del 2004, i quali prevedevano per i soli aiuti non eccedenti i 10 milioni di euro la conclusione dell’investigazione preliminare entro 30 giorni³²³. Il nuovo procedimento ha adottato quindi il principio “*clear now and assess later*”, il quale, se da una parte ha favorito uno scrutinio più veloce, dall’altro è stato oggetto di forti critiche³²⁴. Invero, l’applicazione di questo principio non garantiva il diritto dei terzi a presentare commenti e osservazioni prima dell’approvazione dell’aiuto, inficiando la completezza dell’accertamento della Commissione ed escludendo qualsiasi applicazione dell’analisi economica di cui al punto 19 del “SAAP”. Tuttavia, sembra altrettanto doveroso osservare che in un contesto di emergenza fosse difficile mettere a punto una procedura alternativa, ma ugualmente celere, per condurre il controllo di cui all’art. 107, TFUE.

Va inoltre evidenziato come la Comunicazione abbia imposto una serie di condizioni³²⁵ che l’aiuto doveva rispettare per ottenere la dichiarazione di compatibilità ai sensi dell’art. 107, comma terzo, lett. b). L’aiuto doveva essere: 1) concesso soltanto in casi eccezionali; 2) limitato al minimo indispensabile; 3) erogato per un periodo di tempo circoscritto. Infine, allo scopo di ridurre al minimo la

³²¹ “*Comunicazione sul settore bancario del 2008*”, par. 1.

³²² *Ibid.*, par. 53.

³²³ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione – Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*, 2004, par. 30.

³²⁴ T. JAEGER, *op. cit.*

³²⁵ *Ibid.*, parr. 11-16.

distorsione della concorrenza derivante dalla concessione dell'aiuto, la Comunicazione impose l'adozione di misure compensative.

Questi principi dovevano essere rispettati sia in caso di concessione di garanzie – destinate a coprire prestiti o altre forme di debito³²⁶ – sia in caso di ricapitalizzazione³²⁷, sia – qualora l'ente non potesse più essere ricondotto alla sua normale viabilità – in caso di liquidazione controllata³²⁸.

In particolare, il punto 25 della Comunicazione, nel contesto della concessione di garanzie, imponeva che i beneficiari partecipassero “*con un contributo significativo [...] al costo dell'intervento dello Stato*”. Tale previsione può essere interpretata come un primo ricorso al principio della condivisione degli oneri (c.d. *burden sharing*), ridimensionato tuttavia rispetto ai precedenti Orientamenti, che, nella versione pubblicata nel 2004, prevedevano quale presupposto indispensabile una contribuzione pari almeno al 50% del costo della misura da parte del beneficiario³²⁹. Sembra dunque potersi affermare che la Commissione, quale primo atto di risposta alle turbolenze del mercato, non solo aveva ridotto l'ambito di applicazione della condivisione degli oneri, ma ne aveva anche lasciato imprecisato il *quantum*. Tale approccio non era casuale, e venne ribadito l'anno seguente al punto 24 della “*Restructuring Communication*”, la quale precipuamente statui che: “*il sostegno statale dovrebbe essere concesso a condizioni che costituiscono un'adeguata condivisione degli oneri rappresentati dai costi. Questo significa che i costi connessi con la ristrutturazione non siano soltanto a carico dallo Stato ma anche di coloro che hanno investito nella banca, assorbendo le perdite con il capitale disponibile e erogando una remunerazione adeguata per gli interventi statali. La Commissione ritiene tuttavia che non siano appropriato fissare ex ante delle soglie per la condivisione degli oneri nel contesto dell'attuale crisi sistemica, tenuto conto*

³²⁶ Ibid., parr. 17-27. La Comunicazione autorizza solo le garanzie assolutamente necessarie e concesse a tempo determinato. La Comunicazione (pt. 20) permette di coprire con garanzia pubblica il rischio connesso ai debiti della banca verso i propri clienti e quelli collegati a certi tipi di deposito all'ingrosso e infine strumenti di debito a breve e a medio termine (pt. 21). Tuttavia, la garanzia pubblica, di norma, non è erogabile per il debito subordinato, posto che sarebbe volta a proteggere gli interessi degli azionisti e di altri investitori in capitali di rischio (pt. 23).

³²⁷ Ibid. parr. 34-42.

³²⁸ Ibid. par. 43-50.

³²⁹ Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione – Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*, 2004, par. 44.

*dell'obiettivo dell'agevolazione dell'accesso al capitale privato e del ritorno a condizioni di mercato normali*³³⁰.

Ciò nonostante, la politica relativa alla partecipazione dei privati alla condivisione delle perdite dell'ente beneficiario dell'aiuto cambiò nella successiva "Comunicazione sul settore bancario del 2013" che di seguito analizzeremo³³¹.

9.2. La Comunicazione della Commissione UE del 2013

Una volta passata - in teoria - la fase più drammatica della crisi finanziaria, contraddistinta da forti tensioni sul mercato finanziario e dei titoli di debito pubblici, in connessione anche con le innovazioni in atto nella disciplina europea in tema di risanamento e risoluzione degli ente bancari in crisi, la Commissione ha rilasciato a fine luglio 2013 una nuova Comunicazione, entrata in vigore il primo agosto del 2013, concernente l'applicazione degli aiuti di Stato a sostegno delle banche nel contesto della crisi finanziaria³³².

Tale Comunicazione ha riformulato le regole in tema di aiuti di Stato mediante interventi abrogativi (Comunicazione del 2008), di aggiornamento delle precedenti Comunicazioni e di introduzione di nuovi principi. Tra i principi ispiratori della nuova normativa, va anzitutto sottolineato l'obiettivo della stabilità finanziaria. Il suo mantenimento è considerato necessario soprattutto per assicurare che il sistema bancario nel complesso continui a fornire un adeguato sostegno all'economia reale. Da questo punto di vista, si evince un mutamento di approccio nei confronti delle crisi bancarie, considerate adesso non solo come un evento che posso portare instabilità sul mercato bancario, ma anche nell'economia reale.

Più nel dettaglio, la Comunicazione ha stabilito i criteri e le condizioni per l'ottenimento della dichiarazione di compatibilità delle misure pubbliche applicate

³³⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato*, 2009. Cfr. anche A. BOMHOFF, A. JAROSZ-FRIIS, N. PESARESI, *Restructuring banks in crisis – overview of applicable State aid rules*, in *Competition Policy Newsletter*, 2009.

³³¹ Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1 agosto 2013, delle norme di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, 2013.

³³² Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1 agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria («*La Comunicazione sul settore bancario*»).

dagli Stati per i salvataggi bancari, definendo inoltre le procedure da rispettare per la valutazione delle operazioni da parte della Commissione. Altro elemento innovativo (par. 6) è la mancata fissazione di limiti temporali alla vigenza dei regimi derogatori, statuendo che gli stessi continueranno ad operare “*fino a quando perdurerà la situazione di crisi, creando circostanze effettivamente eccezionali in cui sia a rischio la stabilità finanziaria nel suo insieme*”.

9.2.1. Il *burden sharing* e la presentazione di un piano di ristrutturazione della banca

Uno dei principi cardine della nuova Comunicazione prevede che gli aiuti di Stato vengano ridotti al minimo necessario e che un contributo appropriato ai costi del risanamento dovrebbe derivare dal beneficiario dell’aiuto, ovverosia dagli azionisti e dagli obbligazionisti. L’elargizione dell’aiuto statale, pertanto, dovrebbe essere concesso a delle condizioni che diano luogo ad un appropriato *burden sharing* ad opera di coloro che hanno scommesso sulla banca in crisi.

Fin dall’inizio della crisi, la Commissione ha preteso un requisito minimo di *burden sharing* ai fini dell’esame della compatibilità degli aiuti a favore degli istituti di credito. Tale condivisione degli oneri consiste in un livello minimo di copertura delle perdite con il capitale disponibile e di pagamento di una adeguata remunerazione per le risorse messe a disposizione dallo Stato. In aggiunta, per impedire un deflusso di fondi utilizzabili per la ricapitalizzazione della banca, la Comunicazione ha introdotto regole sul pagamento degli strumenti ibridi e sul divieto di pagamento di cedole e dividendi (par. 16). Va osservato che a questo stadio della crisi, non viene ancora richiesto ai creditori della banca di partecipare alle copertura delle perdite.

Tuttavia, com’è noto la crisi finanziaria si è sviluppata in modo tale da creare un legame perverso tra debito bancario e debito sovrano. È emersa, dunque, l’esigenza di stabilire requisiti di *burden sharing* più severi per eliminare gli squilibri creatisi a seguito dell’erogazione generosa di aiuti di Stato tra il 2008 e il 2013. Pertanto, ai creditori degli istituti di credito è stata imposta la partecipazione alla copertura delle perdite, di guisa che qualsiasi erogazione di denaro pubblico ai fini del risanamento

di una banca dovesse essere preceduta dalla contribuzione alle perdite ad opera di azionisti e detentori di titoli junior³³³.

La Comunicazione del 2013 prende dunque atto dell'esistenza di una correlazione inversa tra le misure compensative imposte per limitare al minimo la distorsione della concorrenza e il grado di condivisione degli oneri, ossia quanto più elevato il livello di condivisione degli oneri richiesto tanto minore sarà la necessità di individuare delle misure limitative delle distorsioni alla concorrenza.

Altro principio fondamentale della Comunicazione del 2013 è quello che ha imposto che le misure di ricapitalizzazione di una banca in carenza di capitale (*capital shortfall*) o con numerose attività deteriorate (*non performing loans*) possano essere autorizzate solo dopo la previa approvazione da parte della Commissione di un piano di ristrutturazione della banca.

9.2.2. La ricapitalizzazione e le misure a fronte di attività deteriorate

Gli interventi di sostegno pubblico di cui trattasi vengo varati quando vi è una carenza di capitale, intendendosi per tale quelle situazioni in cui l'insufficienza del capitale emerge a seguito di uno *stress test*, di un esame sulla qualità degli attivi o di un'analisi simile svolta a livello europeo o nazionale³³⁴.

Le misure statali per il superamento di una carenza di capitale possono riassumersi in operazioni di ricapitalizzazione, interventi a sostegno di attività deteriorate, inclusa la concessione di garanzie. Considerate le conseguenze che siffatte misure possono produrre sui bilanci statali, la Commissione autorizza tali erogazioni solo qualora gli Stati membri interessati abbiano dimostrato di aver utilizzato tutte le altre iniziative idonee per ridurre al minimo le misure di sostegno pubblico.

³³³ Tali titoli - denominati "junior" per distinguerli da quelli "senior" – sono più rischiosi rispetto alle normali obbligazioni. Il rischio maggiore corrisponde ad un rendimento superiore alla norma. In alcuni casi, il rischio maggiore deriva dal fatto che, in caso di liquidazione della banca, il titolare viene soddisfatto dopo gli altri creditori senior.

³³⁴ In ordine a tale tema, sembra utile chiarire la differenza tra la necessità di capitale riscontrata a seguito di un *stress test* e quella emergente a seguito di un esame della qualità degli attivi (AQR). Il c.d. AQR realizza un processo valutativo delle perdite; quelle effettivamente accertate vanno poi registrate dagli organi aziendali nelle valutazioni di bilancio. La reintegrazione del capitale necessaria a seguito di uno *stress test*, di contro, avviene solo a fronte di una perdita potenziale, che quindi ha bassa probabilità di verificarsi e non deve essere riportata in bilancio.

Gli Stati membri, quale preconditione per ottenere l'autorizzazione da parte della Commissione, devono presentare un progetto di aumento di capitale nell'ambito di un più ampio piano di ristrutturazione della banca, nel quale devono essere specificati gli aumenti di capitale realizzati in via autonoma dalla banca³³⁵ e le misure di condivisione degli oneri, per poter poi determinare la parte di capitale residua che deve essere coperta mediante l'aiuto di Stato.

La nuova Comunicazione chiarisce che il *burden-sharing* deve imporre, dopo la copertura delle perdite da parte degli azionisti, la partecipazione alle perdite della banca anche dei possessori di strumenti ibridi di capitale e di titoli subordinati per poter coprire nella misura massima possibile i buchi di bilancio con risorse private. Tale partecipazione alle perdite può avvenire attraverso la conversione in “*Common equity tier 1*”³³⁶ o mediante l'abbattimento del valore degli strumenti. Di contro, nella Comunicazione del 2013 non è richiesta la contribuzione alle perdite della banca da parte dei crediti senior³³⁷, ossia i depositi e le obbligazioni (come avvenuto invece nella Dir. BRRD di cui diremo in seguito).

La Comunicazione del 2013 ai parr. 43 e 45 distingue tra due ipotesi: 1) qualora il coefficiente patrimoniale di una banca rimanga al di sopra ai requisiti di capitale minimi, l'ente dovrebbe riuscire in via autonoma a ricostituire il proprio capitale. Quindi, ancora prima dell'autorizzazione dell'intervento pubblico, la Commissione pretende che la banca realizzi degli aumenti di capitale e solo dopo l'esperimento di tali azioni, le obbligazioni sub dovranno essere convertite in azioni; 2) se il coefficiente patrimoniale scende al di sotto dei requisiti di capitale minimi, i prestiti sub dovranno essere convertiti o svalutati, prima di poter beneficiare dell'aiuto di Stato. Nella prima fattispecie, è evidente come si segua un approccio meno punitivo per il detentore di strumenti subordinati.

³³⁵ La Comunicazione si riferisce alla emissione di nuove azioni, conversione volontaria di debiti subordinati in capitale, esercizi di gestione del passivo che dovrebbero generare del capitale, vendita di *assets* e di titoli in portafoglio, ritenzione di profitti e qualsiasi altra misura che possa diminuire il fabbisogno di capitale.

³³⁶ Con Tier 1 capital si fa riferimento alla componente primaria del capitale di una banca. Gli accordi di Basilea prevedono che il patrimonio delle banche può essere distinto in due classi (tier): una classe principale (Tier 1) composta dal capitale azionario e riserve di bilancio provenienti da utili non distribuiti al netto delle imposte, e una classe supplementare che risulta costituita da elementi aggiuntivi.

³³⁷ Si tratta di finanziamenti aziendali che presentano peculiarità tali da renderli privilegiati, rispetto ad altre forme di finanziamento. Un debito di questo tipo è per esempio, un mutuo ipotecario la cui garanzia per il rimborso privilegiato è rappresentata dall'ipoteca sull'immobile. Il debito privilegiato ha diritto al rimborso, prima di altre fonti esterne di finanziamento, come le azioni ordinarie o i crediti a breve termine non garantiti.

In entrambi gli scenari, l'applicazione del principio della condivisione degli oneri può essere evitata se il suo rispetto possa determinare rischi per la stabilità finanziaria o possa produrre degli effetti sproporzionati, in particolare quando l'aiuto risulti di ammontare esiguo rispetto alle attività ponderate per il rischio o la carenza di capitale sia stata parzialmente risolta attraverso operazioni di aumento del capitale (par. 45).

Nell'ambito delle misure di sostegno al capitale, va inoltre osservato come sia prevista una procedura eccezionale mediante la quale la Commissione può concedere agli Stati membri un'autorizzazione temporanea per determinati aiuti, ancor prima dell'approvazione del piano di ristrutturazione, se tali misure sono necessarie per assicurarsi il mantenimento della stabilità finanziaria. In questi casi, l'Autorità di vigilanza deve verificare la carenza di capitale della banca interessata e dimostrare che non si possa rimediare a quest'ultima mediante capitale privato entro un breve periodo di tempo o attraverso qualunque altra misura che provoca effetti meno distorsivi come ad esempio una garanzia di Stato.

La Commissione infine prevede una procedura più semplice di autorizzazione per gli aiuti alla ricapitalizzazione e ristrutturazione delle piccole banche, qualora tali schemi abbiano un mandato trasparente e abbiano una durata limitata a sei mesi. Le banche di piccola dimensione beneficiarie di tali aiuti devono avere un totale dell'attivo che non superi i 100 milioni di euro e la somma dei bilanci delle banche non deve eccedere l'1,5% del totale degli attivi delle banche nel mercato domestico dello Stato membro interessato.

9.2.3. La concessione di garanzie e il sostegno alla liquidità

Tali misure servono a stabilizzare in via temporanea il passivo di banche che mostrino dei problemi di liquidità e che, al contrario, non abbiano registrato delle carenze di capitale. Per siffatte misure è applicabile la procedura speciale che prevede l'autorizzazione temporanea della Commissione, prima della definitiva approvazione del piano di risanamento dell'ente bancario.

Se però la banca presenta anche delle carenze di capitale oltre ai problemi di liquidità, si applica la procedura ordinaria, la quale prevede l'obbligo di

presentazione di un piano di ristrutturazione o di liquidazione, salvo che l'aiuto non debba essere rimborsato entro due mesi.

In via del tutto eccezionale, la Commissione può autorizzare la concessione di garanzie per coprire le esposizioni della Banca europea degli Investimenti (BEI) verso le banche al fine di facilitare la ripresa della concessione del credito all'economia di quei Paesi caratterizzati da gravi problemi di accesso al credito. Suddette garanzie possono coprire un periodo fino a sette anni e possono essere rilasciate anche senza la presentazione di un piano di ristrutturazione.

Meritano un'attenta riflessione, nell'ambito degli interventi alla liquidità, le operazioni delle banche centrali, quali ad esempio le operazioni di finanziamento aperto, che, essendo collegate alla politica valutaria, in teoria non rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato. Ciononostante, si osserva che, se l'operazione della banca centrale è rivolta in maniera specifica nei confronti di un singolo intermediario, essa ricade nell'ambito delle operazioni di assistenza emergenziale alla liquidità e quindi può essere considerata come un aiuto di Stato, salvo che non emergano una serie di circostanze giustificative, come ad esempio: la banca sia priva di liquidità, ma solvibile; la facilitazione finanziaria sia adeguatamente garantita; venga applicato un tasso di interesse penalizzante; venga concessa su proposta della banca centrale e non contro-garantita dallo Stato.

9.2.4. Gli interventi del sistema di garanzia dei depositi

La Comunicazione del 2013 stabilisce che, di norma, il rimborso dei depositanti effettuato da parte del sistema di garanzia dei depositi in caso di liquidazione dell'ente bancario non integra un aiuto di Stato. Tuttavia, l'utilizzo di tali fondi per il sostegno ad operazioni di ristrutturazione delle banche potrebbe rappresentare un aiuto di Stato, qualora tale intervento si realizzi nell'ambito del controllo dello Stato e la decisione sull'utilizzo dei fondi sia imputabile allo Stato (par. 63).

L'analisi di tali fattispecie di aiuto di Stato, che si riferisce a quei casi in cui gli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi siano finalizzati al risanamento della banca in crisi mediante misure alternative rispetto al rimborso dei depositanti, può con tutta probabilità sollevare dei problemi di carattere applicativo. In linea di principio, non vi dovrebbero essere problemi di compatibilità con i trattati, qualora il

sistema di garanzia dei depositi abbia natura giuridica privata e le decisioni in ordine all'utilizzo delle risorse dei fondi siano state assunte direttamente dagli organi dei sistemi di garanzia, rispettando il principio del 'minor onere' rispetto al rimborso dei depositanti. In suddetti casi, invero, la natura privata dei sistemi è assoluta, sia dal punto di vista della fonte delle risorse finanziarie impiegate che sotto il profilo del meccanismo decisionale.

Tuttavia, all'interno delle varie realtà nazionali, le caratteristiche dei sistemi non sono sempre riconducibili ad un singolo modello interamente pubblico o privato; in tal modo, l'applicabilità della disciplina sugli aiuti di Stato risulta davvero controversa³³⁸.

Potrebbero, in effetti, presentarsi delle difficoltà qualora gli interventi alternativi dei DGS, deliberati dai competenti organi dei sistemi, venissero soggetti a forme di controllo amministrativo dell'autorità di vigilanza bancaria (autorizzazione etc.). Interventi di questo tipo, in teoria, non dovrebbero essere ricondotti ai poteri pubblici, né a questi ultimi dovrebbe risultare imputabile la decisione in merito all'utilizzo dei fondi. Infatti, gli schemi di garanzia dei depositi sono parte di un più ampio sistema di gestione delle crisi bancarie, all'interno del quale l'autorità di vigilanza e di risoluzione svolgono un ruolo centrale, ed è pertanto necessario stabilire un raccordo che possa svilupparsi a livello amministrativo in svariate forme di intervento da parte di dette autorità. In conclusione, ci sembra che l'autorizzazione *ex post* concessa dall'autorità non dovrebbe costituire un elemento che permetta di attribuire all'autorità pubblica la decisione in merito all'intervento del sistema di garanzia dei depositi.

9.2.5. Gli aiuti per la liquidazione delle banche

La Commissione, riconoscendo la peculiare natura degli enti creditizi e del ruolo che essi svolgono all'interno dell'economia, ha stabilito che effettivamente sarebbe difficile liquidare tali enti tramite la procedura ordinaria; essa quindi ha dichiarato compatibili con il mercato interno quelle misure di aiuto che possano facilitare

³³⁸ Emblematico di questo quadro è la gestione del caso Banca Etruria, in cui sono emerse differenti interpretazioni in merito alla natura giuridica dell'eventuale intervento nell'ambito della ristrutturazione da parte del Fondo interbancario di tutela dei depositi bancari – v. *supra*.

l'uscita dal mercato delle banche in difficoltà³³⁹. La Comunicazione prevede altresì che l'obiettivo del processo di liquidazione è la cessazione ordinata ed entro un lasso di tempo determinato dell'attività svolta dall'ente creditizio fallito, con una limitazione al massimo degli effetti distorsivi per la concorrenza che possono derivare da tale processo (parr. 65-66).

Un altro aspetto preso in considerazione dalla Commissione è il processo di vendita dell'ente creditizio, evento che potrebbe a sua volta configurare un potenziale aiuto di Stato a favore dell'acquirente, qualora la procedura non avvenisse secondo una gara aperta che permettesse la vendita degli attivi al miglior offerente. A tal fine, la Commissione (parr. 79-80) deve valutare se: *i*) il processo è aperto, incondizionato e non discriminatorio; *ii*) la vendita avviene a condizioni di mercato; *iii*) l'ente creditizio massimizza il prezzo di vendita delle attività e passività interessate.

Se venissero elargiti degli aiuti di Stato all'acquirente o all'attività economica che quest'ultimo acquisisce - prima che la vendita avvenga - e che continua, di fatto, ad esistere, la Commissione opererà una separata valutazione di compatibilità di dette misure (parr. 81-82).

In conclusione, ci pare che la Commissione abbia aggravato la responsabilità di cui gli istituti beneficiari delle misure di aiuto devono farsi carico; ciò al fine di limitare i comportamenti di *moral hazard* che potrebbero manifestarsi, qualora tali aiuti venissero elargiti senza richiedere adeguate misure compensative, accentuando in tal modo la consapevolezza dei beneficiari in ordine al ruolo 'centrale' da essi svolto all'interno del sistema economico. Nondimeno, la precarietà della situazione finanziaria europea non ha ancora permesso alla Commissione il ritorno ad un contesto di normalità applicativa delle regole di concorrenza che aveva auspicato con l'emanazione delle prime quattro comunicazioni anticrisi.

10. Le nuove prospettive dell'azione della Commissione

A seguito dell'analisi del quadro normativo sopra delineato, emerge una costante evoluzione della disciplina degli aiuti di Stato, quale conseguenza dei problemi palesatisi nel corso dell'attuale crisi finanziaria. Le Comunicazioni della

³³⁹ Comunicazione del 2013, pt. 61.

Commissione hanno dimostrato una crescente attenzione nei confronti delle peculiarità del settore bancario, la sua diretta influenza sull'andamento dell'economia reale e una maggiore consapevolezza della necessità dell'intervento pubblico per evitare rischi sistemici e della molteplicità delle modalità operative tramite le quali possono essere elaborati gli interventi di sostegno.

Inoltre, in una prospettiva di più ampia portata, è possibile prospettare un ulteriore cambiamento nelle politiche europee in questo campo. Invero, la Comunicazione del 2013 *“segna l'ultima fase degli aiuti straordinari legati alla crisi, ma al contempo e per molti versi l'anticipazione di una quarta fase, di una modernizzazione della politica degli aiuti al settore finanziario che si ricollega al più ampio disegno di modernizzazione della generale politica degli aiuti di Stato quale aspetto della politica di concorrenza delle istituzioni comunitarie”*³⁴⁰.

Sotto questo punto di vista, la Comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato del 2012 individua le nuove prospettive della normativa e dell'attività di verifica in materia di aiuti di Stato³⁴¹. L'attività di controllo sugli aiuti di Stato, mantenendo sempre ferme le politiche della concorrenza, dovrebbero incominciare a considerare la spesa pubblica come uno degli strumenti per la definizione di politiche che stimolino la crescita. Una reinterpretazione, pertanto, della filosofia della Commissione in tema di aiuti di Stato in vista del bisogno di porre rimedio ai fallimenti del mercato ricorrendo ad interventi pubblici appropriati che salvaguardino l'efficienza del mercato.

Per perseguire in maniera efficace tali obiettivi, saranno necessari anche i cambiamenti ipotizzati dal punto di vista sostanziale e procedurale, per assicurare una razionalizzazione dell'azione complessiva in questa materia da parte delle autorità europee e nazionali e una riduzione dei tempi di adozione delle decisioni rilevanti. Sembra potersi evincere un orientamento di tali politiche mirante a produrre effetti di incentivazione nei confronti dei beneficiari degli aiuti per indurre questi ultimi a intraprendere attività che non avrebbero svolto in assenza di aiuti, evitando sprechi di risorse pubbliche e freni alla crescita (par. 12, Comunicazione del 2012).

³⁴⁰ S. FORTUNATO, *Gli aiuti di Stato alle banche*, op. cit., p. 639.

³⁴¹ *“Comunicazione della Commissione europea del 2012 sulla modernizzazione degli aiuti di Stato nell'UE”*, 2012.

CAPITOLO IV

La Solidarietà nella gestione delle crisi bancarie “dopo” l’Unione Bancaria Europea

SOMMARIO: PARTE PRIMA: 1. La risposta alla crisi finanziaria: il progetto di Unione Bancaria Europea. - 2. Le tappe dell’evoluzione della vigilanza bancaria in ambito europeo. - 2.1. I fase: la riforma delle procedure di regolamentazione - il sistema Lamfalussy. - 2.2. II fase: il rafforzamento della cooperazione internazionale - il progetto de Larosière. - 2.3. Il punto di arrivo: l’accentramento delle funzioni di vigilanza in capo al Meccanismo di Vigilanza Unico. - 3. Il Meccanismo di Vigilanza Unico. - 3.1. Il riparto di competenze tra BCE e Autorità di vigilanza nazionali. - 3.2. Meccanismo decisionale e *due process* nel contesto del SSM. - 3.3. Ruolo del Comitato europeo per il rischio sistemico (ESRB) rispetto ai nuovi compiti attribuiti alla BCE. 3.4. I rapporti con l’EBA. - 3.5. La fase preparatoria del SSM. - 3.6. Il ruolo della BCE nella gestione delle crisi bancarie. - **PARTE SECONDA:** 1. La riforma delle regole di gestione delle crisi bancarie: la direttiva BRRD. 2. La costituzione di Autorità di risoluzione nazionali. - 3. Il trattamento delle crisi *cross-border*: i collegi di risoluzione. - 4. Un nuovo approccio strategico: i nuovi strumenti di gestione delle crisi bancarie. - 5. Le misure di preparazione e prevenzione. - 6. I piani di risanamento. - 7. I piani di risoluzione. - 8. L’intervento precoce. - 9. La risoluzione dell’intermediario in crisi. - 10. I presupposti dell’azione di risoluzione. - 11. I principi generali della *resolution*. - 12. Gli strumenti di risoluzione - 13. Gli strumento di stabilizzazione pubblica. - 14. Il finanziamento della *resolution*. Il fondo di risoluzione: ‘solidarietà’ tra istituti bancari. - 15. Il *funding* del fondo di risoluzione. - 16. Il ricorso al fondo di risoluzione. - 17. L’intervento dei sistemi di garanzia dei depositi: altro caso di solidarietà tra istituti di credito. - 18. Il ricorso al Meccanismo Europeo di stabilità (MES): solidarietà tra Stati membri per salvaguardare il settore bancario dell’eurozona. - **PARTE TERZA:** 1. Il II pilastro dell’Unione Bancaria Europea: il *Single Resolution Mechanism*. - 2. Il conferimento dei poteri alla Autorità unica di risoluzione. - 3. Il meccanismo decisionale. - 4. La costituzione del Fondo unico di risoluzione: nuova solidarietà tra banche ‘europee’. - 5. Il rapporto tra SRM e sistema di garanzia dei depositi. - **PARTE QUARTA:** 1. La riforma della direttiva sui sistemi di garanzia dei depositi: da una armonizzazione minima ad una massima. - 2. Gli elementi principali della riforma: l’oggetto della garanzia, le procedure e i tempi del rimborso. - 3. Il meccanismo di finanziamento: solidarietà per una definitiva mutualizzazione del debito bancario a livello europeo. - 4. L’uso dei fondi del sistema. **PARTE QUINTA:** 1. Profili attuativi della nuova normativa relativa alla gestione dei dissesti bancari: il ‘caso italiano’. - 2. Il piano di risoluzione. - 3. Copertura delle perdite: *burden-sharing* a carico degli investitori. - 4. Le quattro banche ponte. - 5. La *bad bank* unica. - 6. La natura dell’intervento del Fondo di risoluzione nazionale. - 7. Profili problematici emersi dalla vicenda italiana.

PARTE PRIMA

1. La risposta alla crisi finanziaria: il progetto di Unione Bancaria Europea

La gravità dei problemi insorti nel corso della crisi finanziaria, nonché le difficoltà incontrate durante la gestione delle insolvenze degli intermediari di rilevanza sistemica, hanno dimostrato come fosse necessario superare la disciplina europea in materia di crisi bancarie – in particolare la direttiva sul risanamento e la liquidazione delle banche – rivelatasi insufficiente per regolare gli effetti patologici che possono crearsi in caso di crisi finanziaria. I principi del riconoscimento reciproco delle procedure nazionali e del coordinamento³⁴² si sono rivelati insufficienti e il passaggio ad un nuovo sistema che si basasse su una armonizzazione delle regole e su un accentramento dei poteri e degli strumenti di intervento è diventato inevitabile.

L'aspetto più critico emerso nel corso della lunga stagione delle insolvenze bancarie è costituito dalla difficoltà di gestione di crisi che colpiscono le banche c.d. 'significant', considerate troppo grandi o interconnesse per poter fallire (*too big too fail or too interconnected to fail*). Queste difficoltà hanno costretto i governi, le banche centrali e le autorità di vigilanza bancaria a elaborare dei piani di salvataggio ricorrendo al denaro pubblico. Di conseguenza, i costi della crisi invece di ricadere in capo agli investitori nell'istituto bancario in difficoltà, sono stati assunti dai contribuenti dei Paesi travolti dai dissesti bancari. In aggiunta, le insolvenze di tali banche, aventi operatività *cross-border*, sono state gestite senza un quadro normativo di gestione accentrata, vista l'insufficienza delle iniziative di cooperazione internazionale introdotte nella fase iniziale della crisi.

Sul tema, intendevamo fare riferimento al *Memorandum of Understanding on Cross-Border Financial Stability*, entrato in vigore a giugno 2008; esso ha individuato una serie di principi comuni per la gestione e risoluzione delle crisi bancarie sistemiche e nuove procedure per rafforzare il coordinamento. In applicazione di tale documento, in ogni Stato sono stati creati appositi *Domestic Standing Groups*, i quali prevedevano la partecipazione dei Ministeri delle Finanze e delle autorità di supervisione coinvolte nel controllo del settore finanziario. Nello stesso periodo hanno visto la luce anche i *Cross-Border Stability Groups*, creati per il coordinamento tra le autorità di vigilanza, le banche centrali e i ministeri delle finanze, aventi lo scopo di facilitare valutazioni condivise sull'impatto delle crisi

³⁴² Questi costituiscono i principi cardine sui cui si fonda la Dir. 2001/24/CE del 4 aprile 2001.

sistemiche sui gruppi bancari e sui mercati finanziari e di mettere a disposizione meccanismi per lo scambio di informazioni e realizzare un effettivo coordinamento tra i vari interventi.

Si trattava, dunque, di un assetto pre-crisi che, a fronte dell'elevata integrazione del settore bancario, si fondava principalmente sui sistemi nazionali di gestione delle crisi, rilevatisi inadeguati a preservare la stabilità finanziaria, a garantire la continuità delle funzioni essenziali delle banche e ad evitare che il costo dei salvataggi ricadesse sui contribuenti. Emblematico, sotto questo punto di vista, è stato il fallimento di Lehman Brothers, che ha dimostrato tutti i limiti esistenti nel quadro giuridico internazionale, tra cui l'apertura di procedure di liquidazione in ogni Paese in cui le filiazioni avevano sede, producendo gravi incertezze relativamente alle regole applicabili, differenze di trattamento tra i creditori e mancanza di coordinamento.

L'aggravarsi della crisi finanziaria - nell'autunno 2011 - ha stimolato le istituzioni a modificare l'architettura della vigilanza finanziaria e il sistema di gestione delle crisi a livello europeo. È divenuta sempre più chiara la necessità di abbandonare il principio del decentramento decisionale in favore di soluzioni organizzative sempre più accentrate, con lo scopo di aumentare l'efficacia e l'efficienza dell'azione e ridurre i costi. Inoltre, si è sottolineata la necessità di evitare che in futuro siano i contribuenti a sostenere l'onere dei dissesti bancari, prevedendo che dovesse essere imposto ai privati di sopportare i costi degli interventi.

In tal modo, ha incominciato a delinearsi il nuovo quadro giuridico relativo alla gestione delle insolvenze bancarie, che si inserirà poi in un progetto di più ampia portata volto a rafforzare il processo di integrazione e a costituire una *governance* prettamente europea nel settore della finanza.

Prende dunque copro un disegno normativo-istituzionale di ampio respiro, l'Unione Bancaria Europea ("UBE"), che dovrebbe rappresentare la risposta alle complesse problematiche emerse durante la crisi finanziaria, in particolare al *loop* che si era creato tra crisi bancaria e crisi del debito sovrano³⁴³. Il progetto di Unione bancaria si basa essenzialmente su tre pilastri: 1) il Meccanismo di Vigilanza Unico (*Single Supervisory Mechanism*) per l'eurozona, affidato alla Banca Centrale Europea e alle

³⁴³ I. VISCO, *Il completamento dell'Unione bancaria e il finanziamento dell'economia reale*, Intervento alla Conferenza interparlamentare di cui all'art. 13 del Fiscal Compact, Camera dei deputati, Roma, 30 settembre 2014; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario della Ue dopo la crisi*, Utet, 2014.

autorità di vigilanza nazionali; 2) un sistema centralizzato di gestione delle crisi (*Single Resolution Mechanism*); 3) uno Schema di garanzia dei depositi.

Per quanto attiene agli scopi perseguiti attraverso il varo dell'Unione bancaria³⁴⁴ europea, essa mira a: a) eliminare il circolo vizioso tra rischio sovrano e debito bancario. In effetti, durante la crisi, si è creata una stretta dipendenza tra il rischio sovrano, valutato dai mercati severamente nei confronti dei Paesi più fragili³⁴⁵ e le condizioni di finanziamento delle banche con sede in quei Paesi. Siffatto collegamento perverso ha operato in due direzioni: per un verso, ha operato dai rischi bancari verso il rischio sovrano, posto che i problemi emersi nel settore creditizio hanno inciso sui bilanci pubblici se si pensa ai salvataggi effettuati con il denaro pubblico; per l'altro, ha operato dai rischi sovrani ai rischi bancari, giacché i problemi budgetari di certi Stati hanno prodotto effetti negativi sui bilanci delle banche a causa della riduzione dei valori dei titoli pubblici in portafoglio e della maggiore difficoltà a finanziarsi a prezzi competitivi sul mercato. b) diminuire la frammentazione del settore bancario europeo, considerate le notevoli differenze in termini di accesso al mercato finanziario da parte dei sistemi bancari nazionali, che durante la crisi ha rappresentato un fattore che ha ostacolato - *inter alia* - l'efficacia della politica monetaria. c) adeguare l'assetto e le regole della supervisione micro-prudenziale ai mutamenti intervenuti nel sistema bancario, connessi allo sviluppo di intermediari aventi operatività e dimensione pan-europea; solo in tal modo è possibile andare oltre gli attuali sistemi di vigilanza a base nazionale ed eliminare la tendenza alla protezione dei 'campioni' nazionali in presenza di situazioni di difficoltà. 4) rendere più agevole il confronto tra banche e sistemi bancari di Stati membri differenti.

Va inoltre osservato come l'Unione bancaria sia fondamentale per rafforzare il mercato unico e per realizzare una effettiva Unione Monetaria a livello europeo³⁴⁶. Solo grazie a questa riforma sarà possibile creare quelle condizioni che permettano di beneficiare dei vantaggi derivanti dal mercato unico in termini di efficienza, concorrenza, minore costo dell'intermediazione e diversificazione del rischio. Al perseguimento di tali obiettivi concorre anche il Meccanismo Europeo di Stabilità

³⁴⁴ Per un'analisi approfondita sul tema v. F. MARTUCCI, *L'Union bancaire*, Bruxelles, Bruylant, Collection : "Droit de l'Union européenne", 2016.

³⁴⁵ Ciò a causa della debolezza dei loro bilanci pubblici.

³⁴⁶ I. VISCO, *The exit from euro crisis. Opportunities and challenges of the Banking Union*, Intervento al seminario "Europe and the Future of global governance", Roma, 10 settembre 2013.

(MES), il quale ha il fine di ricapitalizzare direttamente le banche dopo l'entrata in vigore del Meccanismo di Vigilanza Unico, oltre che indirettamente attraverso l'erogazione di finanziamenti agli Stati membri.

È evidente, tuttavia, che la creazione di un nuovo assetto istituzionale basato sull'accentramento delle procedure decisionali, non può essere da solo sufficiente per garantire il successo dell'Unione bancaria. Essa necessariamente deve essere affiancata anche da un *corpus* comune di regole (il *single rulebook*) per tutte le banche aderenti. Il *single rulebook* consiste in una pletera di testi legislativi e di una normativa secondaria di attuazione; esso assume un ruolo cruciale per evitare lacune nella regolamentazione, assicurando allo stesso tempo quel *level playing field* per le banche e un più efficace funzionamento del mercato unico³⁴⁷.

Fanno parte del *single rulebook* una rinnovata e più severa disciplina relativa ai requisiti prudenziali (CRR e CRD IV, le quali hanno trasposto a livello europeo gli accordi di Basilea 3³⁴⁸), gli strumenti armonizzati di risoluzione delle crisi bancarie (dir. BRRD) e la disciplina degli schemi di garanzia dei depositi (modifica della Dir. sui DGS). Il fine perseguito dal legislatore europeo è il rafforzamento della regolamentazione prudenziale per diminuire le probabilità che si manifestino nuove crisi; le nuove regole in tema di gestione dei dissesti bancari servono invece a ridurre l'impatto dei fallimenti bancari e a minimizzare i costi della crisi per gli investitori.

La legislazione secondaria (regolamenti e direttive) conferisce all'Autorità bancaria europea (EBA) un ruolo fondamentale ai fini della elaborazione del *single rulebook*. Tale autorità si occupa infatti della emanazione di *Regulatory Technical Standards* (RTS) e *Implementing Technical Standards* (ITS)³⁴⁹, i quali devono garantire una effettiva armonizzazione delle regole e una loro applicazione coerente all'interno dell'Unione.

³⁴⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *A comprehensive Eu response to the financial crisis: a strong financial framework for Europe and a banking union for Eurozone*, Bruxelles, 10 luglio 2013.

³⁴⁸ CCR (regolamento UE n. 575/2013) e CRD IV (direttiva 2013/36/Ce). In Italia il *framework* europeo è stato recepito con la circolare n. 285/2013 della Banca d'Italia, Disposizioni di vigilanza per le banche. In ordine alle segnalazioni di vigilanza, secondo la CRR, su proposta dell'EBA, la Commissione europea deve adottare un regolamento che detta norme tecniche di attuazione (ITS) vincolanti per le segnalazioni prudenziali delle banche e delle imprese di investimento (schemi COREP).

³⁴⁹ Vincolanti e applicabili direttamente all'interno degli Stati membri.

2. Le tappe dell'evoluzione della vigilanza bancaria in ambito europeo

Negli ultimi decenni si è assistito ad un processo di internazionalizzazione del settore bancario, che ha causato profondi cambiamenti negli assetti organizzativi e operativi degli intermediari finanziari. La nascita di banche operanti *cross-border* ha acuito il contrasto tra il carattere internazionale dei mercati e la dimensione nazionale delle regole e della vigilanza bancaria, con conseguenze negative sull'efficacia e coerenza dei controlli. Questi problemi sono emersi in particolare in presenza di intermediari articolati in forma di gruppo, costituiti dunque da enti aventi autonomia giuridica nei vari Paesi di insediamento.

Pertanto, a seguito della intensificazione del processo di integrazione dei mercati, e della c.d. *competition rules* tra i vari ordinamenti incentivata dal perseguimento di obiettivi di efficacia dei controlli, si è rialimentata la discussione in ordine ai modelli di regolamentazione e all'assetto dei controlli. Nondimeno, tale dibattito non ha condotto alla individuazione di un modello di vigilanza ottimale, posto che ogni progetto è caratterizzato dalla presenza di punti di forza e di debolezza che bisogna verificare prudentemente per individuare un adeguato equilibrio a seconda degli scopi che si intende raggiungere³⁵⁰.

A seguito dello sviluppo del progetto di completamento del mercato unico nel settore dei servizi finanziari, il dibattito sulla adeguatezza della regolamentazione e della vigilanza bancaria ha ripreso vigore, considerato che il sistema di cui trattasi era tutto incentrato sulla autonomia delle autorità nazionali e sulla logica della collaborazione e dello scambio di informazioni tra suddette autorità. Le iniziative assunte a livello europeo, negli ultimi dieci anni, sono state molteplici; esse hanno teso a favorire una maggiore armonizzazione delle regole, delle prassi di vigilanza e a rafforzare l'efficacia della supervisione per ridurre i costi per i soggetti vigilati.

Tuttavia, ciò che ancora mancava, nell'approccio adottato dal legislatore europeo, era una visione unitaria: prevaleva infatti una logica ancora troppo legata alla dimensione nazionale della vigilanza, mentre si era ancora lontani da una visione di maggiore integrazione che avrebbe dovuto condurre alla devoluzione di poteri nazionali alle autorità europee.

³⁵⁰ Cfr. sul punto C. DI NOIA, *Regolamentazione e mercato finanziario: analisi e prospettive di riforma per il sistema italiano*, Consob, *Quaderni di Finanza*, n. 30, 1998; M. ONADO, *Mercati e intermediari finanziari. Economia e regolamentazione*, Il Mulino, 2000.

L'armonizzazione massima delle regole e dei controlli andrebbe, tra le altre cose, nell'interesse stesso degli enti finanziari, visto che permetterebbe di ridurre i costi di *compliance* che le banche devono sostenere a causa della diversità delle regole esistenti nelle diverse giurisdizioni in cui operano.

È comunque con lo scoppio della crisi finanziaria, tra il 2007 e il 2009, che emergono in maniera dirompente i difetti della regolamentazione prudenziale e della vigilanza a livello europeo. Proprio a seguito della emersione di tali problematiche, sono partite quelle iniziative che hanno condotto ad una riforma di un portata inimmaginabile solo pochi anni fa.

Sul punto, in ogni caso, pare opportuno procedere ad una sintetica ricostruzione delle fasi chiave dell'evoluzione della disciplina europea nel settore. È possibile suddividere tale processo riformatore in tre fasi, che di seguito illustreremo.

2.1. I fase: la riforma delle procedure di regolamentazione - il sistema Lamfalussy

La riforma nel contesto europeo è iniziata attraverso una semplificazione della produzione normativa nel settore bancario. Il cosiddetto metodo Lamfalussy³⁵¹, introdotto nel 2001, doveva facilitare l'adozione di misure di armonizzazione previste dal *Financial Services Action Plan* per assicurare l'effettiva integrazione dei mercati finanziari degli Stati membri.

Questa nuova tecnica di normazione, che inizialmente ha riguardato il settore mobiliare per poi estendersi al settore bancario e assicurativo, si articola a quattro livelli. Al primo livello, vi è la normativa primaria (regolamenti e direttive) che detta i principi generali della disciplina di riferimento. La procedura di produzione normativa è rinvenibile a livello di trattato, il quale prevede che la Commissione detenga il potere di iniziativa legislativa, avvalendosi del supporto di appositi gruppi di esperti nazionali costituiti presso la Commissione e il Consiglio. L'approvazione

³⁵¹ Rapporto del Comitato dei saggi sulla regolamentazione dei mercati finanziari europei, 2001. Il rapporto è stato approvato dal Consiglio europeo di Stoccolma, marzo 2001.

delle proposte avviene attraverso una procedura di co-decisione³⁵² che vede protagonisti il Consiglio e Parlamento europeo.

Al secondo livello è collocata la normativa secondaria che deve adottare le disposizioni le misure tecniche di attuazione. Tale potere è in mano alla Commissione, la quale emana disposizioni di dettaglio con l'assistenza di comitati di esperti nazionali specializzati nel settore bancario, finanziario, assicurativo, al cui lavoro partecipano anche i rappresentanti dei Ministeri dell'economia. Il Consiglio potrà intervenire per risolvere eventuali contrasti che dovessero sorgere tra comitati e Commissione europea.

Al terzo livello, invece, si collocano i comitati tecnici, composti dai rappresentanti delle autorità di vigilanza del settore bancario, mobiliare e assicurativo, che svolgono funzione: a) di consulenza per la Commissione per elaborare la normativa di primo e secondo livello; b) di coordinamento tra le autorità di vigilanza per assicurare il pronto e conforme recepimento della normativa di primo e secondo livello; c) di controllo dell'attuazione delle norme e di promozione della convergenza delle prassi di vigilanza.

Al quarto livello opera il potere di verifica della Commissione europea in ordine alla corretta e puntuale applicazione di suddette norme da parte dei Paesi membri.

L'adozione dell'approccio *Lamfalussy* è stato inizialmente valutato in termini positivi, anche se erano state numerose le critiche rivolte nei confronti della interazione tra i diversi livelli della procedura. Sul punto, erano state prospettate delle ipotesi di emendamento al sistema per valorizzare maggiormente il contributo tecnico dei Comitati di terzo livello³⁵³. Alcune proposte paventavano anche la trasformazione dei Comitati in agenzie, come prima mossa per poi procedere all'accentramento a livello europeo delle funzioni di vigilanza.

Ad ogni modo, tale riforma del processo di produzione normativa nel settore finanziario non cambiava la ripartizione di competenze per l'esercizio dei poteri di controllo nel settore bancario, i quali restavano ancora in capo alle autorità nazionali.

³⁵² La procedura legislativa ordinaria ex art. 294 TFUE è una delle procedure legislative dell'Unione europea. In essa il Parlamento interviene attivamente potendo modificare il testo sottoposto all'esame degli organi legislativi dalla Commissione. La procedura di codecisione, in cui il Parlamento è colegislatore insieme al Consiglio, è stata introdotta con il Trattato di Maastricht e progressivamente estesa ad altri settori. Con i successivi trattati di Amsterdam e Nizza e infine con il Trattato di Lisbona ha assunto il rango di procedura ordinaria di approvazione degli atti legislativi dell'Unione europea.

³⁵³ Votazioni a maggioranza qualificata, rafforzamento dello stato giuridico e del mandato.

Quanto alle banche con operatività *cross-border*, la normativa allora vigente imponeva una allocazione dei poteri tra le autorità del Paese di origine e quelle del Paese ospitante a seconda di come erano articolati i gruppi bancari (filiazione o succursale). Più nello specifico, le competenze di vigilanza prudenziale su una banca o un gruppo bancario con operatività transfrontaliera erano conferite all'autorità del Paese di origine (*home country control*) per le succursali, mentre quelle relative alla vigilanza sulle filiazioni venivano affidate alle autorità locali (*host country control*). L'autorità *home*, responsabile della vigilanza consolidata sul gruppo, aveva l'onere di coordinare le autorità responsabili della vigilanza su base individuale nei confronti delle singole componenti del gruppo.

Il ruolo dell'autorità *home* è stato poi rafforzato con l'introduzione della nuova disciplina sull'adeguatezza patrimoniale delle banche di cui alle direttive n. 48/2006 e n. 49/2006 (c.d. Basilea 2). Queste due direttive conferivano alla autorità responsabile della vigilanza su base consolidata il potere di coordinamento dell'azione di vigilanza sui gruppi *cross-border*. In effetti, l'autorità di controllo a livello di gruppo poteva far prevalere la propria decisione su quella delle altre autorità partecipanti quanto alla convalida a fini prudenziali dei sistemi interni adottati dal gruppo per il calcolo dei rischi di credito e per il calcolo dei requisiti patrimoniali³⁵⁴.

L'art. 129 della CRD ha previsto infatti un termine di sei mesi per la conclusione della procedura di convalida, in presenza di una domanda di utilizzo dei modelli interni presentata dalla impresa madre nella UE e dalle sue filiazioni. Tale procedimento veniva instaurato presso l'autorità *home*, cui spettava un ruolo di direzione e coordinamento del processo valutativo con il fine ultimo di giungere ad una decisione condivisa. In assenza di accordo, la decisione finale spettava al supervisore della capogruppo.

Sul piano operativo, per assicurare la collaborazione tra Autorità *home* e *host*, sono stati creati i collegi dei supervisori tra le autorità di vigilanza dei Paesi in cui le varie componenti del gruppo erano insediate. Sono state istituite inoltre reti operative per ridurre divergenze nella fase di attuazione della direttiva sul capitale per i gruppi *cross-border* e per facilitare l'individuazione di soluzioni efficaci e omogenee nell'azione di vigilanza.

³⁵⁴ G. BOCCUZZI, *L'Unione Bancaria Europea*, Bancaria editrice, 2016, p. 29 ss.

Siffatto assetto istituzionale, nonostante abbia conseguito dei risultati positivi dal punto di vista del coordinamento dell'azione di vigilanza nei confronti dei gruppi, si è dimostrato deficitario sotto il profilo dell'efficacia in relazione allo sviluppo sempre più sostenuto dell'integrazione dei mercati e degli intermediari.

Alla luce di ciò, sono state prospettate una serie di riforme riconducibili sostanzialmente a tre modelli. Il primo prevedeva una estensione dei poteri del supervisore su base consolidata con riferimento al controllo prudenziale e all'informativa al pubblico. Il secondo configurava l'istituzione di una autorità *cross-sector* a struttura federale, in cui le autorità di vigilanza degli Stati membri sarebbero state affiancate da una autorità finanziaria europea responsabile del controllo delle attività condotte dalle banche transnazionali; alle autorità nazionali, *de residuo*, sarebbe stata lasciata la responsabilità di supervisione degli operatori *less significant*. Infine, il terzo modello si sarebbe basato sull'attribuzione al *consolidating supervisor* della responsabilità di gestire l'intera vigilanza prudenziale sui gruppi bancari *cross-border*.

2.2. II fase: il rafforzamento della cooperazione internazionale - il progetto de Larosière

A seguito dello scoppio della crisi finanziaria si è riaperto il dibattito relativo alla riforma dell'ordinamento bancario europeo, con il fine di procedere non solo alla armonizzazione delle regole, ma anche di modificare l'architettura europea della vigilanza bancaria.

Invero, quando la crisi finanziaria si è sviluppata in tutta la sua forza distruttiva, è diventato chiaro che le precedenti soluzioni normative e organizzative per il trattamento dei dissesti bancari non erano sufficienti. Le insolvenze bancarie manifestatesi in molti Paesi membri hanno chiarito la necessità di creare un più avanzato e articolato assetto regolamentare. È emerso altresì che, per ottenere un più efficace quadro giuridico di gestione delle crisi, era necessario sviluppare una nuova architettura istituzionale della regolamentazione e della supervisione bancaria³⁵⁵.

³⁵⁵ M. CIHAK, E. NIER, *The need for special resolution regime for financial institutions. The case of the European Union*, in *IMIF working Paper*, International Monetary Fund, 2009.

Sulla scorta di tali riflessioni è stato progettato un nuovo impianto istituzionale della vigilanza bancaria nel Rapporto De Larosière³⁵⁶: esso ha delineato nuovi assetti per l'esercizio della vigilanza macro-prudenziale e micro-prudenziale per gli istituti bancari con operatività transnazionale. Incomincia, in tal modo, a prospettarsi la creazione di nuove Autorità europee, al fine di realizzare una più stretta collaborazione nella regolamentazione e nella supervisione delle istituzioni finanziarie 'significative'. Nel nuovo quadro normativo il controllo quotidiano sarebbe rimasto in capo alle autorità nazionali.

La nuova architettura istituzionale della supervisione è stata ufficialmente varata nel 2010 con alcuni regolamenti che hanno dato corpo al Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF), costituito da una serie di agenzie europee: Il Comitato europeo per il rischio sistemico e le altre autorità di vigilanza europee, a cui sono stati rispettivamente conferiti poteri di supervisione macro-prudenziale e micro-prudenziale. Una riforma dal carattere storico, giacché per la prima volta sono stati attribuiti ad autorità prettamente europee veri e propri poteri di vigilanza.

Per quanto attiene al Comitato europeo per il rischio sistemico (ESRB), esso esercita la vigilanza macro-prudenziale. Quest'ultima si articola in tre aree di intervento: l'analisi dei rischi, l'*early warning*, l'azione, sebbene in quest'ultima area il Comitato non ha la possibilità di adottare misure vincolanti nei confronti degli Stati membri.

Quanto alla composizione, l'ESRB è composto da un *General Board* (61 membri), da uno *Steering Committee*, oltre che dai comitati di consulenza tecnica, ai quali possono partecipare le autorità di vigilanza, le istituzioni europee e le banche centrali nazionali. La BCE fornisce all'ESRB supporto tecnico e logistico per lo svolgimento delle sue funzioni.

La missione dell'ESRB è individuare le potenziali aree da cui possono sorgere rischi sistemici; con quest'ultimo termine ci riferiamo ad "*un rischio di perturbazione del sistema finanziario che può avere gravi conseguenze per il mercato interno e*

³⁵⁶ Il rapporto De Larosière è diventato una vera e propria *roadmap* per la riforma degli organismi di supervisione finanziaria nell'Unione. Il rapporto, che ha esaminato le cause della crisi finanziaria, ha fornito oltre trenta raccomandazioni sulla cooperazione internazionale, risoluzione delle crisi finanziarie, sul ruolo degli organismi internazionali e soprattutto sulla regolamentazione finanziaria. Il 27 maggio 2009 la Commissione europea ha espresso ufficialmente la propria posizione nei confronti del rapporto, recependo la maggior parte delle soluzioni prospettate dal Rapporto de Larosière. La Commissione ha avviato la nascita, nei mesi successivi, di tre Autorità europee in sostituzione dei precedenti comitati; le tre autorità sono rispettivamente l'Eba, l'Eiopa e l'Esma.

*l'economia reale*³⁵⁷. L'ESRB può inoltre emanare *warnings* su aspetti che richiedono interventi da parte delle autorità di regolamentazione e di supervisione. Esso, inoltre, deve verificare se sono state adottate le misure necessarie per risolvere i problemi da esso indentificati. L'attività di valutazione dei rischi sistemici viene svolta in stretto coordinamento con i collegi dei supervisori, per poter acquisire una visione unitaria delle debolezze a livello di singolo gruppo.

Va osservato che all'ESRB non sono attribuiti poteri diretti di *enforcement*; pertanto, esso agisce attraverso le altre autorità europee e nazionali. In particolare, l'ESRB collabora con le *European Supervisory Authorities* (ESA), per assicurare che le sue valutazioni a livello macro si riflettano in coerenti decisioni di livello micro nei confronti delle singole istituzioni finanziarie.

Le ESA, di contro, sono costituite da tre nuove autorità che esercitano differenti funzioni di vigilanza a seconda del settore di intermediazione (bancario, finanziario, assicurativo) di rispettiva competenza.

L'Autorità Bancaria Europea (EBA) è l'autorità che si occupa della vigilanza sul mercato bancario³⁵⁸. Il ruolo dell'EBA è fondamentale per la funzione regolamentare che gli è stata affidata nel settore del credito; la supervisione *day-to-day* sulle banche è rimasta invece in capo alle autorità di vigilanza nazionali. Nello specifico, all'EBA sono stati attribuiti i seguenti compiti: 1) costruire un *single rulebook* atto a garantire la sua applicazione attraverso l'emanazione di standard tecnici comuni, aventi la funzione di superare le differenze interpretative e applicative della legislazione europea. Si tratta di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione adottate con regolamenti della Commissione e aventi dunque forza vincolante; 2) garantire una coerente applicazione delle regole europee, grazie a prassi nazionali armonizzate e controlli effettuati dalle autorità nazionali, con il potere di rilasciare *guide lines* per le autorità di vigilanza nazionali di carattere non vincolante, ma ispirate al principio "*comply or explain*"; 3) accrescere la cooperazione transnazionale mediante la partecipazione alle riunioni dei collegi dei supervisori. In questo contesto, l'EBA deve semplificare lo scambio di informazioni e promuovere tra i collegi

³⁵⁷ Art. 2, Reg. 1092/2010.

³⁵⁸ Le altre due autorità sono l'*European Insurance and Occupational Pensions Authority* (EIOPA) e l'*European Securities and Market Authority* (ESMA). L'EIOPA deve verificare e individuare le tendenze, i rischi potenziali e le debolezze a livello micro-prudenziale, soprattutto nel contesto *cross-border*. L'ESMA, invece, assicura la stabilità del sistema finanziario dell'Unione, garantendo l'integrità, la trasparenza, l'efficienza e il regolare funzionamento dei mercati mobiliari, e infine garantisce la tutela degli investitori.

l'applicazione delle regole europee; 4) coordinare lo svolgimento degli *stress test* per stimare la capacità di resistenza delle istituzioni finanziarie europee a fronte di ipotetiche situazioni avverse; 5) assicurare un'azione coordinata e coerente in caso di crisi, attraverso l'attivazione di azioni di emergenza e il coordinamento delle risposte dei supervisori nazionali. Qualora siffatto coordinamento si rivelasse insufficiente, l'EBA può domandare alle autorità nazionali di condurre specifiche azioni, senza però poter incidere sulle responsabilità fiscali degli Stati membri; 6) infine, l'EBA ha il compito di promuovere la trasparenza, la semplicità e la correttezza in favore dei consumatori di prodotti o servizi finanziari nel mercato interno.

2.3. Il punto di arrivo: l'accentramento delle funzioni di vigilanza in capo al Meccanismo di Vigilanza Unico

L'assetto istituzionale creato a seguito della pubblicazione del Rapporto Larosière ha rappresentato un grande progresso verso l'integrazione a livello europeo della regolamentazione e supervisione bancaria. Nondimeno, questo passaggio è una tappa intermedia, visto che, alla luce di quanto è avvenuto successivamente, esso ha semplicemente posto le premesse per un definitivo passaggio della supervisione bancaria ad un livello puramente sovranazionale.

Il punto di arrivo di questo articolato processo di riforma è costituito dal Meccanismo di Vigilanza Unico (*Single Supervisory Mechanism* o SSM), disciplinato dal Regolamento n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013³⁵⁹. La riforma di cui trattasi ha avuto un'ampia portata, considerato che ha comportato il passaggio dai tradizionali principi di collaborazione e coordinamento tra le autorità nazionali ad una logica di centralizzazione delle funzioni di vigilanza tra i Paesi appartenenti all'eurozona e quelli che hanno effettuato l'*opt-in*.

Si comprende l'importanza di tale riforma già dalla lettura del Considerando n. 5 del Regolamento in commento, il quale segnatamente recita che *“il coordinamento tra autorità di vigilanza è essenziale, ma la crisi ha dimostrato che il solo*

³⁵⁹ Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

coordinamento non è sufficiente, in particolare nel contesto della moneta unica. Per preservare la stabilità finanziaria nell'Unione e aumentare gli effetti positivi sulla crescita e il benessere dell'integrazione dei mercati, è opportuno aumentare l'integrazione delle competenze di vigilanza. Ciò è particolarmente importante per garantire un controllo efficace e solido di un intero gruppo bancario e della sua salute complessiva e ridurrebbe il rischio di diverse interpretazioni e decisioni contraddittorie a livello del singolo ente”.

Si evidenzia che la trasposizione della vigilanza micro-prudenziale da una dimensione nazionale ad una propriamente europea si è fondata, com'è evidente, sui principi di sussidiarietà e proporzionalità di cui all'art. 5 del TUE. Come esplicitamente statuito al Considerando n. 87 del Reg. sul SSM, per un verso, la realizzazione di un quadro regolamentare efficiente ed efficace ai fini dell'esercizio di compiti specifici di vigilanza da parte di un'istituzione europea, che assicuri l'applicazione di un *corpus* unico di norme, può essere meglio conseguita a livello europeo a causa della struttura pan-europea del mercato bancario; per l'altro, la nuova normativa deve limitarsi a quanto necessario per il perseguimento degli obiettivi dichiarati nel Regolamento SSM.

3. Il Meccanismo di Vigilanza Unico

Il *Single Supervisory Mechanism*, ossia il c.d. primo pilastro dell'Unione Bancaria Europea, si basa sull'affidamento alla BCE dei poteri di supervisione bancaria sugli istituti di credito dell'eurozona, in stretta coordinamento con le autorità di vigilanza nazionali (*National Competent Authorities* o NCAS). Anche gli Stati membri non appartenenti all'area euro possono decidere di partecipare al SSM su base volontaria (*opt-in*), stringendo con la BCE accordi di stretta collaborazione (*close cooperation*). Per l'approvazione del SSM è stata utilizzata come base giuridica l'art. 127, co. 6 del TFUE, il quale prevede che “*il Consiglio, deliberando all'unanimità mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può affidare alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la*

vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione”³⁶⁰.

Il SSM non è titolare di personalità giuridica: tutti i poteri e le decisioni di vigilanza sono imputabili solo alla BCE e alle autorità di vigilanza nazionali secondo la ripartizione di competenze stabilita nel Regolamento. Il criterio generale a cui si è ricorsi per la suddivisione delle decisioni di supervisione, delle sanzioni e degli interventi si fonda sulla ‘significatività’ o meno della banca. Quanto ai costi della sorveglianza, nel nuovo sistema sono a carico delle banche vigilate³⁶¹.

Con il Regolamento 1024/2013 vengono, dunque, riuniti in un’unica istituzione i poteri di politica monetaria e di vigilanza prudenziale, creandosi in tal modo una serie di problemi in relazione all’indipendenza nell’esercizio delle due funzioni.

Inoltre, alla stessa BCE sono stati conferiti compiti e strumenti in materia macro-prudenziale (art. 5); essa potrà anche sostituirsi alle autorità nazionali, imponendo requisiti patrimoniali più severi per il settore bancario rispetto a quelli previsti a livello interno³⁶². Anche le autorità nazionali di supervisione possono ancora adottare misure micro-prudenziali, previa notifica alla BCE, o proporre alla BCE di adottare tali misure per fronteggiare una specifica situazione del sistema finanziario o dell’economia dei Paesi di appartenenza. Tale stretto coordinamento tra BCE e autorità nazionali dovrà basarsi sul dovere di cooperazione in buona fede e sull’obbligo di scambio delle informazioni (art. 9, Reg. 1024/2013).

Da quanto sopra evidenziato, si evince come Il Meccanismo di Vigilanza Unico non si fonda su un mero trasferimento di poteri dalle autorità nazionali alle autorità europee; viceversa, si tratta di un nuovo sistema di esercizio congiunto dei poteri di vigilanza³⁶³, che dovrebbe facilitare la formazione di prassi bancarie omogenee e un alto livello qualitativo della vigilanza. La qualità della supervisione europea dipenderà soprattutto dal contributo delle autorità di vigilanza nazionali, che anni

³⁶⁰ Quanto al dibattito sviluppatosi sulla inadeguatezza di tale base giuridica - che in questa non è possibile approfondire - si consiglia di vedere P.G. TEXEIRA, *The Single Supervisory Mechanism: legal and institutional foundations*, in *Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *Quaderni di Ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d’Italia*, n. 75, 2014.

³⁶¹ Ai fini dell’esercizio della vigilanza micro-prudenziale, la BCE impone il pagamento di un contributo annuale alle banche supervisionate (art. 30 del Reg. sul SSM). I contributi vengono calcolati al massimo livello di consolidamento e sono basati su criteri che tengono conto della rilevanza e del profilo di rischio della banca

³⁶² Riserva di capitale anticiclica, o misure più stringenti per resistere ad eventuali crisi sistemiche.

³⁶³ C. BARBAGALLO, *La vigilanza bancaria tra presente e futuro*, Luiss Guido Carli, Roma gennaio 2014;

addietro hanno maturato una considerevole esperienza in materia di vigilanza micro-prudenziale³⁶⁴. Infine, va notato che l'esercizio della vigilanza unica si basa un *framework* sostanziale comune a livello europeo, ossia sull'applicazione di un quadro normativo armonizzato che impone una serie di requisiti prudenziali nei confronti di tutte le istituzioni finanziarie operanti nel mercato unico. Tali regole sono confluite nella CRD IV³⁶⁵ e nel CRR³⁶⁶, che rappresentano due componenti fondamentali del *single rulebook*.

3.1. Il riparto di competenze tra BCE e Autorità di vigilanza nazionali

La suddivisione dei compiti di vigilanza tra BCE e Autorità di supervisione nazionali è definita all'art. 4 del Regolamento sul SSM e ulteriormente specificata nella normativa secondaria di attuazione.

Alla BCE, dopo il varo del SSM, spettano dunque compiti in materia di: rilascio e revoca della licenza bancaria; autorizzazione all'acquisto e alla dismissione di partecipazioni nel capitale delle banche; verifica del rispetto dei requisiti prudenziali minimi, concentrazione dei rischi, liquidità, l'effetto leva; fissazione di requisiti prudenziali più elevati rispetto a quelli minimi e dei *buffers* di capitale; verifica della adeguatezza della *governance*, dell'organizzazione e dei controlli interni delle banche; gestione del processo di revisione, valutazione prudenziale e individuazione del contenuto dell'informativa al pubblico; conduzione degli *stress test*; esercitare la vigilanza consolidata sulle capogruppo.

Nel quadro delle funzioni di vigilanza attribuite al SSM, svolgono un ruolo cruciale i compiti connessi alla partecipazione alla fase di gestione delle crisi (*crisis management*). Si tratta di quelle analisi, valutazioni effettuate nel corso della fase di gestione delle situazioni di manifestazione della crisi dell'ente bancario, come delineate dal nuovo quadro regolamentare derivante dalla lettura congiunta del Reg. sul SSM (artt. 3, 4, 5 e 9), dalla Direttiva sul risanamento e la risoluzione delle

³⁶⁴ I. VISCO, *Considerazioni finali per il 2013*, Roma, maggio 2014.

³⁶⁵ Il pacchetto CRD IV («*Capital Requirements Directive*»), mira a rafforzare l'efficacia della regolamentazione sui requisiti prudenziali delle banche, assicurare la stabilità e contenere la prociclicità del sistema finanziario, tentando allo stesso tempo di mantenere una certa competitività nel settore bancario.

³⁶⁶ Il regolamento, direttamente applicabile in tutti gli Stati membri dell'UE, stabilisce requisiti prudenziali in materia di fondi propri, liquidità e rischio di credito per le imprese di investimento e gli enti creditizi.

banche (c.d. BRRD) e dal Regolamento sul Meccanismo Unico di Risoluzione (SRM). In questo nuovo contesto normativo, alla BCE sono attribuiti poteri di prevenzione, tra i quali rientrano: l'approvazione dei piani di risanamento (*recovery plans*) e degli accordi di sostegno finanziario infra-gruppo; la gestione della fase di *early intervention*, in caso di inottemperanza ai requisiti prudenziali; l'avvio della fase di risoluzione dell'ente in difficoltà³⁶⁷.

Un aspetto problematico della nuova architettura istituzionale è l'individuazione della esatta ripartizione di competenze tra BCE e le autorità di vigilanza nazionali.

Orbene, l'esatta articolazione dei poteri e delle competenze di vigilanza all'interno del SSM, e in aggiunta la disciplina delle procedure e i termini per l'esecuzione dei compiti, sono rinvenibili nel regolamento quadro (c.d. *Framework Regulation*) adottato dalla BCE a seguito di una proposta del Consiglio di Vigilanza. Tale regolamento quadro è entrato in vigore il 15 maggio del 2014³⁶⁸, ponendo le basi per l'assunzione ufficiale - a novembre 2014 - delle nuove funzioni da parte della BCE. Il Regolamento quadro è stato adottato sulla base dell'art. 6, co. 7, e 4, co. 3 del Regolamento SSM. Nello specifico, esso individua le modalità pratiche di attuazione del Meccanismo Unico di Vigilanza, stabilisce le modalità di cooperazione tra BCE e autorità nazionali di vigilanza e stabilisce i diritti e gli obblighi dei soggetti vigilati e dei terzi nei confronti del SSM. Il *Framework Regulation* disciplina inoltre una serie di istituti contemplati in generale dal Reg. 1024/2013, tra cui le procedure per la concessione della licenza bancaria, la vigilanza macro-prudenziale, la cooperazione con le autorità di vigilanza dei Paesi non appartenenti alla zona euro, le sanzioni. Infine, esso introduce tutte le regole generali sulle garanzie procedurali (c.d. *due process*) ai fini dell'adozione delle decisioni di supervisione (art. 25 e ss.).

Quanto allo schema operativo ricavabile dall'art. 6 del Reg. 1024/2013 e dal *Framework Regulation* di cui sopra, esso prevede: una vigilanza diretta esercitata dalla BCE, in cooperazione con le autorità di vigilanza nazionali, nei confronti delle banche e dei gruppi bancari sistemici (*more significant banks*).

Per stabilire se una banca sia 'significativa' o meno sono stati stabiliti una serie di criteri: la dimensione; l'importanza per l'economia dell'Unione o dei Paesi membri

³⁶⁷ Non si è ancora nella fase di *resolution*, ma ad uno stadio precedente in cui l'ente può essere ancora salvato con le risorse proprie o con quelle messe a disposizione del libero mercato.

³⁶⁸ Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea del 16 aprile 2014 che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (Regolamento quadro sull'MVU).

partecipanti; il volume d'affari *cross-border*. Alla stregua di suddetti criteri, un istituto di credito viene qualificato “*more significant*” se soddisfa almeno una delle seguenti condizioni: il valore totale dei suoi *assets* supera i 30 miliardi di euro; il rapporto tra attivo e il PIL dello Stato in cui è insediato è superiore al 20%, a meno che il valore totale dei suoi *assets* non sia inferiore ai 5 miliardi di euro; è uno dei tre enti creditizi più significativi di uno Stato membro; riceve assistenza dall’*European Stability Mechanism* (ESM); il valore dei suoi *assets* supera i 5 miliardi di euro e il rapporto tra le attività *cross-border* in più di uno Stato membro partecipante e le attività totali è superiore al 20% o il rapporto tra le passività transfrontaliere in più di un altro Paese membro partecipante e le passività totali è superiore al 20%.

A prescindere dai criteri sopra evidenziati, il SSM può considerare una banca come sistemica per garantire l’applicazione di standard di vigilanza di alta qualità.

Per quanto attiene alla vigilanza indiretta, essa viene affidata alle autorità di vigilanza nazionali sulle banche minori (*less significant banks*), le quali si adeguano alle linee guida indicate dalla BCE. In ogni caso, la BCE ha sempre la possibilità di avocare a sé i poteri di controllo nei confronti delle banche non sistemiche, compresa la possibilità di effettuare ispezioni.

Nell’ambito del SSM, le autorità di vigilanza nazionali istruiscono le decisioni della BCE; inoltre, esse partecipano attivamente al processo decisionale posto che sono presenti con i loro rappresentanti nel Consiglio di Vigilanza (*Supervisory Board*), nuovo organismo a cui è stato devoluto il potere di preparare le decisioni di vigilanza da sottoporre poi al *Governing Council* della BCE. Peraltro, alle autorità di vigilanza nazionali compete la conduzione della vigilanza operativa *day-to-day*, poiché in tal modo è possibile sfruttare al meglio la competenza acquisita da tali autorità e la loro prossimità rispetto agli intermediari³⁶⁹.

La autorità nazionali mantengono inoltre una serie di competenze: a) un potere esclusivo di regolamentazione e supervisione sulle banche per tutte le materie diverse dalla vigilanza prudenziale, i.e. trasparenza, correttezza dei rapporti con la clientela, usura, antiriciclaggio; b) i controlli sugli intermediari diversi dalle banche come imprese di investimento, SGR, IMEL, istituti di pagamento; c) la sorveglianza sulle banche di Paesi terzi che operano nella UE avvalendosi di succursali o in regime di libera prestazione di servizi.

³⁶⁹ G. BOCCUZZI, *L’Unione Bancaria Europea, op. cit.*, p. 75 ss.

Va, infine, evidenziato che la regola generale in tema di ripartizione delle competenze non si applica ad alcuni procedimenti, tra cui l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, la revoca, l'acquisizione delle partecipazioni rilevanti nelle banche: in questi casi, la competenza è sempre assegnata alla BCE in qualità di autorità responsabile dell'intero sistema.

Altro obiettivo rilevante perseguito dal SSM è il rafforzamento della vigilanza su base consolidata. Nel nuovo quadro normativo effettivamente la BCE assume il ruolo di *consolidating supervisor* per i collegi di vigilanza dei gruppi bancari *cross-border*, aventi la società-madre con sede all'interno del SSM e solo di *participating supervisor* per i collegi di vigilanza relativi ai gruppi bancari *cross-border* aventi la capogruppo al di fuori del sistema del SSM.

3.2. Meccanismo decisionale e *due process* nel contesto del SSM

Un elemento critico, derivante dall'attribuzione della vigilanza accentrata in capo alla BCE, è rappresentato dai possibili conflitti di interesse che possono manifestarsi durante l'esercizio congiunto delle funzioni di politica monetaria e vigilanza bancaria.

A tal proposito, il Reg. 1024/2013 ha tentato di risolvere siffatta problematica introducendo una serie di principi e regole. Anzitutto, l'art. 19 del Regolamento stabilisce, in via generale, il principio di indipendenza che sia la BCE che le autorità nazionali sono tenute a rispettare nell'esercizio delle proprie competenze nel contesto del SSM. Sulla base di tale norma i membri degli organi del SSM devono agire in piena indipendenza nell'interesse dell'Unione.

Tale principio di indipendenza è strettamente associato al principio di separazione tra la funzione di supervisione e quella di politica monetaria. Difatti, la BCE, ai sensi dell'art. 25, ha l'obbligo di perseguire solo gli obiettivi del regolamento in materia di esercizio delle funzioni di vigilanza; tale istituzione deve assolvere a suddetti compiti senza recare pregiudizio alle funzioni di politica monetaria.

Il principio di separazione emerge con evidenza nell'attribuzione della responsabilità di supervisione ad un organismo di nuova costituzione - il Consiglio di Vigilanza (*Supervisory Board*) - che opera all'interno della BCE in maniera autonoma. Si tratta di un organo collegiale composto da un presidente e un vice-presidente, da quattro

membri eletti dal Consiglio direttivo (*Executive Board*) della BCE, da un rappresentante delle autorità di vigilanza nazionali di ciascuno Stato dell'eurozona e di quelli esterni all'area ma in stretta cooperazione con il SSM, ai quali è attribuita piena partecipazione e diritto di voto. Anche un rappresentante della Commissione, su invito, può partecipare alle riunioni del *Supervisory Board* in qualità di osservatore e senza avere la possibilità di accedere alle informazioni riservate delle banche.

Nel contesto del Consiglio di Vigilanza opera anche uno *Steering Committee*, a composizione più ristretta, il quale ha il compito di assistere il *Board*, ad esempio preparandone le riunioni, ma senza essere titolare di poteri decisionali.

Sul piano operativo, la separazione si attua mediante la previsione di un delicato equilibrio di poteri tra il Consiglio di Vigilanza e il Consiglio direttivo della BCE. Invero, al *Supervisory Board* compete la predisposizione e esecuzione delle funzioni di vigilanza; si tratta di un organismo avente natura prevalentemente tecnica, che svolge funzioni istruttoria e di proposta di decisioni in tema di supervisione prudenziale. Al Consiglio direttivo, invece, è affidata la responsabilità ultima in tema di decisioni di supervisione attraverso la procedura di non obiezione. Si è preferito adottare questo schema decisionale giacché sarebbe stato impossibile, senza modificare i Trattati, affidare *in toto* i poteri di supervisione al Consiglio di Vigilanza.

Più nello specifico, il Consiglio di Vigilanza svolge le attività preparatorie per l'esercizio delle funzioni di vigilanza assegnate alla BCE e propone poi i progetti di decisione al Consiglio direttivo. Dopodiché, quest'ultimo adotta le decisioni finali attraverso un procedura di silenzio-assenso, vale a dire un progetto di decisione è considerato approvato se entro un termine predefinito (non superiore a 10 giorni lavorativi) il *Governing Council* non presenta alcuna obiezione (art. 26, co. 8).

Di contro, se il Consiglio direttivo presenta delle obiezioni sul progetto, deve presentare una motivazione scritta che può riguardare solo questioni che coinvolgono aspetti problematici della politica monetaria. Il Consiglio direttivo non può criticare nel merito le proposte di vigilanza; eventuali dissensi possono essere rimessi al giudizio di esperti nel ramo della mediazione (*Mediation Panel*)³⁷⁰.

³⁷⁰³⁷⁰ Il Panel è composto da un membro per ogni Stato partecipante, scelto dai Paesi tra i membri del consiglio direttivo e del consiglio di vigilanza; esso decide a maggioranza semplice. Ogni membro dispone di un solo voto.

Va osservato che l'art 27, co. 8, Reg. SSM, prevede anche il caso in cui uno Stato partecipante - non appartenente all'area euro - sia discorde rispetto ad un progetto di decisione del Consiglio di vigilanza. In tal caso, tale Paese, dopo cinque giorni dalla notifica del progetto, può comunicare la sua opinione contraria al Consiglio direttivo, il quale deciderà poi nel merito entro cinque giorni lavorativi, specificando per iscritto la sua decisione allo Stato in questione. Quest'ultimo avrà la facoltà di chiedere alla BCE di cessare la stretta cooperazione con effetto immediato e senza risultare vincolato dalla successiva decisione.

Il principio della separazione, infine, si estrinseca attraverso una serie di norme che definiscono il funzionamento del Consiglio direttivo. Al riguardo, la BCE deve assicurare che tale consesso operi in maniera completamente differenziata quando svolge le due funzioni, con riunioni e ordini del giorno separati (v. art. 25, co. 4).

Per garantire il *due process* durante l'assunzione di determinate decisioni in tema di vigilanza, la BCE deve rispettare determinate regole procedurali introdotte per tutelare i diritti dei destinatari dei provvedimenti di vigilanza. Sono previsti infatti: obblighi di motivazione, diritti ad essere sentiti, diritti di accesso agli atti (art. 22). Quanto ai provvedimenti sanzionatori, per assicurare una effettiva tutela, è prevista la piena giurisdizione della Corte di giustizia, la netta separazione tra funzioni istruttorie e decisorie e l'impossibilità di cumulare le sanzioni.

Infine, sempre per proteggere i diritti dei destinatari delle decisioni di vigilanza assunte dalla BCE (*shareholders*, banche, amministratori), all'interno della BCE è stata costituita una apposita commissione, l'*Administrative Board of Review*; quest'ultimo ha il compito di effettuare un riesame amministrativo interno delle decisioni adottate dalla BCE. Tale commissione è composta da cinque membri indipendenti di indubbio prestigio e notoria competenza e esperienza professionale, nominati per cinque anni. Si tratta, in sostanza, di uno strumento stragiudiziale di risoluzione di eventuali contenziosi che dovessero sorgere nel corso dell'esercizio della vigilanza micro-prudenziale sulle banche significative. Il riesame verte solo sulla conformità procedurale e sostanziale della decisione al Reg. SSM (art. 24).

Peraltro, l'utilizzo della procedura di riesame non pregiudica la possibilità di ricorrere presso la Corte di giustizia; inoltre, esso non produce neppure effetti sospensivi, salvo che non vengano disposti dal Consiglio direttivo su proposta della Commissione amministrativa. Il riesame poi deve terminare entro un termine adeguato e, in ogni caso, non oltre due mesi dalla richiesta. Il *Supervisory Board*

deve tener conto del parere espresso dalla commissione ed è obbligato a sottoporre un nuovo progetto di decisione al Consiglio direttivo. Tale nuovo progetto abroga la decisione iniziale e la sostituisce con una decisione di contenuto identico o con una decisione emendata. La nuova proposta di decisione si considera infine adottata se il Consiglio direttivo non solleva obiezioni entro dieci giorni lavorativi.

Da ultimo, nell'ambito del SSM, il principio di indipendenza trova espressione in un sistema di trasparenza e *accountability*, diversificato rispetto a quello previsto per la politica monetaria, individuando nel presidente del *Supervisory Board* il rappresentante della BCE nell'esercizio delle nuove funzioni di vigilanza. In particolare, il Reg. sul SSM prevede la pubblicazione da parte della BCE di un rapporto annuale al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione europea e all'Eurogruppo sull'esecuzione delle funzioni di supervisione micro-prudenziale. In aggiunta, è previsto che il Presidente del Consiglio di Vigilanza partecipi ad audizioni pubbliche e parlamentari, sia a livello europeo che nazionale; a tal proposito, un accordo inter-istituzionale³⁷¹ tra BCE e Parlamento europeo disciplina le modalità operative dell'esercizio della responsabilità democratica e della supervisione sull'esecuzione dei compiti di vigilanza conferiti alla BCE.

3.3. Ruolo del Comitato europeo per il rischio sistemico (ESRB) rispetto ai nuovi compiti attribuiti alla BCE

Il primo pilastro dell'Unione Bancaria Europea è un tassello da inserire nel quadro europeo della vigilanza bancaria. Quest'ultima è un'architettura complessa, fondata sulla difficile interazione tra una molteplicità di istituzioni e autorità, sovranazionali e nazionali.

Va osservato, infatti, che le recenti previsioni normative sollevano il problema di una corretta e puntuale definizione dei rapporti tra la Banca Centrale Europea, nella sua nuova veste di supervisore prudenziale, e gli organismi che compongono l'*European System of Financial Supervision* (ESFS), la cui struttura, come sopra spiegato, si fonda su tre autorità di vigilanza di recente costituzione, le quali rispettivamente si

³⁷¹ Accordo inter-istituzionale tra il Parlamento europeo e la Banca centrale europea sulle modalità pratiche dell'esercizio della responsabilità democratica e della supervisione sull'esecuzione dei compiti attribuiti alla Banca centrale europea nel quadro del meccanismo di vigilanza unico, (2013/694/UE).

occupano della regolazione del settore bancario (l'Autorità bancaria europea), del settore dei mercati e degli strumenti finanziari (l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), del settore assicurativo e pensionistico (l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali).

A tal proposito, non sembra creare particolari problemi il tema dei rapporti fra la BCE e l'ESFS nel suo insieme. Malgrado, infatti, la prima non sia espressamente contemplata all'interno del secondo, le norme contenute nel regolamento istitutivo del SSM sembrano assicurare il raggiungimento degli scopi per cui è stato istituito l'ESFS, vale a dire la reciproca collaborazione ed il flusso informativo tra autorità (art. 1 co. 4, Reg. 1092/2010). Per tale motivo, in dottrina è stato sostenuto che l'argomento non riveste, in concreto, particolare rilevanza³⁷².

A tale apparato di governo è stato affiancato - come detto sopra - il Comitato europeo per il rischio sistemico³⁷³, che svolge compiti di vigilanza macro-prudenziale per controllare i potenziali rischi per la stabilità finanziaria dell'Unione. In questo caso, più complesso appare il rapporto tra la BCE, nel suo ruolo di supervisore europeo, ed l'ESRB, posto che esso è presieduto dal Presidente della BCE e che quest'ultima fornisce al primo - assicurandone il segretariato tramite adeguate risorse umane e finanziarie - la necessaria assistenza analitica, statistica, logistica e amministrativa.

È stato notato, al riguardo, come il coinvolgimento della BCE nell'attività di vigilanza macro-prudenziale abbia trovato ulteriore rafforzamento nelle previsioni del Reg. 1024/2013, le quali ora permettono alla prima di applicare agli enti creditizi requisiti di capitale più elevati rispetto a quelli dettati dalle autorità nazionali, miranti ad affrontare i rischi sistemici o macro-prudenziali (art. 4 bis). Si è evidenziato, pertanto, come il conferimento di tali mansioni non sia stato del tutto allineato con il ruolo svolto dalla BCE in seno all'ESRB, atteso che detto organismo può emettere, al massimo, segnalazioni o raccomandazioni, di carattere sia generale che specifico (indirizzate all'intera Unione, ovvero ad uno o più Stati membri), ma non anche introdurre requisiti o deliberare misure direttamente applicabili agli enti creditizi.

Ulteriori motivi di frizione possono scaturire in relazione alle diverse funzioni istituzionali della BCE, nelle rispettive qualità di supervisore bancario e di partecipante al ESRB. Invero, gli obblighi di cooperazione e di scambio di

³⁷² Si veda in particolare E. WYMEERSCH, *The European Banking Union, a First Analysis*, Financial Law Institute Working Paper Series WP, 2012, p. 19.

³⁷³ Cfr. il Regolamento (UE) del 24 novembre 2010, relativo alla vigilanza macro-prudenziale del sistema finanziario dell'Unione europea, che ha istituito il Comitato di cui sopra.

informazioni imposti dal SSM contrastano con il dovere di segretezza a cui deve sottostare la BCE, in forza delle disposizioni istitutive del ESRB³⁷⁴.

Deve condividersi, pertanto, l'opinione di chi sostiene che, su tali punti, sarebbe necessaria maggiore precisione, al fine di rendere più coerente il contenuto dei diversi testi normativi, per non lasciare adito a dubbi esegetici, né a contraddizioni di sorta.

3.4. I rapporti con l'EBA

Alcune osservazioni devono essere formulate anche con riferimento ai rapporti tra la "nuova" BCE e la componente bancaria micro-prudenziale dell'ESFS, ossia la nuova Autorità Bancaria Europea (EBA), considerato che i compiti e le responsabilità di quest'ultima rimangono invariati anche a seguito dell'avvio del SSM.

Tuttavia, in via preliminare, pare opportuno spiegare come il principale compito attribuito all'EBA consiste nel contribuire alla realizzazione di un insieme di regole comuni a livello europeo (c.d. *single rulebook*). Più nel dettaglio, tale autorità redige pareri per le istituzioni europee ed elabora orientamenti, raccomandazioni e, soprattutto, progetti di norme tecniche (*draft standards*), i quali a seguito dell'approvazione (*endorsement*) della Commissione diventano atti giuridici vincolanti dell'Unione³⁷⁵. Inoltre, essa deve favorire un'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, garantendo, in particolare, l'omogeneità delle prassi di vigilanza, mediante l'enucleazione di una guida comune per l'attività dei supervisori (*single supervisory handbook*), che deve costituire il necessario complemento del *corpus* unico di norme. Da segnalare, inoltre, il potere di intervento dell'EBA nei confronti delle autorità di vigilanza nazionali, affinché queste ultime conformino la propria azione al diritto dell'Unione, in ipotesi di riscontrate violazioni (art. 17 reg. 1093/2010). Tale autorità ha altresì il potere di intervenire in caso di emergenza (ossia quando vi è una grave minaccia per il regolare funzionamento e per l'integrità dei mercati finanziari, o per la stabilità del sistema finanziario nell'Unione), imponendo alle autorità nazionali l'adozione di specifici rimedi (art. 18 reg. 1093/2010). Infine, svolge il ruolo di mediatore qualora vi siano controversie

³⁷⁴ Art. 6 Reg. 1096/2010; art. 8 Reg. 1092/2010.

³⁷⁵ La completa elencazione dei compiti e dei poteri dell'EBA è contenuta nell'art. 8 Reg. 1093/2010.

transfrontaliere fra autorità nazionali, adottando, in caso di mancata conciliazione, decisioni vincolanti nei confronti delle autorità nazionali (art. 19 reg. 1093/2010).

Sulla base di quanto premesso, come può facilmente intuirsi, la realizzazione dell'Unione bancaria interferisce con lo svolgimento dei predetti compiti e con l'esercizio dei relativi poteri, imponendo necessariamente un parziale adeguamento del vigente quadro normativo³⁷⁶.

Per quanto concerne l'attività di vigilanza regolamentare, va sottolineato che, nonostante tale funzione rimanga in capo all'EBA (la quale dunque continuerà ad assicurare, mediante gli strumenti sopra illustrati, la convergenza tra regole e prassi di vigilanza all'interno dell'Unione), è stata concessa alla BCE, ai fini dell'assolvimento dei propri compiti di supervisione, la possibilità di adottare orientamenti e raccomandazioni, prendere decisioni ed emanare propri regolamenti (art. 4.3, Reg. SSM).

A prescindere da un inquadramento di tali atti nella sistematica delle fonti³⁷⁷, in questo contesto è necessario rilevare come, nell'adozione degli stessi, la BCE incontri limiti non irrilevanti. Il primo, di carattere generale, impone il rispetto della normativa dell'Unione, dovendo essere ricompresi in questa locuzione anche gli atti adottati dalla Commissione sulla base dei progetti di norme tecniche elaborati dall'EBA, nonché gli orientamenti e le raccomandazioni adottati da quest'ultima per uniformare le prassi di vigilanza e assicurare un'applicazione coerente del diritto UE (art. 16, Reg. 1093/2010). Il secondo limite prevede, invece, che i regolamenti potranno essere emanati solo se necessari ad organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti del supervisore unico, introducendo in tal modo una significativa limitazione al *rulemaking power* della BCE.

Conseguentemente è possibile affermare che l'operatività della BCE, nel campo della supervisione bancaria, rimane confinata nell'ambito della cornice delineata dalle

³⁷⁶ B. DE MEESTER, *Liberalization of Trade in Banking Services: An International and European Perspective*, Cambridge University Press, 2014, p. 285; C. ENOCH, L. EVERAERT, T. TRESSEL, J. ZHOU, *From Fragmentation to Financial Integration in Europe*, International Monetary Fund, 2013, p. 307 e ss.

³⁷⁷ Si ricorda che l'art. 34 dello Statuto della BCE prevede che quest'ultima possa adottare, conformemente ai Trattati (art. 132 TFUE), atti giuridici vincolanti, nella forma dei regolamenti (atti di portata generale, obbligatori in ogni loro parte e direttamente applicabili negli Stati membri) e delle decisioni (obbligatorie in ogni loro elemento solo per i diretti interessati), nonché atti giuridici non vincolanti, come raccomandazioni e pareri. Va inoltre rilevato che l'adozione di regolamenti è consentita dall'art. 132 TFUE solo nella misura necessaria per assolvere gli specifici compiti ivi indicati, mentre le decisioni possono essere prese, più genericamente, se necessarie per assolvere i compiti attribuiti al SEBC dai Trattati e dallo Statuto del SEBC e della BCE.

regole e dagli indirizzi elaborati dall'EBA, dato che la BCE, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, viene equiparata alle singole autorità nazionali³⁷⁸. Seguendo questa ricostruzione dovrebbero risolversi, dunque, eventuali situazioni di conflitto, astrattamente ipotizzabili, tra i provvedimenti delle due diverse autorità.

Sulla base di quanto sopra asserito, è auspicabile pertanto che l'EBA si focalizzi solo sulle funzioni regolamentari, e che l'SSM e le autorità nazionali, a seconda delle rispettive competenze, si concentrino nel definire i metodi e nell'attuare gli interventi di supervisione. L'EBA, in particolare, è opportuno che continui ad assicurare l'uniformità delle regole attraverso lo strumento degli standard tecnici comuni, allo scopo di favorire il più possibile una omogeneizzazione delle prassi bancarie adottate nel contesto regionale europeo.

Va, inoltre, dato atto dell'apertura dimostrata dalla nuova vigilanza unica, considerata la possibilità, per gli Stati membri che non hanno ancora adottato l'euro, di aderire al nuovo sistema accentrato di controllo e cooperare strettamente con la BCE³⁷⁹. Questa estensione dell'attività di vigilanza assegnata alla BCE rappresenta un punto cruciale di tale costruzione. Posto che essa ha il dichiarato fine di favorire un progressivo ravvicinamento tra tutti gli Stati appartenenti all'Unione, la facoltà consentita ai membri di quest'ultima di aderire all'UBE potrebbe dare luogo a rilevanti contrasti e ad una mancanza di condivisione delle politiche di vigilanza, in particolare qualora queste ultime venissero ritenute contrarie agli interessi perseguiti a livello nazionale³⁸⁰.

Anche da questo punto di vista, pertanto, le dinamiche tramite le quali si svolgerà il rapporto tra BCE ed EBA presentano una peculiare centralità. Alle modalità esplicative di tale rapporto è rimessa la funzione di conciliare le differenti tendenze emergenti dai 'due blocchi' di Paesi euro e non euro. Sotto questo profilo, si può ravvisare un ampliamento della missione iniziale affidata all'agenzia europea bancaria, la quale pare ora essere destinata a svolgere anche il ruolo di mediatore tra i Paesi aderenti e non aderenti al sistema di vigilanza unico ai fini della costruzione di un unitario sistema di regole.

³⁷⁸ Cfr. Considerando n. 30, Reg. SSM, e l'art. 1, co. 1, Reg. EBA. Si tenga conto anche del fatto che la BCE partecipa al Consiglio delle autorità di vigilanza dell'EBA, in conformità all'art. 40 Reg. 1093/2010.

³⁷⁹ F. CAPRIGLIONE, *Mercato regole democrazia, L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Utet, 2013, p. 82 e ss.

³⁸⁰ Si pensi a quei provvedimenti che influiscono sulla scarsa propensione del Regno Unito ad aderire alla *Tobin Tax*.

Essa, quindi, sarà chiamata a risolvere le eventuali controversie che dovessero insorgere fra le diverse autorità nazionali di supervisione, in disaccordo nella vigilanza sui gruppi bancari insediati in più Paesi membri. La necessità di preservare l'integrità del mercato unico europeo è fondamentale e l'EBA, alla luce della nuova normativa, giocherà un ruolo chiave di raccordo tra gli Stati che aderiscono e quelli che non aderiscono al SSM per evitare ogni rischio di frattura.

3.5. La fase preparatoria del SSM

Secondo quanto previsto dall'art. 33, co. 4, Reg. 1024/2013, prima dell'avvio ufficiale del SSM, è stata eseguita una valutazione approfondita (*Comprehensive Assessment*) della solidità delle banche sistemiche soggette al controllo diretto della BCE.

Per quanto riguarda le caratteristiche dell'esercizio, esso ha consistito innanzitutto in una revisione della qualità degli attivi (*Asset Quality Review*, AQR), allo scopo di verificare se il capitale "di migliore qualità" (*Common equity tier 1*) delle banche era adeguato a fronteggiare la rischiosità dei vari attivi (prestiti, titoli etc.) rilevati a fine 2013. L'adeguatezza è stata valutata rispetto a un requisito dell'8%, più elevato sia rispetto al minimo regolamentare (4,5%) che rispetto al minimo aumentato del margine di conservazione del capitale (7%).

Il *Comprehensive Assessment* ha incluso anche due simulazioni relative a scenari ipotetici per il triennio 2014-2016 (le cosiddette "prove di resistenza" o *stress tests*). L'obiettivo era verificare quanto un eventuale peggioramento dello scenario macroeconomico e finanziario nazionale e internazionale avrebbe potuto riflettersi sulla condizione delle banche e quale *surplus* di capitale sarebbe stato, in tal caso, necessario per preservare un adeguato grado di capitalizzazione. Lo *stress test* ha ipotizzato per ciascun Paese due scenari: uno "di base" (*baseline*), ripreso dalle previsioni della Commissione europea del febbraio del 2014, e uno "avverso" (*adverse*). La simulazione è stata condotta sui dati di bilancio di fine 2013, modificati per tenere conto dei risultati dell'AQR.

Nello scenario di base l'adeguatezza del capitale delle banche è stata valutata rispetto a un requisito dell'8%; nello scenario avverso il requisito è stato del 5,5%, anche in questo caso superiore al minimo regolamentare. Lo scenario avverso è stato

appositamente costruito in modo da costituire una vera prova di resistenza delle banche a situazioni estreme.

Nel caso italiano lo scenario era molto sfavorevole, considerato che ipotizzava una grave recessione per l'intero periodo 2014-2016, dopo quella già sofferta dall'economia italiana nel 2012-2013, che faceva seguito a quella del 2008-2009; esso ipotizzava, inoltre, un riacutizzarsi della crisi del debito sovrano. Questo ipotetico scenario utilizzato nella simulazione configurava quindi un collasso dell'economia italiana, con gravi conseguenze ben oltre la sfera bancaria.

Il giudizio complessivo, reso noto tramite comunicato stampa della BCE, ha condotto alla bocciatura di 25 banche europee su 131. Di queste, nove sono state italiane: Montepaschi, Carige, Creval, Banco Popolare, Popolare di Milano, Popolare di Sondrio, Popolare di Vicenza, Veneto Banca. Tuttavia, queste banche hanno poi realizzato operazioni di rafforzamento patrimoniale nel corso del 2014.

L'obiettivo finale della valutazione approfondita di cui sopra era dunque verificare quali banche all'esito dell'AQR e dello *stress test* presentassero delle carenze di capitale (*capital shortfall*) e richiedessero di conseguenza interventi di ricapitalizzazione. Con riferimento a tali aspetti, la BCE ha individuato per le banche interessate le linee di azione, sotto il profilo di copertura delle carenze di capitale e dei tempi da rispettare per eseguire le misure correttive.

A seguito poi del *Comprehensive Assessment* la BCE - a novembre 2014 - ha assunto ufficialmente le sue funzioni di supervisione prudenziale delle banche significative operanti nel contesto dell'eurozona e nei Paesi membri che si sono avvalsi dell'*opt-in*.

3.6. Il ruolo della BCE nella gestione delle crisi bancarie

L'operatività della BCE si estende ben oltre la mera supervisione delle banche, posto che essa agisce anche nella fase in cui si manifestano le situazioni di difficoltà di un istituto di credito o di un gruppo bancario. Le azioni intraprese dalla BCE in questo settore trovano quale referente normativo il Regolamento SSM, ma anche altre fonti che disciplinano specifiche azioni nel caso in cui l'intermediario dovesse trovarsi in difficoltà (cfr. CRD IV, Dir. BRRD, Reg. sul SRM).

Nel corso dell'attività di supervisione ordinaria, le strutture centrali su cui si regge il SSM - i *Joint Supervision Teams* - hanno l'onere di controllare che le banche controllate elaborino e aggiornino dettagliati *recovery plans* ed esprimano un parere in ordine ai *resolution plans* elaborati dalle autorità di risoluzione. Scopo di tali attività è rafforzare la preparazione delle banche a fronte di ipotetici scenari di crisi e facilitare la gestione e la risoluzione di un istituto di credito. In aggiunta, la BCE organizza *stress tests*, rispettando gli standard definiti dall'EBA, per determinare la capacità di assorbimento di certi *shocks* da parte delle banche.

Nella fase di *crisis management*, di contro, la BCE può imporre alle banche l'adozione di una serie di misure per la rimozione di qualsiasi ostacolo in maniera tempestiva per evitare ulteriori deterioramenti della situazione già grave dell'intermediario sorvegliato. In caso di peggioramento delle variabili economiche della banca, la BCE deve dunque intervenire e anzi intensificare l'azione di vigilanza nei confronti dell'ente in difficoltà, attraverso lo svolgimento di analisi, ispezioni *in loco*, riunioni emergenziali con le autorità nazionali, richieste di informazioni. Pertanto, in questi casi, la BCE può scegliere quali poteri di *early intervention* utilizzare per evitare il dissesto dell'ente bancario, e prepara le proposte di decisione da sottoporre al *Supervisory Board*, che poi - in ultima istanza - dovranno essere approvate dal Consiglio direttivo. La BCE controlla altresì l'esecuzione degli strumenti di intervento da essa attivati. Nel caso di crisi di un gruppo bancari *cross-border*, la BCE si coordina con i supervisori di altri Paesi terzi, coinvolgendo i CBSG previsti nel *Memorandum of Understanding on Financial Stability* entrato in vigore a giugno 2008.

Nell'ambito della BCE, durante la fase di gestione della crisi, opera una specifica struttura, l'*High Level Crisis Management Team*, che coordina tutte le parti coinvolte nel *crisis management*. In questo contesto, la BCE svolge una funzione cruciale, ossia verifica la viabilità o non viabilità dell'ente bancario ai fini della risoluzione. Invero, la BCE deve decidere se la banca o il gruppo bancario controllato è in dissesto o rischio dissesto; in questo caso, secondo quanto statuito dalla Dir. BRRD, deve valutare se non vi sia una ragionevole prospettiva che nessuna altra alternativa nel settore privato o azione di supervisione (ad esempio la svalutazione o la conversione degli strumenti di debito in capitale) possa impedire il fallimento della banca in una ragionevole lasso di tempo. Infine, la BCE deve valutare se la risoluzione dell'ente insolvente corrisponda all'interesse pubblico a causa del suo

carattere sistemico o dei possibili effetti che il default della banca potrebbe produrre sulla stabilità finanziaria. Qualora questi requisiti vengano rispettati, la BCE procede a comunicare ufficialmente al *Single Resolution Board* e alla Commissione europea o alla autorità di risoluzione nazionale che la banca ha bisogno di essere sottoposta a risoluzione.

Una volta innescata la fase di *resolution*, le decisioni fondamentali sono di competenza del *Resolution Board* e delle autorità di risoluzione nazionali. In questa fase, il SSM svolge funzione consultiva, attraverso la partecipazione alle riunioni del *Resolution Board*, fornisce pareri in ordine alla valutazione di risolvibilità dell'ente e sui requisiti minimi di capitale da rispettare e, infine, svolge funzione di assistenza durante l'esecuzione di eventuali ispezioni.

PARTE SECONDA

1. La riforma delle regole di gestione delle crisi bancarie: la direttiva BRRD

L'innovativa disciplina europea di gestione delle crisi bancarie è stata introdotta nella Direttiva 2014/59/UE sul risanamento e la risoluzione delle banche (*Bank Recovery and Resolution Directive* o BRRD) pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il 12 giugno 2014³⁸¹. Tale direttiva è entrata in vigore il primo gennaio 2015, tranne che nella parte relativa alla applicazione del *bail-in*, il quale ha incominciato ad essere operativo solo dal primo gennaio 2016.

Questo strumento normativo rappresenta l'implementazione in ambito europeo dei *Key attributes for Effective resolution regime for financial institutions*, formulati dal *Financial Stability Board* nel 2011 in ottemperanza delle raccomandazioni del G20, al fine di ridurre l'impatto dei default degli istituti di credito sistemici. I *Key attributes* descrivono gli strumenti che dovrebbero garantire l'uscita ordinata dal mercato delle banche insolventi in un quadro normativo armonizzato e di rafforzamento della cooperazione internazionale.

Nel contesto europeo, la disciplina è assolutamente innovativa rispetto al recente passato. Essa ha mutato gli assetti normativi e istituzionali degli Stati membri, prevedendo l'introduzione di nuovi strumenti di gestione delle insolvenze bancarie e l'attribuzione di rilevanti poteri alle autorità di risoluzione. Pertanto, la BRRD ha superato il sistema su cui si imperniava la direttiva del 2001, la quale si basava solo sul reciproco riconoscimento delle procedure nazionali di risanamento e liquidazione delle banche³⁸².

Va tuttavia sottolineato che la riforma non si limita a definire nuovi strumenti per la gestione di gravi crisi bancarie, ma introduce una disciplina di più ampio respiro decisamente orientata alla 'prevenzione', applicabile sia nelle fasi di difficoltà che nelle fasi di ordinaria attività dell'ente sorvegliato. In effetti, vero scopo di *subiecta* normativa è accrescere il livello di prevenzione e di preparazione delle banche e delle autorità per fronteggiare situazione patologiche, al fine di mantenere la stabilità finanziaria e la continuità dei servizi bancari essenziali.

³⁸¹ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

³⁸² Cfr. P. WHITE, T. YORULMAZER, *Bank resolution concepts, tradeoffs and changes in practices*, in *Economic Policy Review*, Federal reserve Bank, 2014; F. QUERCI, *La proposta di direttiva sugli strumenti di risanamento e di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Bancaria*, 2013.

Allo stesso tempo, la BRRD stabilisce nuove regole per la ripartizione dei costi delle crisi bancarie, in maniera che essi vengano innanzitutto sopportati dagli azionisti e dai creditori, cercando di evitare il ricorso al denaro pubblico (*bail-out*)³⁸³, come invece avvenuto dal 2008 nel corso della fase più acuta della crisi finanziaria.

Alla luce di quanto fin qui considerato, sembra potersi affermare come la BRRD intenda fornire un quadro giuridico di maggior certezza da applicare alla ristrutturazione delle banche in crisi, per assicurare il mantenimento delle funzioni essenziali svolte dalle banche a favore della economia reale e per ripartire le perdite dell'intermediario inefficiente tra azionisti e creditori.

La BRRD, va ricordato, persegue un obiettivo di armonizzazione 'minima', poiché gli Stati membri sono liberi di adottare o mantenere disposizioni più stringenti o aggiuntive rispetto a quelle contenute nella direttiva³⁸⁴, salvo che risultino di applicabilità generale e non contrastanti con gli obiettivi generali della risoluzione risultanti dalla direttiva medesima.

Sotto un punto di vista prettamente soggettivo essa si applica: agli enti creditizi e alle imprese di investimento stabiliti nell'UE; agli enti finanziari situati nell'Unione controllati da altri enti creditizi; alle società di partecipazione finanziaria stabilite nell'Unione; alle succursali di enti stabiliti fuori dall'Unione. Per l'applicazione della BRRD non è richiesto che l'ente bancario sia significativo, come viceversa veniva paventato nelle versioni iniziali della direttiva.

2. La costituzione di Autorità di risoluzione nazionali

La BRRD, oltre ad aver introdotto un nuovo quadro di regole e strumenti per la gestione delle insolvenze bancarie, ha stabilito altresì che a livello nazionale la gestione dei dissesti venga affidato a nuove autorità di risoluzione (c.d. *Resolution Authorities*), ossia una autorità pubblica amministrativa indipendente, già esistente o di nuova costituzione, che agisca in maniera coordinata e coerente con l'assetto istituzionale interno (banca centrale, autorità di vigilanza finanziaria, ministero delle

³⁸³ Questi interventi pubblici di salvataggio avevano reso possibile l'affermazione nel settore bancario del principio di privatizzazione dei profitti quando la banca è sana e di socializzazione delle perdite quando la banca è in sofferenza.

³⁸⁴ Pertanto, è possibile mantenere specifici poteri o funzioni già previste dal quadro normativo nazionale.

finanze, autorità costituita *ad hoc*). Tale nuova autorità avrà il potere di utilizzare i nuovi strumenti di risoluzione introdotti dalla direttiva.

Se gli Stati membri dovessero decidere di affidare la funzione di risoluzione all'autorità di vigilanza bancaria, l'art. 3, comma terzo, della BRRD prevede che a livello interno debbano essere adottate delle disposizioni che garantiscano l'indipendenza operativa ed evitino conflitti d'interesse tra le due funzioni. Nello specifico, la BRRD impone che il personale abilitato alla gestione delle funzioni di risoluzione debba essere separato rispetto al personale addetto alla vigilanza. Devono essere inoltre pubblicate le regole interne, soprattutto quelle relative al segreto professionale e agli scambi di informazioni tra le diverse aree del personale. Tali disposizioni sono state introdotte per evitare potenziali conflitti di interesse che potrebbero dare luogo ad una vigilanza accondiscendente nei confronti degli intermediari.

Qualora invece le funzioni di risoluzione vengano attribuite ad una autorità di nuova costituzione, è necessario che venga instaurata una adeguata collaborazione tra le varie autorità coinvolte nel salvataggio dell'intermediario, per garantire - nell'interesse generale - l'efficace esercizio dei poteri di risoluzione.

3. Il trattamento delle crisi *cross-border*: i collegi di risoluzione

L'elaborazione di una specifica disciplina per la gestione delle crisi dei gruppi *cross-border* costituisce una delle maggiori novità introdotte con la BRRD³⁸⁵. La scelta normativa adottata (art. 88-92, BRRD) è andata nel senso della creazione di appositi collegi di risoluzione della crisi (*resolution colleges*), che in sostanza costituiscono l'equivalente dei collegi di supervisione esistenti nel campo della vigilanza bancaria (*supervisory colleges*) con l'entrata in vigore della Direttiva 2013/39/Ue.

Quanto alla composizione dei collegi di cui trattasi, essa dimostra l'intento del legislatore europeo di rendere partecipi tutte le autorità interessate dal salvataggio dell'intermediario. Invero, l'art. 88 prevede che debbano partecipare: 1) l'autorità di risoluzione della crisi a livello di gruppo (l'autorità dello Stato in cui è insediata la

³⁸⁵ Cfr. E. GALANTI, *I gruppi nella proposta di direttiva sul nuovo quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Crisi bancarie e diritto comunitario, Diritto della banca e del mercato finanziario*, Pacini Editore, 2013, p. 655 e ss.

capogruppo), la quale, in qualità di presidente del collegio, dovrà dare impulso e coordinare le attività del collegio³⁸⁶; 2) l'autorità di risoluzione degli Stati membri in cui sono stabilite le filiazioni sottoposte a vigilanza su base consolidata, l'impresa madre di uno o più enti del gruppo o le succursali significative; 3) le autorità di vigilanza dei Paesi coinvolti; 4) i Ministeri competenti che vengono coinvolti quando sorgono delle questioni che possono comportare conseguenze sui fondi pubblici; 5) l'autorità responsabile per il funzionamento dei sistemi di garanzia dei depositi degli Stati la cui autorità di risoluzione faccia parte del collegio; 6) l'Autorità Bancaria Europea (EBA). Infine, le autorità di risoluzione di Paesi terzi in cui sono insediate delle filiazioni, qualora lo richiedano, potranno essere invitate in qualità di semplici osservatori.

Il ruolo dell'EBA, nel corso della gestione di una crisi di gruppo, è fondamentale giacché ha il compito di incentivare e controllare il funzionamento efficiente dei collegi, nonché di elaborare progetti di norme tecniche di regolamentazione (RTS) per specificare le modalità operative dei collegi³⁸⁷. In aggiunta, l'EBA può decidere di partecipare alle riunioni dei collegi e può anche svolgere il ruolo di mediatore in caso di disaccordo tra le varie autorità nell'ambito del collegio.

Il campo di azione del collegio si estende a tutte le fasi del *crisis management*; è previsto un ampio scambio di informazioni (anche con i ministeri competenti³⁸⁸) mirante alla migliore definizione del piano di risoluzione di gruppo e all'applicazione al gruppo delle misure preparatorie e preventive e alla risoluzione di gruppo.

Tra i compiti conferiti al collegio vanno menzionati la valutazione della possibilità di risoluzione del gruppo, la gestione dei vari sistemi di finanziamento della risoluzione e l'individuazione dei requisiti minimi di fondi propri e di passività ammissibili (MREL)³⁸⁹.

³⁸⁶ In tal modo, la BRRD, trasferisce nel quadro della gestione delle crisi la stessa struttura istituzionale che era stata introdotta nell'ambito della gestione bancaria.

³⁸⁷³⁸⁷ L'art. 88, co. 7, BRRD, prevede che l'EBA presenti bozze di RTS entro un anno dall'entrata in vigore della BRRD.

³⁸⁸ Sul punto l'art. 90, co. 4, BRRD, prevede che: “*Le autorità di risoluzione condividono le informazioni con il ministero competente qualora queste riguardino una decisione o una questione che presuppone la notifica al ministero competente, la consultazione o l'approvazione del medesimo, oppure che può avere implicazioni per i fondi pubblici*”.

³⁸⁹ La determinazione del requisito minimo è la conseguenza di quale strategia di risoluzione si intende adottare a livello di gruppo. In particolare, il MREL deve essere imposto al pertinente livello del gruppo a seconda della scelta per cui si è optato per l'efficiente gestione della crisi di gruppo (*Single Point of Entry* o *Multiple Point of Entry*).

All'art. 91, BRRD è stata introdotta la specifica procedura per la risoluzione dei gruppi *cross-border*. Più nel dettaglio, qualora una autorità di risoluzione assevera che una filiazione si trovi in condizioni tali per cui risulti necessario avviare un processo di risoluzione, deve informare l'autorità *home* della capogruppo (se diversa), l'autorità di vigilanza su base consolidata e tutti gli altri membri del collegio di risoluzione delle misure che intende approvare. Conseguentemente, l'autorità di risoluzione a livello di gruppo, consultati gli altri membri del collegio, stima il potenziale impatto degli interventi comunicati sul gruppo, per verificare se a seguito delle azioni intraprese vi siano le condizioni per avviare una risoluzione anche nei confronti degli altri componenti del gruppo.

Nella misura in cui l'autorità *home* ritenga che la crisi della società figlia possa produrre esternalità negative sul gruppo, deve elaborare un piano di risoluzione di gruppo entro 24 ore e poi sottoporlo al vaglio del collegio. In caso di mancata adozione dello schema di risoluzione, l'autorità di risoluzione, che ha notificato le misure, può procedere alla esecuzione del suo piano di intervento.

La BRRD specifica che l'accordo all'interno del collegio debba essere raggiunto entro quattro mesi, trascorsi i quali l'autorità di risoluzione di gruppo adotta una propria decisione in ordine al *resolution plan*, salvo che, una delle autorità coinvolte nella procedura non richieda l'assistenza dell'EBA, per poter giungere ad una decisione condivisa (v. art. 31, lett. c), Reg. (UE) n. 1093/2010 istitutivo dell'EBA).

Altra novità introdotta dalla BRRD concerne l'elaborazione di nuove procedure nel caso in cui un gruppo bancario europeo sia parte di un più ampio conglomerato finanziario internazionale. La BRRD prevede che se un ente o un'impresa madre di un Paese terzo detiene delle filiazioni considerate sistemiche da due o più Stati membri dell'Unione, le autorità di risoluzione dei Paesi in cui suddette filiazioni sono insediate hanno l'obbligo di costituire un collegio di risoluzione, titolare dei poteri dei collegi di risoluzione nei confronti di dette filiazioni. Ad ogni modo, i Paesi membri interessati potranno decidere di non formare un collegio di risoluzione quando altri gruppi o collegi di risoluzione siano già operanti in conformità a quanto statuito dalla direttiva.

4. Un nuovo approccio strategico: i nuovi strumenti di gestione delle crisi bancarie

La BRRD si distingue rispetto alle soluzioni adottate in precedenza dal legislatore europeo, posto che non si limita a disciplinare e gestire l'evento patologico della crisi bancaria solo nella fase in cui si manifesti con tutta la sua dirompenza; di contro, la direttiva configura il dissesto bancario come se fosse il risultato di un lungo processo di deterioramento dei conti dell'intermediario che si dilunga in più fasi, che debbono essere tempestivamente individuate e gestite dagli organi interni dell'ente bancario e dalle autorità incaricate delle funzioni di vigilanza prudenziale e di risoluzione.

In effetti, un ente bancario non diventa insolvente dall'oggi al domani. Il dissesto è la conseguenza di molteplici fattori e può assumere diverse forme (illiquidità, carenza di capitale, perdite). Il compito attribuito agli amministratori e alle autorità di vigilanza è percepire l'andamento negativo della banca, la sua gravità e, se del caso, intervenire tempestivamente. Il dissesto bancario corrisponde, quindi, ad uno stadio più avanzato delle sofferenze dell'intermediario e lo si può definire come una profonda alterazione delle condizioni economiche dell'istituto di credito, che pretende azioni immediate per ridurre al minimo le conseguenze nei confronti dei depositanti e degli *stakeholders*³⁹⁰.

In altri termini, la vera novità della direttiva risiede nel risalto dato alla 'prevenzione' della crisi e non solo nelle nuove modalità di gestione dell'insolvenza bancaria ormai giunta ad uno stadio avanzato. Sul punto, infatti, la BRRD distingue esplicitamente tra tre fasi, cui sono riferibili diversi strumenti di intervento da parte sia delle banche che delle autorità competenti: la prevenzione, l'intervento precoce e infine la risoluzione.

5. Le misure di preparazione e prevenzione

In questa fase vengono adottate una serie di misure nei confronti dell'ente bancario nel corso della sua ordinaria attività. Lo scopo è quello di evitare o quantomeno ridurre la possibilità che si verifichino situazioni di crisi. Ciò comporta

³⁹⁰ V. sul punto G. BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management*, 2013, pp. 15-21; cfr. anche G. BOCCUZZI, *L'Unione Bancaria Europea, op.cit.*, pp. 78 ss.

necessariamente un rafforzamento della supervisione, che si traduce in una costante attenzione sul rispetto dei requisiti prudenziali da parte degli istituti di credito sorvegliati, con particolare riferimento al nuovo *framework* costituito dalla CRR e dalla CRD IV, e in un efficace svolgimento dei controlli a distanza e ispettivi. Al riguardo, risultano decisivi gli *stress test* condotti sulle banche, sia come normale strumento di sorveglianza degli enti bancari che come strumento per ipotizzare futuri scenari avversi.

Ciononostante, per quanto l'attività di vigilanza possa rivelarsi efficace, essa non può impedire totalmente che si verifichino episodi di insolvenza. Perciò nasce l'esigenza che le banche si impegnino in una attività di 'preparazione', la quale si riassume nella necessità di predisporre, anche in tempi normali, piani di risanamento e di risoluzione, di guisa che venga programmata adeguatamente l'azione da intraprendere in caso di manifestazione della crisi o di una vera e propria insolvenza.

6. I piani di 'risanamento'

Nei piani di risanamento (c.d. *recovery plans*) le banche hanno l'obbligo di indicare quali misure adotterebbero per redditizie nel lungo periodo, qualora si dovesse registrare un deterioramento della loro condizione finanziaria (liquidità, redditività, patrimonio). Tali piani, considerata la loro rilevanza dal punto di vista strategico, devono investire gli organi aziendali, il management e altresì le principali funzioni aziendali.

Tali piani devono essere predisposti e aggiornati annualmente dagli istituti di credito e sottoposti all'approvazione dell'Autorità di vigilanza bancaria. Vanno inoltre comunicati alla autorità di risoluzione. Di contro, i piani di risanamento di gruppo vanno approvati dall'autorità di vigilanza a livello di gruppo.

Quanto al contenuto, secondo quanto imposto dalla direttiva BRRD³⁹¹, essi devono contenere: l'insieme delle azioni relative al capitale e ai requisiti di liquidità necessarie per mantenere l'operatività delle funzioni essenziali dell'ente; una valutazione dei tempi di realizzazione del piano; una descrizione degli eventuali impedimenti per una rapida ed efficace esecuzione del piano; la determinazione delle

³⁹¹ Allegato Sezione A, "Informazioni da inserire nei piani di risanamento"; vedere altresì le raccomandazioni dell'EBA del 2013, *EBA Recommendation on development of recovery plans*.

funzioni essenziali; le misure per conservare o reintegrare il patrimonio, il *funding* emergenziale, la liquidità, per ridurre il rischio e soprattutto l'effetto leva, ristrutturare le passività ammissibile e le linee di business, garantire il corretto funzionamento dei processi operativi.

L'art. 9 della BRRD impone l'inclusione, in ogni piano di risanamento, di determinati indicatori per chiarire il momento in cui le azioni e le misure indicate nel piano debbano innescarsi. Suddetti indicatori, che debbono essere concordati con l'autorità di vigilanza in sede di approvazione del piano, possono avere natura sia qualitativa che quantitativa.

Si osserva inoltre che i piani devono essere elaborati senza presupporre la possibilità di ricorrere a misure di supporto pubblico per ripristinare la *viability* dell'ente. Viceversa, i piani possono prevedere forme di sostegno finanziario infra-gruppo, vale a dire l'aiuto che le società del gruppo possono assicurarsi reciprocamente (rilascio di garanzie, prestiti, aumenti di capitale) per facilitare il superamento delle momentanee difficoltà che dovessero travolgere la capogruppo o le sue filiazioni. A tal proposito, la BRRD prevede la conclusione di accordi volontari di supporto finanziario infra-gruppo, soggetti al *placet* dell'autorità di vigilanza e alla approvazione degli azionisti del gruppo. Pertanto, tale accordo, una volta approvato dalla autorità di vigilanza, deve essere approvato in via preventiva all'assemblea degli azionisti di ogni società che partecipa all'accordo. Per controllare che l'accordo sia conforme alle disposizioni di legge, le autorità di vigilanza verificano e autorizzano il progetto di accordo approvato dagli azionisti. All'autorità di vigilanza è concessa la possibilità di modificare l'accordo proibendo il trasferimento di certi *assets*, se ciò sia necessario per mantenere la solvibilità delle società trasferenti o la stabilità finanziaria in generale. Infine, la BRRD prevede che in caso di contrasto l'EBA può svolgere la funzione di mediatore per la ricerca di suddetto accordo.

In questa fase, assume un'importanza fondamentale la valutazione dei piani di risanamento da parte dell'autorità di vigilanza bancaria. Sul punto, la BRRD prevede che l'autorità di supervisione invii il piano di risanamento all'autorità di risoluzione, che lo esamina per verificare se vi siano delle previsioni che possono produrre effetti negativi sulla capacità di risoluzione della banca e sul tema formula eventualmente delle osservazioni. Se l'autorità di vigilanza, a seguito dell'esame del piano, individua delle carenze, lo comunica alla banca interessata, richiedendole di apportare delle specifiche modifiche. Laddove tale piano non venga mutato o le

modifiche non siano idonee a risolvere i problemi riscontrati, l'autorità di vigilanza impone alla banca di elaborare in un tempo ragionevole le modifiche da apportare alla sua attività, per rimediare agli impedimenti per l'attuazione del piano. Se la banca non si adegua a tali indicazioni, l'autorità ingiunge di prendere misure adeguate, le quali possono consistere nel: comprimere il proprio profilo di rischio; procedere ad una ricapitalizzazione; rivalutare la strategia e la struttura della banca; mutare la strategia di finanziamento per aumentare la resilienza delle linee di business e delle funzioni essenziali; modificare la *governance*.

7. I piani di risoluzione

Diversamente dai piani di risanamento, che vengono elaborati dalle banche, i piani di risoluzione (*resolution plans*) sono predisposti dalle autorità di risoluzione, in collaborazione con l'autorità di vigilanza, nel corso della normale attività della banca, sulla base delle informazioni inviate dagli intermediari. Tali piani prevedono le misure da adottare qualora un ente bancario entri in uno stato di crisi irreversibile e diventi, pertanto, necessario procedere alla sua risoluzione o liquidazione ordinata. I piani prevedono nel dettaglio le azioni di risoluzione che l'autorità deve intraprendere se l'ente soddisfa le condizioni per la risoluzione e gli strumenti da utilizzare per mantenere la continuità delle funzioni essenziali della banca.

Va notato come la valutazione della risolvibilità della banca assume grande rilievo durante la fase di *resolution*. Essa consiste nel controllare la capacità di realizzare efficacemente una ristrutturazione o una liquidazione ordinata senza provocare un effetto contagio sistemico e proteggendo le funzioni economiche e i servizi finanziari fondamentali. La valutazione di risolvibilità deve verificare anche la possibilità dell'impresa bancaria di condurre una risoluzione o una liquidazione in totale autonomia, senza prevedere il ricorso a misure di sostegno pubblico o al fondo di risoluzione. Pertanto, la valutazione di risolvibilità serve ad indicare quei fattori che possono incidere sulla risoluzione della banca e ad individuare le azioni che possono migliorarla. A tal fine, l'autorità di risoluzione dovrà valutare certi fattori previsti dalla BRRD nell'allegato C, che possono essere di carattere endogeno, perché collegati alle caratteristiche strutturali della banca, o esogeno, perché connessi alla particolarità dei quadri normativi esistenti nei vari Paesi membri.

Quanto ai gruppi *cross-border*, saranno i collegi di risoluzione a redigere il piano di risoluzione, per garantire la coerenza delle misure adottate per la capogruppo con quelle previste per le filiazioni. Il piano redatto a livello di gruppo deve contenere le misure per il finanziamento della risoluzione e specificare i criteri per ripartire i costi tra le varie banche coinvolte; al riguardo, la capacità di assorbimento delle perdite all'interno del gruppo dovrebbe essere distribuita in funzione del rischio delle singole componenti.

La BRRD contempla altresì i casi in cui si evinca, sulla base del piano di risoluzione, che non vi siano le condizioni per assicurare la risolvibilità del gruppo, poiché le banche sono troppo grandi o complesse per essere sottoposte ad una *resolution* veloce ed efficace. A tal fine, l'art. 17 della BRRD prevede che l'autorità di risoluzione possa: imporre l'adozione di misure per semplificare la struttura societaria; diminuire le dimensioni e i collegamenti di certe banche; modificare i contratti; limitare le esposizioni e attività per rendere più agevole la risoluzione.

La predisposizione di questi piani, ancora in uno stato in cui l'ente non manifesta problemi finanziari, rappresenta uno strumento molto utile per un tempestivo salvataggio dell'ente, giacché permette alle autorità di risoluzione di venire a conoscenza della struttura e dei piani di business di banche anche complesse, migliorando la loro capacità di reazione in caso di scenari avversi di crisi che possono mettere in pericolo interessi pubblici rilevanti.

8. L'intervento precoce

Appartengono alla fase di intervento precoce (c.d. *early intervention*) i poteri che le autorità di vigilanza esercitano per rimediare in maniera tempestiva ai problemi che si presentano nelle variabili economiche e finanziarie delle banche, allo scopo di agevolare il ripristino delle normali condizioni di operatività dell'intermediario ed evitare un ulteriore deterioramento che possa richiedere degli interventi di risoluzione.

La BRRD rafforza i poteri dell'autorità di vigilanza, per risolvere le carenze che gli ordinamenti degli Stati membri hanno mostrato durante la crisi. In particolare, l'intervento del legislatore europeo si è concentrato su una serie di profili che un'azione di vigilanza tempestiva ed efficace deve necessariamente avere: 1) dei

presupposti oggettivi per l'innesco dell'intervento; 2) strumenti efficaci per la gestione e soluzione della fase preliminare di crisi dell'intermediario; 3) riduzione dei tempi per effettuare l'aumento di capitale in situazioni emergenziali.

Per quanto riguarda i presupposti oggettivi della risoluzione, la BRRD ha optato per il ricorso ai *soft triggers*, ossia a valutazioni affidate all'autorità di vigilanza alla ricorrenza dei presupposti per l'intervento precoce che nell'ambito della BRRD si identificano con la violazione dei requisiti prudenziali³⁹² (art. 27 BRRD).

Quanto agli strumenti di *early intervention*, la BRRD ha previsto una vasta rosa di strumenti atti a limitare in maniera significativa i poteri degli azionisti e del management. Anzitutto, la direttiva (art. 23) prevede che gli Stati membri debbono consentire alle autorità di vigilanza di ricorrere ad una serie di strumenti di intervento sugli amministratori dell'intermediario: esse potranno intimare di procedere all'esecuzione del piano o a parte di esso, di aggiornarlo, di proporre soluzioni entro un certo termine. L'autorità può, tra le altre cose, ordinare agli amministratori di convocare gli azionisti, o farlo direttamente, imporre la sostituzione di esponenti aziendali, l'adozione di un piano di ristrutturazione del debito con tutti o parte dei creditori, disporre cambi di strategia o di struttura, eseguire ispezioni al fine di aggiornare il *resolution plan* o prepararsi alla *resolution* dell'intermediario.

A prescindere dal deterioramento della situazione finanziaria dell'ente, la gestione dell'intermediario potrebbe essere caratterizzata dalla presenza di gravi violazioni di legge, di regolamenti o del proprio statuto, oppure potrebbero essere state commesse gravi irregolarità gestionali. Qualora dovessero integrarsi queste ipotesi di allarme gestionale, l'autorità di vigilanza (art. 23a) ha il potere di rimuovere tutti o parte degli amministratori, singoli manager apicali o tutto il management. La nomina di nuovi esponenti in sostituzione di quelli rimossi avverrà secondo le modalità ordinarie, ma dovrà essere approvata, in ultima istanza, dall'autorità di vigilanza competente.

La previsione di questa tipologia di attività di intervento costituisce la prova dell'esistenza di una stretta connessione fra cattiva gestione e crisi dell'intermediario, collegamento che ha trovato ulteriore conferma in occasione della attuale crisi

³⁹² I sintomi della crisi di liquidità possono essere svariati, a titolo puramente esemplificativo basti pensare ad una riduzione della liquidità o ad una crescita dell'indebitamento, dei crediti deteriorati o della concentrazione dei rischi.

finanziaria³⁹³. Pertanto, la soluzione prospettata dalla direttiva consiste nel rimuovere organi di amministrazione, come forma alternativa e autonoma rispetto alla decadenza per difetto di onorabilità (che ha necessariamente carattere rigido) e al sistema sanzionatorio (che mira a prevenire condotte irregolari, colpendo il patrimonio dell'esponente). Tale rimozione si configura, tuttavia, come uno strumento graduale rispetto a quello del *temporary administrator*, qualora in cui vi sia fondato motivo di ritenere che la compagine sociale possa svincolarsi dal condizionamento della precedente gestione.

Interpretando le misure sopra descritte in una prospettiva di progressività, qualora l'autorità di vigilanza valuti gli interventi sopra descritti non sufficienti, essa ha il potere di nominare uno o più amministratori temporanei (*temporary administrator*) con poteri di sostituzione o anche solo di affiancamento rispetto al management dell'intermediario. I poteri conferiti al *temporary administrator* sono fissati di volta in volta dall'autorità all'atto della nomina, e comprendono altresì l'accertamento della effettiva situazione finanziaria dell'intermediario e la sua gestione in vista dell'obiettivo di ristabilirne l'equilibrio e la sana e prudente gestione.

Va osservato come la figura del *temporary administrator* sembra ricordare la gestione provvisoria di cui all'art. 76, TUB e l'amministrazione straordinaria di cui agli artt. 70 ss. del TUB, considerato che è possibile ricorrere a tale strumento in caso di violazioni che prescindono dal deterioramento della situazione finanziaria dell'ente³⁹⁴.

È doveroso tuttavia evidenziare come sia necessario non confondere la figura del *temporary administrator*, che non ha poteri di carattere autoritativo e opera nell'ambito normativo che regola l'attività dell'intermediario (non potendo, ad esempio, derogare al diritto societario applicabile), con quella dello *special manager* introdotto nell'ultima versione della BRRD (art. 29a). Invero, quest'ultimo è il soggetto a cui può essere affidata, dalla *resolution authority* l'attuazione degli strumenti della *resolution*, per i quali egli è autorizzato ad esercitare, oltre ai poteri degli amministratori, anche i poteri degli azionisti³⁹⁵.

³⁹³ S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, G Giappichelli Editore, 2013, pp. 202 e ss.

³⁹⁴ C. BRESCIA MORRA, *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union The Role of the ECB and the EBA*, in *Working papers no. 2*, Luiss Guido Carli, 2014.

³⁹⁵ J.N. GORDON, W.G., RINGE, *Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What It Would Take*, LEGAL RESEARCH PAPER SERIES, Paper No 18/2014 August 2014, Columbia Law and Economics Working Paper No. 465, p. 11 e ss.

9. La risoluzione dell'intermediario in crisi

La *resolution* degli intermediari in crisi non comporta necessariamente il loro salvataggio. L'art. 26 della direttiva BRRD affronta il problema della definizione degli obiettivi da perseguire con tale procedura: evitare l'arresto delle funzioni critiche dell'intermediario, impedire il contagio dei mercati e la disfunzione delle infrastrutture di mercato, ridurre al minimo i costi a carico dei fondi pubblici, tutelare i depositanti e gli investitori garantiti e, in generale, i fondi e i beni dei clienti.

Sempre sulla base di quanto statuito all'art. 26, gli scopi perseguiti tramite la *resolution* non sono ordinati gerarchicamente tra di loro, e l'autorità tra la vasta gamma di strumenti a sua disposizione deve scegliere quello che permette di perseguire gli obiettivi che vengono in rilievo nello specifico caso, riducendo al minimo i costi e le perdite. Non è da escludere la possibilità che possa insorgere un contrasto fra i vari interessi da tutelare, e in particolare fra quello di ridurre al minimo l'utilizzo dei fondi pubblici e tutti gli altri, e in tal caso la loro conciliazione implicherà scelte di carattere non solo tecnico, ma anche politico.

10. I presupposti dell'azione di risoluzione

Risulta particolarmente utile comprendere quali siano i presupposti della *resolution* di un intermediario. Ai sensi dell'art. 27, essi sono cumulativamente: a) l'accertamento da parte dell'autorità che l'intermediario è in dissesto o a rischio di dissesto, intendendosi come tale sia il fatto che esso abbia perduto o stia per perdere i requisiti per operare, sia il fatto che il suo attivo sia o stia per divenire inferiore alle sue passività, sia il fatto che l'intermediario sia o stia per entrare in crisi di liquidità, sia infine il fatto che esso necessiti di supporto pubblico straordinario (salve eccezioni, che comunque devono essere autorizzate come aiuti di Stato); b) l'inesistenza di prospettive affinché il dissesto dell'intermediario possa essere evitato mediante alternative di mercato o azioni correttive dell'autorità; c) l'esistenza di un interesse pubblico a conseguire uno o più degli obiettivi della *resolution* sopra menzionati, allorché la liquidazione dell'intermediario, secondo l'ordinaria procedura di insolvenza non consenta di perseguirli nella stessa misura.

Particolare attenzione merita il rapporto fra la *resolution* degli intermediari e le procedure di insolvenza ordinarie, descritte dalla direttiva alla stregua di quelle procedure che spossessano il debitore e che sono applicabili all'intermediario sia perché speciali sia perché sono applicabili a qualunque debitore (art. 2, n. 40). La direttiva, nel sottolineare le differenze presenti tra la *resolution* e le procedure 'ordinarie', sembra presupporre che queste mirino necessariamente alla liquidazione, e che dunque la *resolution* sottragga l'intermediario, o parte del suo patrimonio, al suo altrimenti inevitabile destino di essere liquidato. Ad onore del vero così non è, posto che, come già ampiamente dimostrato dall'ordinamento italiano, possono essere previste delle procedure per gli intermediari, anche speciali, che non mirano necessariamente alla liquidazione disaggregata e che, viceversa, sono già allo stato attuale dotate di alcuni degli strumenti di *resolution*, primo fra tutti la vendita dell'azienda in blocco con attivi selezionati di cui all'art. 90, TUB, che è del tutto equipollente ad una delle forme della vendita dell'attività d'impresa o *sale of business* di cui all'art. 26 della BRRD.

Conseguentemente, sembra potersi affermare che impostare il discorso in termini duali, contrapponendo la *resolution* degli intermediari alle procedure di insolvenza ordinarie, può risultare fuorviante. Ciò che la direttiva sembra piuttosto affermare è che, se sussistono uno o più elementi di interesse pubblico, quali quelli descritti all'articolo 26, le autorità competenti potranno utilizzare gli strumenti che consentono di non liquidare gli *assets* in modo disaggregato. Al contrario, la direttiva non sembra impedire: che il ricorso agli strumenti di *resolution* avvenga all'interno della procedura di insolvenza di norma applicabile all'intermediario (sia essa generale per tutti i debitori o speciale); che si attivino gli strumenti di *resolution* anche in assenza dei presupposti di interesse pubblico di cui all'art. 26 della direttiva. Alcuni strumenti sono infatti nuovi (il *bail-in* anzitutto), ma altri sono già consolidati e non è possibile sostenere che la direttiva ne sancisca l'esclusiva applicabilità a favore degli intermediari di rilevanza sistemica³⁹⁶. In altri termini, la direttiva BRRD non ha disciplinato una procedura *ad hoc* per la *resolution* dell'intermediario alternativa rispetto ad una procedura prettamente liquidatoria, né ha voluto pretendere che unicamente gli intermediari di rilevanza sistemica potessero accedere ai nuovi strumenti di *resolution*.

³⁹⁶ M. BAGELLA, *L'Euro e la Politica Monetaria: Seconda edizione*, G Giappichelli Editore, 2015, p. 194.

11. I principi generali della *resolution*

Oltre alla previsione di una serie di presupposti oggettivi per l'insacco della procedura di *resolution*, la BRRD ha previsto altresì una serie di principi generali che debbono essere rispettati dalle autorità di risoluzione nella fase di elaborazione ed esecuzione del piano di risoluzione dell'intermediario in dissesto.

Innanzitutto, conformemente al progetto di riallineamento degli incentivi degli investitori, tale direttiva prevede che la *resolution* non può mutare l'ordine di sopportazione delle perdite regolato dai principi generali e dai contratti stipulati dall'intermediario quando era *in bonis*. Da ciò si può desumere che la *resolution*: può intervenire solo dopo che sono stati cancellati o convertiti gli strumenti di capitale che erano già all'origine destinati a consentire l'adeguata capitalizzazione dell'intermediario. Le autorità deputate alla gestione della crisi hanno la facoltà di disporre tale conversione a prescindere dalla *resolution* o in combinazione con gli strumenti a disposizione per l'esecuzione di tale procedura (art. 51, BRRD); le perdite devono far carico previamente agli azionisti e poi ai creditori, secondo la gerarchia del rispettivo credito e, all'interno di soggetti nella medesima classe, rispettando il principio della *par condicio creditorum*.

È necessario altresì garantire che i creditori non subiscano perdite in misura superiore a quelle che avrebbero dovuto patire nella procedura di insolvenza ordinaria (*no creditor worse off principle*). Tale principio, affermato nell'art. 65 della direttiva, potrebbe essere la causa di una serie di problemi applicativi³⁹⁷, dato che promuovere una rassegna comparatistica fra scenari reali e ipotetici, benché spesso inevitabile (si pensi, nella legislazione nazionale, al giudizio di convenienza per il creditore dissenziente rispetto al concordato: art. 180 comma 4 l. fall.), è di difficile realizzazione, e lo è soprattutto in presenza di scenari connotati da un'altissima dinamicità, come quelli in cui interviene la *resolution*.

L'operazione di valutazione che un soggetto di natura indipendente deve effettuare, prima che si possa procedere all'applicazione degli strumenti di *resolution*, svolge un ruolo chiave ai fini della scelta degli strumenti descritti nella Direttiva BRRD. Suddetta valutazione ha la funzione di verificare la sussistenza dei presupposti dell'intervento, sia di orientarne il contenuto a favore di un certo tipo di strumenti

³⁹⁷ E.P. MARELLI, M. SIGNORELLI, *Politica economica: Le politiche nel nuovo scenario europeo e globale*, G Giappichelli Editore, 2015, p. 334.

piuttosto che ad altri, specificando altresì gli attivi e le passività da separare e/o da vendere. Essa serve inoltre a computare il livello di sopportazione delle perdite di azionisti e creditori soggetti a *bail-in* e ad individuare il corrispettivo delle cessioni che si intendono attuare. Tale valutazione può avere anche natura provvisoria e non esclude di per sé la possibilità che possano essere imposti dei conguagli a seguito di una successiva valutazione che, ai sensi dell'art. 66 della direttiva, deve essere necessariamente condotta dopo il ricorso agli strumenti di *resolution*. L'ampio margine di discrezionalità ontologicamente connesso ad una valutazione di tale complessità non rende difficile prevedere che proprio in questo ambito si concentreranno le principali controversie tra i soggetti interessati dall'applicazione dello strumento di risoluzione prescelto. A seguito di una valutazione, successiva all'utilizzazione dello strumento di *resolution*, può maturare - se del caso - il diritto al compenso per azionisti e creditori che abbiano sofferto perdite maggiori di quelle che avrebbero subito qualora fosse stata utilizzata una procedura di insolvenza ordinaria.

L'autorità a cui è stato conferito il compito di gestire la *resolution* (individuata ai sensi dell'art. 3 della direttiva) può nominare uno *special manager* dotato delle necessarie qualifiche e competenze tecniche (art. 29 BRRD). Quest'ultimo può esercitare, sotto il controllo dell'autorità, tutti i poteri degli azionisti, degli amministratori e del *top management*. Pertanto, tale figura avrà il potere di decidere l'aumento del capitale, riorganizzare la struttura aziendale e intervenire anche sulla struttura proprietaria dell'intermediario (29, par. 3 BRRD), in conformità a quanto previsto dagli strumenti di *resolution* di cui alla BRRD.

12. Gli strumenti di risoluzione

L'art. 37 della BRRD mette a disposizione dell'autorità di risoluzione una serie di strumenti di *resolution*. Questi comprendono la vendita dell'attività di impresa, il ricorso allo strumento dell'ente-ponte (*bridge bank*), la separazione delle attività (*bad bank*) e il *bail-in* (salvataggio dall'interno). Si tratta di misure che, nel contesto del più ampio piano di risoluzione, possono essere attivate individualmente o in combinazione tra loro.

a) Vendita delle attività dell'ente in dissesto

Lo strumento della vendita si sostanzia nella cessione di attività, diritti, passività, azioni o altri titoli di proprietà della banca ad un acquirente diverso da un ente ponte. Non è necessario il previo consenso degli azionisti per realizzare tale vendita³⁹⁸. Tale operazione deve avvenire nel rispetto delle norme sugli aiuti di Stato, e deve compiersi attraverso un procedimento aperto, trasparente e non discriminatorio con l'obiettivo di massimizzare il profitto derivante dall'operazione. Se la vendita avviene nel rispetto dei requisiti di cui sopra, ciò permette di escludere l'esistenza di aiuti di Stato illegittimi in favore del soggetto acquirente dell'ente bancario. Ad ogni modo, non è precluso all'autorità nazionale di risoluzione di stimolare determinati acquirenti a presentare offerte.³⁹⁹ Al momento della cessione, il compratore deve possedere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria⁴⁰⁰.

Se l'autorità nazionale di risoluzione stimi che il dissesto o la possibilità di dissesto della banca comporti una minaccia per la stabilità finanziaria e che il rispetto dei requisiti di cessione di cui sopra comprometta l'efficacia dello strumento della vendita, l'art. 39, co. 3, BRRD, consente a questa di agire in deroga rispetto a tale regime. A tal proposito, l'EBA ha pubblicato Orientamenti che chiariscono in quali condizioni è possibile procedere alla vendita senza rispettare i requisiti di cui all'art. 39, co. 2⁴⁰¹. Secondo l'EBA, la sussistenza di una minaccia sostanziale alla stabilità finanziaria è rinvenibile nel caso in cui il ricorso all'ordinario processo di vendita possa generare *i)* una crisi sistemica; *ii)* l'interruzione di funzioni critiche dell'intermediario; *iii)* il massiccio ricorso a prelievo da parte dei correntisti; *iv)* il crollo del valore delle azioni o degli *assets* posseduti dalla banca; oppure *v)* arrecare pregiudizio al corretto funzionamento del mercato interbancario; *vi)* causare il *downgrade* dell'istituto finanziario da parte delle agenzie di *rating*.

Inoltre, si evidenzia che il rispetto dei requisiti di cui all'art. 39, BRRD, può incidere sull'efficacia dello strumento della vendita in caso di eccesso di trasparenza, ovvero sia nel caso in cui la diffusione al pubblico della situazione patrimoniale della

³⁹⁸ BRRD, art. 38, co. 1.

³⁹⁹ BRRD, art. 39, co. 2.

⁴⁰⁰ BRRD, art. 38, co. 7.

⁴⁰¹ EBA, *Final Draft Guidelines on factual circumstances amounting to a material threat to financial stability and on the elements related to the effectiveness of the sale of business tool under Article 39(4) of Directive 2014/59/EU*, 2015.

banca in *distress* può accrescere l'incertezza e la sfiducia tra gli operatori attivi sul mercato.

Peraltro, nonostante il richiamo al principio della non discriminazione, gli Orientamenti dell'EBA consentono alle autorità di risoluzione di tenere in considerazione solo alcuni compratori, sulla base della loro solidità patrimoniale, per poter rendere più rapido possibile il processo di vendita e garantire la continuità delle funzioni essenziali della banca.

Infine, gli Orientamenti, in caso di emergenza, richiamano la necessità di compensare tra massimizzazione del profitto derivante dalla vendita e velocità del procedimento, privilegiando quest'ultimo requisito nella misura in cui le trattative prolungate possano mettere a repentaglio la realizzazione degli obiettivi della risoluzione.

Quanto ai casi più recenti di ricorso allo strumento in commento, è doveroso citare il piano di risoluzione di Alpha Bank⁴⁰², interessata dalla cessione della sua controllata bulgara per un controvalore di 464 milioni di euro, e di Banif.⁴⁰³ Nel caso specifico di Banif, dopo una serie di tentativi di vendita 'volontaria' promossi dalla banca stessa, Banif richiese ulteriori aiuti di Stato. Secondo l'art. 44 BRRD e la *Banking Communication* del 2013 (punti 40-46), suddetta erogazione è possibile soltanto dopo aver avviato un piano di risoluzione ed esaurito il ricorso agli strumenti di *resolution*. L'autorità nazionale di risoluzione portoghese elaborò, pertanto, un piano che prevedeva il ricorso congiunto sia alla vendita di talune attività (*clean bank*) che alla realizzazione di una *bad bank*. Per eseguire detto piano, il 19 dicembre 2015 l'autorità di risoluzione portoghese informò un numero limitato di potenziali acquirenti della possibilità di presentare delle offerte⁴⁰⁴. Il giorno stesso, l'autorità dichiarò che aveva ricevuto tre offerte vincolanti ed una non-vincolante e il giorno seguente selezionava Banco Santander Totta S.A. quale aggiudicatario.

⁴⁰² *Amendment of the restructuring plan approved in 2014 and granting of new aid to Alpha Bank*, SA.43366 2015, parr. 87-88.

⁴⁰³ *Resolution of Banif*, SA.43977 [2015] OJ C 183/4, p. 11 ss.; *Banco de Portugal*, 'Information on Banif – Frequently asked questions', 2016, disponibile all'indirizzo [www.bportugal.pt/en-US/OBancoecoEurosis tema/ComunicadoseNotasdeInformacao/Documents/FAQ_Banif_EN.pdf](http://www.bportugal.pt/en-US/OBancoecoEurosis%20tema/ComunicadoseNotasdeInformacao/Documents/FAQ_Banif_EN.pdf).

⁴⁰⁴ Banif, par. 61.

b) La banca ponte

Ai sensi dell'art. 40, BRRD, le autorità nazionali di risoluzione possono decidere di cedere a un ente-ponte: azioni, attività, diritti o passività emessi da uno o più intermediari soggetti a risoluzione. Tali autorità devono controllare che il valore delle passività cedute al nuovo ente non superi quello delle attività⁴⁰⁵. Ai fini della costituzione di un ente-ponte non è necessaria la prestazione di consenso da parte degli azionisti degli enti soggetti a risoluzione; inoltre, l'art. 40 di cui sopra prevede che la cessione non avvenga a favore di un terzo acquirente di natura privata, bensì in favore di una persona giuridica interamente o parzialmente di proprietà di una o più autorità pubbliche e controllata dall'autorità di risoluzione⁴⁰⁶.

La missione della banca ponte è la detenzione e conservazione di parte degli *assets* della banca sottoposta a risoluzione, con l'evidente scopo di mantenere l'accesso alle funzioni essenziali della banca in dissesto e vendere l'istituto di credito in un secondo momento e a condizioni di mercato più vantaggiose⁴⁰⁷.

Sul tema, sono state registrate una serie di polemiche in ordine all'approccio eterogeneo adottato dalla Commissione per la definizione delle tempistiche entro cui completare la vendita degli enti ponte. Se si confrontano le decisioni della Commissione in *Banco Espírito Santo*⁴⁰⁸ e nel contesto dell'operazione posta in essere in Italia con il decreto cd. "Salva banche", si evince in effetti come all'autorità di risoluzione portoghese siano stati concessi 24 mesi per vendere la *bridge bank* Novo Banco⁴⁰⁹, mentre alle autorità italiane sono stati accordati solo 6 mesi per la cessione delle quattro banche ponte previste dal piano di risoluzione. Ci pare dunque che, malgrado la definizione di un arco temporale unico per la cessione della banca ponte non sia una soluzione né praticabile né (forse) auspicabile, la Commissione dovrebbe in ogni caso evitare di imporre ultimatum nel breve periodo, soppesando meglio il bisogno di eliminare il ricorso agli strumenti di stabilizzazione pubblica con i normali tempi di risanamento e vendita pretesi dalle autorità precedenti e dagli intermediari interessati all'acquisto.

⁴⁰⁵ BRRD, art. 40, comma 3.

⁴⁰⁶ BRRD, art. 40, comma 2, lett. a).

⁴⁰⁷ BRRD, art. 40, comma 2, lett. b).

⁴⁰⁸ *Amendment of the 2014 Resolution of Banco Espírito Santo, S.A., SA. 43976, 2015.*

⁴⁰⁹ SA. 43976, par. 19.

L'art. 40, co. 7, BRRD, prevede che l'autorità di risoluzione, una volta ricorso allo strumento della banca ponte, può ritrasferire azioni, attività, diritti o passività dall'ente ponte all'ente oggetto della *resolution* qualora *i*) la possibilità di ritrasferire tali strumenti sia prevista espressamente dallo strumento mediante il quale è stata effettuata la cessione; *ii*) tali titoli non rientrino nei termini e condizioni dello strumento mediante cui è stata effettuata la cessione. La tecnica del ritrasferimento è stata utilizzata nel caso *Banco Espírito Santo* ("BES") suscitando però delle critiche da parte di accorta dottrina⁴¹⁰. In effetti, l'implementazione del piano di risoluzione, che prevedeva la creazione di un ente ponte - Novo Banco - e il trasferimento di titoli tossici in una *bad bank*, si complicò nella fase di vendita della banca ponte. Dopo gli *stress test* della BCE effettuati nel novembre 2014 si riscontrò in Novo Banco un ammanco di capitale pari a 1.4 miliardi di euro. L'autorità di risoluzione decise allora di spostare cinque *tranches* di bond senior da Novo Banco alla *bad bank*. L'operazione ridusse l'esposizione debitoria della banca ponte e aumentò le sue prospettive di vendita. Allo stesso tempo palesò dei profili di violazione, a discapito dei detentori di bond senior, del principio della *par condicio creditorum*; un principio che poteva essere rispettato mediante un semplice decurtamento in senso orizzontale del valore di tutti i bond della stessa classe, in proporzione al loro valore⁴¹¹.

L'art. 41 della BRRD disciplina le modalità di funzionamento dell'ente ponte, dalle quali si deduce il pervasivo potere di direzione svolto dall'autorità nazionale di risoluzione. Quest'ultima ha il potere di approvare gli atti costitutivi dell'istituto, nomina o approva l'organo di amministrazione, approva la remunerazione dell'organo di amministrazione, nonché la strategia aziendale e il suo profilo di rischio.

Inoltre, la banca ponte può esercitare la propria attività solo a seguito del rilascio della relativa autorizzazione ai sensi della normativa nazionale. La banca ponte viene sciolta solo quando: *i*) avviene la fusione dell'ente ponte con altra attività; *ii*) l'ente ponte non soddisfa più i requisiti di cui all'art. 40, comma secondo; *iii*) viene venduta la totalità o la sostanziale totalità delle attività, diritti o passività a un terzo;

⁴¹⁰ A. REIS, *Portugal's Novo Banco has \$1.5 billion shortfall in Stress Test*, Bloomberg, 14 novembre 2015, in www.bloomberg.com/news/articles/2015-11-14/portugal-s-novo-banco-has-1-4-billion-euro-shortfall-in-test.

⁴¹¹ P. MURPHY, *Novo Banco: Fixing the Bank of Portugal mistake*, Financial Times, 29 gennaio 2016, <http://ftalphaville.ft.com/2016/01/29/2151596/novo-banco-fixing-the-bank-of-portugals-mistake> accessed.

iv) scade il termine previsto dall'art. 40, comma quinto; v) le attività dell'ente ponte sono liquidate nella loro interezza o le sue passività sono completamente assolte.

Ugualmente a quanto prescritto per la cessione delle attività dell'ente in dissesto, l'art. 41 impone che, laddove l'ente ponte sia oggetto di vendita, quest'ultima avvenga secondo una procedura aperta, trasparente e non discriminatoria.

c) Le *bad banks*

L'art. 42 della BRRD accorda all'autorità di risoluzione la possibilità di ricorrere allo strumento delle *bad banks*, che rientra nella categoria delle misure di sostegno a fronte di attività deteriorate (*assets relief measures*). Tali operazioni possono essere suddivise in meccanismi di assicurazione e meccanismi che prevedono il trasferimento di *assets*. Nella prima categoria, rientrano le garanzie statali concesse in relazione ad attività che ancora sono computate nel bilancio dalla banca beneficiaria. Nella seconda categoria, invece, rientra il trasferimento di titoli tossici a *bad banks* 'individuali' o 'sistemiche'. Con il termine individuali, si fa riferimento a quei veicoli creati all'interno della stessa banca sottoposta a *resolution*. Di contro, le *bad banks* sistemiche sono quelle che hanno la missione di acquisire la proprietà di titoli tossici provenienti da una molteplicità di istituti di credito. L'utilizzo di quest'ultimo tipo di *bad bank* certe volte è preferibile, a condizione che "*the transferred assets are fairly homogeneous, or if a number of similarly affected banks will need to participate in the scheme*"⁴¹². Tali veicoli societari effettivamente possono beneficiare delle economie di scala derivanti dalla gestione di una ingente quantità di *assets* simili, a differenza di ciò che sarebbe possibile ricorrendo allo schema delle *bad banks* individuali.

Per la banca in dissesto, il ricorso alla *bad bank*, permette una riduzione del rischio di default e un consolidamento della sua situazione patrimoniale, anche se, va osservato, sia quasi sempre necessario accompagnare la fase della 'separazione' a quella del 'sostegno', per ovviare ad una riduzione del valore dei bilanci derivante dal prezzo di cessione di tali titoli, ridotto rispetto al valore registrato inizialmente in bilancio.

⁴¹² E. O'BRIEN, T. WEZEL, *Asset support schemes in the Euro Area*, European Central Bank Financial Stability Review 112, 2016, p. 116 .

d) Il salvataggio dall'interno (*bail-in*)

La regola del salvataggio dall'interno (c.d. *bail-in*) costituisce l'ultima tappa nell'evoluzione del principio della condivisione degli oneri (*burden-sharing*). Un principio che già da anni è applicato dalla Commissione, sebbene con intensità differenti a seconda dei mutamenti dell'andamento del mercato. In effetti, il punto 44 degli Orientamenti del 2004 stabiliva che la banca in difficoltà, per ricevere aiuti statali, avrebbe dovuto contribuire alla sua ristrutturazione in una misura pari al 50%. Successivamente, il punto 25 della Comunicazione sul settore bancario del 2008 - pubblicata a seguito della crisi finanziaria a livello globale - richiedeva sempre un contributo dell'ente beneficiario al costo dell'intervento statale, anche se l'ammontare del coinvolgimento non era precisato. Il principio è stato poi ribadito dalla Comunicazione sul settore bancario del 2013, la quale al punto 44 ha imposto, quale prerequisito per ottenere un aiuto di Stato, il previo assorbimento delle perdite da parte di azionisti, detentori di capitale ibrido e di debito subordinato. Infine, con l'entrata in vigore della direttiva BRRD, tale principio è stato ulteriormente rafforzato, prevedendo all'art. 37, co. 10, lett. a) che prima di poter concedere qualsiasi aiuto pubblico, almeno l'8% delle passività totali della banca beneficiaria debba essere assorbita dagli azionisti, dagli obbligazionisti - subordinati e *senior* - e, qualora necessario, dai correntisti oltre 100.000,00 euro⁴¹³.

d.1) Il *bail-in*: un'analisi normativa

Nella sezione 5 della BRRD è disciplinato nel dettaglio lo strumento del *bail-in*. Innanzitutto, l'art. 43 stabilisce che l'autorità di risoluzione può ricorrere a tale misura per: *i*) ricapitalizzare una banca che presenta una carenza di capitale; *ii*) convertire in capitale o svalutare il valore nominale dei crediti o dei titoli di debito ceduti a un ente ponte, oppure in applicazione dello strumento della vendita delle attività di impresa o dello strumento della separazione delle attività.

In aggiunta, l'art. 44 individua una lista di titoli esclusi dalla direttiva stessa dall'applicazione del *bail-in*. Rientrano in questa categoria: i depositi protetti, le

⁴¹³ Il coefficiente dell'8% è un punto chiave della dir. BRRD, che lo cita più volte anche ai punti 57, 73 e 75, nonché all'art. 44, co. 5, lett. a).

passività garantite, le passività derivanti dalla detenzione di beni della clientela o in virtù di una relazione fiduciaria, le passività nei confronti di enti creditizi (passività interbancarie) o imprese di investimento con scadenza originaria inferiore ai 7 giorni, le passività nei confronti dei dipendenti, nonché delle autorità tributarie e previdenziali, a condizione che si tratti di passività privilegiate⁴¹⁴.

Lo stesso articolo contempla altresì la possibilità per l'autorità di risoluzione di escludere in via discrezionale certe passività dal *bail-in* qualora: *i*) non sia possibile sottoporle a *bail-in* entro un tempo ragionevole; *ii*) tale esclusione sia necessaria e proporzionata per assicurare la continuità delle funzioni essenziali della banca sottoposta a risoluzione; *iii*) tale esclusione sia necessaria per evitare un effetto contagio nei confronti degli operatori di mercato diversi dalle banche, generando una grave perturbazione nell'economia di uno Stato membro; *iv*) la sottoposizione a *bail-in* di queste passività comporti una distruzione di valore tale che le perdite sostenute da altri creditori sarebbero più elevate rispetto al caso in cui le predette fossero escluse⁴¹⁵.

Per evitare che l'applicazione delle eccezioni contemplate dalla BRRD impedisca al *bail-in tool* di perseguire i propri obiettivi, l'art. 45 prevede che gli Stati membri obblighino le banche a soddisfare un requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili alla risoluzione (*minimum requirement of eligible liabilities* o "MREL"). L'autorità nazionale di risoluzione deve determinare l'ammontare di tali fondi affinché le banche siano sempre in grado di assorbire le perdite con le risorse proprie e di ripristinare un coefficiente di capitale primario tale da consentire la continuazione dell'attività bancaria⁴¹⁶.

Inoltre, ai sensi del combinato disposto dell'art. 108 della BRRD e dell'art. 12, par. 16 del Regolamento n. 806/2014, si ricava un trattamento preferenziale per i depositi. Se, da un lato, i depositi protetti sono esclusi dall'ambito di applicazione del *bail-in*, dall'altro, i depositi di ammontare maggiore ricevono un trattamento preferenziale in

⁴¹⁴ BRRD, art. 44, co. 4.

⁴¹⁵ BRRD, art. 44, co 3.

⁴¹⁶ Dir. BRRD, art. 45, co. 6. V. altresì il Regolamento delegato (UE) 2016/1450 della Commissione che integra la direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione che precisano i criteri applicabili alla metodologia con cui è determinato il requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili.

quanto non vengono calcolati a fini della determinazione del MREL, rendendo il loro assoggettamento a *bail-in* del tutto improbabile⁴¹⁷.

L'art. 47 della BRRD prevede, inoltre, che nell'esercizio del potere di *bail-in*, l'autorità di risoluzione può procedere alla cancellazione delle azioni esistenti o degli altri titoli di proprietà, se il valore del patrimonio netto dell'ente insolvente è negativo o pari a zero⁴¹⁸, e qualora la banca conservi un valore netto positivo, alla diluizione degli azionisti e dei detentori di altri titoli di proprietà quale conseguenza della conversione. In quest'ultima fattispecie, la BRRD prevede che: "*la conversione è effettuata a un tasso di conversione tale da diluire fortemente le quote di partecipazione in azioni e altri titoli di proprietà*"⁴¹⁹. Va notato come il ricorso al termine "*fortemente*" ha sollevato delle perplessità in ordine all'intensità con cui deve realizzarsi la diluizione degli azionisti. Al riguardo, è stato osservato come l'utilizzo di tale termine sia stato preferito rispetto al più classico criterio della proporzionalità, asserendo che siffatto richiamo "*esprime una volontà politica punitiva verso gli azionisti, che si concreta nell'attribuzione a loro di una percentuale di capitale ridotta rispetto a quella che loro spetterebbe sulla base della matematica*"⁴²⁰.

Tale osservazione può apparire condivisibile; tuttavia l'espressione in commento di cui all'art. 47, ci pare possa risultare temperata dal principio "*no creditor worse off principle*" ("NCWO"), richiamato al punto 46 della Comunicazione sul settore bancario del 2013 e agli artt. 36 e 74 della BRRD. Infatti, ai sensi del *NCWO principle*, gli Stati membri devono affidare ad una persona indipendente un'analisi per valutare se gli azionisti o i creditori abbiano di fatto ricevuto un trattamento peggiore rispetto a quello che avrebbero subito in caso di liquidazione. Se dovesse emergere che costoro abbiano sostenuto perdite maggiori rispetto a quelle che

⁴¹⁷ D. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Federalismi*, 2016, pp. 10-11.

⁴¹⁸ C. DI FALCO E M.G. MAMONE, *Capire lo strumento del bail-in attraverso le linee guida e i regulatory technical standards della European Banking Authority (EBA)*, in *Dirittobancario.it*, 2016.

⁴¹⁹ BRRD, art. 47, comma primo.

⁴²⁰ Leggere l'opinione sul tema di L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea* 147, 172 in *AA.VV.*, *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri* (Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013), Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 75/2014.

avrebbero subito in caso di liquidazione con procedura ordinaria di insolvenza, essi avrebbero il diritto di vedersi rimborsata la differenza⁴²¹.

d.3) Il *bail-in* tra ragioni di *policy* e rischi sistemici

L'introduzione del *bail-in* è coerente con l'obiettivo perseguito dalla Commissione europea, che dal 2013 ha tentato di privatizzare il più possibile i costi derivanti dalla risoluzione di un ente bancario in dissesto⁴²². Altro scopo perseguito tramite la previsione di suddetto strumento è stato quello di contrastare l'azzardo morale degli operatori, che in tal modo sembra scongiurato a seguito del varo del principio secondo cui non può aversi nessun salvataggio pubblico (*bail-out*) se prima non si realizza il salvataggio dall'interno (*bail-in*).

Sotto questo punto di vista la previsione del *bail-in* riflette l'analisi condotta dalla Commissione, che, dal 2013, ha ritenuto che la diminuzione dei rischi per la stabilità finanziaria e alcuni segni di miglioramento sul mercato bancario europeo⁴²³, avrebbe potuto permettere di intervenire in maniera più stringente per eliminare suddetto fenomeno, sconfessando la teoria del *too big to fail*, la quale, prima della crisi, aveva condotto numerosi istituti di credito a realizzare investimenti azzardati e ad aumentare il proprio giro di affari in misura insostenibile (*too big to be controlled*).

Pare opportuno, a questo punto, tentare di redigere un bilancio sulla BRRD, valutando gli obiettivi di carattere politico a cui si è mirato tramite l'introduzione del *bail-in*⁴²⁴ e gli effetti derivanti dall'esecuzione di suddetto strumento, ovverosia

⁴²¹ Dir. DBRRD, art. 75. Si veda anche L. STANGHELLINI, *La gestione delle crisi bancarie – la tradizione italiana e le nuove regole europee*, in *Ricerche giuridiche*, Edizioni Ca' Foscari, 2015, p. 315, 328.

⁴²² B. CŒURÉ, *The implications of bail-in rules for bank activity and stability*, Conferenza “*Financing the recovery after the crisis- the roles of bank profitability, stability and regulation*”, Università Bocconi, 2013.

⁴²³ Va sottolineato, ad opinione di chi scrive, che tale valutazione economica della Commissione è risultata un po' azzardata e forse ha anticipato i tempi del ritorno ad una valutazione più severa degli aiuti di Stato al settore bancario. Con tutta probabilità, nell'attuale contesto di crisi, doveva e dovrebbe tuttora essere valorizzato - senza considerarlo come una chimera - lo strumento dell'aiuto pubblico, che nel breve periodo garantisce più stabilità ed evita fluttuazioni molto pericolose sul mercato finanziario che possono produrre un effetto contagio nel resto del comparto bancario e favorire una corsa agli sportelli difficilmente gestibile.

⁴²⁴ Privatizzare il sostenimento dei costi delle insolvenze bancarie, sostenibilità degli aiuti di Stato e eliminare l'azzardo morale degli intermediari.

l'impatto sulla fiducia degli investitori⁴²⁵ e l'aumento del costo di *funding* delle banche sul mercato.

Relativamente al primo profilo, si è detto che, da una parte, il *bail-in* costituisce un intervento radicale del legislatore nel settore delle gestioni bancarie; dall'altra, è stata osservata la difficoltà applicativa di tale meccanismo che può far emergere notevoli criticità dal punto di vista tecnico-giuridico nonché socio-politico. Nondimeno, alcuni pratici del settore bancario lo hanno definito “*certamente migliore del bail-out conosciuto dalla prassi e [...] più attento a un'efficiente ed equa allocazione delle perdite*”⁴²⁶.

In ogni caso, le conseguenze di carattere economico costituiscono soltanto uno dei possibili effetti che possono derivare dall'applicazione dello strumento di cui trattasi. Autorevole dottrina ha individuato quattro condizioni che una attuazione efficace del *bail-in* dovrebbe soddisfare: “*timing, market confidence, the extent of restructuring required, and accurate determination of losses*”⁴²⁷. È stato fatto notare, infatti, che il ricorso al *bail-in* nello stadio iniziale del dissesto della banca potrebbe basarsi su una dimensione delle perdite non ancora rivelatasi nella sua interezza, generando la possibilità di ricorsi ulteriori allo strumento. Viceversa, se il *bail-in* venisse attuato in un fase troppo avanzata della crisi, la situazione patrimoniale della banca potrebbe essere talmente grave da determinare la fuga di qualsiasi creditore. Quanto al *timing*, l'applicazione del *bail-in* ci pare dunque una questione complessa, in quanto tale strumento produce effetti diretti nei confronti di un vasto numero di creditori della banca, con la conseguenza che il suo utilizzo presuppone complesse negoziazioni e lunghi conteziosi giudiziari. Si valuti, inoltre, il fatto che, qualora il ricorso al *bail-in* avvenga in un contesto di mercato instabile e non vi sia stato alcun intervento di stabilizzazione pubblica, è presumibile che dalla sua applicazione derivi un effetto contagio tale da innescare fenomeni di corsa agli sportelli nel resto del settore.

Altra esternalità negativa, che potrebbe derivare dall'imposizione del *bail-in*, è l'aumento del costo di finanziamento delle banche. In effetti, tale strumento ha accresciuto la rischiosità dell'investimento in obbligazioni sub e senior, considerato che, dopo il varo della BRRD, tali titoli corrono il pericolo di essere presi al laccio

⁴²⁵ Per approfondimenti sull'importanza della fiducia degli investitori e, in particolare, dei depositanti ai fini del contenimento di un potenziale effetto contagio, si veda B. BERNANKE, *The Courage to Act*, W. W. Norton & Company, 2015, pp. 137 e 139-140).

⁴²⁶ G. PRESTI, *Il Bail-in*, in *Banca Impresa Società*, 2015, pp. 339, 361.

⁴²⁷ E. AVGOULEAS, C.A. GOODHART, *A critical evaluation of bail-in as a bank recapitalisation mechanism*, in *Centre For Economic Policy Research*, 2014, p. 10.

dal *bail-in*. Gli investitori potrebbero, dunque, dimostrarsi reticenti all'acquisto di tali strumenti finanziari oppure pretendere un tasso di interesse superiore⁴²⁸. Tale situazione, se confermata, comporterebbe un considerevole rialzo dei costi di finanziamento per le banche, riducendo loro redditività.

A questo punto, vale la pena allora domandarsi se, in un sistema bancario caratterizzato dalla presenza di intermediari tutt'altro che solidi, l'introduzione del *bail-in* non metta a rischio, invece che proteggere, la stabilità finanziaria del comparto nel suo complesso. Sul punto, riteniamo di poter concordare con quella autorevole dottrina che, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo strumento, aveva avanzato l'ipotesi di una sospensione della applicazione del *bail-in*, affermando che *“la paura che oggi pervade i risparmiatori e la sfiducia nei confronti delle banche in generale, non solo di quelle fallite, stanno esasperando l'innalzamento dei tassi. Questo effetto è maggiore per quelle banche che sono più simili a quelle fallite, ma è presente anche nelle altre. La naturale conseguenza è che le banche dovranno adottare politiche di erogazione dei prestiti più conservative e accrescerne il costo”*⁴²⁹.

13. Gli strumento di stabilizzazione pubblica

La BRRD riconosce ancora la possibilità di ricorrere ad interventi straordinari di sostegno pubblico per il salvataggio di una banca in *distress*, in presenza però di

⁴²⁸⁴²⁸ Appare opportuno menzionare un'altra questione problematica sollevata dal *bail-in*, ovvero la sua eventuale interferenza con il diritto di proprietà e il legittimo affidamento degli investitori. Sul punto si è pronunciata il 19 luglio 2016 la Corte di giustizia, nel caso *Kotnik* (ECLI:EU:C:2016:570), a seguito di un rinvio pregiudiziale. In primo luogo, i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati nel senso della compatibilità di tale strumento con il diritto di proprietà, considerato che esso è giustificato dal perseguimento dell'interesse pubblico al mantenimento della stabilità finanziaria e soprattutto è proporzionato rispetto all'obiettivo perseguito alla luce del principio *“no creditor worse-off”*, secondo cui ogni investitore in caso di *bail-in* non può subire un trattamento peggiore rispetto a quello che avrebbe subito in caso di liquidazione dell'impresa bancaria. In secondo luogo, la Corte ha altresì dichiarato il salvataggio dall'interno non lesivo del legittimo affidamento dei creditori, poiché essi non potevano fondare il loro affidamento sulla garanzia implicita di aiuto di Stato derivante dagli Orientamenti della Commissione del 2008 sugli aiuti di Stato alle banche; invero, in quel contesto, la Commissione ha totale discrezionalità e può modificare i propri Orientamenti a seconda del mutamento delle dinamiche di mercato. In ogni caso, ci pare di poter osservare che, anche se fosse stato lesivo il legittimo affidamento degli investitori di una banca soggetta a *resolution*, l'atto dell'amministrazione non sembra configurare un 'eccesso di potere', poiché sembra debitamente giustificato da un interesse pubblico prevalente che, nella fattispecie delle crisi bancarie, si identifica con il mantenimento della stabilità finanziaria.

⁴²⁹ L. GUIZO, L. ZINGALES, *L'Italia chiedi la moratoria sul bail-in*, in *ilSole24Ore*, 30 dicembre 2015; P. JENKINS, *Ditch Bail-in rules to avoid Italian tragedy*, *Financial Times*, 4 luglio 2016.

specifiche condizioni. L'utilizzo delle risorse pubbliche deve rappresentare una soluzione di ultima istanza, adottata dal governo o dal ministero competente, di concerto con l'autorità di risoluzione, solo dopo aver attivato senza successo gli altri strumenti di risoluzione per mantenere la stabilità finanziaria dell'intero comparto.

Ai sensi degli artt. 56-58, BRRD, tali strumenti consistono nel finanziamento mediante denaro pubblico e nel temporaneo acquisto della proprietà⁴³⁰. È possibile utilizzare detti strumenti al ricorrere delle seguenti condizioni: 1) l'innescò degli strumenti di *resolution* non appare sufficiente per evitare esternalità negative sulla stabilità finanziaria; 2) gli altri strumenti non assicurano una protezione sufficiente dell'interesse generale, se l'istituto soggetto a *resolution* ha già ricevuto aiuti alla liquidità da parte della banca centrale; 3) l'applicazione degli altri strumenti non risulta sufficiente se l'ente insolvente ha già ricevuti aiuti pubblici straordinari in termini di capitale.

Il ricorso agli strumenti pubblici di stabilizzazione presuppone comunque che i creditori della banca abbiano previamente contribuito all'assorbimento delle perdite e alla ricapitalizzazione dell'ente insolvente per una misura non inferiore all'8% delle passività totali (inclusi i fondi propri). A tale prerequisito si aggiunge, secondo quanto statuito all'art. 37, co. 10 della BRRD, l'obbligo di ottenere l'autorizzazione della Commissione in base alle regole sugli aiuti di Stato.

14. Il finanziamento della *resolution*. Il fondo di risoluzione: 'solidarietà' tra istituti bancari

In caso di gestione di una crisi bancaria, è fondamentale avere a disposizione adeguati strumenti per sostenere dal punto di vista economico la risoluzione dell'intermediario, utilizzabili quando le risorse interne dell'ente non risultino sufficienti per coprire le perdite, ricapitalizzare l'ente e realizzare le altre azioni di risoluzione.

⁴³⁰ Con tale strumento viene trasferita la proprietà dell'impresa bancaria ad un ente per conto dello Stato o a favore di una società a totale capitale pubblico; l'intermediario insolvente verrà poi in un secondo momento ceduto al settore privato non appena il contesto economico generale sarà divenuto più favorevole.

La BRRD, a tal fine, ha deciso di creare dei fondi di risoluzione in ogni Stato membro, alimentati con contributi delle banche e quindi dal settore privato⁴³¹. Gli artt. 99-109 della BRRD impongono ad ogni Stato membro di dotarsi di uno specifico fondo per garantire l'efficace applicazione delle operazioni di ristrutturazione e garantire una rapidità di azione e il coordinamento necessari per sostenere la fiducia del mercato e ridurre al minimo il contagio. L'art. 101 della direttiva affida all'autorità di risoluzione il compito di gestire il funzionamento del fondo; essa se ne può avvalere nella misura necessaria per assicurare l'efficace applicazione degli strumenti di *resolution*. Ci sembra dunque che la BRRD abbia istituito un complesso meccanismo di finanziamento dei salvataggi bancari, che si impernia, da una parte, sulla ripartizione delle perdite tra azionisti e creditori (*bail-in*) e, dall'altra, sui fondi di risoluzione finanziati con i contributi delle banche (*bail-out* privato).

15. Il *funding* del fondo di risoluzione

L'art. 99 della BRRD disciplina un sistema di finanziamento delle operazioni di risoluzione che opera a livello europeo attraverso tre componenti fondamentali: a) i fondi di risoluzione nazionali; b) i prestiti tra meccanismi nazionali; c) messa in comune dei fondi nazionali per finanziare il salvataggio dei gruppi *cross-border*.

L'art. 100 della BRRD obbliga gli Stati membri ad attivare meccanismi nazionali di finanziamento della *resolution* per consentire all'autorità di risoluzione di gestire in maniera efficiente la ristrutturazione dell'ente in crisi. La BRRD dispone che tali fondi vengano alimentati dalle banche tramite conferimenti raccolti prima di qualsiasi operazione di risoluzione e a prescindere da essa.

Per evitare effetti pro-ciclici che potrebbero palesarsi in un sistema basato sul finanziamento *ex post* del fondo, la BRRD prevede che il fondo di risoluzione nazionale disponga di risorse pari ad almeno l'1% dei depositi protetti di tutte le banche autorizzate sul territorio nazionale, da raggiungere entro 10 anni (31 dicembre 2024).

⁴³¹ Per Paesi la cui moneta è l'euro viene applicata la normativa relativa al Fondo unico di risoluzione che si fonda sul Regolamento istitutivo del SRM e per quanto riguarda gli aspetti relativi al trasferimento dei contributi su un accordo intergovernativo.

Le banche - dal 2015 - versano a favore del fondo delle contribuzioni ordinarie annuali (art. 103, BRRD). Parte delle risorse finanziarie (al massimo il 30%), per raggiungere il livello-obiettivo, possono essere costituite da promesse irrevocabili di pagamento, garantite da attività a basso rischio, libere da diritti di terzi e destinate all'utilizzo esclusivo delle autorità di risoluzione nazionale per le finalità specifiche della *resolution*. Le contribuzioni di ogni banca vengono calcolate sulla base dell'ammontare delle passività della banca, al netto dei fondi propri e dei depositi protetti; i contributi così computati vengono corretti in funzione del profilo di rischio di ogni banca.

Qualora le risorse del fondo di risoluzione dovessero rivelarsi insufficienti, è possibile ricorrere a contribuzioni straordinarie *ex post* (art. 104, BRRD); l'importo di tali contributi non può superare il triplo dell'ammontare dei contributi ordinari erogati *ex ante*.

Se entrambe le forme di finanziamento si rivelassero insufficienti o se i contributi *ex post* fossero difficilmente reperibili, si può fare affidamento su delle forme alternative di finanziamento (art. 105, BRRD): contrazione di prestiti, o finanziamenti da parte di banche, enti finanziari o altri soggetti. È possibile ricorrere a tali forme di finanziamento solo quando il fondo di risoluzione sia già stato utilizzato in misura pari al 5% rispetto alle passività totali, e qualora tutte le passività non garantite e non privilegiate, diverse dai depositi ammissibili, siano state cancellate o convertite. In alternativa, il fondo potrebbe finanziare la risoluzione qualora delle risorse provenienti dai contributi *ex ante* non siano state ancora utilizzate (art. 44, co. 7, BRRD).

La seconda componente del sistema europeo di finanziamento della ristrutturazione di una banca è rappresentata dai prestiti volontari tra fondi nazionali (art. 106, BRRD). Nello specifico, i fondi nazionali di risoluzione possono richiedere prestiti ai fondi istituiti negli altri Stati membri, se le somme raccolte con i contributi ordinari non siano sufficienti per finanziare la risoluzione dell'intermediario, e i contributi *ex post* o le forme alternative di finanziamento non siano immediatamente accessibili. Le condizioni del prestito vengono concordate tra le parti interessate.

Infine, la terza componente del sistema è rappresentata dalla riunione dei fondi nazionali di risoluzione in caso di risoluzione di un gruppo transfrontaliero (art. 107). Al riguardo, la BRRD prevede che, nel caso di risoluzione di gruppo, i sistemi di finanziamento nazionali di ciascuna banca parte del gruppo debbano contribuire al

finanziamento della ristrutturazione. La contribuzione di ogni fondo nazionale è calcolata sulla base del piano di finanziamento predisposto nell'ambito del programma di risoluzione di gruppo, elaborato dal collegio di risoluzione.

16. Il ricorso al fondo di risoluzione

L'individuazione dei casi in cui il fondo di risoluzione può intervenire si rivela un'operazione essenziale per comprendere il sistema di risoluzione delle crisi. Sul punto, la BRRD stabilisce che le risorse del fondo possono essere smobilizzate solo per finanziare operazioni di ristrutturazione e per rendere più efficace l'applicazione degli strumenti di risoluzione di cui all'art. 101, BRRD. Conseguentemente, il fondo di risoluzione non ci pare possa essere utilizzato per sostenere operazioni di liquidazione ordinaria dell'ente, posto che in questo caso interviene il sistema di garanzia dei depositi per il rimborso dei depositanti.

Quanto alle fattispecie di intervento dei fondi nazionali di risoluzione, ai sensi dell'art. 101, esse consistono nel: 1) concedere garanzie a fronte di attività e passività dell'ente in risoluzione, delle sue filiazioni, di una banca-ponte o di una *bad bank*; 2) concedere prestiti ai soggetti di cui sopra; 3) pagare indennizzi ad azionisti e creditori nel contesto del regime delle salvaguardie di cui all'art. 75; 4) rilasciare alla banca un contributo sostitutivo di quello che avrebbe ricevuto in caso di *bail-in* di quelle passività ammissibili escluse in via discrezionale dall'autorità di risoluzione; 5) erogare prestiti su base volontaria ad altri fondi di risoluzione.

È importante notare che il fondo di risoluzione non potrà mai essere utilizzato per coprire direttamente le perdite dell'ente in dissesto. Qualora, invece, il fondo debba farsi carico delle perdite dell'impresa bancaria, si applicano i principi che disciplinano l'utilizzo dei fondi nell'ambito del *bail-in* ai sensi dell'art. 44 della BRRD, tra cui l'obbligo di ricorrere ad un *bail-in* almeno in misura pari all'8% delle passività totali e rispettare il limite dell'utilizzo del fondo nella misura del 5% delle passività totali.

17. L'intervento dei sistemi di garanzia dei depositi: altro caso di solidarietà tra istituti di credito

L'art. 109 della BRRD disciplina l'intervento del sistema di garanzia dei depositi nel processo di *resolution*. La BRRD stabilisce che i sistemi di garanzia intervengono per contribuire alle perdite dell'ente da ristrutturare. Il motivo di tale intervento da parte dei DGS è ricollegabile alla circostanza che le misure di risoluzione assicurano ai depositanti l'accesso ai propri depositi fino al livello di copertura e, pertanto, permettono indirettamente la tutela dei depositanti.

La coesistenza del fondo di risoluzione e del fondo di cui sono dotati i sistemi di garanzia pone il problema del coordinamento delle loro attività e del loro *funding*. Sul punto, la direttiva (art. 100, BRRD) prevede che gli Stati membri possano utilizzare la stessa struttura del fondo nazionale di risoluzione per le finalità dei loro DGS.

L'art. 108, BRRD, ha attribuito ai DGS lo stesso grado di priorità dei depositi garantiti, privilegiati rispetto ai depositi superiori ai 100.000 euro e alla totalità dei creditori chirografari. A causa del riconoscimento di tale privilegio, l'ipotesi di coinvolgimento dei sistemi di garanzia nel *bail-in* è davvero remota, potendo essere chiamati ad intervenire solo quando residuino ancora delle perdite dopo il salvataggio dall'interno e l'intervento del fondo di risoluzione. Pertanto, il DGS, nel corso della risoluzione, può essere chiamato ad una erogazione di denaro in qualità di assorbitore delle perdite al posto dei depositi garantiti. Rimane comunque fermo il principio del *no creditor worse-off* e il limite in termini quantitativi del contributo alla risoluzione costituito dal 50% del livello-obiettivo delle risorse del fondo di garanzia.

Più nello specifico, il DGS - cui la banca insolvente partecipa - deve contribuire, in caso di applicazione del *bail-in*, con lo stesso ammontare per cui i depositanti garantiti sarebbero stati incisi qualora non fossero stati esclusi in maniera esplicita e permanente dall'applicazione di suddetto strumento. Al DGS, di contro, non è imposto il versamento di alcun contributo ai fini della ricapitalizzazione della banca in risoluzione o della banca ponte ai sensi dell'art. 46, co. 1, lett. b). I DGS, quindi, partecipano ai costi della risoluzione in misura pari all'*haircut* che i depositi protetti avrebbero subito in caso di *bail-in* o in caso di applicazione di altri strumenti di risoluzione.

18. Il ricorso al Meccanismo Europeo di stabilità (MES): solidarietà tra Stati membri per salvaguardare il settore bancario dell'eurozona

Uno strumento finanziario di intervento, fondamentale in caso di crisi sistemica, è costituito dal Meccanismo Europeo di stabilità (ESM)⁴³². Com'è noto, originariamente il suo mandato era quello di erogare finanziamenti agli Stati membri in difficoltà con i propri conti pubblici; adesso tale mandato è stato esteso alla ricapitalizzazione, diretta o indiretta, delle banche in crisi.

In particolare, attraverso lo strumento della ricapitalizzazione diretta delle banche, l'ESM fungerà da ultimo baluardo per la stabilità finanziaria dell'area euro. Il 10 giugno 2014, l'Eurogruppo ha raggiunto un accordo politico sulle modalità di utilizzo dell'ESM per la ricapitalizzazione diretta degli istituti di credito, attivatosi ufficialmente una volta avviato - il 4 novembre 2014 - il Meccanismo di Vigilanza Unico.

Quanto alle modalità operative dell'ESM⁴³³ ai fini della ricapitalizzazione delle imprese bancarie in carenza di capitale, esso potrà attivarsi, su richiesta di uno Stato aderente, qualora: a) lo Stato non è in grado di fornire assistenza alla banca senza evitare ripercussioni negative sul bilancio pubblico; b) l'assistenza allo Stato richiedente è necessaria per mantenere la stabilità finanziaria della zona euro; c) la banca ha violato i requisiti di capitale minimi stabiliti dalla normativa prudenziale e non può reperire in un lasso di tempo ragionevole capitali privati per ricapitalizzarsi; d) si tratta di una banca 'significativa' che può creare problemi di instabilità finanziaria.

Per la ricapitalizzazione diretta, l'ESM ha una dotazione massima di 60 miliardi di euro. Quanto alle modalità dell'intervento, potrà avvenire mediante l'acquisizione di azioni della banca, di strumenti ibridi o contingenti di capitale per permettere alla banca di rispettare i requisiti prudenziali stabiliti da Basilea 3 e recepiti a livello europeo attraverso la CRD IV e CRR.

⁴³² Per un approfondimento in merito alle modalità di funzionamento e sulla portata innovatrice nell'ambito della *governance* economica europea, si veda P. MANZINI, *La riforma delle regole UE sulla sorveglianza dei bilanci pubblici nazionali*, in *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro. Profili giuridici* (a cura di) ADINOLFI G., VELLANO M., Giappichelli, Torino 2012.

⁴³³ Per un'analisi generale sul funzionamento del MES si veda L.S. ROSSI, *"Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, «IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA», 2012, 17, pp. 293 - 307

PARTE TERZA

1. Il II pilastro dell'Unione Bancaria Europea: il *Single Resolution Mechanism*

Il quadro giuridico delineato dalla BRRD ha mirato a creare una rete di autorità di risoluzione nazionali che collaborano tra di loro, a predisporre una disciplina comune in ordine ai poteri e agli strumenti di gestione delle crisi e ad istituire fondi per il finanziamento della risoluzione. Tale assetto costituisce una grande novità, poiché permette di ridurre al minimo le differenze nelle procedure nazionali per il salvataggio degli enti bancari e conseguentemente di rimediare alle frammentazioni del mercato unico emerse durante la crisi finanziaria.

Ciò nonostante, la sola direttiva BRRD non è stata giudicata idonea - dagli Stati membri dell'eurozona - per perseguire l'obiettivo di stabilizzazione del mercato. È stato osservato come non fosse opportuno mantenere un sistema accentrato di vigilanza bancaria gestito dalla BCE e un sistema di gestione delle crisi bancarie affidate alle autorità di risoluzione nazionali, il quale avrebbe potuto generare frammentazioni e distorsioni alla concorrenza. Pertanto, come successo durante il processo che ha condotto al varo del *Single Supervisory Mechanism*, anche per la gestione delle insolvenze bancarie si è cercato di individuare un'architettura coerente al nuovo assetto di vigilanza.

Una proposta in tal senso è stata presentata dalla Commissione europea il 10 luglio 2013⁴³⁴, con lo scopo di pervenire ad un accordo il più presto possibile, per evitare che il progetto si arenasse nelle secche delle elezioni del Parlamento europeo previste ad aprile 2014. Tale proposta prefigurava il passaggio da una semplice rete di autorità di risoluzione nazionali ad un Meccanismo di risoluzione unico che avrebbe portato all'accentramento di poteri decisionali per la gestione dei dissesti delle imprese bancarie in capo ad un'unica autorità di risoluzione europea. Allo stesso tempo, il progetto prevedeva la costituzione di un Fondo unico di risoluzione europeo; in relazione a quest'ultimo progetto, è stato poi deciso di affidare ad un accordo internazionale (*Intergovernmental agreement* o "IGA") l'onere di definire le modalità operative del Fondo unico di risoluzione in relazione al trasferimento dei contributi delle banche e della messa in comune progressiva delle risorse.

⁴³⁴ COM (2013) 520: Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione delle crisi degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo unico di risoluzione delle crisi e del Fondo unico di risoluzione delle crisi bancarie e che modifica il Regolamento (UE) n. 1093/2010.

Infine, l'accordo sul pacchetto disciplinare costituito dal Regolamento SRM e dall'IGA è stato raggiunto il 27 marzo 2014 e sottoscritto da 26 Stati membri (ad eccezioni di Svezia e Regno Unito) il 21 maggio 2014⁴³⁵. Il 14 luglio dello stesso anno il Consiglio ha approvato il Regolamento sul *Single Resolution Mechanism*⁴³⁶ (SRM), il quale è entrato in vigore il primo gennaio 2016. Con il Meccanismo unico di risoluzione è stata costituita una nuova agenzia europea di risoluzione (*Single Resolution Board*), coadiuvata nel suo operare dal *Single Resolution Fund* (SRF). Il SRM gestirà direttamente la ristrutturazione delle banche degli Stati membri partecipanti al Meccanismo di Vigilanza Unico.

2. Il conferimento dei poteri alla Autorità unica di risoluzione

Vi è stato un lungo e complesso dibattito in merito alla individuazione dell'autorità unica europea a cui affidare il compito di gestire la risoluzione delle banche significative vigilate direttamente dalla BCE nell'ambito del Meccanismo Unico di Vigilanza. Sono state considerate diverse opzioni, tra cui quella di affidare siffatto potere alla BCE ricorrendo alla clausola di flessibilità di cui all'art. 352, TFUE, per evitare un'ulteriore modifica dei trattati. Tale ipotesi è stata tuttavia scartata per evitare una eccessiva concentrazione di poteri in capo alla medesima istituzione e possibili contrasti con l'esercizio delle funzioni di politica monetaria e di supervisione bancaria. Si è pensato, tra le altre cose, di conferire tale funzione anche all'EBA, alla Commissione o all'ESM.

Si è optato infine per l'affidamento dei poteri di risoluzione ad una costituenda agenzia, il Comitato Unico di risoluzione (*Single Resolution Board* o SRB). Il Comitato è formato da un presidente, quattro membri eletti a tempo pieno e dai rappresentanti delle autorità di risoluzione nazionali con diritti di voto. Partecipano ai suoi lavori anche i rappresentanti della BCE e della Commissione in qualità di osservatori permanenti, con possibilità di partecipare ai lavori e avere accesso ai documenti.

⁴³⁵ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION EN, Brussels, 21 May 2014, 10088/14 (OR. en) PRESSE 302, "*Member states sign agreement on bank resolution fund*".

⁴³⁶ Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010.

La base giuridica utilizzata per la creazione del Meccanismo unico di risoluzione è stato l'art. 114, TFUE. La scelta di concentrare in capo al *Board* l'intero processo decisionale è stata oggetto di discussioni, posto che apparentemente tale scelta poteva essere considerata non compatibile con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE (decisione del 13 giugno 1958, Case 9-56), secondo cui non è legittima la delega di funzioni discrezionali ad organi o autorità non previsti dal Trattato ("dottrina Meroni")⁴³⁷. Di contro, l'obiezione contro la concentrazione dei poteri di *resolution* nelle mani del *Board* ha perso di vigore⁴³⁸ a seguito di una recente sentenza della stessa Corte di Giustizia in merito alla legittimità del regolamento disciplinante l'*European Securities Market Authority* (ESMA). La Corte⁴³⁹, infatti, ha escluso l'incompatibilità con la "dottrina Meroni" dell'operatività di organi non previsti dal trattato, a condizione che i loro poteri siano analiticamente determinati e circoscritti *ex ante*, come avvenuto nel caso del *Resolution Board* il cui funzionamento è disciplinato nel dettaglio all'interno del Reg. n. 806/2014 sul SRM.

3. Il meccanismo decisionale

Il principio guida che informa le decisioni da adottare durante la procedura di *resolution* è la minimizzazione dei costi ed evitare la distruzione di valore degli istituti di credito in sofferenza. Il Reg. SRM regola una triplice procedura: 1) anzitutto sono previsti poteri di *early intervention and preparation* (art. 13). La BCE e le autorità nazionali devono informare il *Board* di ogni misura di intervento

⁴³⁷ Sulla base del suddetto principio giurisprudenziale è stato sostenuto come, rappresentando l'equilibrio delle funzioni conferite alle istituzioni una garanzia per coloro nei cui confronti il Trattato trova applicazione, "una delega di poteri discrezionali ad organi diversi da quelli che il Trattato ha istituito per esplicitarli o controllarne l'esercizio nell'ambito delle loro rispettive attribuzioni, violerebbe tali garanzie" (cfr. sul punto Corte di giustizia, 13 giugno 1958, causa 9/56, *Impresa Meroni & Co., Industrie Metallurgiche s.p.a.*, in Racc., 1958, pp. 11 ss.; 13 giugno 1958, causa 10/56, *Impresa Meroni & Co., Industrie Metallurgiche s.p.a.*, in Racc., 1958, pp. 51 ss.; 12 luglio 2005, in cause riunite C-154/04, *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health*, e C-155/04, *The Queen, ex parte National Association of Health Stores*, in Raccolta, 2005, pp. I-6451 ss.; 26 maggio 2005, in causa C-301/02 P, *Carmine Salvatore Tralli contro Banca Centrale Europea*, Racc. 2005, p. I-4099). Sulla influenza della "dottrina Meroni" sull'operato delle agenzie europee, anche all'indomani dell'approvazione del Trattato di Lisbona, si veda GRILLER, ORATOR, *Everything under control? The "way forward" for European agencies in the footsteps of Meroni doctrine*, in *European Law Review*, vol. 35, 1, 2010, pp. 3 ss.

⁴³⁸ F. FABBRINI, *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes - Constitutional Challenges*, Oxford University Press, 2016, p. 153 ss.; HANS-WERNER SINN, *The Euro Trap: On Bursting Bubbles, Budgets, and Beliefs*, Oxford University Press, 2014, p. 303.

⁴³⁹ Corte di Giustizia, (2014) causa C-270/12 *Regno Unito c/ Parlamento Europeo*.

preventiva adottata nei confronti di un intermediario, cosicché quest'ultimo possa prepararsi per procedere alla risoluzione dell'ente bancario o del gruppo interessato; 2) successivamente si deve procedere alla elaborazione di uno schema di risoluzione (art. 18); 3) infine, è prevista l'esecuzione del *resolution plan* da parte delle autorità di risoluzione nazionali (art. 29).

La procedura di risoluzione disciplinata all'art. 18 è l'elemento caratterizzante il SRM e contempla una vasta gamma di processi decisionali e il coinvolgimento di una gran numero di soggetti.

In primo luogo, la BCE avverte senza ritardo la Commissione e il *Board* qualora un istituto sottoposto alla sua vigilanza (una banca significativa o un gruppo *cross-border*) stia fallendo oppure è in procinto di fallire. Sebbene sia prevista la possibilità per il *Board* di agire d'ufficio, non sono specificate le modalità tramite cui esso può azionarsi a tal fine; pertanto, è possibile affermare che la BCE appare come l'unica istituzione dotata del potere di innescare la procedura di risoluzione. Dopo tutto, data la complementarità e la consequenzialità tra supervisione e risoluzione, il Supervisore centrale è l'organo situato nella migliore posizione per poter accertare se un istituto stia per fallire e se si debba o meno procedere alla sua risoluzione⁴⁴⁰.

In secondo luogo, il *Resolution Board* - nella sua sessione esecutiva - deve esprimersi negativamente sulla realizzabilità di un piano di rifinanziamento operato direttamente dal settore privato per prevenire un'ipotesi di fallimento ("*prevention condition*", art. 18, co.1, lett. b)). Inoltre, il *Board* deve dichiarare se l'azione di *resolution* rispetta la condizione del "*pubblico interesse*", la quale sussiste qualora "*l'azione è necessaria al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione ed è ad essi proporzionata e se la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura*" (art. 18 co. 5).

In terzo luogo, se le condizioni fissate nel regolamento sono rispettate, ("*failure condition*", "*prevention condition*" e "*public interest condition*"), il *Board* adotta uno schema di risoluzione, la cui funzione, conformemente all'art 18, comma sesto, è quella di: a) sottoporre l'entità a risoluzione; b) determinare l'applicazione degli strumenti di risoluzione; c) determinare il ricorso al Fondo a sostegno dell'azione di

⁴⁴⁰ A. RESTI, *Liquidità e nuove regole sulle banche: calibrazione e impatti*, FrancoAngeli, 2014, pp. 75 e ss.

risoluzione a norma dell'articolo 76 e conformemente a una decisione adottata dalla Commissione a norma dell'articolo 19.

In quarto luogo, lo schema di risoluzione può entrare in vigore nella misura in cui nessuna obiezione venga mossa da parte del Consiglio e della Commissione nell'arco di tempo di 24 ore successive alla comunicazione effettuata dal *Board*. Più nel dettaglio, la Commissione può approvare ovvero obiettare al programma di risoluzione; di contro, l'intervento del Consiglio può essere promosso dalla Commissione solo qualora il programma non soddisfi il criterio dell'interesse pubblico oppure incida profondamente sulla dotazione del Fondo. Ad ogni modo, la procedura di risoluzione non potrà durare più di 32 ore, posto che *“il Board deve, entro otto ore, modificare il programma di risoluzione in conformità alle ragioni espresse dalla Commissione e dal Consiglio nelle loro obiezioni”* (art. 18, co. 7).

Da ultimo, una volta che un programma di risoluzione è stato approvato, l'autorità nazionale dovrà curare la sua esecuzione, sotto la sorveglianza e secondo le istruzioni inviate dal *Board* (art. 19, co. 9). Pertanto, all'interno del SRM, le autorità nazionali di risoluzione assolvono ad una duplice funzione: non devono solamente eseguire la decisione adottata dal *Board* nei confronti degli istituti di credito significativi, ma altresì saranno responsabili per la risoluzione degli operatori domestici meno significativi. In ogni caso, il *Resolution Board* è autorizzato ad intervenire nell'ambito di questi due campi d'azione. Difatti, durante la fase di implementazione, il *Board* potrà direttamente esercitare i poteri esecutivi, investigativi e sanzionatori nei confronti delle entità interessate. Ad esempio, qualora una autorità nazionale di risoluzione non dovesse applicare o non dovesse eseguire correttamente una decisione di risoluzione, il *Board* potrà esso stesso rivolgere istruzioni all'istituto di credito in crisi.

Inoltre, il Comitato di risoluzione potrà estendere il proprio raggio d'azione nei confronti degli operatori finanziari domestici e delle banche meno significative di propria iniziativa, qualora ciò sia necessario per assicurare i più alti standard di risoluzione (art. 7, co. 4).

4. La costituzione del Fondo unico di risoluzione: nuova solidarietà tra banche ‘europee’

Il Fondo di risoluzione unico (SRF) è stato istituito mediante un accordo intergovernativo⁴⁴¹ raggiunto tra i Paesi aderenti al SRM. Si è deciso di stipulare tale accordo, separato dalla BRRD e dal Reg. n. 806/2014, per fornire massima certezza, tenuto conto delle preoccupazioni di natura giuridica e costituzionale palesate da alcuni Stati membri. Infatti, la previsione di questo testo per la regolazione del funzionamento del Fondo unico è stata realizzata in uno spirito di grande realismo, al fine di permettere al Consiglio di bypassare il blocco politico guidato dalla Germania, avversa alla approvazione di un fondo ai sensi dell’art. 114 del TFUE. La principale obiezione sollevata in ordine al ricorso a siffatta base giuridica si fondava sull’osservazione che tale norma non permettesse all’Unione Europea di dotarsi di poteri vincolanti per ottenere il versamento dei contributi al Fondo da parte delle banche dei Paesi aderenti al SRM.

Il Fondo serve a finanziare la risoluzione delle banche in dissesto. Ad esempio, il suddetto Fondo potrà fornire la liquidità necessaria per la capitalizzazione della banca ponte o della *bad bank* che verranno costituite da parte della autorità di risoluzione per assicurare la gestione ordinata della crisi dell’intermediario, in vista della sua futura cessione a terzi a condizioni di mercato trasparenti ed adeguate. Occorre evidenziare che il Fondo, di norma, non può essere utilizzato per assorbire direttamente le perdite di una banca con carenza di capitale (art. 77, Reg. SRM); tuttavia, quando il Comitato di risoluzione, ai sensi dell’art. 27, Reg. SRM, esclude in via discrezionale delle passività ammissibili dalla procedura di *bail-in*, esso può ricorrere al Fondo per coprire tali perdite, ma solo nella misura in cui sia già stato imposto un coinvolgimento dei privati investitori pari all’8% delle passività totali; in questo caso, il Fondo potrà intervenire per un ammontare massimo pari al 5% delle passività totali. Invero, per poter accedere al finanziamento garantito dal Fondo è sempre richiesta, quale preconditione, la previa applicazione del *bail-in* e degli altri strumenti di *resolution* previsti nel Regolamento SRM. Il rispetto di tale condizione è fondamentale per poter perseguire lo scopo principale dell’Unione bancaria, vale a

⁴⁴¹ “Accordo sul trasferimento e la messa in comune dei contributi al fondo di risoluzione unico”, EF 121 ECOFIN 342, Bruxelles, 14 maggio 2014.

dire che il costo dei dissesti bancari gravi sul settore finanziario e non più sui contribuenti.

Il Fondo è finanziato dai contributi del settore bancario e verrà costituito nell'arco di otto anni, entro i quali dovrà aver raggiunto un livello obiettivo pari all'1% dell'importo dei depositi protetti delle banche operanti negli Stati aderenti all'Unione bancaria (art. 69, Reg. SRM). La sua dotazione sarà di circa 55 miliardi di euro.

Il contributo annuale di ogni banca è calcolato in base alle sue passività, esclusi i fondi propri e i depositi protetti (art. 70, Reg. SRM). I contributi delle banche⁴⁴² versati, nella fase transitoria, nei compartimenti nazionali ai sensi della BRRD, dovranno poi essere trasferiti al Fondo di risoluzione unico secondo quanto statuito nell'IGA. In effetti, la direttiva BRRD, nella fase transitoria, impone agli Stati membri di istituire fondi di risoluzione nazionali e di versare dei contributi *ex ante* (artt. 100, 101 e 103). In seguito, siffatti compartimenti verranno gradualmente fusi nel Fondo unico. Questo accorpamento delle risorse presenti nei singoli fondi nazionali inizierà nella misura del 40% nel primo anno e di un ulteriore 20% nel secondo anno, per poi aumentare continuamente con importi uniformi nei rimanenti sei anni, fintanto che i comparti nazionali non cesseranno di esistere (v. art. 5, co.1, lett. a), dell'accordo sulla messa in comune dei contributi del fondo unico). Di conseguenza, mentre nel primo anno il costo della ristrutturazione delle banche sarà sostenuto dai fondi di risoluzione nazionali degli Stati in cui le banche sono insediate, successivamente la quota diminuirà in relazione all'incremento del contributo degli altri Paesi coinvolti⁴⁴³. Gli Stati membri hanno anche la facoltà di decidere la separazione o l'unificazione dei rispettivi fondi di risoluzione delle crisi e dei sistemi di garanzia dei depositi conservando il medesimo livello-obiettivo oppure fissando un livello superiore a tale ammontare.

Una volta conclusa la fase di raccolta dei contributi per la costituzione del Fondo unico (artt. 67-74, Reg. SRM) e raggiunto il livello obiettivo, le banche saranno chiamate a versare ulteriori contributi se la base contributiva aumenta o se il Fondo eroga finanziamenti. L'entità dei contributi è individuata sulla base di specifici criteri descritti nel Reg. SRM (art. 69, co. 4), il quale fa riferimento alle passività della banca da adattare al profilo di rischio dell'ente.

⁴⁴² Con sede nei Paesi aderenti al SRM.

⁴⁴³ Come emerge dal documento "Bank recovery and resolution: Council confirms agreement with EP", in www.consilium.europa.eu/press, 2.

In ogni caso, qualora i contributi *ex ante* risultino insufficienti e i contributi *ex post* non siano immediatamente accessibili, potrebbero risultare necessarie risorse supplementari, allo scopo di garantire la continuità delle funzioni sistemiche durante il procedimento di ristrutturazione della banca. A tal fine, il Fondo potrà contrarre prestiti o ottenere altre forme di sostegno da enti creditizi o da altri terzi, inclusi i fondi pubblici; il regolamento prevede, in questo caso, che le perdite siano ripartite tra tutte le banche inserite nel SRM nella forma di contributi straordinari *ex post* e in tal modo i soldi pubblici utilizzati verranno restituiti (art. 71).

Si aggiungano i mezzi di finanziamento alternativi di cui all'art. 73, secondo cui il Comitato può contrarre per il Fondo prestiti o altre forme di sostegno presso gli enti, enti finanziari o altri terzi che offrono condizioni finanziarie più vantaggiose (art. 73, co. 1).

L'accordo sulla messa in comune dei fondi nazionali di risoluzione ha previsto che la sua entrata in vigore corrispondesse al primo giorno del secondo mese successivo alla data in cui gli strumenti di ratifica sono stati depositati dai Paesi firmatari che rappresentino almeno il 90% del totale dei voti ponderati di tutti i partecipanti. A partire dal 30 novembre 2015, un numero sufficiente di Stati membri ha ratificato l'accordo; pertanto, dal 30 giugno 2016, i contributi ordinari al Fondo unico hanno cominciato ad essere versati regolarmente da parte delle banche operanti nei Paesi che hanno aderito al SRM (art. 3, co. 2, dell'IGA).

I ministri delle finanze dell'UE, a fine 2013⁴⁴⁴, hanno adottato una dichiarazione con la quale hanno previsto che, durante il periodo transitorio, sarà possibile richiedere dei finanziamenti ponte sostenuti da prelievi a carico delle banche oppure dal Meccanismo europeo di stabilità (MES). Ciò permetterà di reperire le risorse finanziarie sufficienti per i singoli fondi nazionali prima del raggiungimento del livello-obiettivo.

Recentemente, nel dicembre 2015⁴⁴⁵, gli Stati partecipanti al SRM hanno adottato un altro sistema di finanziamento ponte che dovrebbe sostenere, sempre nella fase transitoria, i comparti nazionali del Fondo unico. In effetti, dal 2016 gli Stati membri dell'UBE potranno siglare con il Comitato di risoluzione un accordo di prestito, garantendo una linea di credito per sostenere il proprio comparto nazionale nel

⁴⁴⁴ Consiglio dell'Unione, *Statement of Eurogroup and Ecofin Ministers on SRM backstop*, 18 dicembre 2013.

⁴⁴⁵ Consiglio dell'Unione, *Statement on Banking Union and bridge financing arrangements for the Single Resolution Fund*, 8 dicembre 2015.

Fondo di risoluzione unico. In questo modo, sarà possibile garantire fin da subito l'efficiente funzionamento del Fondo, qualora dovesse palesarsi una carenza di risorse per la ristrutturazione delle banche in crisi nello Stato membro interessato dalla procedura di *resolution*. La rete delle linee di credito nazionali proteggerà i contribuenti e nel medio termine non inciderà sulle condizioni di finanza pubblica degli Stati membri⁴⁴⁶, visto che gli importi richiesti verranno ripagati - in un secondo momento - dal settore bancario (quindi privato) di ogni Stato membro.

Saranno altresì possibili trasferimenti temporanei tra comparti nazionali per facilitare le operazioni di *resolution*. Da ultimo, durante la fase transitoria, potranno essere adottate misure comuni di sostegno che faciliteranno l'assunzione di prestiti da parte del Fondo di risoluzione unico, le cui somme verranno, in ultima istanza, rimborsate mediante i contributi del settore bancario.

5. Il rapporto tra SRM e sistema di garanzia dei depositi

Da approfondire è la tematica relativa ai rapporti che si vengono ad instaurare tra SRM e i sistemi di garanzia dei depositi nazionali. Più nello specifico, a seguito dell'entrata in vigore del SRM, i sistemi di garanzia dei depositi dovrebbero continuare a svolgere le medesime funzioni loro assegnate dalla direttiva DGS e dalla BRRD. Pertanto, dovrebbero continuare a rimborsare i depositanti in caso di liquidazione dell'ente bancario oppure, in caso di risoluzione, contribuire alla copertura delle perdite che i depositanti al di sotto dei 100.000 euro avrebbero subito qualora la banca fosse stata liquidata secondo le ordinarie procedure di insolvenza.

Difatti, il Reg. SRM si conforma a questa ripartizione di funzioni, posto che, con riferimento all'intervento dei DGS nell'ambito della risoluzione, il suo art. 79 rinvia esplicitamente a quanto previsto all'art. 109 della BRRD.

Va osservato inoltre che il SRM non ha alcuna capacità di intervento nei confronti di schemi di protezione istituzionale o di altre forme di sostegno infra-gruppo elaborati da un gruppo di imprese bancarie. In effetti, come anche previsto all'interno della BRRD, i presupposti per innescare la procedura di *resolution* includono, oltre alla verifica che la banca sia in dissesto o a rischio dissesto e se nel caso di specie la

⁴⁴⁶ D. SICLARI, *Italian Banking and Financial Law: Crisis Management Procedures, Sanctions, Alternative Dispute Resolution Systems and Tax Rules, Volume 4*, Palgrave Macmillan, 2015, p. 55 ss.

resolution corrisponda all'interesse pubblico, che nessuna misura alternativa di natura privata possa evitare nel breve termine il fallimento dell'intermediario.

PARTE QUARTA

1. La riforma della direttiva sui sistemi di garanzia dei depositi: da una armonizzazione minima ad una massima

Con la crisi si è avviato il dibattito in sede internazionale relativamente alla possibilità di rafforzare l'operatività dei sistemi di garanzia dei depositi mediante la realizzazione di uno schema unico di garanzia operante a livello europeo. La costituzione di uno schema di protezione di dimensioni pan-europea ha trovato numerosi riscontri in dottrina⁴⁴⁷. Sotto questo punto di vista, è stata posta l'enfasi, per un verso, sui possibili risparmi che si otterrebbero in termini di costi amministrativi; per l'altro, sull'opportunità di gestire in maniera più efficiente le crisi bancarie sotto il profilo del minor impatto che avrebbe la crisi di un intermediario all'interno di un sistema di più grandi dimensioni rispetto a quello che si fonderebbe su un sistema di garanzia operante a livello prettamente nazionale. In aggiunta, è stato posto l'accento sui vantaggi derivanti dalla centralizzazione delle decisioni e della conseguente parità di trattamento che verrebbe garantita in tutti gli Stati membri dell'Unione.

Purtroppo, l'idea di creare un sistema unico di assicurazione dei depositi è stata inizialmente accantonata poiché ritenuta una riforma meno urgente rispetto alla realizzazione degli altri pilastri dell'Unione bancaria. Tale progetto resta comunque sullo sfondo⁴⁴⁸, soprattutto per rendere in futuro omogeneo lo schema di funzionamento dell'Unione bancaria, che ha visto, per le altre due componenti una devoluzione di poteri ad un livello sovranazionale, per garantire quel *level playing field* che permettere di evitare la frammentazione del settore bancario a livello europeo e, in generale, la realizzazione del mercato unico.

Pertanto, la scelta finale del legislatore europeo è stata l'istituzione di una rete di sistemi di garanzia nazionali. Invero, la Commissione europea, sulla base anche delle indicazioni fornite dal *Financial Stability Board* e dal Comitato di Basilea, ha

⁴⁴⁷ V. sul punto V. CONSTANCIO, *Banking Union and European Integration*, discorso tenuto presso la OeNb Economics Conference, Vienna, 12 maggio 2014; I. VISCO, *Il completamento dell'Unione bancaria e il finanziamento dell'economia reale*.

⁴⁴⁸ In effetti, recentemente la Commissione europea ha presentato una proposta di Regolamento in materia di assicurazione dei depositi bancari, terzo pilastro dell'UBE, complementare rispetto agli altri due pilastri già entrati in vigore e operanti dal 2016. La proposta della Commissione europea prevede l'inserimento di una disciplina *ad hoc* proprio all'interno del Reg. sul SRM, dedicato alla regole e alle procedure per la risoluzione degli enti creditizi. L'*European Deposit Insurance Scheme* (EDIS) si affiancherà ai sistemi nazionali di garanzia dei depositi (DGS) attualmente previsti dalla Direttiva BRRD e dalla Dir. sui DGS, per assicurare un livello più elevato di tutele patrimoniali a fronte dell'emersione di rischi di insolvenza delle imprese bancarie europee.

presentato nell'estate del 2010 una proposta di direttiva⁴⁴⁹, che modificava quella del 1994, allo scopo di aumentare la protezione offerta ai consumatori di prodotti finanziari e la fiducia nel settore del credito.

La tecnica legislativa adottata si è basata sulla modifica di quegli elementi, presenti nella precedente direttiva 94/19/Ce, che venivano lasciati alla discrezionalità degli Stati membri, per poter procedere ad una armonizzazione massima della disciplina e quindi ad un rafforzamento della tutela offerta ai depositanti europei. Il testo iniziale della proposta è stato lungamente discusso, in particolare in ordine alle modalità di interazione con la contestuale proposta legislativa che introduceva una nuova disciplina sostanziale per la risoluzione degli enti in dissesto. Un accordo è stato raggiunto in sede ECOFIN a dicembre 2013 e il testo finale⁴⁵⁰ è stato approvato il 15 aprile 2014 nella seduta plenaria del Parlamento europeo.

2. Gli elementi principali della riforma: l'oggetto della garanzia, le procedure e i tempi del rimborso

Nella nuova Direttiva 2014/49/UE (c.d. "DGS") è stata confermata la tutela per 'depositante' e non per deposito e il livello di protezione fino a 100.000 euro⁴⁵¹, come già stabilito in precedenza nella direttiva del 2009. Quando nella direttiva si parla di depositante, si intende colui che risulta titolare del deposito e, nel caso dei conti congiunti, ciascuno dei titolari del conto stesso. Pertanto, in caso di conti congiunti, la quota che spetta ad ogni titolare concorre a determinare l'importo rimborsabile per ciascun depositante.

Per ottenere il rimborso, la direttiva DGS esclude che i depositanti debbano far fronte ad alcun adempimento; infatti, essa vieta in maniera categorica che il depositante debba presentare una apposita richiesta di rimborso al DGS, diversamente da quanto stabilito dalla Direttiva n. 19/1994 che lasciava gli Stati membri liberi di decidere di introdurre o meno tale formalità.

⁴⁴⁹ Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 94/19/CE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi per quanto riguarda il livello di copertura e il termine di rimborso.

⁴⁵⁰ Direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (rifusione).

⁴⁵¹ L'art. 19 della direttiva prevede una disciplina transitoria ai sensi della quale gli Stati membri che al primo febbraio 2008 assicuravano una protezione tra 100.000 e 300.000 euro, hanno la possibilità di continuare a garantire questa maggiore protezione fino al 31 dicembre 2018.

Il presupposto oggettivo per innescare il rimborso dei depositanti è rappresentato dall'indisponibilità del deposito. Un deposito è indisponibile quando: le autorità competenti hanno stimato che l'ente creditizio, per motivi collegati alla sua situazione patrimoniale, non può rimborsare il deposito; un'autorità giudiziaria prende una decisione, per ragioni connesse alla situazione finanziaria dell'ente, di sospensione dell'esercizio dei diritti dei depositanti nei confronti dell'ente stesso.

La direttiva, inoltre, prevede i requisiti soggettivi e oggettivi per poter usufruire della protezione dei sistemi di garanzia. Quanto ai requisiti soggettivi, sono stati semplificati i criteri di ammissibilità al rimborso dei depositanti. Rispetto allo schema adottato dalla direttiva 94/19/Ce, si registra il passaggio da uno schema fondato su poche esclusioni obbligatorie e una vasta gamma di esclusioni facoltative, ad un regime in cui tutte le esclusioni dalla garanzia sono obbligatorie (art. 5, co. 1). Più nello specifico, vengono esclusi: depositi di altre banche e di imprese di investimento, di assicurazione, di fondi pensione, di pubbliche autorità, titoli di debito emessi da banche, depositi derivanti da transazioni per le quali vi sia stata una condanna per riciclaggio.

Quanto ai requisiti oggettivi della garanzia, la direttiva DGS fornisce una definizione di deposito, inteso come *“un saldo creditore, risultante da fondi depositati in un conto [...], che l'ente creditizio deve restituire secondo le condizioni legali e contrattuali applicabili [...]*”. Di contro, un saldo creditore non viene considerato un deposito quando: la sua esistenza può essere provata solo con uno strumento finanziario, salvo che non si tratti di un prodotto di risparmio giustificato da un certificato di deposito nominativo; il suo capitale non è rimborsabile alla pari; il capitale è rimborsabile alla pari solo in base ad una determinata garanzia fornita dall'impresa bancaria o da un terzo.

Alla direttiva DGS va riconosciuto il merito di aver ridotto ulteriormente i 'tempi' del rimborso fino a sette giorni lavorativi nell'arco di dieci anni (entro il 31 dicembre 2023); ciò sarà possibile attraverso un aumento dello scambio di informazioni tra autorità di vigilanza bancarie, sistemi di garanzia dei depositi e istituti di credito partecipanti. In particolare, è previsto che i sistemi di garanzia debbano essere informati tempestivamente dalle autorità di supervisione qualora queste ultime, nell'esercizio della loro attività di controllo, scoprano dei problemi presso un istituto di credito che possano dar luogo ad un intervento dei sistemi di garanzia. La

possibilità concessa dalla direttiva di avvalersi del termine transitorio è lasciata alla discrezionalità degli Stati membri in sede di recepimento.

In taluni casi particolari, la direttiva DGS accorda una riduzione dei tempi di rimborso. Si tratta della fattispecie dei pagamenti di emergenza di cui all'art. 8, co. 4, conformemente al quale, durante il periodo transitorio, se i sistemi di garanzia dei depositi non possono mettere a disposizione l'importo da rimborsare ad un depositante entro sette giorni lavorativi, i DGS devono garantire ai depositanti l'accesso ad una somma adeguata per il sostentamento giornaliero entro cinque giorni lavorativi dalla domanda inviata dal depositante. L'ammontare ottenuto in anticipo verrà poi detratto dalla somma complessiva rimborsabile al depositante.

Va sottolineato come una disposizione della direttiva DGS creerà sicuramente dei problemi dal punto di vista applicativo; si tratta di quella relativa alla protezione riconosciuta ai saldi temporanei elevati (art. 6, co 2). In questo caso, i DGS devono assicurare protezione ai depositi oltre i 100.000 euro per almeno tre mesi e per un massimo di 12 mesi dopo il versamento dell'importo sul conto. In particolare, si tratta dei depositi: 1) rimpinguati da trasferimenti su beni immobili relativi a proprietà residenziali private; 2) deputati a soddisfare bisogni di carattere sociale e collegati a determinati eventi della vita del depositante come il matrimonio, il pensionamento, il licenziamento, l'invalidità, il decesso; 3) che soddisfano delle finalità connesse al pagamento di prestazioni assicurative o indennizzi per lesioni personali dolose o ingiusta condanna.

Gli eventuali problemi sotto il profilo applicativo riguardano la corretta individuazione dei conti oggetto dei trasferimenti protetti dalla direttiva, poiché le banche non sono vincolate a conoscere i motivi per cui i propri clienti hanno certe disponibilità elevate. Peraltro, va notato come sia difficile e dispendioso per l'intermediario tenere un archivio aggiornato di tali informazioni, per l'inclusione o meno di certi saldi nell'ambito della garanzia di cui trattasi.

Altra fattispecie da menzionare riguarda l'istituto della compensazione dell'importo del deposito con determinate passività del depositante nei confronti della stessa banca. Sul tema, l'art. 7, co. 4 della dir. DGS statuisce espressamente che la compensazione è esclusa ai fini della determinazione dell'importo rimborsabile; tuttavia, la compensazione è ammessa se le passività del depositante nei confronti della banca siano esigibili alla data di indisponibilità dei depositi, e se la suddetta

compensazione è legittima ai sensi delle disposizioni di legge e contrattuali che informano il rapporto tra banca e cliente.

3. Il meccanismo di finanziamento: solidarietà per una definitiva mutualizzazione del debito bancario a livello europeo

L'attuale meccanismo di finanziamento previsto dalla dir. DGS è decisamente più articolato rispetto al vecchio schema di finanziamento non armonizzato, che affidava agli Stati membri l'onere di organizzare i propri sistemi di garanzia sia sulla base di sistemi di *funding ex ante* (costituzione di un fondo subito disponibile qualora fosse necessario intervenire) che di sistemi *ex post* (che si attivavano a chiamata in caso di singoli interventi).

Il nuovo schema di finanziamento è basato invece su un sistema misto di finanziamento, sia *ex ante* che *ex post*, capace di creare un vero e proprio sistema di sostentamento dei sistemi di garanzia dei depositi, alla stessa stregua delle modalità di finanziamento della ristrutturazione di una banca in dissesto.

Il primo stadio - ai fini della determinazione di una solida riserva - si fonda su un meccanismo di contribuzioni regolari versate dalle banche partecipanti. Le risorse finanziarie disponibili devono raggiungere un livello-obiettivo almeno pari allo 0,8% dei depositi garantiti⁴⁵² entro il 3 luglio 2024; è possibile che almeno il 30% delle risorse finanziarie disponibili siano rappresentate da impegni di pagamento⁴⁵³.

Per quanto riguarda la determinazione dell'ammontare del contributo annuale che le banche aderenti debbono versare al proprio DGS, esso viene individuato tenendo conto anche del ciclo economico e del suo impatto sotto il profilo della pro-ciclicità. L'autorità di supervisione bancaria può concedere ad una banca un proroga di sei mesi ai fini del versamento del contributo ordinario, qualora l'erogazione di tale quota possa mettere a repentaglio la tenuta dei conti della banca.

⁴⁵² Il termine di dieci anni può essere posticipato fino ad un massimo di quattro anni qualora il DGS abbia effettuato più esborsi in un percentuale superiore all'8% dei depositi garantiti.

⁴⁵³ A tal proposito, l'art. 2, co. 1 della Dir. DGS stabilisce che la garanzia deve consistere in attività con basso profilo di rischio, non gravata da diritti di terzi e essere nella piena disponibilità del sistema di garanzia dei depositi. Sul punto l'EBA ha emanato apposite linee-guida: *Draft guidelines on payment commitments under Directive 2014/49/EU on deposit guarantee schemes*, Consultation Paper EBA, 25 settembre 2014.

Un volta raggiunto il livello-obiettivo, per il suo mantenimento è previsto un apposito ‘meccanismo di ricostituzione’. Invero, qualora le risorse del fondo scendano al di sotto di suddetto ammontare, devono riprendere le contribuzioni ordinarie e, se i mezzi finanziari dovessero scendere di due terzi rispetto al livello *target*, dovrebbe essere predisposto un piano specifico per raggiungere nuovamente la soglia obiettivo entro sei anni.

Altra forma di finanziamento dei DGS è rappresentata dai contributi *ex post*, che le banche sono tenute ad erogare nella misura in cui i mezzi finanziari del fondo risultino insufficienti per il rimborso dei depositanti di una banca sottoposta a procedura di liquidazione ordinaria. Tali versamenti non possono mai superare lo 0,5% dei depositi protetti per anno di calendario. Nella misura in cui tale versamenti straordinari possono mettere in pericolo la sopravvivenza stessa della banca tenuta al versamento, l’autorità di vigilanza può differire il versamento del contributo per sei mesi.

In aggiunta, i sistemi di garanzia possono fare affidamento anche su meccanismi di finanziamento alternativi, per poter finanziare interventi non realizzabili con le risorse raccolte con gli altri strumenti di cui sopra, anche attraverso l’emissione di obbligazioni.

Si evidenzia che l’art. 12 della direttiva autorizza, qualora gli altri schemi di finanziamento dovessero rivelarsi insufficienti, un meccanismo di finanziamento reciproco su base volontaria tra sistemi di garanzia dei depositi. Tale prestito verrebbe concesso a un tasso d’interesse equivalente al tasso applicato alla BCE (*marginal lending facility*) e verrebbe restituito entro cinque anni.

Ultima novità introdotta dalla direttiva concerne la determinazione dei contributi che le banche devono versare ai sistemi di garanzia in base al profilo di rischio dell’intermediario (*risk-based contribution*). In questo modo, la direttiva introduce un ulteriore elemento di stimolo per le banche a mantenere un efficiente gestione del bilancio, evitando di slanciarsi in attività rischiose che possano tramutarsi in potenziali perdite di bilancio e, soprattutto, causare il versamento di un contributo annuale maggiore a favore dei DGS.

4. L'uso dei fondi del sistema

Attraverso la lettura congiunta della direttiva DGS e della direttiva BRRD è possibile comprendere quali siano le modalità di utilizzo dei mezzi finanziari di cui sono dotati gli schemi di garanzia dei depositi. La definizione del mandato dei DGS è contenuta all'art. 11 della dir. DGS, il quale prevede una serie di interventi in caso di crisi dell'intermediario, riassumibili secondo lo schema che segue: 1) le risorse del sistema di garanzia devono principalmente essere utilizzate per il rimborso dei depositanti qualora i depositi diventino indisponibili. In tal modo, il DGS subentra nei diritti dei depositanti che hanno ottenuto il rimborso e partecipa alla liquidazione dell'ente insolvente. 2) i DGS, sempre in caso di liquidazione dell'ente bancario, possono finanziare delle misure volte a garantire la continuità di accesso ai depositi⁴⁵⁴, salvo che i costi sostenuti dal DGS rispettino il requisito del minor onere, ossia il costo dell'operazione non deve superare il totale dei depositi garantiti dell'ente al netto dei recuperi. 3) i mezzi dei DGS possono essere utilizzati per finanziare la ristrutturazione di un'impresa bancaria ai sensi dell'art. 109, BRRD. In questo caso, il DGS copre le perdite dell'ente nella misura determinata dall'autorità di risoluzione nel *resolution plan* conformemente alla valutazione effettuata dall'esperto indipendente di cui all'art. 36, BRRD. 4) infine, le risorse finanziarie possono essere impiegate per promuovere 'misure alternative' per evitare che la banca vada in default; in tal modo, si prova a scongiurare il costo eccessivo di un rimborso dei depositanti e altri effetti negativi nei confronti del resto del settore bancario. Va ricordato come suddetto intervento debba svolgersi in linea con le regole in tema di aiuti di Stato, come si evince dalla lettura dei considerando n. 3 e 16 della dir. DGS.

L'intervento del sistema di garanzia per rimborsare i depositanti non presenta particolari problemi sia sotto il profilo interpretativo che applicativo. Infatti, tale attività si identifica con il mandato tradizionale dei DGS, che consiste nel rimborso dei depositanti di istituti di credito sottoposti a procedura ordinaria di insolvenza fino alla copertura dell'ammontare massimo, con surroga nei diritti dei depositanti rimborsati e partecipazioni ai ricavi derivanti dal processo di liquidazione dell'ente insolvente.

⁴⁵⁴ Trasferimento di attività, passività, depositi protetti.

Più complesso è il ruolo svolto dai DGS nelle operazioni di risoluzione, alla luce dei nuovi meccanismi di ripartizione delle perdite in caso di *resolution*, compreso il ricorso preventivo al *bail-in* e al fondo di risoluzione. Sul punto, l'art. 11, co. 2, dir. DGS, che rinvia a sua volta all'art. 109, BRRD, prevede che la contribuzione alla copertura delle perdite non possa andare oltre il 50% del livello obiettivo dei mezzi finanziari disponibili. In ogni caso, il DGS non può assorbire perdite superiori a quelle cui sarebbe stato esposto in caso di liquidazione; qualora dovesse registrarsi tale eccesso di costi, il DGS potrebbe chiedere il rimborso della differenza al fondo di risoluzione (art. 5, BRRD). Se si esamina la tempistica dell'intervento dei DGS in caso di *bail-in*, per comprendere quante probabilità vi siano che un sistema di garanzia venga coinvolto nelle perdite dell'istituto bancario, bisogna osservare il grado di priorità che la BRRD attribuisce ai depositanti e ai DGS. Orbene, si evince che l'intervento dei DGS in questi casi è assolutamente 'residuale', potendo essere chiamati ad intervenire solo laddove residuino ancora delle perdite, dopo un *bail-in* pari almeno all'8% delle passività totali, un possibile intervento del fondo di risoluzione pari al 5% delle passività della banca, e dopo che siano stati chiamati ad assorbire le perdite tutti gli altri creditori di grado inferiore rispetto al DGS (c.d. *bail-in virtuale dei DGS*)⁴⁵⁵.

Infine, occorre passare alla fattispecie di intervento più importante ai fini della nostra analisi relativa al principio di solidarietà presente nella nuova normativa secondaria relativa alla gestione delle insolvenze bancarie. Nello specifico, stiamo parlando della fattispecie di cui all'art. 11, co. 3, dir. DGS, che prevede la possibilità di impiegare le risorse dei sistemi di garanzia per finanziarie 'misure alternative' volte a evitare il fallimento di una banca. Tali interventi si possono innescare a condizione che: 1) non sia stata aperta una procedura di *resolution*; 2) i costi di tali interventi non devono superare quelli che il DGS avrebbe sopportato in caso di un evento di rimborso (principio del minor onere); 3) il ricorso a misure alternative deve essere subordinato al rispetto di certi obblighi da parte della banca beneficiaria, che possono prevedere un più severo controllo dei rischi e ampi diritti di verifica in capo ai DGS; 4) la banca beneficiaria deve assicurare ai clienti l'accesso ai depositi garantiti.

La particolarità di tali interventi risiede nel fatto che, mentre è chiaro il contesto e soprattutto la tempistica degli interventi dei DGS durante la liquidazione o la

⁴⁵⁵ Cfr. G. BOCCUZZI, *L'Unione Bancaria Europea*, op.cit., p. 177 ss.

risoluzione dell'ente in difficoltà, risulta meno evidente l'area in cui è collocabile l'azione dei DGS in caso di misure alternative; in questo caso, l'azione dei sistemi di garanzia sembra corrispondere ad una fase in cui la banca è in crisi e viene ancora sorvegliata dall'autorità di vigilanza, pertanto tali misure di intervento ci sembrano da posizionare nell'ambito della fase di *early intervention* - ancora di competenza dell'autorità di supervisione bancaria.

A seguito della lettura dei considerando 3 e 16 della direttiva DGS, si ricava un certo *favor* verso l'utilizzo di siffatti strumenti, posto che incentivano un utilizzo dei DGS volto ad evitare i default bancari e, conseguentemente, a scongiurare un costoso *payout* dei depositanti ed altre esternalità negative nei confronti del comparto bancario in generale. Inoltre, i considerando di cui sopra spiegano come le suddette modalità di intervento alternative debbano essere attuate conformemente alle regole sugli aiuti di Stato. Sul tema, la Comunicazione della Commissione europea del 30 luglio 2013 (punto 7.6.3) fa esplicito riferimento agli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi asserendo come tali misure possano integrare un aiuto di Stato. In particolare, il ricorso ai mezzi finanziari dei DGS per finalità di ristrutturazione potrebbe essere valutato dalla Commissione come equivalente ad un aiuto di Stato nella misura in cui i fondi, sebbene di provenienza privata, siano soggetti al controllo statale e la decisione di utilizzo sia imputabile allo stesso.

A tal proposito, si osserva che, dal punto di vista organizzativo e della forma giuridica, gli Stati membri inquadrano in maniera multiforme i DGS. In alcuni casi, i sistemi di garanzia sono controllati direttamente da autorità pubbliche; in altri, sono entità indipendenti di natura privata, nonostante svolgano essenzialmente un'attività pubblicistica connessa alla tutela del risparmio, utilizzando capitale privato ed essendo sottoposti al vaglio di una autorità di controllo (art. 2, co. 1, lett. r), dir. DGS). Pertanto, la normativa sugli aiuti di Stato potrebbe essere applicata alle misure alternative di cui all'art. 11, dir. DGS, a seconda delle caratteristiche istituzionali di ciascun sistema.

PARTE QUINTA

1. Profili attuativi della nuova normativa relativa alla gestione dei dissesti bancari: il ‘caso italiano’

L’entrata in vigore della severa regola del *bail-in* di cui alla BRRD - a partire dal primo gennaio 2016 - ha spinto molti governi a notificare alla Commissione europea un considerevole numero di *resolution plan* sul finire del 2015: lo scopo era ottenere una dichiarazione di compatibilità degli aiuti di Stato ai sensi della meno rigida regola del *burden sharing* prevista nella Comunicazione del 2013 sugli aiuti di Stato alle banche.

Quanto alla situazione italiana, il governo - verso la fine del 2015 - ha avviato contatti avanzati con la Commissione per ristrutturare quattro banche locali in dissesto⁴⁵⁶ detentrici di circa l’1% del totale dei depositi bancari italiani. Va osservato come il compromesso raggiunti ai fini della ristrutturazione delle banche in dissesto abbia rappresentato la conclusione di lunghe negoziazioni intercorse tra il Ministero dell’Economia italiano e la Commissione europea. In effetti, il primo piano proposto da parte italiana contemplava il ricorso al Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (“FITD”)⁴⁵⁷. Nondimeno, la lettera di risposta dei Commissari Vestager e Hill ha innescato un vero e proprio contenzioso tra la Commissione e le autorità italiane relativamente alla natura da attribuire all’intervento del sistema di garanzia dei depositi, ovverosia se fosse privato oppure imputabile allo Stato ex art. 107, co. 1, TFUE.

Tale contrasto interpretativo trova un precedente nel caso *Tercas*⁴⁵⁸, dalla lettura del quale si evince come il controllo sugli aiuti di Stato si sia fatto più rigido a partire dal 2013 e la ragione per cui il governo italiano abbia poi deciso - nel caso delle quattro banche italiane - di rinunciare al coinvolgimento del FITD nel salvataggio.

In *Banca Tercas*, infatti, la Commissione ha valutato l’intervento del FITD ‘imputabile’ allo Stato e finanziato con risorse pubbliche e, dunque, ha finito col dichiarare tale aiuto illegittimo. Al riguardo, la DG *competition* della Commissione ha notato che, in tali circostanze, ciò che rileva non è l’origine delle risorse impiegate per il salvataggio dell’ente bancario quanto il grado di controllo esercitato dalle

⁴⁵⁶ Banca Marche, Banca Popolare dell’Etruria e del Lazio, CariChieti e Cassa di Risparmio di Ferrara.

⁴⁵⁷ Ministero dell’Economia e delle Finanze, ‘Aiuti di Stato, risoluzioni bancarie e FITD’ (23 dicembre 2015) www.mef.gov.it/inevidenza/article_0184.html.

⁴⁵⁸ *Aid to Banca Tercas*, SA.39451, OJ L 203/1, 2015.

autorità pubbliche ai fini della predisposizione delle misure adottate dal DGS. La Commissione, quindi, in applicazione di tale principio al caso *Tercas*, ha valutato aiuto illegittimo l'intervento del FITD, giacché: *i*) la contribuzione da parte del FITD è obbligatoria ai sensi del TUB e, pertanto, tale imposizione *ex lege* comporterebbe l'utilizzo di risorse statali; *ii*) l'azione del FITD risponde ad un mandato pubblico poiché le sue azioni sono regolate dal TUB; *iii*) le autorità pubbliche italiane controllano di fatto il FITD, posto che Banca d'Italia detiene il potere di approvare lo statuto del Fondo, di autorizzare gli interventi da esso deliberati e di partecipare, in qualità di osservatore, alle sue riunioni.

Il governo italiano ha contestato la decisione della Commissione eccependo una serie di argomentazioni⁴⁵⁹. In primo luogo, si è fatto notare che l'art. 96-bis del TUB obbliga il FITD al rimborso dei depositi protetti in caso di liquidazione dell'ente creditizio; tuttavia, tale disposizione non vincola anche alla elaborazione di misure alternative, poiché conferisce al FITD la facoltà di ricorrere a queste, lasciando alla sua totale discrezionalità la scelta se intervenire o meno. Proprio a causa della formulazione estremamente ampia di tale disposizione, lo stesso FITD ha deciso di stabilire all'interno del proprio Statuto le modalità dei propri interventi alternativi. Ai sensi dell'art. 32 dello Statuto, il Fondo può intervenire solo in caso di: *i*) rimborso dei depositanti, in caso di liquidazione coatta amministrativa delle banche consorziate; *ii*) interventi in operazioni di cessione di attività e passività; *iii*) interventi alternativi, per superare il dissesto o il rischio dissesto delle banche consorziate; *iv*) il finanziamento della risoluzione di un ente membro del FITD⁴⁶⁰. Pertanto, nelle proprie obiezioni, il governo italiano ha sottolineato la debolezza delle argomentazioni della Commissione, considerata la difficoltà di conciliare la nozione di *controllo* con il concetto di *facoltà*.

Si deve inoltre evidenziare come lo scopo perseguito dal FITD, quando delibera l'adozione di misure alternative, è rappresentato dalla volontà di evitare un più alto esborso da parte del Fondo rispetto a quello che dovrebbe sostenere in caso di rimborso dei depositi protetti a seguito di liquidazione. A ragione di ciò, non ci pare convincente la tesi secondo cui il ricorso a misure precauzionali risponda solo ad un interesse pubblico, ossia la protezione dei depositi. Al contrario, tali misure ci

⁴⁵⁹ Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Observations of the Italian republic on the Commission opening decision under Article 108(2) TFUE*, in SA. 39451, 23 dicembre 2015.

⁴⁶⁰ Cfr. artt. 32 a 36 dello Statuto del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi.

sembrano spinte dalla volontà dei membri del FITD di proteggere il loro privato interesse economico, che si identifica con il vantaggio che deriva dalla *resolution* di una banca in difficoltà ad un costo inferiore rispetto a quello da sopportare in caso di liquidazione della stessa seguita dal rimborso dei depositanti. I depositi, quindi, quando si configurano certi scenari, appaiono semplicemente dei beneficiari ‘collaterali’ di tali interventi, miranti, di contro, al perseguimento di un puro interesse privato. Il governo italiano ha utilizzato proprio queste argomentazioni per dimostrare che la misura alternativa del FITD, che sarebbe stata adottata nel caso di specie, non poteva essere definibile come proveniente da un mandato pubblico.

Quanto alla questione della ‘imputabilità’ dell’aiuto, le autorità italiane hanno richiamato quanto statuito dalla Corte di Giustizia in *Stardust Marine*, che elenca in maniera esemplificativa la lista di ‘indizi’ che possono provare la concessione da parte dello Stato di una determinata misura⁴⁶¹. Tra questi la Corte ha ricompreso: “*l’integrazione di tale impresa nelle strutture dell’amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l’esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell’impresa [...] l’intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell’impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l’improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell’adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell’ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta*”⁴⁶². In aggiunta, la Corte di giustizia, sempre nel caso sopra menzionato, ha stabilito l’insufficienza del fatto che una società pubblica sia costituita in forma di società di capitali per poter escludere che le misure da essa adottate siano imputabili allo Stato, pretendendo un’analisi effettiva della possibilità da parte delle autorità statali di esercitare un’influenza determinante sulla stessa. Pertanto, graverà sulla Commissione l’onere di provare l’effettivo esercizio del potere di controllo da parte dell’entità pubblica su quella privata.

A noi pare che, malgrado la nozione di aiuto di Stato abbia natura ‘oggettiva’⁴⁶³, entrambe le parti della controversia di cui sopra si siano focalizzate - nell’ambito

⁴⁶¹ Caso C-482/99 *Stardust Marine* [2002] ECR I-043397, parr. 50-59.

⁴⁶² *Ibid.*, parr. 56.

⁴⁶³ COMMISSIONE EUROPEA, *Draft Commission Notice on the notion of State aid pursuant to Article 107(1) TFEU*, par. 3-4, 2014; Case C-487/06 P, *British Aggregates v. Commission* [2008] ECR I-10505, par. 85.

delle loro difese - sul problema del ‘fine’ perseguito dal FITD attraverso le misure alternative. Per un verso, la Commissione ha sottolineato come esso consista nella protezione dei depositanti e quindi sia volto al perseguimento di un interesse pubblico; per l’altro, il governo italiano ha sostenuto come il Fondo, in caso di misure alternative, persegua principalmente l’interesse commerciale dei propri membri.

In secondo luogo, se si considerano gli effetti prodotti dalla misura di cui trattasi, risulta alquanto dubbio considerare tale operazione come un “*aiuto concesso dallo Stato*”, nonché “*aiuto concesso mediante risorse statali*”. Malgrado sia condivisibile il principio secondo cui, per stabilire se una misura è imputabile allo Stato non bisogna considerare solo l’origine delle risorse - quelle del FITD sono ‘private’ poiché è alimentato direttamente dalle banche consorziate - bensì l’effettività del controllo esercitato dall’autorità pubblica sul soggetto agente. Nel caso di specie, come sostenuto altresì dalle autorità italiane, i poteri di vigilanza della Banca d’Italia non ci sembrano di portata tale da poter mutare la natura sostanzialmente privata della *governance* del FITD. Effettivamente risulta abbastanza assodato che: *i*) il Fondo ha natura contrattuale; *ii*) il suo funzionamento è regolato da uno statuto adottato dalle stesse banche consorziate *iii*) gli organi direttivi sono partecipati esclusivamente da banche private.

Quest’ultima caratteristica acquisisce particolare importanza se si vuole confrontare ad esempio l’operato del FITD con il corrispettivo DGS danese, che è stato coinvolto in un piano di liquidazione di alcune banche in dissesto⁴⁶⁴. Più in particolare, la Commissione ha imputato l’intervento del DGS al governo danese, considerato che il suo processo decisionale era influenzato direttamente dai pubblici poteri ed in particolar modo dal Ministero dell’Economia, che deteneva il potere di nominare il consiglio di amministrazione e un comitato interno, incaricati a loro volta della funzione di individuare le modalità di intervento del Fondo. Diversamente, nel caso *Tercas*, vi è più di un dubbio sulla effettiva capacità della Banca d’Italia di potere esercitare un potere di direzione nei confronti del FITD, se si considerano una serie di fattori: 1) la Banca d’Italia ha un potere autorizzativo sullo Statuto e sulle decisioni assunte dal FITD che si esplica mediante un mero controllo di legittimità e non di merito; 2) l’autorità di vigilanza partecipa alle riunioni del Fondo solo in

⁴⁶⁴ *Amendment of the Danish Winding up Scheme for credit institutions*, SA. 33001 [2011] OJ C 271/4, parr. 46-50.

qualità di osservatore; 3) il Commissario straordinario può indicare al Fondo l'adozione di una determinata misura, ma non può imporre l'adozione. Suddetto elemento rappresenta un dato che deve essere necessariamente provato e supportato da prove concrete, se si considera l'interpretazione stringente del principio di imputabilità sancita in *Stardust Marine*⁴⁶⁵.

In ogni caso, una volta finita questa *querelle* interpretativa sull'imputabilità dell'intervento del FITD al sistema pubblico o a soggetti privati – che ha visto soccombente, *inter alia*, il governo italiano - nel novembre 2015 le autorità pubbliche italiane hanno poi raggiunto un accordo con la Commissione, che ha approvato le modalità di salvataggio degli enti in sofferenza⁴⁶⁶. Si è deciso, alla fine, di redigere il piano conformemente alle previsioni contenute nella BRRD – recepita dal governo con il Decreto Legislativo n. 180/2015 – e alle disposizioni in tema di *burden-sharing* definite alla Sezione 3.1.2 della Comunicazione sul settore bancario del 2013. Nelle note che seguiranno procederemo, pertanto, ad un'analisi più dettagliata dello schema di salvataggio per meglio comprendere le modalità applicative del nuovo quadro normativo in tema di gestione delle sofferenze bancarie.

2. Il piano di risoluzione

Com'è noto, la Banca d'Italia, con provvedimento del 21 novembre 2015 - approvato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze il 22 novembre 2015 - ha disposto l'avvio di un programma di risoluzione di quattro banche, che da febbraio dello stesso anno erano state sottoposte ad amministrazione straordinaria. L'avvio della procedura è stato attuato sulla base di uno specifico piano di risoluzione conforme alla direttiva BRRD. La Commissione europea ha giudicato il piano di risoluzione

⁴⁶⁵ Il caso Tercas è stato risolto grazie alla istituzione di un braccio volontario all'interno dello stesso FITD. Tale braccio ha raccolto adesione per una misura pari a 300 milioni di euro – stessa somma trasferita inizialmente dal FITD a Tercas - e tale operazione è stata valutata come non rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 107 del TFUE.

⁴⁶⁶ Banca d'Italia, *Informazioni sulla risoluzione delle crisi di Banca Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, CariChieti e Cassa di Risparmio di Ferrara* (novembre 2015). Si veda anche, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, *Implementation and First Application of the BRRD in Italy*, Alert Memorandum, 15 dicembre 2015.

compatibile⁴⁶⁷ con le norme sugli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria.

Fino agli ultimi sviluppi - come sopra spiegato - l'appuntamento decisivo per il salvataggio della banche in dissesto doveva essere il 26 novembre 2015, data in cui il FITD aveva convocato l'assemblea dei soci per esaminare il dossier di salvataggio delle quattro banche in dissesto. Tuttavia, l'opposizione della Commissione a questa soluzione ha indotto il Governo ad un cambio di rotta, posto che la DG *competition* ha ritenuto⁴⁶⁸ che l'eventuale sostegno del fondo sarebbe avvenuto su mandato del governo italiano, configurando, in tal modo, un aiuto di Stato. Ciò avrebbe fatto scattare automaticamente la *resolution* degli intermediari in crisi⁴⁶⁹, comportando, quale preconditione per la risoluzione, il coinvolgimento nelle perdite anche degli investitori della banca. Una volta scartata l'ipotesi del ricorso al Fondo interbancario, la Banca d'Italia ha dunque deciso, dietro approvazione del Governo, l'avvio di un programma di risoluzione.

Secondo i dati della Banca d'Italia (autorità di risoluzione nazionale), la *resolution* degli istituti in crisi ha permesso di salvaguardare l'economia dei territori in cui esse sono stabilite, proteggere i risparmi delle famiglie e delle imprese detenuti nella forma di depositi, conti correnti e obbligazioni ordinarie, mantenere i rapporti di lavoro in essere, evitando l'utilizzo di denaro pubblico. Pertanto, se le banche in crisi non fossero state oggetto di risoluzione, l'unica alternativa consentita, per il combinato disposto della normativa dell'Unione sulle crisi bancarie (BRRD) e della disciplina adottata dalla Commissione nel 2013 in tema di aiuto di Stato, sarebbe stata la liquidazione coatta amministrativa. Qualora le banche in crisi fossero state liquidate, i creditori sarebbero stati rimborsati solo dopo la liquidazione della banca e, verosimilmente, in misura parziale e dopo anni. Per cui i detentori di titoli subordinati, data l'entità delle perdite destinata a gravare prioritariamente su tali titoli, non avrebbero in ogni caso recuperato le somme loro dovute⁴⁷⁰. Per di più, la

⁴⁶⁷ Commissione europea - comunicato stampa, “*State aid: Commission approves resolution plans for four small Italian banks Banca Marche, Banca Etruria, Carife and Carichieti*”, Bruxelles, 22 Novembre 2015.

⁴⁶⁸ Lettera della Commissione europea del 19 novembre 2015 inviata al Governo italiano durante le trattative condotte per rendere il piano di risoluzione delle quattro banche in dissesto compatibile con la nuova interpretazione delle norme UE in caso di aiuti di Stato a favore di un istituto di credito in crisi.

⁴⁶⁹ V. art. 32, par. 4, lett. d), della Direttiva BRRD.

⁴⁷⁰ Va menzionato al riguardo il principio fondamentale del “*no creditor worse-off*”. Esso impone che nessun creditore deve tollerare perdite maggiori rispetto a quelle che avrebbe sostenuto se l'ente fosse stato liquidato con procedura ordinaria di insolvenza. In caso contrario, i creditori della banca hanno

liquidazione avrebbe richiesto l'immediato rientro di una parte rilevante dei prestiti concessi da ciascuna banca, con conseguenze negative dirompenti sull'economia reale locale⁴⁷¹.

Una volta deliberato dalla Banca d'Italia il salvataggio degli istituti in crisi, il piano di risoluzione⁴⁷² delle quattro banche si è articolato in tre fasi: in una prima fase, le perdite accumulate nel tempo sono state assorbite in parte dagli strumenti di investimento più rischiosi; in una seconda fase, sono state costituite quattro 'banche-ponte' al fine di garantire l'esercizio delle funzioni essenziali delle banche in dissesto; da ultimo, è stata costituita una *bad bank* unica per la gestione delle attività deteriorate⁴⁷³.

3. Copertura delle perdite: *burden-sharing* a carico degli investitori

Quanto alla prima fase del *resolution plan*, le perdite delle banche in dissesto sono state assorbite parzialmente dagli strumenti finanziari per natura esposti al rischio di impresa, ossia le azioni e le obbligazioni subordinate. La parte residua di perdite è stata assorbita con un intervento diretto del fondo di risoluzione nazionale.

Come già ampiamente detto nel corso della trattazione del presente capitolo, il ricorso alle azioni e alle obbligazioni subordinate è esplicitamente richiesto, dalla BRRD ex art. 43 ss., come condizione per procedere alla risoluzione ordinata delle banche. Occorre evidenziare che in Italia la completa applicazione del *bail-in* è scattata solo dal primo gennaio 2016 (art. 106, D.lgs. 180/2015); tuttavia, la svalutazione o la conversione delle azioni e dei crediti subordinati era una misura praticabile anche in precedenza per evitare il dissesto di un istituto di credito. Ciò conformemente alla Comunicazione del 2013 (par. 40) che già imponeva il coinvolgimento di azionisti e creditori subordinati, prima di un eventuale supporto pubblico, quale misura di condivisione degli oneri necessaria per una

diritto di chiedere una compensazione al fondo di risoluzione. In conclusione, sembra potersi affermare che gli azionisti e detentori di titoli subordinati delle quattro banche italiane avrebbero in ogni caso perso i soldi investiti.

⁴⁷¹ Per un breve approfondimento sul punto, si richiama G.M. POLITO, *Prove generali di bail-in: il caso delle banche italiane*, in *Eurojus*, 2016.

⁴⁷² Cfr. "Informazioni sulla risoluzione di Banca Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di risparmio di Ferrara, CariChieti" reperibile sul sito della Banca d'Italia.

⁴⁷³ Si tratta per la maggior parte di prestiti in sofferenza, ovverosia effettuati a soggetti non più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni.

ricapitalizzazione pubblica compatibile con la disciplina sugli aiuti di Stato. In effetti, le obbligazioni subordinate delle quattro banche risolte sono state azzerate ricorrendo a tale *burden-sharing*, poiché il 22 novembre (data in cui è stato approvato dal Consiglio dei ministri il decreto legge⁴⁷⁴ che ha previsto la *resolution* degli istituti in crisi), il *bail-in*, che prevede altresì il coinvolgimento di obbligazionisti ordinari e depositanti in caso di dissesto della banca nazionale, non era ancora entrato in vigore.

La soluzione italiana alla crisi delle quattro banche si presenta, dunque, come il risultato di una applicazione coordinata del nuovo D.lgs. 180/2015, che recepisce gli strumenti di *resolution* contemplati nella BRRD, e della Comunicazione della Commissione del 2013, che già esigeva una condivisione degli oneri, in caso di ristrutturazione di una banca in crisi, a carico dei suoi investitori prima di poter autorizzare un eventuale supporto pubblico. La scelta di cancellare le azioni e le obbligazioni subordinate degli investitori per coprire le perdite degli istituti in crisi era quindi l'unica soluzione praticabile ai sensi delle attuali norme europee.

In aggiunta, va sottolineato come il Governo agendo in anticipo sia riuscito ad evitare l'applicazione della più 'punitiva' regola del *bail-in*, che avrebbe coinvolto altre categorie di passività ammissibili, con la prospettiva di esporre il Fondo di garanzia dei depositi ad un esborso potenziale di oltre 12 miliardi di euro per intervenire in luogo dei depositi protetti.

4. Le quattro banche ponte

Relativamente alla seconda fase del piano di ristrutturazione, essa ha imposto che per ciascuna delle quattro banche la parte 'buona' venisse separata da quella 'cattiva'. Per velocizzare l'esecuzione di suddetto piano, le quattro banche ponte sono state costituite tramite il c.d. decreto legge "salva banche" del 22 novembre 2015, n. 183 (v. art. 1, co. 5). Alla parte buona (*bridge bank*⁴⁷⁵) sono state conferite tutte le attività diverse dai prestiti in sofferenza; a fronte di tali attività sono stati trasferiti i depositi,

⁴⁷⁴ Decreto Legge n. 183, del 22 novembre 2015.

⁴⁷⁵ L'ente ponte è un veicolo societario a cui sono trasferiti beni e rapporti giuridici della banca sottoposta a risoluzione con l'obiettivo di mantenere la continuità delle sue funzioni essenziali; quando ricorrono condizioni di mercato adeguate, è prevista la cessione a terzi delle attività e delle passività dell'ente ponte.

i conti correnti e le obbligazioni ordinarie. Il capitale è stato ricostituito a circa il 9% del totale dell'attivo (ponderato per il rischio) dal Fondo di risoluzione nazionale. Quest'ultimo è disciplinato all'art. 78 ss., D.lgs. 180/2015 ed è amministrato dall'Unità di Risoluzione della Banca d'Italia. Il Fondo è alimentato con contribuzioni di tutte le banche del sistema (non si tratta pertanto di soldi pubblici, bensì di fondi provenienti dal settore privato). La banca ponte viene provvisoriamente gestita, sotto la supervisione dell'Unità di Risoluzione della Banca d'Italia, da amministratori da questa appositamente designati. Gli amministratori hanno il preciso impegno, ai sensi dell'art. 42, co. 1, D.lgs. 180/2015, di vendere la banca buona in tempi brevi al miglior offerente, con procedure trasparenti e di mercato, e quindi retrocedere al Fondo di risoluzione i ricavi della vendita.

5. La *bad bank* unica

La terza fase del piano di ristrutturazione ha previsto la costituzione di una 'banca cattiva' unica (*bad bank*⁴⁷⁶) in cui sono stati concentrati i prestiti in sofferenza delle quattro banche risolte, che residuavano una volta fatte assorbire le perdite dalle azioni e dalle obbligazioni subordinate e, per la parte eccedente, da un apporto del Fondo di risoluzione. Il Fondo ha dotato la banca cattiva anche della necessaria quantità di capitale per operare. Tali prestiti in sofferenza, svalutati a 1,5 miliardi dall'originario valore di 8,5 miliardi, saranno venduti a specialisti nel recupero crediti o gestiti direttamente per recuperarli al meglio. Le somme ricavate dalla *bad bank* verranno poi retrocesse al Fondo di risoluzione.

6. La natura dell'intervento del Fondo di risoluzione nazionale

Lo Stato non ha subito alcun costo in questo processo. Il peso della operazione è stato in parte sopportato dagli azionisti e dagli obbligazionisti subordinati delle quattro banche; tuttavia, per la maggior parte, tale costo è gravato sul sistema

⁴⁷⁶ La *bad bank* è uno strumento a cui ricorrono gli istituti di credito in difficoltà, i quali si sdoppiano e cedono parte del proprio portafoglio a nuovi veicoli societari che consentono alle banche di depurarsi dalle perdite derivanti da crediti difficilmente esigibili.

bancario italiano, che ha alimentato con i suoi contributi il Fondo di risoluzione. L'impegno finanziario immediato del Fondo di Risoluzione risulta alla fine così suddiviso: 1,7 miliardi a copertura delle perdite delle banche originarie; 1,8 miliardi per ricapitalizzare le banche buone (recuperabili con la vendita delle stesse); 140 milioni per dotare la banca cattiva del capitale minimo necessario a operare. La liquidità necessaria al Fondo di Risoluzione per permettere la sua immediata attivazione è stata anticipata, come consentito dall'art. 78, co. 1, lett. c), D.lgs. 180/2015, dalle tre banche italiane più grandi e solide (Banca Intesa Sanpaolo, Unicredit e UBI Banca) a tassi di mercato e con scadenza massima di 18 mesi. Queste ultime hanno messo a disposizione due linee di credito: la prima, di più lunga durata, verrà rimborsata quando le banche ponte verranno vendute e i crediti deteriorati verranno valorizzati sul mercato. La seconda, a breve termine, è stata subito ripianata con le somme che a fine 2015 le Banche italiane hanno dovuto versare al Fondo di risoluzione come contributi ordinari. In aggiunta, a garantire tale finanziamento ponte è intervenuta la Cassa depositi e prestiti ("Cdp"). L'intervento della Cdp rimane peraltro solamente potenziale. In caso di mancata restituzione del prestito da parte del Fondo di risoluzione, la Cdp vanterebbe un credito a tassi di mercato verso lo stesso Fondo, il quale potrà aumentare i contributi a carico dell'intero sistema bancario per coprire l'ammanco. Infatti, a norma dell'art. 2, co. 1, del decreto salva-banche, nel 2016 il Fondo di risoluzione può chiedere alle banche italiane contributi addizionali pari a due annualità rispetto a quella già prevista per l'anno 2016, portando così a 1,8 miliardi il contributo potenziale. Si tratta di una cifra che copre la Cdp da eventuali rischi e che pone quest'ultima nel ruolo di garante nel delicato processo di stabilizzazione del sistema finanziario italiano.

7. Profili problematici emersi dalla vicenda italiana

Dalla vicenda sopra descritta emergono due profili problematici che meritano di essere approfonditi. Il primo dei suddetti problemi riguarda la capziosità delle regole UE sugli aiuti di Stato alle banche; tale situazione accorda alla Commissione europea, competente a valutare la compatibilità dei piani di risoluzione delle banche con la normativa UE sugli aiuti di Stato, ampia discrezionalità, favorendo la percezione di una disparità di trattamento tra risparmiatori-investitori-correntisti dei

diversi Paesi dell'Unione. In ordine al secondo profilo problematico, si evidenzia la necessità di individuare nuovi strumenti per assicurare maggiore trasparenza nelle operazioni bancarie al fine di tutelare gli investitori non istituzionali.

Quanto al primo profilo problematico, occorre evidenziare anzitutto che il legislatore europeo ha adottato il cosiddetto approccio legale al *bail-in*, secondo cui il nuovo strumento si applica anche ai prodotti finanziari già in possesso degli investitori. Questo criterio ha prodotto delle situazioni paradossali: basti pensare al caso di migliaia di investitori non istituzionali che il 22 dicembre del 2005 avevano sottoscritto 65 milioni di euro di bond subordinati non quotati per finanziare Banca delle Marche (che sarebbero scaduti cinque settimane dopo il decreto legge n. 183, del 22 novembre 2015) e che hanno visto azzerare il valore dei loro crediti per coprire le perdite della suddetta banca in ottemperanza al *burden-sharing* imposto dalla Commissione. In effetti, dieci anni fa circa, allettati da rendimenti superiori a quelli dei bond senior, questi privati investirono nei bond subordinati. Molti all'epoca non comprendevano che quel rendimento superiore alla media celava un rischio ben più alto. Rischio divenuto realtà con la recente applicazione del *burden-sharing*. Orbene, questo caso particolare è emblematico della situazione in cui si trovano attualmente migliaia di piccoli investitori. Infatti, in molti hanno sottoscritto bond subordinati in passato, quando il coinvolgimento dei privati nelle perdite della banca non era previsto dalle norme UE; questi investitori non istituzionali oggi detengono nel loro portafoglio titoli più rischiosi, in alcuni casi illiquidi o non quotati, che alla luce delle nuove norme dell'Unione possono essere presi al laccio dal *bail-in*.

Alla luce di cui sopra, sembra consigliabile procedere ad ulteriori riforme nel settore finanziario-bancario, per garantire maggiore trasparenza nelle operazioni bancarie a beneficio soprattutto degli investitori non professionali. Nessuno vuole negare il valore del *bail-in* e la sua legittimità; tuttavia, un passaggio di tale rilevanza e di così forte impatto sulle garanzie fino ad oggi accordate ai risparmiatori richiedeva certamente una attenzione più alta e maggiore pubblicizzazione da parte delle istituzioni coinvolte, banche comprese. La gestione del risparmio si basa sulla fiducia e per rafforzare quest'ultima bisogna garantire 'trasparenza' nei confronti dei

risparmiatori che devono essere resi consapevoli dei rischi assunti attraverso prospetti informativi meno criptici⁴⁷⁷.

In ordine al secondo profilo problematico, dopo l'entrata in vigore del nuovo quadro normativo sulle crisi bancarie, appare sempre più pressante il bisogno di azzerare l'attuale conflitto di interessi dei collocatori (le banche) di prodotti finanziari, altrimenti il rischio di subire dei disagi per gli investitori - soprattutto non istituzionali - resta elevatissimo. Innanzitutto, i titoli che presentano un profilo di maggior rischio, oltre ad essere presentati con chiarezza, dovrebbero essere collocati solo da chi nella banca ha maggiori responsabilità, proibendo la loro vendita allo sportello. Inoltre, alla clientela al dettaglio, intenzionata a sottoscrivere titoli della banca, potrebbero essere offerti certificati di deposito, coperti dal Fondo di garanzia dei depositi, in luogo delle obbligazioni, che possono essere sottoposte al *bail-in*. Allo stesso tempo, potrebbero essere riservati gli strumenti di debito diversi dai depositi agli investitori professionali, in particolare se si tratta di strumenti subordinati, ovverosia quelli che vengono coinvolti nelle perdite subito dopo le azioni in caso di *resolution* della banca.

È forte il rischio che l'inerzia istituzionale favorisca la percezione presso i cittadini di una totale indifferenza delle ripercussioni derivanti dal passaggio storico a cui vanno incontro a seguito della entrata in vigore delle nuove regole sui dissesti bancari. Pertanto, per evitare uno scollamento ulteriore tra cittadini e istituzioni europee sono necessarie risposte urgenti in vista anche della tutela degli investitori non istituzionali e non solo, come avvenuto con il varo della BRRD, degli operatori finanziari specializzati.

⁴⁷⁷ L'attuale realtà normativa dovrebbe quantomeno comportare la corretta applicazione della disciplina MIFID di cui alla direttiva 2004/39/CE, per garantire il rispetto degli obblighi di trasparenza e correttezza stabiliti per l'emissione, il collocamento, la negoziazione degli strumenti più rischiosi presso la clientela al dettaglio.

A seguito delle ricerche effettuate, si presentano le seguenti

CONCLUSIONI

1. La tesi ha mirato a dimostrare l'esistenza di un principio di solidarietà nel diritto dell'Unione europea e, in particolare, nella nuova disciplina relativa alla gestione delle insolvenze bancarie. Il presente lavoro si è articolato in quattro capitoli.

Il primo capitolo ha tentato di ricostruire, da un punto di vista storico-filosofico, la nascita del termine 'solidarietà'. Quest'analisi, per un verso, si è rivelata necessaria per meglio comprendere quali fossero le varie sfumature che connotano la semantica di questo concetto; per l'altro, ha costituito il prodromo per poter cogliere la matrice ideologica che ha spinto il legislatore europeo ad adottare certe scelte normative in materia di solidarietà.

Da un punto di vista etico-sociale, abbiamo constatato che si può avere solidarietà solo in assenza di reciprocità e che l'atto solidale tra individui trova normalmente ispirazione nei sentimenti di fratellanza che caratterizzano l'etica cristiana. Di contro, ci pare che, da un punto di vista prettamente giuridico, l'idea di solidarietà si associa spesso alla reciprocità. A titolo di esempio è sufficiente pensare alle modalità di funzionamento degli istituti civilistici dell'obbligazione solidale passiva o della fideiussione: in questi casi, il soggetto agente (il debitore escusso o il fideiussore) adempie alla prestazione per cui è obbligato non per un puro spirito di liberalità, bensì in quanto titolare di un'azione di regresso, con possibilità dunque di recuperare quanto pagato in luogo del debitore originario. Alla luce di quanto premesso, riteniamo che la solidarietà giuridica non possa essere considerata equivalente alla solidarietà tipica della cultura di ispirazione cristiana; viceversa, si rischierebbe di pervenire alla conclusione paradossale secondo cui nel mondo giuridico non vi possa essere solidarietà, giacché in siffatto contesto l'atto solidale è quasi sempre mosso da un secondo fine.

Restando sempre nell'ambito giuridico, ma spostando la nostra attenzione sul settore del diritto internazionale, riteniamo invece che nell'ambito delle relazioni tra Stati sovrani non vi siano riscontri effettivi dell'idea di solidarietà. In effetti, la cooperazione tra Stati è storicamente basata sul perseguimento di interessi reciproci ed è totalmente scevra da quei sentimenti di liberalità che normalmente connotano l'atto solidale degli individui. Tuttavia, diversamente si è comportato il diritto dell'Unione europea, il quale, fin dai trattati originari, ha adottato un approccio favorevole alla instaurazione di forme di solidarietà tra i popoli e gli Stati d'Europa; ciò ha rappresentato una novità assoluta, senza alcun precedente nella storia del diritto internazionale.

2. Sulla scorta di tali riflessioni, nel secondo capitolo ci siamo dedicati all'esame di quelle disposizioni che nel quadro giuridico dell'Unione europea richiamano la nozione di 'solidarietà'. Ci siamo accorti che nei trattati - allo stato attuale - emergono due diverse idee di solidarietà. La prima idea è quella che accoglie una nozione ampia di solidarietà e tende, dunque, a promuovere l'azione solidale tra cittadini dei vari Stati membri. Essa è rinvenibile principalmente: a) nel Preambolo del TUE, in cui le Parti contraenti dichiarano di voler rinforzare lo spirito di solidarietà dei popoli; b) all'art. 2, TUE in cui la solidarietà tra i popoli viene descritta come il valore fondante dell'Unione; c) all'art. 3, par. 3, TUE in cui viene asserito che è compito dell'Unione promuovere la solidarietà tra i popoli.

La seconda idea di solidarietà, non è declinata tra gli obiettivi, bensì tra quelle disposizioni di diritto primario relative sostanzialmente a quattro settori: PESC, LSG, UEM e Energia (vedere - *inter alia* - l'art. 42, TUE e gli artt. 80, 122, 222 del TFUE). In questo caso, gli interventi solidali tra Stati membri sembrano autorizzati solo in via eccezionale per rimediare ad una situazione di emergenza. Emerge allora un certa discrasia tra le dichiarazioni di principio dei trattati, che sembrano mirare alla instaurazione di ampie forme di solidarietà tra i popoli europei, e quelle disposizioni di rango primario contenute nei vari settori in cui si sviluppano i trattati - e in particolare nell'area dell'UEM - nelle quali riteniamo si affermi, al contrario, la 'regola' della non-solidarietà tra Stati membri e in cui il 'principio' di solidarietà si attiva solo in casi di conclamata emergenza.

3. Con il terzo e quarto capitolo abbiamo invece affrontato il problema di come il principio di solidarietà sia stato attuato nella legislazione secondaria relativa alla gestione dei dissesti bancari e se la regola della non-solidarietà valga anche tra soggetti privati, ossia tra istituti di credito.

Al riguardo ci pare opportuno ripercorrere sinteticamente le modalità tramite le quali si è giunti all'approvazione dell'Unione Bancaria Europea (UBE) - vero focus della presente tesi - per poter meglio comprendere come si sia dispiegato il principio di solidarietà nel settore del credito.

Tale riforma ha trovato ragion d'essere nell'attuale crisi economica e finanziaria, il cui inizio è unanimemente ricollegato al fallimento della banca statunitense Lehman Brothers (15 Settembre 2008). Il periodo immediatamente successivo a tale default è stato segnato da una serie di interventi economici senza precedenti da parte del governo federale degli Stati Uniti, di quello del Regno Unito e di alcuni Stati europei (Francia, Belgio, Lussemburgo, Olanda) al fine di salvare gli istituti bancari più significativi⁴⁷⁸.

Le cause che hanno condotto alla recente crisi sono ormai note e si ricollegano allo scoppio della bolla speculativa venutasi a creare in seguito all'utilizzo sconsiderato nel mercato dei titoli statunitense delle tipologie di contratti *sub-prime*. Se si tiene in considerazione il fatto che il mercato finanziario moderno è globale e altamente interconnesso, si comprende come lo scoppio della bolla speculativa abbia avuto considerevoli ripercussioni anche in Europa⁴⁷⁹. Dal settore finanziario, gli effetti della crisi si sono presto diffusi all'economia reale. Le ingenti perdite conseguite dalle banche hanno innescato il crollo delle attività di prestito, portando ad una caduta generale delle operazioni di credito e la conseguenziale contrazione della produzione industriale, sebbene con diversi gradi di intensità, in tutti i Paesi travolti dalla crisi⁴⁸⁰.

Nell'ambito dell'Unione europea, le istituzioni, conscie del rischio non solo di default economico, ma anche di sgretolamento istituzionale che l'UE correva, hanno prontamente reagito con l'adozione di misure eccezionali a sostegno delle imprese e

⁴⁷⁸ M. LO BUE, *Crisi economica e trasformazione delle istituzioni europee. Meccanismi istituzionali di governo della recessione*, G. Giappichelli Editore, Torino 2013, p. 19.

⁴⁷⁹ F. CAPRIGLIONE, *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*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 3 e ss.

⁴⁸⁰ Per uno sguardo d'insieme sugli effetti della crisi a livello mondiale ed europeo si veda I. BEGG, *The EU's response to the global financial crisis and sovereign debt crisis*, in *Asia Europe Journal*, 2012, n. 9, pp. 107-124.

degli istituti di credito. Nello specifico, l'eccezionalità della situazione ha spinto la Commissione europea ad imporre un minor rigore per il rispetto delle regole sulla concorrenza, senza però sospendere la disciplina di controllo sugli aiuti di Stato (come gli Stati Membri avrebbero desiderato) e rimarcando invece il carattere temporaneo di tali deroghe, al fine di salvaguardare l'integrità della disciplina e di non permettere agli Stati membri una corsa sfrenata al sussidio⁴⁸¹.

La Commissione ha, dunque, assunto il ruolo di guida dell'Unione attraverso la crisi, per impedire l'azione individuale degli Stati membri che sembravano ormai prossimi a ricorrere alle norme dei trattati e per la precisione al paragrafo 2, art. 108 del TFUE, capoverso n. 3. Il ricorso a questa clausola avrebbe di fatto privato la Commissione del suo ruolo di guida e lasciato campo libero alle azioni individuali dei singoli governi nazionali che l'avrebbero, a tutti gli effetti, disconosciuta da un punto di vista politico⁴⁸².

Al fine di evitare un ricorso anarchico alle deroghe sulle misure di aiuto, la Commissione ha adottato una serie di provvedimenti anticrisi rivolti agli istituti bancari. In tal senso, la Commissione è intervenuta con quattro comunicazioni anticrisi rapidamente adottate tra la fine del 2008 e la metà del 2009. L'introduzione delle misure di emergenza si è inserita in un più generale tentativo di arginare, in prima battuta, la crisi e, in un secondo momento, di ricondurre l'applicazione della disciplina della concorrenza in materia di aiuti di Stato alla situazione *ex ante*. Nonostante le quattro comunicazioni fossero state pensate per avere una durata limitata, la Commissione, con il perdurare della crisi e dei suoi effetti, sia a livello di settore finanziario che di economia reale, ha ritenuto opportuno prolungarne la durata. In questo modo, la disciplina contenuta nelle prime quattro comunicazioni è stata prorogata fino oltre la metà del 2013 quando è entrata in vigore una terza comunicazione⁴⁸³ che, mantenendo la stessa base normativa, ha sostituito la *Banking Communication* del 2008 e ha modificato la disciplina delle altre tre imponendo condizioni più restrittive.

⁴⁸¹ G.J. KOOPMAN, *Stability and Competition in EU Banking During the Financial Crisis: the Role of State Aid Control*, in *Competition Policy International*, 2011, Vol. 7, n. 2, p. 10.

⁴⁸² S. GEBSKI, *Competition First? Application of State Aid Rules in the Banking Sector*, in *The Competition Law Review*, 2009, vol. 6, p. 90.

⁴⁸³ Comunicazione della Commissione – relativa all'applicazione, dal 1° Agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, in GUCE C 216 del 30 Luglio 2013, p. 1 e ss.

La *Banking Communication* del 2013 ha ricondotto la disciplina degli aiuti di Stato a favore degli istituti finanziari su un percorso di maggiore rigore sia in merito alle condizioni in base alle quali gli Stati membri possono erogare misure a favore delle banche, sia in merito al *burden sharing* e al processo di ristrutturazione imposto al fine di concedere gli aiuti in questione. Di notevole rilievo è stata anche la “*Comunicazione relativa alla Modernizzazione degli aiuti di stato*” del 2012 (la c.d. *State Aid Modernisation* o SAM) con cui la Commissione ha evidenziato che la gestione della crisi bancaria non si può fondare esclusivamente sull’uso degli aiuti di Stato, ma dovrebbe essere oggetto di una “*regolamentazione specifica*”.

Conformemente a quest’ultima considerazione, sono stati poi rilasciati tre provvedimenti estremamente significativi, ossia la Direttiva 2014/49/UE (relativa ai sistemi di garanzia dei depositi o DGS), la Direttiva 2014/59/UE (c.d. BRRD), il Regolamento (UE) n. 806/2014 sul *Single Resolution Mechanism* o SRM, che costituiscono l’impianto normativo su cui attualmente si regge l’Unione Bancaria Europea. Tali atti, pur non riguardando direttamente la disciplina sugli aiuti di Stato, rappresentano una forma di coordinamento tra questa e il processo di riforma del settore bancario allo scopo di costituire un controllo centralizzato per la prevenzione delle ipotetiche future crisi.

A seguito di tale riforma, ci sembra emergere l’esistenza di un principio di solidarietà nella disciplina relativa alle modalità di gestione delle crisi bancarie. In effetti, anche in questa legislazione secondaria, conformemente a quanto statuito nei trattati, e in particolare modo nel settore dell’UEM (più vicino ovviamente alle dinamiche del mercato finanziario e creditizio), riteniamo possa scorgersi la regola della non-solidarietà. Il principio di solidarietà sembra, infatti, attivarsi solo in presenza di gravi difficoltà, che nella fattispecie del settore bancario si identificano nei pericoli di instabilità finanziaria che possono derivare dalla crisi anche di un singolo intermediario. Un principio, quello di cui trattasi, che nel settore del credito non trova una base giuridica specifica nei trattati, come ad esempio accade con l’art. 122, TFUE in cui è esplicitamente autorizzato il ricorso alla solidarietà per finanziare gli aiuti agli Stati membri travolti da difficoltà budgetarie. Piuttosto, tale principio si ricava implicitamente dalle scelte effettuate dal legislatore europeo, il quale, quando conferma la ‘regola’ della non solidarietà, sembra ispirarsi alla filosofia di fondo dei trattati, i quali affermano apertamente che la realizzazione del mercato unico debba avvenire nel contesto di “*una economia libera di mercato*” (v. artt. 119, TFUE e ss.)

senza che, di norma, possano intervenire soggetti terzi per rimediare ai fallimenti del mercato.

Per provare quanto appena sostenuto, si deve osservare che, prima dell'entrata in vigore dell'innovativo quadro giuridico rappresentato dalla BRRD, dalla Dir. DGS e dal Reg. SRM, la regola in tema di crisi bancarie era appunto la totale non-solidarietà; ciò è giustificato dal fatto che, nella fase precedente al varo dell'Unione Bancaria, non si erano ancora innescate crisi sistemiche della stessa specie di quella che attanaglia attualmente l'eurozona. Fino al 2014, infatti, mai era stata approvata una regolamentazione specifica per la gestione delle crisi bancarie; l'unica normativa vigente era la Comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato del 1994, rifusa nel 2001 e poi nel 2004, la quale prevedeva per le banche l'applicazione dello stesso approccio adottato in materia di aiuti di Stato nei confronti delle imprese comuni. Suddetto approccio si caratterizzava per una interpretazione restrittiva delle regole sugli aiuti di Stato che, nella maggior parte dei casi, conduceva la Commissione a dichiarare incompatibili con i trattati gli aiuti di Stato concessi agli istituti di credito in difficoltà.

Di contro, durante la fase più drammatica della crisi (2008-2013), ancora in un quadro normativo carente di una normativa specifica, la Commissione ha deciso di adottare nuovi Orientamenti in tema di aiuti di Stato alle banche. Il controllo è diventato più blando e conseguentemente sono state autorizzate forti ricapitalizzazioni pubbliche per contenere la crisi nel settore bancario e, in particolare, per evitare una incontrollata corsa agli sportelli che avrebbe potuto contagiare l'intera eurozona. Si può ritenere dunque, che, durante la fase più acuta della crisi, il principio di solidarietà, nel settore bancario, si sia dispiegato in tutta la sua pienezza. Ancora una volta, è stato confermato come nell'Unione, e in particolare nel settore dell'UEM, nelle situazioni di normalità non esiste la solidarietà; per contro, in caso di crisi sistemiche, si attivano meccanismi di solidarietà per salvaguardare l'ordinato funzionamento del mercato unico.

Al termine della fase più critica della crisi, il rilascio della Comunicazione del 2013 e l'entrata in vigore poi della Dir. BRRD, del Reg. sul SRM e della Dir. DGS, hanno confermato il ricorso a forme di solidarietà, in questo caso però più 'attenuate' rispetto agli Orientamenti del 2008, posto che in quel contesto storico la crisi era sì meno grave, ma non era ancora del tutto risolta. Pertanto, è vero che sono stati introdotti, mediante l'Unione Bancaria, specifici strumenti che hanno predisposto

una vasta gamma di interventi in solidarietà; tuttavia, tali azioni possono essere innescate solo a seguito del rispetto di una serie di precise e severe condizioni.

Basti osservare l'introduzione da parte della BRRD della regola del *bail-in*, la quale conferma un graduale ritorno alla non-solidarietà, rispetto a quanto diversamente statuito negli Orientamenti del 2008. Difatti, ai fini del salvataggio dell'intermediario in carenza di capitale, è adesso prevista la copertura delle perdite con i soldi degli azionisti e dei creditori e, per la reintegrazione del capitale ai livelli minimi previsti dalla CRD IV, è imposta la conversione degli strumenti di debito in *equity*. Solo in casi eccezionali di crisi, che possono mettere in pericolo la stabilità del mercato finanziario europeo, la BRRD, in coordinamento con la Comunicazione del 2013, autorizza il ricorso agli strumenti di solidarietà finanziati dal settore privato.

Quanto ai nuovi strumenti di solidarietà, anzitutto, è doveroso menzionare il fondo di risoluzione. Com'è noto, la BRRD, agli artt. 99-109, ha imposto a ciascuno Stato di dotarsi di un apposito fondo nazionale che finanzierà le operazioni di risoluzione, attivabile quando le risorse interne dell'ente bancario non siano sufficienti per la copertura delle perdite. Va osservato che il fondo viene alimentato con le contribuzioni delle banche autorizzate nel territorio nazionale. Sulla base di questo dato ci pare possibile affermare che, durante la gestione di una crisi bancaria, emerga una forte solidarietà tra istituti di credito: ciò avviene, in concreto, attraverso la copertura delle perdite dell'ente in crisi (dopo un *bail-in* minimo dell'8% rispetto alle passività ammissibili) e/o il finanziamento degli altri strumenti di risoluzione, il rilascio di garanzie, la concessioni di prestiti o l'acquisto di attività della banca in risoluzione.

Si potrebbe obiettare che questo tipo di intervento in solidarietà sia stato etero-imposto alle banche (v. Dir. BRRD) e che, quindi, non sorga in maniera spontanea e persegua unicamente l'interesse pubblico al mantenimento della stabilità finanziaria e alla protezione dei depositanti. Per contro, si può rispondere a questa possibile critica, asserendo che l'utilizzo di questo strumento va nell'interesse stesso delle banche che finanziano la ristrutturazione, le quali si attivano (come, tra l'altro, già avvenuto in passato ancor prima dell'entrata in vigore della BRRD) per evitare un effetto contagio derivante dalla liquidazione dell'ente in sofferenza, che comporterebbe per esse dei costi maggiori in un'ottica di lungo periodo.

In aggiunta, va ricordato come l'accentramento decisionale a livello europeo della risoluzione delle crisi delle banche 'significative' nel quadro del *Single Resolution*

Mechanism non poteva considerarsi effettivamente compiuto senza la disponibilità di risorse finanziarie adeguate per supportare il processo di salvataggio di una banca. Da qui la decisione di istituire, nell'ambito del SRM, il Fondo di risoluzione unico da attivare per garantire la disponibilità di un sostegno finanziario alle banche in risoluzione. Anche tale fondo è finanziato dai contributi del settore bancario ed è destinato a sostituire gradualmente i fondi di risoluzione nazionali degli Stati membri dell'area euro e degli altri Stati membri che partecipano all'UBE in un periodo di otto anni. Il Regolamento SRM conferma per il Fondo unico di risoluzione le stesse forme di intervento disciplinate per i fondi di risoluzione nazionali di cui alla BRRD. Orbene, se si considera che il Fondo unico verrà alimentato dai contributi raccolti a livello nazionale in base a quanto disposto dalla BRRD, anche in questo caso è possibile affermare l'esistenza di una solidarietà tra enti bancari. Ciò che cambia rispetto ai fondi nazionali sono le modalità di *funding*, poiché il Fondo unico verrà alimentato dai contributi delle banche europee e non solo da quelle autorizzate nel territorio di un singolo Stato membro; in questo caso, dunque, muta la prospettiva della solidarietà, la quale opererà non più ad un livello meramente nazionale, ma si realizzerà anche tra istituti bancari aventi sede in differenti Stati membri in vista di una progressiva 'mutualizzazione' del debito bancario a livello europeo.

Tra gli altri strumenti di finanziamento dei salvataggi bancari, dai quali riteniamo emerga il principio di solidarietà, vanno menzionati gli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi. Questi ultimi svolgono un ruolo cruciale nella gestione delle crisi bancarie, giacché in caso di insolvenza di un istituto di credito si attivano per il rimborso dei depositanti⁴⁸⁴. Tuttavia, il mandato dei sistemi di garanzia non è limitato al mero rimborso; infatti, essi si caratterizzano per l'ampiezza del loro ambito di intervento. Tra le altre modalità di utilizzo dei fondi di garanzia, che si ricavano dalla lettura congiunta della Dir. DGS e della BRRD, annoveriamo quelle misure alternative volte a prevenire l'insolvenza delle banche e a evitare il costo di un rimborso dei depositanti e altri possibili effetti negativi sull'andamento del mercato bancario (art. 11, co. 3, Dir. DGS).

Ai fini della nostra analisi, è proprio quest'ultima forma di intervento che ci interessa particolarmente. Invero, l'intervento dei sistemi di garanzia, attraverso il fondo

⁴⁸⁴ I depositanti costituiscono la componente più debole nell'ambito delle varie categorie di creditori, non disponendo i medesimi degli strumenti informativi che consentano di valutare la solidità dell'intermediario cui affidano i loro risparmi.

finanziato dalle banche aderenti, sembra confermare l'esistenza di una solidarietà tra enti bancari che si dispiega, in questo caso, in una fase *ex ante* rispetto alla 'risoluzione' dell'ente bancario. Si potrebbe criticare la nostra tesi, sostenendo che la partecipazione delle banche ai sistemi di garanzia dei depositi è obbligatoria fin dall'approvazione della Direttiva 94/19/Ce e che, dunque, tali iniziative dei fondi di garanzia siano in realtà la diretta conseguenza di decisioni prese dal legislatore. Tuttavia, questa visione potrebbe mascherare una certa miopia, posto che non prenderebbe in giusta considerazione il modo in cui in realtà tali interventi si sono sviluppati nella prassi. Infatti, la maggior parte degli schemi di garanzia sono stati costituiti su 'base volontaria' e numerosi interventi alternativi, per evitare il fallimento di banche in crisi, erano già stati realizzati tra gli anni '80 e '90, ovvero ancora prima che la creazione dei sistemi di garanzia dei depositi fosse prevista in via obbligatoria dalla normativa europea⁴⁸⁵. Pertanto, ci sembra di poter affermare con sufficiente tranquillità che le banche, quando intervengono nel contesto di questi schemi di natura privata si attivano spontaneamente per il finanziamento del salvataggio degli istituti in difficoltà. Il fine perseguito, com'è evidente, è quello di sostenere un costo attuale minore rispetto a quello superiore che deriverebbe dal rimborso dei depositanti e da un effetto contagio che produrrebbe conseguenze negative sul costo di finanziamento delle banche e sulla fiducia nei confronti del sistema creditizio.

Altro strumento di intervento in cui si esplica la solidarietà, soprattutto in caso di crisi bancarie di rilevanza sistemica, è rappresentato dall'*European Stability Mechanism* (ESM), il meccanismo permanente di risoluzione delle crisi dei Paesi dell'eurozona finanziato dalle sottoscrizioni al capitale degli Stati membri la cui moneta è l'euro. Il fondo di cui trattasi rappresenta l'ultima linea di difesa offerta ai governi e alle banche per superare situazioni di instabilità, dopo aver utilizzato tutti gli ordinari strumenti di risoluzione. In particolare, attraverso lo strumento della ricapitalizzazione diretta delle banche, l'ESM costituirà l'ultimo presidio per salvaguardare la stabilità finanziaria dell'area euro. Ciò premesso, se si considera che l'ESM è finanziato direttamente dagli Stati membri, ci pare di assistere al sorgere di una diversa forma di solidarietà bancaria, che si dispiega non più solo tra privati (gli

⁴⁸⁵ Emblematico sul punto è il caso italiano, visto che il Fondo interbancario di tutela dei depositi (FITD) e il Fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo sono schemi creati su base volontaria ben prima della entrata in vigore della Direttiva 94/19/Ce, che ha imposto a tutte le banche la partecipazione agli schemi di garanzia come requisito per lo svolgimento dell'attività bancaria.

enti creditizi), bensì anche tra soggetti pubblici (gli Stati membri dell'euro area⁴⁸⁶), i quali si sono impegnati tramite un accordo internazionale a finanziare i salvataggi delle banche europee in vista del mantenimento della stabilità finanziaria nell'eurozona.

4. Dal quadro normativo delineato emerge, come conseguenza delle problematiche sollevate dalla crisi finanziaria, una costante evoluzione della disciplina relativa alla gestione delle crisi bancarie e soprattutto agli aiuti di Stato, che tiene conto della particolarità della funzione del settore bancario nel contesto dell'economia al fine di evitare effetti sistemici indesiderati.

Tuttavia, l'azione delle istituzioni europee non può considerarsi ultimata. Già nel breve periodo prevediamo degli interventi per adattare alcune fattispecie indicate nella Comunicazione del 2013 rispetto all'assetto di alcuni strumenti giuridici introdotti nei tre interventi legislativi in materia di crisi bancarie (DGSD, BRRD e SRM).

In una prospettiva ancor più ampia, potrebbe delinarsi un ulteriore cambiamento nelle politiche europee in questo settore. La Comunicazione del 2013, difatti, pone fine agli aiuti straordinari connessi alla crisi, ma, al contempo, sembra anticipare il passaggio ad un'altra fase di modernizzazione della politica degli aiuti al settore finanziario. In tal senso, anche la Comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato (2012) indica nuove prospettive per l'attività di controllo in materia di aiuti di Stato che, mantenendo ferme le politiche della concorrenza, dovrebbe valorizzare maggiormente la 'spesa pubblica' come strumento per la definizione di politiche che stimolino la crescita. Pertanto, a nostro avviso, dovrebbero essere reinterpretate in maniera meno stringente le norme sugli aiuti di Stato per garantire una ottimizzazione del ricorso agli aiuti pubblici, che non devono essere visti come una chimera nell'attuale contesto instabile di mercato, ma, al contrario, come un irrinunciabile strumento di stabilizzazione per rimediare ai fallimenti del mercato e restaurare l'efficienza e la funzionalità del comparto creditizio.

Infine, presumiamo che l'ultima fase della gestione delle crisi bancarie e degli aiuti di Stato nel settore finanziario dovrebbe comportare la transizione dal sistema di 'emergenza' rappresentato dal ricorso massiccio all'art. 107, co. 3, lett. b) alla

⁴⁸⁶ Solidarietà Stato-Stato in contrapposizione alla solidarietà privato-privato.

‘normale applicazione’ degli Orientamenti del 2004 ex art. 107, co. 3, lett. c), TFUE. Riteniamo che questo passaggio ricondurrà tutto il sistema relativo alla gestione delle crisi bancarie verso la riapplicazione della regola della non-solidarietà.

La tanto desiderata uscita dalla crisi, tuttavia, non è ancora avvenuta dal momento che le sue conseguenze, soprattutto quelle che hanno colpito l’economia reale, continuano ad imperversare; è ipotizzabile, quindi, che ancora per qualche anno, assisteremo ad interventi modulati di solidarietà per garantire la fuoriuscita dalla crisi. Una volta ristabilito un contesto economico stabile, si dovrebbe, infine, ritornare ad una situazione di ‘normalità applicativa’ delle regole relative al salvataggio degli istituti di credito.

BIBLIOGRAFIA

- A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997
- A. BANFI, F. DI PASQUALI, *Il contributo italiano all'operatività della banca centrale europea*, in *Osservatorio monetario*, 2013
- A. BIONDI, *Some Reflections on the Notion of "State Resources" in European Community State Aid Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2006
- A. BOMHOFF, A. JAROSZ-FRIIS, N. PESARESI, *Restructuring banks in crisis – overview of applicable State aid rules*, Competition Policy Newsletter, 2009
- A. DELL'ATTI, *Gli aiuti di Stato alle banche in tempo di crisi*, in *Concorrenza Mercato Regole*, 2012
- A. DI MARCO, *Il controllo delle banche nell'UEM: la (problematica) nascita di un sistema integrato di vigilanza prudenziale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013
- A. GHISALBERTI, *Solidarietà e statuto della persona*, in M. NAPOLI (a cura di), *La solidarietà*, Milano, Vita e Pensiero, 2009
- A. JONES E B. SUFFRIN, *EU Competition Law*, Oxford University Press, 2014
- A. LANG, M.P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione europea: Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014
- A. LOPES, *Accesso al credito, vincoli patrimoniali e sistema bancario. L'esperienza della crisi finanziaria*, in *Rivista Economica del Mezzogiorno*, 2014
- A. MALATESTA, *La Banca Centrale Europea*, Giuffrè Editore, 2003
- A. MARTINELLI, *I principi della Rivoluzione francese e la società moderna*, in A. MARTINELLI, M. SALVATI, S. VECA, *Progetto '89. Tre saggi su libertà, uguaglianza, fraternità*, Milano, Il Saggiatore, 1989
- A. MCDONEL, *Solidarity, Flexibility, and the Euro-Crisis: Where Do Principles Fit In?*, in LS. ROSSI, F. CASOLARI (a cura di) *The EU after Lisbon Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Springer, 2014
- A. PALAZZO, *La democrazia industriale secondo Sturzo*, in E. GUCCIONE (a cura di), *Luigi Sturzo e la democrazia nella prospettiva del terzo millennio*, Atti del seminario internazionale di Erice del 7-11 ottobre 2000, Firenze, 2004

- A. PIZZORNO, *Introduzione allo studio della partecipazione politica*, in *Quaderni di sociologia*, nn. 3-4, 1966
- A. RESTI, *Liquidità e nuove regole sulle banche: calibrazione e impatti*, FrancoAngeli, 2014
- A. TONETTI, *La disciplina comunitaria e globale degli aiuti a favore del sistema bancario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2009
- B. CŒURÉ, *The implications of bail-in rules for bank activity and stability*, Conferenza “*Financing the recovery after the crisis- the roles of bank profitability, stability and regulation*”, Milano, 30 settembre 2013, Università Bocconi www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130930.en.html
- B. DE MEESTER, *Liberalization of Trade in Banking Services: An International and European Perspective*, Cambridge University Press, 2014
- B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Giuffrè Editore, 2005.
- B. SNELL, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, Einaudi editore, 1951.
- B.S. BERNANKE, *The economic outlook*, Joint Economic Committee, U.S. Congress, 2007
- BANCA D'ITALIA, *Che cos'è una banca*, www.bancaditalia.it/servizi-cittadino/cultura-finanziaria/informazioni-base/banca/index.html, 2016.
- BOLTHO, CARLIN, *The Problems of European Monetary Union - Asymmetric Shocks or Asymmetric Behaviour?*, Vox, 3 marzo 2012, in <http://www.voxeu.org/article/problems-eurozone>
- C. BARBAGALLO, *Il rapporto tra BCE e autorità nazionali nell'esercizio della vigilanza*, intervento al Convegno “*Unione bancaria: istituti, poteri e impatti economici*”, Roma, 26 febbraio 2014
- C. BARBAGALLO, *La vigilanza bancaria tra presente e futuro*, Luiss Guido Carli, Roma, gennaio 2014
- C. BRESCIA MORRA, *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union The Role of the ECB and the EBA*, Working papers no. 2, Luiss Guido Carli, 2014.
- C. DI FALCO E M. G. MAMONE, *Capire lo strumento del bail-in attraverso le linee guida e i regulatory technical standards della European Banking Authority (EBA)*, in *Dirittobancario.it*, 2016
- C. ENOCH, L. EVERAERT, T. TRESSEL, J. ZHOU, *From Fragmentation to Financial Integration in Europe*, International Monetary Fund, 2013

- C. GOODHART, *The Changing Roles of Central Banks*, in *LSE Financial Markets Group*, Special Paper, n. 197, 2010.
- C. KLEINER, *L'agrément bancaire*, in *Revue Banque & Droit*, 2015
- C. KLEINER, *L'irrésistible souveraineté monétaire - Une approche juridique de la monnaie dans l'Etat et hors l'Etat*, in *La souveraineté monétaire et la souveraineté politique en idées et en pratiques: identité, concurrence, corrélation?*, 2015
- C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, prefazione P. Mayer, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, vol. 516, 2010
- C. KLEINER, *Verbo «Money-Currency» et «Switzerland» (rapport national)*, in *European Encyclopedia of Private International Law*, (a cura di) J. BASEDOW, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, G. RÜHL, (dir. pub.), Edward Elgar, 2015
- C. MORTATI, *Commento all'articolo 1*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) G. BRANCA, *Art. 1-12: Principi fondamentali*, Bologna e Roma, Zanichelli – Il Foro italiano, 1975
- C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, Passigli Editori, 2012.
- C. VANHEULE, J. VAN SELM, C. BOSWELL, *L'attuazione dell'articolo 80 del TFUE sul principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità, anche sul piano finanziario, tra gli Stati membri nel settore dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione*, Bruxelles, 2011
- C. ZILIOI, M. SELMAYR, *La Banca Centrale Europea*, Giuffrè Editore, 2007.
- D. DIAMOND, P. DYBVIK, *Banking Theory, Deposit Insurance and Bank Regulation*, in *The Journal of Business*, 1986, vol. 59
- D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Giappichelli, 2012
- D. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Federalismi*, 2016
- D. ROWELL, B. CONNELLY, *A history of the term "moral hazard"*, in *The Journal of Risk and Insurance Association*, 2012
- D. SICLARI, *Italian Banking and Financial Law: Crisis Management Procedures, Sanctions, Alternative Dispute Resolution Systems and Tax Rules, Volume 4*, Palgrave Macmillan, 2015

- D. SICLARI, *La limitazione della responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari recata dall'art. 24, comma 6-bis, della legge n. 262/05: un primo monito della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2009
- D. TRUCHET, *Droit public*, Paris, Puf, 2003
- D.S. LANDES, *Prometeo liberato. Trasformazioni tecnologiche e sviluppo industriale nell'Europa occidentale dal 1750 ai nostri giorni*, trad. it., Einaudi editore, 1978
- E. AVGOULEAS, C.A. GOODHART, *A critical evaluation of bail-in as a bank recapitalisation mechanism*, in *Centre For Economic Policy Research*, 2016
- E. BALIBAR, *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'état, le peuple*, Paris, 2001
- E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010
- E. DOMINGO SOLANS, *Should the ECB have broader objectives beyond price stability*, www.ecb.int
- É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale (1893)*, trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1999.
- E. GALANTI, *I gruppi nella proposta di direttiva sul nuovo quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Crisi bancarie e diritto comunitario, Diritto della banca e del mercato finanziario*, Pacini Editore, 2013
- E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*, (a cura di) E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON, *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003
- E. LÉVINAS, A. PEPPERZAK, *Etica come filosofia prima 1989*, trad. it. di F. CIARAMELLI, GUERINI E ASSOCIATI, Milano 2001
- E. SOMAINI, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Roma, Donzelli, 2002
- E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in AA. VV. *Studi sull'integrazione europea*, Bari, anno IX 1/2014
- E. WYMEERSCH, *The European Banking Union, a First Analysis*, Financial Law Institute Working Paper Series WP, 2012
- E.J. KANE, *Deposit Insurance around the globe: where does it work?*, in *Journal of Economic Perspective*, 2002
- E.P. MARELLI, M. SIGNORELLI, *Politica economica: Le politiche nel nuovo scenario europeo e globale*, G Giappichelli Editore, 2015
- F. CAPRIGLIONE, G. SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani*, UTET, 2012

- F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in (a cura di) G. COLOMBINI e M. PASSALACQUA, *Mercati e Banche nella Crisi: Regole di Concorrenza e Aiuti di Stato*, Editoriale Scientifica, 2012
- F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario della Ue dopo la crisi*, Utet, 2014.
- F. CAPRIGLIONE, M. SEMERARO, *Financial crisis and sovereign debt: The European Union between risks and opportunities*, 2012, in www.ssrn.com.
- F. CAPRIGLIONE, *Mercato regole democrazia, L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Utet, 2013
- F. CASOLARI, *Recensione a: Private Enforcement of European Union Competition Law*, in *The International Spectator*, 2014, 49
- F. CASOLARI, *The principle of loyal co-operation: a 'master key' for EU external representation?*, in *Principles and practices of EU external representation*, THE HAGUE, Asser Institute, 2012
- F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Cacucci editore, 2012
- F. DEBENEDETTI, *Dubbi in punto di diritto sulle tesi degli anti Karlsruhe*, in www.astrid-online.it
- F. EWALD, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1986.
- F. FABBRINI, *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes - Constitutional Challenges*, Oxford University Press, 2016
- F. GUARRACINO, *Il meccanismo unico di vigilanza sugli enti creditizi tra diritto primario e riforma dei trattati*, in *Riv. Trim. dir. Econ.*, n. 3, 2013
- F. GUARRACINO, *Supervisione bancaria europea. Sistema delle fonti e modelli teorici*, CEDAM, 2012
- F. LAURSEN, *Denmark and the Ratification of the Lisbon Treaty: How a Referendum was avoided*, in *Dalhousie EUCE Occasional Paper*, No. 7, 2009
- F. MARTUCCI, (in collaborazione con C. Mongouachon), *La Constitution économique*, Paris, La Mémoire du droit, 2015
- F. MARTUCCI, *FESF, MESF et MES*, in *Revue de l'Union européenne*, 2012
- F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Prefazione D. Carreau, Avantpropos Jean-Victor Louis, Bruxelles, Bruylant, Collection: «Droit de l'Union européenne», 2015
- F. MARTUCCI, *L'Union bancaire*, Bruxelles, Bruylant, Collection : “Droit de l'Union européenne”, 2016

- F. MARTUCCI, *La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 nov. 2012, Pringle*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2, 2013
- F. MARTUCCI, *La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines : l'arrêt Gauweiler entre droit et marché*, CDE, 2015
- F. MARTUCCI, *La Grèce et la crise de dette souveraine. - En attendant Godot, allons voir Godeau*, JCP Edition Générale, n° 29, 2015
- F. NUGNES, *L'Europa e la crisi. Gli interventi della Banca centrale europea e la creazione del Meccanismo europeo di stabilità*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it.
- F. PAPADIA, C. SANTINI, *La Banca centrale europea*, Il Mulino, 2012.
- F. QUERCI, *La proposta di direttiva sugli strumenti di risanamento e di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Bancaria*, 2013.
- F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010.
- F. SARACENO, *BCE e FED, Quantitative Easing o Prestatore di ultima istanza? La confusione regna sovrana*, in www.keynesblog.org.
- F. SIGNORINI, *L'Unione bancaria, Audizione del Direttore centrale per la vigilanza della Banca d'Italia presso la VI Commissione permanente del Senato della Repubblica*, Roma, 24 ottobre 2012.
- F. TANNENBAUM, *Il sindacato: una nuova società*, trad. it., Opere Nuove, 1962.
- F. TOTARO, *Sulla solidarietà: una riflessione critica*, in *Etica & Politica*, 2001.
- F.C. LAPRÉVOTE, M. PARON, *The Commission's Decisional Practice on State Aid to Banks: an Update*, in *European State Aid Quarterly Law*, 2015.
- G. BOCCUZZI, *Direttiva comunitaria in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, Commento ai titoli I, II, III, IV (artt. 28, 29 e 33)*; R. CERCONE, *Direttiva comunitaria in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi. Le eccezioni alla applicazione della lex concursus*, in G. ALPA, F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto Bancario Comunitario*, Utet, 2002
- G. BOCCUZZI, *L'Unione Bancaria Europea*, Bancaria editrice, 2016
- G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*, Giuffrè editore, 1998
- G. BOCCUZZI, *Rischi e garanzie nella regolazione finanziaria*, Cacucci, 2006

- G. BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the Italian model*, in *Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica*, n. 71, 2011
- G. BOSCO, *Lezioni di diritto internazionale*, Giuffrè editore, 1992, p. 587.
- G. BUCCI, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in www.costituzionalismo.it, 3/2012.
- G. COSMACINI, *Compassione*, Il Mulino, 2012
- G. DE BÚRCA, *The Institutional Development of the EU: A Constitutional Analysis*, in P. CRAIG & G. DE BÚRCA (dir.) *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1998
- G. DI FEDERICO, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection after the Lisbon Treaty*, in *The Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, DORDRECHT HEIDELBERG LONDON NY, Springer, 2011
- G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Editoriale Scientifica, 2008
- G. DI FEDERICO, P. MANZINI, *A Law and Economics Approach to the New European Antitrust Enforcing Rules*, «ERASMUS LAW AND ECONOMICS REVIEW», 2004
- G. DI FEDERICO, *The Impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: Enhancing Procedural Guarantees Through Article 6 TEU*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010
- G. ESPING-ANDERSEN, *Politics against Markets. The Social Democratic Road to Power*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 1985
- G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990, e di M. FERRERA, *Modelli di solidarietà*, Il Mulino, 1993
- G. MAJONE, *Dilemmas of European Integration. The Ambiguities & Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford University Press, New York, 2005
- G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012
- G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Giapichelli, 2014.

- G. NAPOLETANO, *La risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria. Verso l'Unione bancaria*, in *Banca e borsa*, n. 6, 2012
- G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012.
- G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Madrid, Editorial Dykinson, 2010.
- G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, III ed., 2011
- G. TESAURO, *Il diritto dell'Unione europea*, CEDAM, 2012.
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Giappichelli, 1992.
- G.J. KOOPMAN, *Stability and Competition in EU Banking During the Financial Crisis: the Role of State Aid Control*, in *Competition Policy International*, 2011, Vol. 7, n. 2 (9-21)
- G.L. TOSATO, *Interrogativi sul ricorso della Francia alla clausola di difesa collettiva ex art. 42.7 TUE*, in *Aperta contrada*, 2015, www.apertacontrada.it.
- G.L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012
- G.L. TOSATO, *L'unione economica e monetaria*, Giappichelli, 2007
- G.P. CELLA, *Non di solo mercato*, Edizioni Lavoro, 1994
- GRILLER, ORATOR, *Everything under control? The "way forward" for European agencies in the footsteps of Meroni doctrine*, in *European Law Review*, vol. 35, 1, 2010
- HANS-WERNER SINN, *The Euro Trap: On Bursting Bubbles, Budgets, and Beliefs*, Oxford University Press, 2014
- I. BEGG, *The EU's response to the global financial crisis and sovereign debt crisis*, in *Asia Europe Journal*, n. 9, 2012
- I. VISCO, *Considerazioni finali per il 2013*, Roma, maggio 2014.
- I. VISCO, *Il completamento dell'Unione bancaria e il finanziamento dell'economia reale*, Intervento alla Conferenza interparlamentare di cui all'art. 13 del Fiscal Compact, Camera dei deputati, Roma, 30 settembre 2014
- I. VISCO, *The exit from euro crisis. Opportunities and challenges of the Banking Union*, Intervento al seminario "Europe and the Future of global governance", Roma, 10 settembre 2013.

- J. CARMASSI, C. DI NOIA, S. MICOSSI, *Banking Union: A federal model for the European Union with prompt corrective action*, in *CEPS Policy Briefs*, No. 282, 2012
- J. DE KOK, *Competition Policy in the Framework and Application of State aid in the Banking Sector*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015
- J. GOBAT, *Banks: at the heart of the matter*, International Monetary Fund, disponibile all'indirizzo www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/basics/bank.htm, 2012
- J. HABERMAS, *La creazione di una identità europea è necessaria e possibile?*, Id., *L'Occidente diviso*, 2007
- J. LIPINSKY, *Fine-Tunings" Regarding the Assessment of Aid Schemes*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2012
- J. PRUSKI, *The role of deposit insurer in bank resolution*, Intervento al FSI-IADI "Seminar on Bank resolution, Crisis management and Deposit insurance issues", Basilea, 9-11 settembre 2014.
- J. RIFKIN, *The European Dream. How the Europe's Vision of the Future is Quietly Eclipsing the American Dream*, New York, 2005.
- J. STIGLITZ, *Freefall, America, Free Market and the Sinking of the World Economy*, in *WW Norton e co.*, 2010.
- J. TREANOR, S. FARRELL, *Co-op Group loses majority control of banking division*, *The Guardian*, www.theguardian.com/business/2013/oct/21/coop-group-bank-us-hedge-funds, 2013
- J. WILSON, *Finance industry: Demise of WestLB is a sign of changing times*, *Financial Times*, 2011.
- J.N. GORDON, W. G, RINGE, *Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What It Would Take*, LEGAL RESEARCH PAPER SERIES, Paper No 18/2014, in *Columbia Law and Economics Working Paper*, No. 465, 2014
- J.P. DEGUEE, *The winding up directive finally establishes uniform private international law for banking insolvency proceedings*, in *European Business Review*, 2001
- K. LENAERTS, *Regulating the regulatory process: delegation of powers in the European Community*, in *Europ. Law Rev.*, 1993
- KRUGMAN, *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, New York, 2009.

- L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Libraire Armand Colin, III ed., 1902,
- L. GUISO, L. ZINGALES, *L'Italia chiede la moratoria sul bail-in*, in *ilSole24Ore*, 30 dicembre 2015
- L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, Vita e Pensiero, 1998
- L. RUBINI, *The Elusive Frontier: Regulation under EC State aid Law*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009
- L. STANGHELLINI *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *AA.VV., Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri* (Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013), *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 75/2014, 2014
- L. STANGHELLINI, *La gestione delle crisi bancarie – la tradizione italiana e le nuove regole europee*, in *Ricerche giuridiche*, Edizioni Ca' Foscari, 2015.
- L. ZAGATO, *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del Trattato su una Costituzione per l'Europa*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006
- L.C. UBERTAZZI, *La «tradizione» delle intese bancarie*, in *Banche e Concorrenza*, Giuffrè editore, 2007
- L.S. ROSSI, *"Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012
- L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'UE alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Giappichelli, 2011
- L.S. ROSSI, *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei Diritti UE e standards internazionali*, Editoriale Scientifica, 2011
- L.S. ROSSI, *Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le Traité de Lisbonne*, in *Chemins de l'Europe Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, 2010.

LAMY, *Setting Up and Governing the Euro*, in *Notre Europe*, Tribune, 2012, disponibile nel sito <http://www.Notre-Europe.eu/uploads/tx.publication/SettingUp>.

M. BAGELLA, *L'Euro e la Politica Monetaria: Seconda edizione*, Giappichelli, 2015.

M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, Igdg, 1993

M. BORGETTO, *Solidarité*, in D. ALLAND, S. RIALS (a cura di), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-puf, 2003.

M. BUDER, M. LIENEMEYER, M. MAGNUS, B. SMITS, K. SOUKUP, *The rescue and restructuring of Hypo Real Estate*, in *Competition Policy Newsletter*, 2011

M. CIHAK, E. NIER, *The need for special resolution regime for financial institutions. The case of the European Union*, in *IMIF working Paper*, International Monetary Fund, 2009

M. DEWATRIPONT, *European Banking: Bailout, Bail-in and State Aid control*, in *International Journal Of Industrial Organization*, 2014

M. DRAGHI, *Financial Stability in the global environment? Learning the lessons from the market crisis*, Keynote Speech at IOSCO's Annual Conference, 2009

M. DRAGHI, *Intervento alla giornata in ricordo di Federico Caffè*, discorso del 24 maggio 2012

M. FARLEY, *'The Role of Economics-based Approaches when Analysing Effects on Trade and Distortions of Competition after Wam*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2010

M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford University Press, 2005.

M. GESTRI, *Tutti per uno? La Francia invoca la clausola europea di difesa*, in *Affari internazionali*, 2015, www.affarinternazionali.it

M. LIENEMEYER, M. MAGNUS, *WestLB Liquidation – The End Of The Saga*, 3 *Competition Policy Newsletter*, 2014

M. LO BUE, *Crisi economica e trasformazione delle istituzioni europee. Meccanismi istituzionali di governo della recessione*, Giappichelli, 2013

M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (aic) su «Costituzionalismo e costituzione nella vicenda unitaria italiana», Torino 27-29 ottobre 2011

M. MAGATTI, *La grande contrazione. I fallimenti della libertà e le vie del suo riscatto*, Feltrinelli, 2012

M. ONADO, *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori*, in *Banca Impresa Società*, 2009

M. PARISH, *On the private investor principle*, in *European Law Review*, 2003

M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, CEDAM, 2012

M. RAPPORT, *1848. L'anno della rivoluzione*, trad. it., Laterza, 2011.

M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011

M. SALVATI, *Solidarietà: una scheda storica*, reperibile in www.fondazionebasso.it.

M. SARCINELLI, *L'unione bancaria europea e la stabilizzazione dell'Eurozona*, in *Moneta e Credito*, 2013

M. WEBER, *The concept of solidarity in the study of world politics: towards a critical theoretic understanding*, in *Review of International Studies*, 2007.

M. ZAMBELLI, C. ZAMBELLI, *La responsabilità extracontrattuale dello Stato nell'implementazione del diritto europeo: il contesto comunitario e l'esperienza inglese*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011

M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009

M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Rivista critica di diritto privato*, Anno XXV, n. 1, 2007

MESSORI, *La governance economica europea*, in *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2012* (a cura di Zanardi), 2012

MICOSSI, *Unholy Compromise in the Eurozone and How to Mend It*, in *CEPS Policy Brief*, No. 277, 2012, disponibile nel sito <http://www.ceps.eu>.

N. KROES, *Competition Policy And The Crisis – The Commission's Approach To Banking And Beyond*, in *Competition Policy Newsletter* 3, 2010.

N. KROES, *The road to recovery*, Speech/09/63, Paris, 2009.

N. URBINATI, *Liberi e uguali. Contro l'ideologia individualista*, Laterza, 2011.

NELLI FEROCI, *La riforma dell'assetto di governance economica dell'Unione Europea*, *lectio magistralis* tenuta al Collegio europeo di Parma il 21 maggio 2012, disponibile nel sito <http://www.italiaeu.it>

- P. BALDWIN, *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State 1875-1975*, Cambridge University Press, 1990
- P. BOYANCE, *Études sur l'humanisme cicéronien*, Latomus, 1970.
- P. CALAMANDREI, *La Costituzione*, in aa.vv., *Dieci anni dopo. 1945-1955*, Laterza, 1955
- P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in G.BALANDI, G. CAZZETTA (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, 2009
- P. COSTANZO, L. MEZZETTIA, *Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione europea*, IV ed., Giappichelli, 2014
- P. DE GRAUWE, *The European Central Bank: Lender of Last Resort in the Government Bond Market?*, in *Cesifo working paper*, n. 3569, 2011
- P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, trad. it., Giuffrè editore, 2003
- P. JENKINS, *Ditch Bail-in rules to avoid Italian tragedy*, *Financial Times*, 4 luglio 2016, disponibile all'indirizzo www.ft.com/content/db6fa626-41f5-11e6-b22f-79eb4891c97d
- P. MANZINI, *Antitrust applicato*, Giappichelli, 2004.
- P. MANZINI, B. CORTESE, F. FERRARO, *Il diritto Antitrust dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2014
- P. MANZINI, *European Antitrust in Search of the Perfect Fine*, in *World Competition*, 2008
- P. MANZINI, F. PORTINCASA, *La discrezionalità della Commissione nella determinazione delle ammende antitrust*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007
- P. MANZINI, G. DI FEDERICO, *A Law and Economics Approach to the New European Antitrust Enforcing Rules*, in *Erasmus Law and Economics Review*, 2004
- P. MANZINI, *La riforma delle regole UE sulla sorveglianza dei bilanci pubblici nazionali*, in *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro. Profili giuridici* (a cura di) ADINOLFI G., VELLANO M., Giappichelli, 2012
- P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama 'costituzionale'*, 2016
- P. NICOLAIDES, *How to Apply the Market Economy Investor Principle and what Mistakes to Avoid: The Long-running Case of EDF*, www.stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/5433, 2016.

- P. NICOLAIDES, *When do Public Pronouncements Confer an Advantage to Undertakings?*, www.stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/3627, 2015
- P. ROSSI, V. SANSONETTI, *Survey of State Aid in the Lending Sector – A Comprehensive Review of main State Aid cases*, in *Società Italiana di Diritto ed Economia*, 2007
- P. WHITE, T. YORULMAZER, *Bank resolution concepts, tradeoffd and changes in practices*, in *Economic Policy Review*, Federal reserve Bank, 2014
- P.G. TEXEIRA, *The Single Supervisory Mechanism: legal and institutional foundations*, in *Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *Quaderni di Ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d’Italia*, n. 75, 2014.
- R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Giappichelli, 2015
- R. DICKMANN, *La ricchezza della costituzione. Democrazia e persona umana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012
- R. M. D’Sa, “Instant” *State Aid Law in a Financial Crisis – A U turn?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009.
- R. MASERA, *The great financial crisis, Economics, Regulation and Risk*, in *Bancaria editrice*, 2009
- R. ZOLL, *La solidarietà. Uguaglianza e differenza*, trad. it., Il Mulino, 2003.
- R.M. CREMONINI, *Il principio di solidarietà nell’ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L’ordinamento europeo. I principi dell’Unione*, Milano, 2006
- S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, 2013
- S. COSTA E P. MARGANI, *Credit Crunch in Italy: evidence on new ISAE survey data*, in *Fourth joint EU-OECD Workshop on Business and Consumer Opinion Surveys*, 2009
- S. DE LA ROSA, *La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l’Union*, in C. BOUTAYEB (a cura di), *La solidarité dans l’Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Paris, Dalloz, 2011.
- S. FORTUNATO, *Gli aiuti di Stato alle banche in crisi*, in *Crisi Bancarie e diritto comunitario*, Pacini Editore, n. 4, 2013
- S. GEBSKI, *Competition First? Application of State Aid Rules in the Banking Sector*, in *The Competition Law Review*, 2009

- S. GIUBBONI, *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 92, n. 4, 2001.
- S. MYRDAL, M. RHINARD, *The European Union's Solidarity Clause: Empty Letter or Effective Tool?*, UI Occasional Papers, n. 2/2010, Swedish Institute of International Affairs, Stockholm, in <http://www.ui.se/upl/files/44241.pdf>
- S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus, Lectio doctoralis* in occasione del conferimento della laurea honoris causa in Scienza della politica da parte dell'Ateneo maceratese, 6 ottobre 2010, Università degli Studi Macerata, 2010.
- S. RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005
- S. RODOTÀ, *Quella virtù dimenticata*, su *La Repubblica* del 25 settembre 2012.
- S. ROKKAN, *Stato, nazione e democrazia in Europa*, (a cura di) P. FLORA, trad. it., Il Mulino, 2002.
- T. JAEGER, *'From Santander to LuxLeaks – and back'*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015
- T.H. MARSHALL, T. BOTTOMORE, *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, 1996.
- U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Laterza, III ed., 2013
- V. CONSTANCIO, *Banking Union and European Integration*, discorso tenuto presso la OeNb Economics Conference, Vienna, 12 maggio 2014
- V. COSTANTINESCO, R. KOVAR, J.P. JACQUE, *Traite instituant la CEE*, in *commento all'art. 2 Trattato CE*, 1992
- V. GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 11, 2009
- V. K. POLANYI, *La grande trasformazione (1944)*, Einaudi, 1974
- X.A. YATAGANAS, *Delegation of Regulatory Authority in the European Union The Relevance of the American Model*, Harvard Jean Monnet Working Paper 03/01
- Y. PETIT, *La solidarité énergétique entre les Etats membres de l'Union européenne: une chimère?*, in *RAE-LEA 2009-2010/4*
- Z. DARVAS, G.B. WOLFF, *Should Non-Euro Area Countries Join The Single Supervisory Mechanism?*, in *Institute of Economics, Centre for Economic and Regional Studies*, Hungarian Academy of Science, Discussion paper 2013/23, Budapest 2013

Z. DIDŽIOKAITĖ, M. GORT, *'Restructuring in the Banking Sector During the Financial Crisis: the Northern Rock Case'*, in *Competition Policy Newsletter*, 2013