

L'ORDINAMENTO PUBBLICO EUROPEO DEL CREDITO: PROFILI EVOLUTIVI*.

di Roberta Lo Conte**

Sommario. 1. L'evoluzione degli strumenti normativi: dall'armonizzazione minima delle regole alla diretta applicabilità della disciplina europea. – 2. I caratteri peculiari dell'ordinamento pubblico europeo del credito. – 3. Indipendenza e *accountability* del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU). – 4. Verso una funzione di vigilanza bancaria di tipo *sostanzialistico*. – 5. Integrazione europea e diritto dei contratti bancari: il caso *Lexitor* dinanzi alla Corte costituzionale.

401

1. L'evoluzione degli strumenti normativi: dall'armonizzazione minima delle regole alla diretta applicabilità della disciplina europea.

L'integrazione economica europea ha progressivamente portato, negli scorsi decenni, all'emersione di un nuovo ordinamento pubblico del credito nei singoli Stati membri, caratterizzato, fra l'altro, dai principi generali della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi¹. Dopo la conquistata *neutralità* degli ordinamenti finanziari nazionali dall'indirizzo politico, dietro la spinta determinante del formante comunitario², a seguito delle recenti crisi finanziarie³ è stata avviata la nuova architettura della supervisione finanziaria in Europa, con l'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF, che comprende le tre Autorità europee di vigilanza, il Comitato europeo per il rischio sistemico e le Autorità nazionali di vigilanza e che ha il compito di assicurare una

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'economia – Università di Roma "La Sapienza".

¹ Cfr. F. Capriglione, *La finanza come fenomeno di dimensione internazionale*, in F. Capriglione (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, Cedam, 2019, p. 61 ss.

² Cfr. F. Capriglione, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, Cedam, 1994, *passim*; D. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, n. 1/2016, p. 189 ss. La necessità di conformazione all'ordinamento europeo ha riguardato, negli anni più recenti, oltre al mercato bancario, anche i mercati finanziari: cfr. D. Siclari, *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 4/2016, p. 481 ss.; D. Siclari e G. Sciascia, *Innovazione finanziaria e rafforzamento del mercato unico per i servizi finanziari retail: sfide, rischi, risposte della regolazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 2/2016, p. 184 ss.

³ Per cui v., da ultimo, D. Rossano (a cura di), *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, Atti del Convegno di Capri 17-18 giugno 2022, Padova, Cedam, 2023.

vigilanza finanziaria micro e macroprudenziale coerente e adeguata in tutta l'Unione⁴), l'avvio dell'Unione Bancaria Europea⁵, del Meccanismo Unico di Vigilanza e del Meccanismo unico di risoluzione delle crisi, sulla scia dell'emersione dell'interesse sovranazionale alla stabilità finanziaria⁶. Tale nuovo ordinamento pubblico europeo del credito appare, tuttora, alla ricerca di un assetto stabile⁷, di modo che pare possibile evidenziarne taluni profili che ne sembrano caratterizzare l'evoluzione.

Un primo profilo evolutivo ha riguardo agli strumenti normativi che il legislatore europeo ha inteso utilizzare, soprattutto a seguito della crisi finanziaria del 2007/2008⁸ e della conseguente crisi del debito sovrano del 2011, per passare da un'armonizzazione minima delle regole alla diretta applicabilità della disciplina europea mediante l'utilizzo del regolamento⁹.

Si è voluto, in tale direzione, procedere ad una limitazione degli ambiti di discrezionalità dei legislatori nazionali promuovendo una sempre più completa armonizzazione delle regole, sulla base della considerazione che la discrezionalità fino ad allora riconosciuta ai rispettivi ordinamenti nazionali era in realtà stata utilizzata per favorire la competitività delle banche dei singoli Stati membri, causando un notevole problema di arbitraggio regolamentare al ribasso nel contesto di una evidente disparità concorrenziale (la cosiddetta *race to the bottom*)¹⁰.

⁴ Sull'approccio macroprudenziale che si è imposto come nuovo paradigma delle politiche di vigilanza e regolazione finanziaria a livello europeo v. G. Sciascia, *La regolazione giuridica del rischio sistemico. Stabilità finanziaria e politiche macroprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2021.

⁵ Cfr., *ex multis*, M.P. Chiti e V. Santoro (a cura di), *L'Unione Bancaria Europea*, Pisa, Pacini, 2016; M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁶ Sui correlati nuovi profili pubblicistici nella regolazione del credito v. A. Magliari, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 64 ss.

⁷ Cfr. A. Brozzetti (a cura di), *L'ordinamento bancario europeo alla ricerca di un assetto stabile*, Bologna, Il Mulino, 2022.

⁸ Sulla risposta regolamentare a tale crisi v. D. Siclari, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2009, p. 45 ss.

⁹ Sull'armonizzazione comunitaria e i relativi costi e benefici v., in generale, R. Costi e L. Enriques, *Il mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 2004, p. 22 ss.

¹⁰ Ricorda S. Cappiello, *Il meccanismo di adozione delle regole e il ruolo della European Banking Authority*, in R. D'Ambrosio (a cura di), *Scritti sull'Unione Bancaria*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia n. 81, 2016, pp. 38-39, che "un esempio di siffatto arbitraggio e delle esternalità negative che ne derivano è offerto, durante la crisi, dalle diverse definizioni di capitale ai fini di vigilanza adottate in ciascun Stato membro: in molte banche gli strumenti finanziari che negli anni precedenti la crisi erano stati qualificati dalle autorità nazionali come 'capitale regolamentare' si rivelano all'emergere della crisi del tutto inadeguati – per la loro configurazione contrattuale – ad assorbire le perdite con il necessario tempismo. Ciò costringe i corrispondenti Stati membri a intervenire con iniezioni di capitale pubblico che non solo

Uno dei fattori non secondari della crisi finanziaria era stato infatti individuato nella corsa da parte degli operatori bancari a individuare, pur sempre nel contesto europeo, sistemi regolamentari nazionali ove fossero previsti requisiti meno stringenti, ad esempio in termini di requisiti di capitale delle banche e degli intermediari finanziari, che comportavano così una tutela meno effettiva del risparmio ivi depositato e maggiori rischi sul piano prudenziale.

Preso atto di tale problema, il legislatore europeo interviene emanando, in sostituzione del quadro regolamentare precedente, strumenti normativi di armonizzazione massima delle regole in materia di requisiti di capitale e di obblighi di comunicazione al mercato, quali il Regolamento n. 575/2013 (*Capital Requirements Regulation, CRR*), direttamente applicabile e che non permette se non ridotti margini di discrezionalità ai singoli Stati membri, e la direttiva n. 2013/36/UE (*Capital Requirements Directive, CRD IV*), contenente norme puntuali e dettagliate ad esempio in materia di governo societario e disciplina delle sanzioni, che è stata recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, contenente modifiche al Testo unico bancario di cui al d.lgs. n. 385 del 1993 (TUB) e al Testo unico della finanza di cui al d.lgs. n. 58 del 1998 (TUF), in attuazione della delega contenuta negli artt. 1 e 3 della legge n. 154/2010 (Legge di delegazione europea 2013).

Un ulteriore strumento normativo che l'ordinamento pubblico europeo del credito utilizza nella sua evoluzione verso un'armonizzazione massima delle regole è il cosiddetto *Single Rulebook*, vale a dire un corpo unico di regole direttamente applicabile nei singoli Stati membri, evitando quindi il rischio che il recepimento successivo possa creare regole

finiscono con il tenere indenni dalle perdite i suddetti strumenti (il c.d. *bail-out*) ma anche, e soprattutto, innescano a loro volta un generale clima di sfiducia sulla effettiva solidità degli strumenti di capitale di tutte le banche in Europa, provocando quindi *spill-over* negativi ed esigenze di ricapitalizzazione su scala europea. Ma la crisi dimostra altresì che l'armonizzazione minima e il mutuo riconoscimento sono un fattore di fragilità del Mercato unico anche quando la diversità delle legislazioni nazionali che ne scaturisce non è riconducibile a ragioni di arbitraggio regolamentare. Il profilo è evidente se solo si pensa alle significative differenze nelle definizioni utilizzate da ciascuna vigilanza nazionale ai fini della misurazione degli aggregati prudenziali. Differenze che non solo comportano nella fase fisiologica costi ingiustificati e duplicazioni per l'operatività dei gruppi transfrontalieri ma, ancor peggio, nel momento della crisi impediscono alle vigilanze e ai mercati di avere un quadro chiaro circa le effettive condizioni finanziarie ed economiche dei gruppi bancari transfrontalieri. Si consideri per esempio la mancanza di una definizione europea unica per grandezze fondamentali quali i *non performing loans*, i crediti soggetti a *forbearance*, gli *unencumbered asset* [...]. Tale frammentazione precludeva alle vigilanze di avere dati affidabili per ciascuna banca su base transfrontaliera, ne aveva compromesso la comparabilità da parte degli analisti, minando in maniera indistinta la fiducia dei mercati nelle banche, a prescindere dalle effettive condizioni di ciascuna”.

diverse da Stato a Stato. A seguito del cosiddetto *Rapporto De Larosière* del 2009, non solo si pongono regole uniformi a livello europeo, ma ci si preoccupa anche di uniformare le prassi amministrative di attuazione di tali regole da parte delle Autorità di vigilanza dei singoli Stati membri: viene così istituita l'*European Banking Authority* (EBA), deputata a curare il *Single Rulebook* e ad assicurare prassi applicative omogenee da parte delle Autorità di vigilanza bancaria nazionali.

Appare interessante evidenziare come il *Single Rulebook* si componga, ad un primo livello, di direttive e regolamenti emanati mediante la procedura ordinaria di codecisione del Consiglio dell'Unione e Parlamento europeo, contenenti regole essenziali e scelte di indirizzo generale, conferendo una delega all'adozione di ulteriori atti normativi di secondo livello, i quali possono assumere la forma giuridica di norme tecniche *di regolamentazione o di esecuzione* adottate dalla Commissione mediante regolamenti, direttamente applicabili nei singoli Stati membri, ovvero di regolamenti delegati ai sensi dell'art. 290 Trattato UE o esecutivi ai sensi dell'art. 291 TFUE, adottati dalla Commissione o dal Consiglio¹¹. L'EBA può anche emanare *guidelines* o raccomandazioni, su iniziativa propria ovvero sulla base di una delega ai sensi dell'art. 16 del proprio Regolamento, e rendere nota la sua interpretazione degli strumenti normativi mediante le cosiddette *Questions and Answers*, ai sensi dell'art. 29, c. 2, del proprio Regolamento secondo cui essa «può sviluppare, se del caso, nuovi strumenti pratici e di convergenza per promuovere approcci e prassi comuni in materia di vigilanza».

Le norme tecniche così emanate sono state utilizzate per eliminare le divergenze fra i sistemi di regole nazionali e conseguire un effettivo *level playing field*, anche se si può riscontrare ancora un certo numero di divergenze dovute a opzioni e discrezionalità tuttora devolute dalla CRR e dalla CRD IV ai legislatori nazionali, in ordine alle quali l'EBA svolge una permanente attività di monitoraggio delle modalità di esercizio di tali opzioni e discrezionalità regolamentari.

Evidentemente, l'attribuzione all'EBA del compito di provvedere a definire un *corpus* unico di norme sui servizi bancari e finanziari priva, nelle concretezze, delle corrispettive

¹¹ Su tale meccanismo di delega v. già A. Esposito, *Il modello decisionale europeo nel settore dei servizi finanziari*, in C. Rossano e D. Siclari (a cura di), *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, Padova, Cedam, 2006, p. 123 ss.

competenze regolamentari il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, quale residuo organismo nazionale di tipo politico¹².

Successivamente, nel 2014, sotto la spinta della recente crisi finanziaria¹³ l'istituzione della *Banking Union*¹⁴ reca un sistema di integrazione delle vigilanze nazionali sulle banche e della gestione delle loro crisi che si aggiunge al sistema di armonizzazione massima delle regole perseguita con l'istituzione dell'EBA¹⁵: al meccanismo di produzione regolamentare si affianca, quindi, un meccanismo di vigilanza amministrativa accentrata, basato sul *Single*

¹² Già da tempo parte della dottrina rileva la sostanziale inutilità del CICR: v. F. Belli, *Legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Torino, 2004, p. 261. Sul CICR v., in generale, M. Clarich, *Artt. 2-4, in Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Milano, Giuffrè, 2010, p. 12 ss.

¹³ Osserva G. Sciascia, *La vigilanza europea su base consolidata: neutralità e stabilità*, in *Giornale dir. amm.*, n. 1/2020, p. 77, come “la crisi ha dato luogo a una complessiva riorganizzazione degli assetti della vigilanza, sancendo innovazioni creative nell’articolazione del governo pubblicistico della finanza: nel contesto europeo, queste hanno trovato la massima espressione nella creazione dell’unione bancaria, agganciando ancor di più l’integrazione monetaria all’integrazione delle prassi di controllo sugli operatori. In una prima fase, il processo di unificazione e coesione ha trovato slancio nella graduale crescita del tasso di accentramento della regolazione finanziaria, con la definizione di un quadro integrato e multilivello di fonti regolatorie dettagliate, e l’attribuzione a tre agenzie settoriali (EBA – ESMA - EIOPA) istituite sulla base dell’art. 114 TFUE di poteri di regolazione e controllo sull’implementazione della normativa in questione. Solo all’interno dell’Eurozona, poi, l’accentramento ha trovato la sua massima espressione con la definizione di un apparato amministrativo dedicato alla corretta applicazione della disciplina di riferimento, ancorché limitatamente al settore bancario: pur con qualche mitigazione, l’unitarietà del meccanismo di vigilanza (e di risoluzione) verso gli enti creditizi ha rappresentato la via prescelta per prevenire frammentazioni capaci di incidere sulla stabilità finanziaria complessiva dell’area monetaria comune, nonché per scongiurare il rischio di applicazioni disomogenee del *single rulebook* in un perimetro geografico connotato da marcate sinergie”.

¹⁴ Per cui v., in generale, M.P. Chiti e V. Santoro (a cura di), *L’unione bancaria europea*, Pisa, 2016; E. Chiti e G. Vesperini (a cura di), *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, Bologna, 2015; C. Brescia Morra, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca Impresa Società*, 2015, p. 73 ss.; M. Macchia, *L’architettura europea dell’unione bancaria tra tecnica e politica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1579 ss.; A. Magliari, *I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del Single Supervisory Mechanism. Il caso dell’applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE*, in *Riv. dir. bancario*, n. 11/2015, p. 1 ss.; R. Perez, *Il meccanismo europeo di vigilanza finanziaria e la ripartizione delle competenze*, in *Giornale dir. amm.*, n. 5/2015, p. 589 ss.; M. Mancini, *La Banking Union: il riparto delle funzioni di regolazione e di vigilanza*, in M. Mancini, A. Paciello, V. Santoro e P. Valensise (a cura di), *Regole e mercato*, Torino, 2016, p. 571 ss.; G. Ferrarini (a cura di), *The European Banking Union*, Oxford, Oxford University Press, 2015, *passim*; S. Cappiello, *The EBA and the Banking Union*, in *European Business Organization Law Review* n. 16/2015, p. 433 ss.

¹⁵ Sulle prospettive dell’Unione bancaria v., da ultimo, il Rapporto annuale del Parlamento europeo: *Report on Banking Union – Annual report 2021 (2021/2184(INI))*.

Supervisory Mechanism (SSM) e sul *Single Resolution Mechanism* (SRM)¹⁶, composti da componenti centrali (il Consiglio di Vigilanza presso la BCE) e componenti nazionali (le singole Autorità di vigilanza dei singoli Stati membri)¹⁷.

Il Meccanismo Unico di Vigilanza così creato è basato sul ruolo centrale della BCE, nell'ambito del quale le Autorità nazionali svolgono funzioni decentrate, sebbene tale impostazione non abbia ricevuto la piena condivisione, ad esempio, del *Bundesverfassungsgericht* tedesco secondo cui, come noto, con riguardo specifico

¹⁶ Sull'ambito di applicazione *ratione materiae* e la separazione funzionale tra vigilanza, risoluzione e regolamentazione v. A. Magliari, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 94 ss.

¹⁷ Cfr. R. D'Ambrosio, *La responsabilità della BCE e delle autorità nazionali competenti nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 78/2015, *passim*. Osserva S. Cappiello, *Il meccanismo di adozione delle regole e il ruolo della European Banking Authority*, cit., p. 41, come "in primo luogo l'obiettivo perseguito con il *Single Rulebook* rimane valido anche in presenza della BU perché la creazione di un corpo unico di regole europee è un elemento decisivo per il buon funzionamento della BU stessa, al proprio interno. Ciò in quanto entrambe le attuali colonne della BU, il *Single Supervisory Mechanism* (SSM) e il *Single Resolution Mechanism* (SRM), sono sistemi a raggiera, composti da componenti centrali e componenti nazionali, che continuano a dover fare riferimento alle legislazioni nazionali per alcuni rilevanti aspetti dell'operatività delle banche vigilate. Il permanere di differenze nazionali su questi aspetti rappresenta chiaramente un rischio per il buon e omogeneo funzionamento della BU. Si pensi ad esempio alle aree di competenza dell'SSM tuttora rimesse alle opzioni legislative nazionali previste dalla legislazione europea, composta dalla direttiva 2013/36/EU (in prosieguo CRD IV) e dal regolamento 575/2013 (in prosieguo CRR). E si consideri altresì come ai sensi del regolamento 806/2014 istitutivo del *Single Resolution Mechanism* (SRM) e del *Single Resolution Board* (SRB) gli schemi di risoluzione adottati dal SRB devono essere eseguiti in ciascuno Stato membro sulla base di quanto le legislazioni nazionali prevedono in attuazione della direttiva BRRD (cfr. articolo 29 del regolamento). Maggiore sarà quindi la capacità dell'EBA di favorire e portare avanti l'armonizzazione massima anche su queste aree mediante il *Single Rulebook*, minore sarà il rischio di incongruenze e rallentamenti nel cammino della BU. La funzione del *Single Rulebook* assume inoltre, con la creazione della BU, un nuovo connotato, quello di assicurare la tenuta del Mercato Unico rispetto al rischio di una polarizzazione tra la BU, da un lato, e gli Stati Membri che non vi fanno parte, dall'altro. La presenza di un corpo unico di regole valide per l'intera area del Mercato Unico rappresenta infatti un collante, un argine rispetto al rischio di frammentazione che, come abbiamo visto nelle pagine precedenti, si pone ogni qual volta si apra la possibilità di introdurre varianti nazionali nell'attuazione di regole europee. Come intende visualizzare la figura qui in calce (fig. 1), la presenza di un sostrato normativo unico che disciplini allo stesso modo l'attività bancaria e garantisca la parità delle condizioni competitive (*level playing field*) sull'intero Mercato Unico – all'interno e fuori dalla BU – è una condizione imprescindibile per rendere possibile l'operatività delle banche su base transfrontaliera, e con essa la circolazione dei finanziamenti all'economia reale che il Mercato Unico si prefigge di agevolare. La presenza di questo nuovo attore istituzionale, la BU, non fa dunque venire meno l'importanza del *Single Rulebook* e dei compiti al riguardo assegnati all'EBA. Comporta piuttosto una diversa contestualizzazione delle funzioni del *Single Rulebook*, accompagnata da una ricalibrazione delle aree di azione".

all'esercizio della funzione di politica monetaria¹⁸, la BCE non avrebbe beneficiato di una piena cessione di sovranità da parte degli Stati membri su tali ordini di competenze¹⁹.

2. I caratteri peculiari dell'ordinamento pubblico europeo del credito.

Nell'ambito della *governance* economica multilivello europea, è stato correttamente osservato come l'ordinamento pubblico europeo del credito e, in particolare, l'Unione bancaria si stia progressivamente plasmando sul modello delle figure organizzative composite, che presenterebbero i seguenti caratteri: “concorso di amministrazioni separate, ma contitolari di funzioni o di parti di funzioni, che vengono conferite ad un'amministrazione comune, alla quale esse contribuiscono anche organizzativamente; integrazione in forma associativa, non ordinabile in forma gerarchica, né in funzione del centro o della periferia, ma in funzione del servizio da svolgere; prevalenza del profilo funzionale su quello soggettivo, che passa in secondo piano, in quanto i soggetti fanno parte dell'organizzazione comune, non viceversa (per cui le amministrazioni composte sono adespote)”²⁰. Più nel dettaglio, tale ordinamento in divenire sarebbe caratterizzato da un sistema composito di norme, un sistema composito di amministrazioni, un sistema composito di rimedi giustiziali e quasi giustiziali²¹.

Quanto al sistema normativo, esso appare composito poiché vi si rinvencono sia norme giuridiche di rango legislativo o amministrativo sia norme sociali di tipo autodisciplinare

¹⁸ V. *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del 5 maggio 2020, ricorsi riuniti 2 BvR 859/15; 2 BvR 1651/15; 2 BvR 980/16; 2 BvR 2006/15, relativa al programma *Quantitative Easing* della BCE, ove i ricorrenti contestavano la costituzionalità delle decisioni adottate dalla BCE (decisione (UE) 2015/774, come modificata dalla decisione (UE) 2017/100) poiché non conformi alla ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri, sostenendo che non rientrassero nel mandato della BCE e che, in particolare, violassero il divieto di finanziamento monetario. Osserva M. Macchia, *Banche centrali in funzione europea e attuazione della politica monetaria*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4/2020, p. 481, come “la decisione del Tribunale mina l'unitarietà e l'uniforme applicazione delle politiche monetarie a livello nazionale. Non solo. Mette altresì in crisi la dislocazione delle attribuzioni, dal momento che nel SEBC la *Bundesbank* è un organo nazionale operante in funzione europea. Si tratta di una evidente marcia indietro proprio in un segmento amministrativo in cui la forma federale è ampiamente riconosciuta”.

¹⁹ Cfr. R. D'Ambrosio e D. Messineo, *The German Federal Constitutional Court and the Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 9/2021.

²⁰ S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 75/2014, p. 19.

²¹ M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in R. D'Ambrosio (a cura di), *Scritti sull'Unione Bancaria*, cit., p. 14.

ovvero statutario e contrattuale, che si articolano variamente all'interno di quel sistema delle fonti. Ad esempio, l'Accordo di Basilea sui requisiti di capitale delle banche ha una valenza disciplinare di tale materia, a livello sostanziale, almeno equivalente alle norme della CRR sui requisiti prudenziali, così come le raccomandazioni dell'ABE e i *regulatory technical standards* o gli *implementing technical standards* dettati dalla stessa Autorità e recepiti dalla Commissione europea.

L'ordinamento europeo del credito appare composto anche poiché articolato ancora sui diversi livelli europeo e nazionale, essendo tuttora talune materie a disciplina sostanzialmente di diritto interno: si pensi, ad esempio, alla normativa in materia di antiriciclaggio²², dal cui ambito è esclusa la competenza della BCE, ovvero il diritto societario, che governa ancora a livello solo nazionale le forme giuridiche dell'impresa che esercita l'attività bancaria o finanziaria²³, anche se la *governance* bancaria risulta sempre più soggetta a conformazione²⁴.

Con riguardo al sistema composto di amministrazioni, si è assistito ad una attribuzione progressiva di funzioni alle Autorità europee, che ha ricalcato il processo progressivo di

²² Sulle origini di tale disciplina v. A. Urbani, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Padova, Cedam, 2005.

²³ Osserva infatti M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in R. D'Ambrosio (a cura di), *Scritti sull'Unione Bancaria*, cit., p. 19-20, che “quanto al regime societario dei soggetti vigilati, infatti, l'ordinamento bancario europeo continua essenzialmente ad accogliere le soluzioni nazionali secondo il criterio di collegamento dello Stato membro di costituzione: ciò che non solo finisce con l'“importare” entro l'ordinamento bancario, in relazione ai profili organizzativi dell'ente, le molte disarmonie che connotano i differenti diritti societari degli Stati membri ma sembra consentire anche – come testimoniato dalla recente riforma italiana delle banche popolari – a ciascuno Stato membro di definire in autonomia il grado di utilizzabilità per l'esercizio dell'attività bancaria delle diverse forme societarie da esso previste. L'efficienza di questa soluzione (che, visto il radicamento dei diritti nazionali e la resistenza alla loro uniformazione, sembra destinata a perdurare a lungo nel tempo) appare tuttavia limitata nella prospettiva dell'ordinamento bancario: non a caso, nella più recente disciplina europea, si è reso necessario dettare norme speciali di diritto societario per le banche sia in relazione ai dispositivi di *governance* (art. 91 della direttiva 2013/36/UE) sia in relazione ai contratti di assistenza finanziaria infragruppo (art. 16 e ss. della direttiva 2013/59/UE). Restano tuttavia privi di una uniforme regolamentazione, solo a fare qualche esempio tra i tanti possibili, la complessiva disciplina (civilistica) di gruppo, complesso l'adattamento delle regole bancarie nazionali dettate in relazione a profili organizzativi dei soggetti societari di diritto interno ai tipi della SE e della SCE, e probabilmente ancora penalizzante il regime (pur armonizzato) delle fusioni transfrontaliere, che pur dovrà probabilmente svolgere un ruolo non di secondo piano nell'assestare i processi di ristrutturazione e consolidamento continentale dell'industria bancaria europea.

²⁴ Cfr. F. Capriglione, *La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 2/2014, p. 66 ss.; F. Capriglione e A. Sacco Ginevri, *Metamorfosi della governance bancaria*, Torino, Utet, 2019, *passim*.

cessione della sovranità monetaria al sistema europeo di banche centrali²⁵: proprio per tale motivo il Regolamento n. 1093/2010 ha demandato all'ABE la funzione di vigilanza regolamentare ma non l'esercizio della vigilanza prudenziale²⁶. Ancora, si è potuto riscontrare la ripartizione progressiva di funzioni tra il livello europeo e il livello nazionale²⁷, considerando, ad esempio, che la BCE delega le sue competenze esclusive previste dall'art. 4, Regolamento n. 1024/2013, con riguardo agli specifici compiti di natura micro e macroprudenziale attribuiti ai sensi dell'art. 127, par. 6, TFEU, alle Autorità

²⁵ Per un confronto fra i modelli del Meccanismo Unico di Vigilanza e il Sistema europeo delle banche centrali v. A. Magliari, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, cit., p. 160 ss.

²⁶ Ricorda, tuttavia, M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in R. D'Ambrosio (a cura di), *Scritti sull'Unione Bancaria*, cit., p. 23, come in relazione a tale scelta un ruolo significativo lo abbia svolto anche la questione della base giuridica, in quanto "l'utilizzo infatti dell'art. 95 Trattato CEE (poi art. 114 TFEU) poneva all'epoca incognite circa la sua 'tenuta' già in relazione alla costituzione stessa di agenzie di regolamentazione delegata. Ove si fosse inteso attribuire anche funzioni di supervisione – ciò su cui, peraltro, non vi era all'epoca neppure il necessario consenso politico – si sarebbe potuto trattare di un 'doppio salto nel vuoto', specialmente secondo coloro che interpretavano le risalenti decisioni della Corte di Giustizia nei casi 'Meroni' e 'Romano' come ostative ad ogni disegno del legislatore europeo che volesse investire di poteri decisori vincolanti, da esercitare sulla base di complesse valutazioni tecniche, autorità non previste dal Trattato. Questa stessa preoccupazione, come è noto, ha significativamente influito nella scelta, qualche anno dopo, della diversa base giuridica dell'art. 127(6) TFEU per l'istituzione del sistema unico di vigilanza in capo alla BCE, malgrado tale diversa base giuridica – pur avendo il pregio, politicamente assai apprezzabile nell'attuale contingenza, di consentire l'istituzione dell'Unione bancaria su base geografica più ristretta, confinata ai paesi dell'Eurosistema – evidenziasse altri limiti. Non consentiva infatti di estendere il meccanismo di vigilanza alle assicurazioni, costringeva ad accentrare presso l'autorità monetaria competenze di vigilanza micro e macro prudenziale tra loro in potenziale conflitto, rendendo così necessario definire una più articolata, e per vero alquanto 'bizantina', architettura di *governance* della BCE, non consentiva la devoluzione alla BCE di tutte le funzioni ma solo di 'specifici compiti' e presentava comunque talune incognite in relazione alla sua compatibilità con l'art. 65(1)(b) TFEU e con il principio di sussidiarietà (specie una volta che risultò chiaro l'intendimento di attrarre entro la competenza 'esclusiva' della BCE anche le banche 'non significative')".

²⁷ Secondo M. Macchia, *L'architettura europea dell'Unione bancaria tra tecnica e politica*, in L. Ferrara e D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Vol. IV: *La tecnificazione* (a cura di S. Civitarese Matteucci e L. Torchia), Firenze, 2016, p. 208, "il rapporto tra BCE e banche centrali nazionali nell'esercizio della vigilanza è costruito secondo un modello di integrazione amministrativa. Le autorità nazionali agiscono in qualità di agenti della BCE dentro un quadro operativo europeo e centralizzato". Secondo F. Morlando, *La valutazione della significatività degli enti creditizi nel Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Giur. it.*, n. 5/2018, p. 1065, "l'MVU realizza un articolato sistema di vigilanza che, fondato su una cooperazione tra i vari attori che in esso operano, ha modo di dispiegarsi secondo una pluralità di schemi di azione amministrativa. In un tale sistema, il riparto di competenze segue un criterio 'ibrido' (legato in parte alla materia e in parte al soggetto vigilato) che non sempre agevola un'immediata comprensione dei ruoli assegnati alle autorità nazionali e sovranazionali. In esso è possibile scorgere quella divergenza di opinioni sorta in sede di predisposizione del Regolamento riguardo all'estensione della supervisione da affidare alla BCE".

nazionali rispetto alle banche non significative²⁸.

3. Indipendenza e *accountability* del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU).

Un ulteriore profilo evolutivo di interesse riguarda la progressiva e necessaria costruzione di meccanismi di *accountability* che accompagnino e bilancino l'indipendenza che connota, in massimo grado, le istituzioni dell'ordinamento pubblico europeo del credito²⁹: ciò, oltre al rispetto della *rule of law*, assicurata fra l'altro dalla predeterminazione delle finalità della vigilanza. Al riguardo, si è proposta una classificazione delle diverse forme di *accountability* della BCE e delle Autorità nazionali nell'ambito del Meccanismo Unico di Vigilanza in termini di *accountability* nei confronti delle altre istituzioni dell'Unione, di *accountability* nei confronti dei Parlamenti nazionali, di *accountability* nei confronti del mercato, di *accountability* nei confronti dei cittadini dell'Unione, di *accountability* amministrativa della BCE nei confronti dell'ABE, di *accountability* delle Autorità nazionali nei confronti della BCE³⁰.

Dal punto di vista dell'*accountability* regolamentare, in particolare, la Commissione europea provvede a pubblicare ogni tre anni una relazione sull'applicazione del regolamento sul Meccanismo di Vigilanza Unico, con particolare riguardo al monitoraggio dell'impatto potenziale di tale regolamento sul corretto funzionamento del mercato interno. Appare interessante rilevare, poi, come la stessa BCE si preoccupi di evidenziare come essa provvede a rendere conto delle attività condotte dal Consiglio di Vigilanza, quale organo apicale del Meccanismo di Vigilanza Unico, anche dinanzi ai cittadini europei tramite il Parlamento europeo, i Parlamenti nazionali e il Consiglio dell'Unione europea, indicando espressamente i principali canali per l'esercizio della responsabilità politica da

²⁸ Considera se la vigilanza nazionale sui soggetti meno significativi e l'attuazione decentrata possa considerarsi un'ipotesi di decentramento organico A. Magliari, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, cit., p. 141 ss.

²⁹ Al riguardo, osserva E. Chiti, *Il Meccanismo di Vigilanza Unico: un passo avanti e tre problemi*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11/2013, p. 1025, come un problema "è quello della *accountability* del nuovo meccanismo. La normativa istitutiva del MVU prevede istituti della *rule of law* amministrativa, controlli delle istituzioni politiche dell'Unione, incluso il Parlamento europeo, forme di controllo reciproco tra le varie componenti del MVU. Manca, però, un disegno che permetta di individuare il responsabile finale. Il diritto amministrativo europeo offre le tecniche organizzative e procedurali per raggiungere questo scopo".

³⁰ R. D'Ambrosio, *Il Meccanismo di Vigilanza Unico: profili di indipendenza e di accountability*, in R. D'Ambrosio (a cura di), *Scritti sull'Unione Bancaria*, cit., p. 94 ss.

parte della BCE: «1. Il Presidente del Consiglio di vigilanza partecipa ad audizioni periodiche e scambi di opinioni *ad hoc* presso il Parlamento europeo e presso l'Eurogruppo in presenza dei rappresentanti di tutti gli Stati membri partecipanti all'MVU. Anche i parlamenti nazionali possono invitare il Presidente o un altro membro del Consiglio di vigilanza, insieme a un rappresentante della rispettiva ANC. 2. La BCE fornisce alla Commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento europeo i verbali di tutte le riunioni del Consiglio di vigilanza, compresi un resoconto completo e pertinente dei dibattiti del Consiglio di vigilanza e un elenco commentato delle decisioni. 3. I membri del Parlamento europeo e dell'Eurogruppo possono rivolgere interrogazioni scritte al Presidente del Consiglio di vigilanza. Inoltre, i parlamenti nazionali possono chiedere alla BCE di rispondere a eventuali osservazioni o quesiti. 4. La BCE presenta al Parlamento europeo, al Consiglio dell'UE, all'Eurogruppo, alla Commissione europea e ai parlamenti nazionali degli Stati membri partecipanti un rapporto annuale, accessibile al pubblico, sullo svolgimento dei propri compiti di vigilanza»³¹.

Al riguardo, l'apposito Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo e la BCE sulle modalità pratiche dell'esercizio della responsabilità democratica vale a definire i contorni di tale regime di responsabilità, al quale si accompagna anche uno specifico *memorandum* d'intesa sottoscritto fra la BCE e il Consiglio dell'Unione europea. Sono altresì previsti altri momenti di *accountability* anche con diverse istituzioni, anche internazionali: ad esempio, il Fondo monetario internazionale svolge le usuali verifiche periodiche ricomprese nel suo programma ordinario di valutazione del settore finanziario (*Financial Sector Assessment Programme*), al fine di valutare l'efficacia dell'architettura della supervisione finanziaria nell'Unione europea.

Con riguardo all'*accountability* della BCE nei confronti dei Parlamenti nazionali, che trova la sua *ratio*, secondo il Considerando n. 56 del regolamento sul Meccanismo Unico di Vigilanza, nel «potenziale impatto delle misure di vigilanza sulle finanze pubbliche, sugli enti creditizi e i rispettivi clienti e dipendenti, nonché sui mercati degli Stati membri partecipanti», essa consiste, ai sensi dell'art. 21 del medesimo regolamento, nella contestuale trasmissione ai Parlamenti nazionali della relazione indirizzata al Parlamento europeo, nonché nella possibilità di formulare osservazioni da parte dei Parlamenti nazionali su tale relazione e nelle richieste che essi possono rivolgere alla BCE su

³¹ Banca Centrale Europea, *Manuale di vigilanza dell'MVU. Vigilanza bancaria europea: funzionamento dell'MVU e approccio di vigilanza*, Francoforte sul Meno, marzo 2018, p. 10.

osservazioni o quesiti e nel possibile invito rivolto al presidente o a un membro del Consiglio di vigilanza, insieme a un rappresentante dell'Autorità nazionale, a scambiare opinioni in relazione alla vigilanza delle banche nel relativo Stato membro.

Tali meccanismi di *accountability* risultano necessari per bilanciare l'indipendenza funzionale sia della BCE (che, ai sensi del *Considerando* n. 75 del regolamento sul Meccanismo Unico di Vigilanza, per assolvere efficacemente al suo mandato istituzionale «dovrebbe esercitare i compiti di vigilanza attribuitile in piena indipendenza, in particolare libera da indebite influenze politiche e da qualsiasi ingerenza degli operatori del settore, che potrebbero comprometterne l'indipendenza operativa») sia dei membri del Consiglio di Vigilanza e del Comitato direttivo, che l'art. 19 del regolamento sul Meccanismo Unico di Vigilanza richiede che agiscano in piena indipendenza e obiettività nell'interesse esclusivo dell'Unione, senza chiedere né ricevere istruzioni dai Governi degli Stati membri né dalle Istituzioni o dagli organi dell'Unione, richiedendo inoltre che le istituzioni e gli organi dell'Unione europea e i Governi degli Stati membri o altri soggetti pubblici o privati non cerchino di influenzarli. Va qui ricordato che tali guarentigie si applicano anche alle Autorità di vigilanza nazionali, assoggettate ai regolamenti, alle linee guida e alle raccomandazioni della BCE, quando vigilano sulle banche meno significative, ovvero alle relative istruzioni, nei casi in cui esercitano poteri nei confronti delle banche significative, ai sensi dell'art. 6 del regolamento sul Meccanismo Unico di Vigilanza.

Quanto ai meccanismi di *accountability* nei confronti del mercato, è previsto dall'art. 4 del regolamento sul Meccanismo Unico di Vigilanza che la BCE debba effettuare consultazioni pubbliche e analizzare costi e benefici potenziali su ogni nuova proposta regolamentare, a meno che tali consultazioni e analisi siano non proporzionate in rapporto alla portata e all'impatto del regolamento in questione, ovvero in relazione alla particolare urgenza della questione, di cui va dato conto. In realtà, un tale forma di *accountability* verso gli operatori del mercato era stata già introdotta nell'ordinamento italiano dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262, di riforma della tutela del risparmio e della disciplina dei mercati finanziari³², ove l'art. 23, c. 2, ha previsto che «nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le autorità tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso

³² Su tale legge di riforma, preceduta dall'Indagine conoscitiva sui rapporti tra il sistema delle imprese, i mercati finanziari e la tutela del risparmio condotta dal Parlamento italiano nella XIV legislatura, v. F. Capriglione, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio (l.n. 262 del 2005)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 2/2006, p. 125 ss.; D. Siclari, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, Cedam, 2007, p. 325 ss.

come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con minore sacrificio degli interessi dei destinatari» dovendo a tal fine consultare gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei risparmiatori³³. In questo senso, si può affermare come l'ordinamento italiano sia stato, sul punto, positivo precursore degli sviluppi regolamentari a livello europeo.

4. Verso una funzione di vigilanza bancaria di tipo *sostanzialistico*.

413

Gli sviluppi normativi dell'ordinamento pubblico europeo del credito evidenziano poi, sul piano dei contenuti della regolazione, una evidente tendenza ad una ri-regolazione e ad un rafforzamento delle aree direttamente disciplinate da norme prescrittive, in sostituzione di una diffusa disciplina di mercato finora basata anche sull'autoregolamentazione degli intermediari: ciò costituisce la tradizionale risposta del legislatore e dei vari regolatori, internazionali e domestici, agli eventi di crisi dei mercati³⁴, tornandosi così a valorizzare strumenti anche di tipo strutturale che incidono direttamente sull'autonomia dei soggetti vigilati³⁵.

In particolare, vengono rafforzati i presidi della *governance* bancaria, in quanto la CRD IV provvede ad introdurre strumenti più incisivi di conformazione dell'organizzazione del governo delle società che esercitano l'attività bancaria, recepiti dalla Banca d'Italia con le relative Disposizioni emanate nel 2014, in sostituzione delle prime regole nazionali dettate

³³ Con riguardo alla previsione di principi generali riguardanti i procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali da parte dell'Autorità di vigilanza bancaria nella legge n. 28 dicembre 2005, n. 262, v. D. Siclari, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, cit., p. 386 ss.

³⁴ Cfr. D. Siclari, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, cit., *passim*.

³⁵ Cfr. G. Gabbi, *Il ripensamento della vigilanza prudenziale: un ritorno a strumenti standard e strutturali*, in A. Brozzetti (a cura di), *L'ordinamento bancario europeo alla ricerca di un assetto stabile*, cit., p. 69 ss.

in materia nel 2008³⁶, a seguito della riforma generale del diritto societario del 2003³⁷. Ad esempio, la citata direttiva europea richiede che le banche siano dotate di solidi dispositivi di *governance*, ivi compresa una chiara struttura dell'organizzazione con linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti, di processi efficaci per l'identificazione, la gestione, la sorveglianza e la segnalazione dei rischi ai quali sono o potrebbero essere esposte, e di adeguati meccanismi di controllo interno, ivi comprese valide procedure amministrative e contabili nonché politiche e prassi di remunerazione che riflettano e promuovano una sana ed efficace gestione del rischio, completi e proporzionati alla natura, all'ampiezza e alla complessità dei rischi inerenti al modello imprenditoriale e alle attività esercitate in concreto dall'intermediario³⁸.

Ancora, si richiede che l'organo di gestione della società bancaria approvi e riesami periodicamente le strategie e le politiche riguardanti l'assunzione, la gestione, la sorveglianza e l'attenuazione dei rischi ai quali l'intermediario è o potrebbe essere esposto, compresi quelli derivanti dal contesto macroeconomico nel quale esso opera, in relazione alla fase del ciclo economico, dedicando tempo sufficiente all'analisi di questioni connesse con i rischi e partecipando attivamente alla gestione di tutti i rischi sostanziali nonché alla valutazione delle attività, all'utilizzo dei *rating* di credito esterni e ai modelli interni relativi a detti rischi.

Le nuove regole prevedono anche l'istituzione obbligatoria di nuovi organi all'interno della *governance* della banca, richiedendosi in particolare che gli intermediari significativi per le loro dimensioni, organizzazione interna e per la natura, ampiezza e complessità delle loro attività istituiscano un comitato dei rischi, composto da membri dell'organo di gestione

³⁶ Cfr. in tema F. Martorano, *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. I/2008, p. 118 ss.; G. Rescio, *L'adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. I/2008, p. 734 ss.; F. Vella, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Giur. comm.*, n. I/2008, p. 1287 ss.; P. Marano, *La governance delle banche tra disciplina civilistica e di vigilanza*, in *Le nuove s.p.a.*, diretta da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, p. 2188 ss.; A. Minto, *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, 2012; R. D'Ambrosio e M. Perassi, *Il governo societario delle banche*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di Vietti, Torino, 2014, p. 237 ss.; A. Del Pra, *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 3/2015, p. 525 ss.

³⁷ Cfr. F. Capriglione, *Applicabilità del nuovo diritto societario agli intermediari bancari e finanziari. Problemi e prospettive*, in *Nuovo diritto societario e intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di Capriglione, Padova, 2003, p. 34 ss.

³⁸ Direttiva n. 2013/36, art. 74.

che non esercitano funzioni esecutive e che devono possedere conoscenze, competenze ed esperienze adeguate per comprendere a fondo e sorvegliare la strategia in materia di rischi e la propensione al rischio della banca. Il comitato dei rischi presta consulenza all'organo di gestione sulla propensione al rischio e sulla strategia in materia di rischio globale e assiste l'organo di gestione nel controllare l'attuazione di tale strategia da parte dell'alta dirigenza, pur conservando l'organo di gestione la responsabilità ultima in materia di rischi³⁹.

Considerato, poi, che anche politiche di remunerazione orientate a incentivare risultati immediati o, quanto meno, da ottenere nel brevissimo periodo (*short termism*) possono comportare l'assunzione di rischi eccessivi da parte del management bancario, la CRD IV prescrive che la politica di remunerazione, quale componente importante della *governance* bancaria⁴⁰, deve riflettere e promuovere una gestione sana ed efficace del rischio e non deve incoraggiare un'assunzione di rischi superiori al livello di rischio tollerato dall'intermediario, dovendo configurarsi in linea con la strategia aziendale, gli obiettivi, i valori e gli interessi a lungo termine dell'intermediario e comprendere misure intese ad evitare i conflitti d'interessi. Allorché la remunerazione viene legata ai risultati, la valutazione dei risultati va effettuata in un quadro pluriennale, in modo da assicurare che il processo di valutazione sia basato sui risultati a lungo termine e che il pagamento effettivo delle componenti della remunerazione basate sui risultati sia ripartito su un periodo che tenga conto del ciclo di attività dell'intermediario e dei suoi rischi d'impresa, dovendosi poi escludere che la componente variabile complessiva della remunerazione possa limitare la capacità della banca di rafforzare la propria base di capitale⁴¹.

Prevedendo in generale la CRD IV un sistema sanzionatorio maggiormente incisivo⁴², nell'ordinamento italiano è stato introdotto, nel novero dei poteri esercitabili dall'Autorità di vigilanza, il potere di rimuovere uno o più esponenti aziendali, nonché uno o più

³⁹ Direttiva n. 2013/36, art. 76.

⁴⁰ Cfr. in tema S. Capiello, *La remunerazione degli amministratori. "Incentivi azionari" e creazione di valore*, Milano, Giuffrè, 2005, *passim*; S. Capiello e U. Morera, *Del merito e delle ricompense dei vertici dell'impresa bancaria*, in *Analisi giur. econ.*, n. 2/2007, p. 409 ss.; A. Nigro, *La remunerazione degli amministratori e degli alti dirigenti delle banche*, in *Dir. banche merc. fin.*, n. 1/2012, p. 11 ss.

⁴¹ Direttiva n. 2013/36, art. 94.

⁴² Cfr. R. Costi, *Le sanzioni pecuniarie nel mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, n. 1/2013, p. 331 ss.; R. Lener, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob (fra giudice ordinario e TAR)*, in C. Amatucci (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 133 ss.

dirigenti, quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca⁴³, similmente a quanto previsto dall'art. 16, Regolamento n. 1024/2013 sul Meccanismo Unico di Vigilanza, che riconosce tale potere di rimozione alla BCE (dibattendosi se si tratti di una misura avente natura sanzionatoria o meno⁴⁴). In attuazione della CRD IV sono state poi introdotte altre misure amministrative, diverse dalla sanzione amministrativa pecuniaria tradizionale, come l'ordine di porre termine a eventuali condotte lesive (*cease and desist order*) e l'interdizione temporanea degli esponenti bancari dall'esercizio delle funzioni (*temporary ban*).

5. Integrazione europea e diritto dei contratti bancari: il caso *Lexitor* dinanzi alla Corte costituzionale.

Nelle linee evolutive del diritto europeo dei contratti bancari e finanziari si è registrata oramai da anni, come noto, una progressiva conformazione non solo delle forme contrattuali, ma anche dei contenuti, mediante ad esempio l'applicabilità degli istituti dell'inserzione automatica di clausole e della nullità virtuale⁴⁵. In particolare, la disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali nei confronti della clientela⁴⁶ ha avuto una torsione in senso sostanzialistico con le previsioni della *Markets in Financial Instruments*

⁴³ Cfr. F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti di banche e intermediari*, in G. Carcano e M. Ventoruzzo (a cura di), *Regole del mercato e mercato delle regole: il diritto societario e il ruolo del legislatore: atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia, 13-14 novembre 2015, Milano, Giuffrè, 2016; F. Ciruolo, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, in *Riv. dir. banc.*, n. 9/2017. Da ultimo, con riferimento al giudizio dinanzi al Consiglio di Stato sulla vicenda della rimozione forzata degli esponenti del Credito di Romagna, v. L. Lippolis, *Il removal della Banca d'Italia e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, n. 1/2023, p. 82 ss.

⁴⁴ A favore della natura sanzionatoria della misura v. F. Ciruolo, *La Banca d'Italia e il potere di rimozione degli esponenti aziendali*, in *Banca impr. soc.*, n. 1/2016, il quale ritiene che il *removal* può essere considerato, alla luce dei criteri *Engel* elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU (sentenza 8 giugno 1976, n. 5100/71, n. 5101/71, n. 5102/71, *Engel and Others v. the Netherlands*), come un provvedimento di natura sanzionatoria con cui si intendono colpire i soggetti responsabili, singolarmente o collettivamente, di una gestione della banca non conforme al criterio della sana e prudente gestione.

⁴⁵ Cfr. G. Mazzei, *La trasparenza dei contratti e dei mercati bancari e finanziari*, Bari, Cacucci, 2018, p. 55 ss.

⁴⁶ Per cui v. P. Gaggero, *La trasparenza del contratto*, Milano, Giuffrè, 2011.

Directive – MiFID I⁴⁷ e II⁴⁸ e, più di recente nel settore assicurativo, della *Insurance Distribution Directive* – IDD⁴⁹, ove mediante l'introduzione della procedura di *Product and Oversight Governance* si è previsto l'obbligo in capo agli intermediari di individuare un processo di approvazione dei prodotti commercializzati, proporzionato e appropriato alla natura del prodotto stesso, idoneo ad assicurare la corrispondenza con i bisogni assicurativi di un determinato *target* di clientela⁵⁰.

Tuttavia, a tale processo di conformazione da parte del formante eurounitario pone tuttora talune resistenze il legislatore nazionale, come testimoniato dalla recente vicenda *Lexitor* in materia di restituzione delle spese al cliente in conseguenza del rimborso anticipato nel contratto di credito al consumo⁵¹, da ultimo risolta dalla Corte costituzionale che ha dovuto censurare l'art. 11-*octies*, comma 2, del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, introdotto in sede di conversione nella legge 23 luglio 2021, n. 106, e riaffermare così la piena prevalenza delle norme europee su quelle difformi successivamente introdotte dallo Stato italiano⁵².

Il caso *Lexitor* riceve infatti la sua disciplina normativa a livello europeo da uno strumento di armonizzazione piena, la direttiva n. 2008/48/CE, che disciplina i contratti di credito ai consumatori, finalizzata a garantire «a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente dei loro interessi e che crei un vero mercato interno»⁵³ e prevedendo, all'art. 22, par. 1, che «nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite». In particolare, per quanto qui rileva, l'art. 16, par. 1, prevede che «il consumatore ha il diritto di adempiere in

⁴⁷ Dir. n. 2004/39.

⁴⁸ Dir. n. 2014/65. In tema cfr. G. Berti de Marinis, *La nuova trasparenza pre e post negoziale alla luce della direttiva MiFID II e del regolamento MIFIR*, in V. Troiano e R. Motroni (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela, regole di governance, mercati*, Padova, Cedam, 2016, p. 287 ss.

⁴⁹ Dir. n. 2016/97.

⁵⁰ Al riguardo, sia consentito il rinvio a R. Lo Conte, *La Product Oversight and Governance nel diritto assicurativo. Evoluzioni delle forme di tutela del cliente e regolazione del mercato*, Milano, Giuffrè, 2022, *passim*.

⁵¹ Cfr. A. Zoppini, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 1/2020, 1 ss.; G. Liace, *Il diritto dei consumatori alla riduzione del costo totale del credito nel caso di estinzione anticipata del finanziamento: il caso Lexitor*, in *Giur. comm.*, n. 5/2020, p. 997 ss.; G. Alpa, *Il caso Lexitor e l'estinzione anticipata del debito nel rapporto di credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 2/2021, p. 220 ss.

⁵² Corte costituzionale, sentenza n. 263/2022, sulla quale v. S. Pagliantini, *Lexitor atto secondo: il (prezioso) decalogo della Consulta sull'interpretazione euroconforme*, in *Giur. it.*, n. 2/2023, p. 279 ss.; E.R. Restelli, *Il primato del diritto europeo. La sentenza Lexitor è davvero così importante?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 1/2023, p. 84 ss.

⁵³ *Considerando* n. 9.

qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto», venendo poi definito il «costo totale del credito» all'art. 3, par. 1, lett. g), con riguardo a «tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte».

Nell'ordinamento italiano la disciplina del rimborso anticipato è stata recepita nell'art. 125-*sexies* TUB, ove si prevedeva che «il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tale caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto». Nella prassi applicativa e nell'interpretazione giudiziale di tale norma, il diritto alla riduzione dei costi, conseguente al rimborso anticipato, è stato sempre riferito alle sole voci soggette a maturazione nel tempo (costi cosiddetti *recurring*), con esclusione di quelle relative alle attività finalizzate alla concessione del prestito, integralmente esaurite prima della eventuale estinzione anticipata (costi cosiddetti *up-front*)⁵⁴. Anche le norme secondarie emanate dalla Banca d'Italia confermavano una tale interpretazione, secondo la quale gli intermediari avrebbero dovuto restituire, a fronte del rimborso anticipato del credito, soltanto i costi *recurring*⁵⁵.

⁵⁴ Una tale prassi applicativa veniva motivata anche facendo ricorso alla teoria della giustificazione causale delle attribuzioni, ritenendosi recuperabili i costi riferiti a prestazioni che conferiscono utilità collegate con la durata del contratto e, invece, non recuperabili dal cliente i costi relativi a prestazioni di cui ha già beneficiato.

⁵⁵ Nella Sezione VII (Credito ai consumatori, paragrafo 5.2.1, lettera q, nota 3) del provvedimento della Banca d'Italia del 9 febbraio 2011, recante «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti – Recepimento della Direttiva sul credito ai consumatori» (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 16 febbraio 2011, serie generale, n. 38 – supplemento ordinario n. 40) è riportato che «nei contratti di credito con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e nelle fattispecie assimilate, le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata includono l'indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore». In successive Sezioni si precisa poi che le procedure interne dell'intermediario devono quantificare «in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto e che, in caso di estinzione anticipata, sono restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente

A seguito, quindi, della sopravvenuta sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia⁵⁶, che ha interpretato l'art. 16, par. 1, direttiva n. 2008/48/CE nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato include tutti i costi posti a carico del consumatore, i giudici italiani hanno iniziato a conformarsi a tale sentenza, il che ha suscitato la reazione del legislatore che, in sede di conversione del d.l. 25 maggio 2021, n. 73 nella legge 23 luglio 2021, n. 106, ha introdotto l'art. 11-*octies*, il cui comma 2 ha previsto testualmente che l'art. 125-*sexies* TUB, come sostituito per adeguarlo alla sentenza *Lexitor*, si applica tuttavia soltanto «ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-*sexies* del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

Il legislatore interno ha così cercato di limitare nel tempo gli effetti della sentenza della Corte europea, onde tutelare l'affidamento degli intermediari bancari sull'interpretazione preesistente della norma⁵⁷, anche se non può evidentemente essere consentita una modulazione temporale degli effetti da parte del singolo Stato membro ove si tratti di una direttiva che comporta una armonizzazione piena (fra l'altro, potendo solo la Corte di giustizia modulare gli effetti temporali di una sentenza che decide su un rinvio pregiudiziale, e comunque nell'ambito della stessa pronuncia)⁵⁸.

Nell'evoluzione dell'ordinamento del credito, quindi, come oramai armonizzato a livello europeo, è stato compito della Corte costituzionale censurare il comportamento del

al finanziatore» (Sezione VII-*bis*, «Cessione di quote dello stipendio, del salario o della pensione», e Sezione XI, «Requisiti organizzativi», paragrafo 2, c. 1, terzo alinea, nota 1).

⁵⁶ CGUE, sentenza 11 settembre 2019, in causa C-383/18, sulla quale v., *ex multis*, G. De Cristofaro, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2/2020, p. 280 ss.

⁵⁷ Cfr. F. Gigliotti, *Rimborso anticipato del finanziamento e riduzione dei costi del credito. Variazioni ermeneutiche sull'art. 125-*sexies* t.u.b. (tra sentenza "Lexitor" e decreto sostegni-bis)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 2/2022, p. 198 ss.

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 21 dicembre 2016, in cause riunite C 154/15, C 307/15 e C 308/15, *Gutiérrez Naranjo e altri*, punto 70; sentenze 6 marzo 2007, in causa C-292/04, *Meilicke e altri*, punto 37; 28 settembre 1994, in causa C-57/93, *Vroege*, punto 31; 2 febbraio 1988, in causa 309/85, *Barra e altri*, punto 13; 27 marzo 1980, in causa 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato*, punto 18; sentenza 6 marzo 2007, in causa C-292/04, *Meilicke e altri*, punto 37.

legislatore interno, aderendo anche in tal caso ad un indirizzo di regolazione che provvede a tutelare in modo sostanzialistico i consumatori dei servizi bancari, incidendo direttamente sul contenuto dei rapporti contrattuali e non limitandosi più a porre obblighi di mera trasparenza delle condotte delle parti: come osserva la Consulta, infatti, è la stessa sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia «che non ha voluto lasciare alla mera trasparenza la tutela dei consumatori, ritenendo il rischio di abusi nei loro confronti tale da richiedere una protezione sostanziale ed effettiva, attraverso la riduzione proporzionale di tutti i costi del credito»⁵⁹.

Abstract: La progressiva emersione di un nuovo ordinamento pubblico europeo del credito costituisce il portato del processo di integrazione economica europea e delle recenti crisi finanziarie, dopo le quali è stata avviata la nuova architettura della supervisione e l'Unione Bancaria Europea, caratterizzata da un chiaro interesse sovranazionale alla stabilità finanziaria. Diversi sono, quindi, i profili che connotano l'evoluzione di tale nuovo ordinamento, dagli strumenti di armonizzazione delle regole all'indipendenza e *accountability* del Meccanismo di Vigilanza Unico, ai caratteri “sostanzialistici” della funzione di vigilanza bancaria come modellata dalla regolazione unionale fino al diritto dei contratti bancari, nel prisma dell'interesse pubblico alla tutela dei consumatori.

Abstract: The progressive emersion of a new European credit regulatory system is the result of the process of European economic integration and of the recent financial crises, after which the new supervisory architecture and the European Banking Union were launched, characterized by a clear supranational interest to financial stability. Therefore, the profiles that characterize the evolution of this new regulatory system are different, from the tools for harmonizing the rules to the independence and accountability of the Single Supervisory Mechanism, to the “substantive” characteristics of the banking supervisory function as modeled by the Union regulation up to the law of banking contracts, in the prism of

⁵⁹ Punto 12.1. Con riguardo invece alla normativa europea in materia di credito immobiliare ai consumatori, la Corte di giustizia, a differenza di quanto statuito nella sentenza *Lexitor*, ha da ultimo ritenuto non ripetibili tutti i costi indipendenti dalla durata del contratto di credito immobiliare, sia quelli versati dal consumatore all'istituto di credito, sia quelli versati a terzi (sentenza 9 febbraio 2023, causa C-555/21, *Unicredit Bank Austria*), giustificando tale diverso esito rispetto alla sentenza *Lexitor* sulla base della specificità della normativa in materia di credito immobiliare ai consumatori, rispetto ai contratti di credito al consumo, poiché il rischio di manipolazione dei costi in danno del consumatore sarebbe notevolmente ridotto e si potrebbe verificare agevolmente se «un tipo di costo è oggettivamente connesso alla durata del contratto».

consumer protection.

Parole chiave: credito – regolazione – Unione Bancaria europea – Meccanismo di Vigilanza Unico – armonizzazione massima – accountability – contratti bancari.

Key words: credit – regulation – European Banking Union – Single Supervisory Mechanism – maximum harmonization – accountability – banking contracts.