

ANTONIO BARONE
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo
presso il Dipartimento di Economia e Impresa dell'Università di Catania
antonio.barone@unict.it

GIUSEPPE DRAGO
Head of Section – JST Coordinator presso la Banca Centrale Europea
giuseppe.drago@ecb.europa.eu

COSTANZA NICOLOSI
Assegnista presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania
costanza.nicolosi@unict.it

L'EROMPERE DELLA VIGILANZA BANCARIA EUROPEA*

THE ERUPTION OF EUROPEAN BANKING SUPERVISION

SINTESI

Il presente saggio si propone di offrire un'analisi critica della funzione della vigilanza bancaria in Europa, così come affidata alla Banca Centrale Europea nel c.d. “primo pilastro” dell'Unione bancaria europea. Dopo aver inquadrato l'istituzione del Single Supervisory Mechanism, considerando il peculiare momento di crisi finanziaria nel quale tale Meccanismo è stato creato, il saggio analizza criticamente la funzione di vigilanza bancaria e, infine, offre una puntuale prospettiva sul suo effettivo funzionamento.

ABSTRACT

The essay aims at offering a critical assessment of European banking supervision, as it has been entrusted to the European Central Bank in the framework of the so-called “first pillar” of the European banking union. After discussing the peculiarities of the Single Supervisory Mechanism, including the delicate financial crisis in which it was created, the essay critically analyzes, from a legal point of view, the function of banking supervision and, finally, presents a unique perspective on its actual functioning.

PAROLE CHIAVE: UBE – Vigilanza – SSM – BCE – Primo pilastro

KEYWORDS: EBU – Supervision – SSM – ECB – First pillar

INDICE: 1. La coesistenza tra ESFS ed EBU - 2. Vigilanza e integrazione europea - 3. La centralizzazione delle funzioni in capo alla BCE - 4. Il perimetro di applicazione della vigilanza dell'SSM - 5. L'SSM e le autorità di vigilanza nazionali - 6. I compiti di vigilanza

prudenziale della BCE - 7. I poteri di vigilanza prudenziale della BCE - 8. Il ciclo di vigilanza: principi e fasi - 9. I protagonisti della funzione di vigilanza: il Consiglio di vigilanza/Supervisory Board e le strutture di vigilanza - 10. (segue) I Gruppi di vigilanza congiunti (JSI) - 11. La procedura di non obiezione - 12. Le decisioni e gli altri interventi di vigilanza - 13. L'enforcement del diritto europeo nell'SSM e l'applicazione del diritto rilevante da parte della BCE - 14. La centralità della gestione del rischio

1. La coesistenza tra ESFS ed EBU.

L'architettura istituzionale dell'Unione Bancaria Europea (EBU) è basata su tre c.d. *pilastri*. Il primo pilastro, il Meccanismo di Vigilanza Unico (*Single Supervisory Mechanism*, SSM), ha al suo centro la Banca Centrale Europea (BCE), istituzione a cui è stata, appunto, affidata la funzione di vigilanza bancaria¹.

Comunemente, il dibattito è incentrato sulla divisione di funzioni tra la BCE e le autorità di vigilanza nazionali. Per quanto rilevante, tale aspetto non deve però far dimenticare che le funzioni di vigilanza bancaria sono altresì assegnate anche ad altre agenzie europee, create in una prima fase di riposta alla crisi finanziaria del 2008, che non sono state esautorate una volta costituita l'EBU e che oggi, quindi, rappresentano un ulteriore livello di complessità nell'organizzazione della funzione di vigilanza, così come nella ripartizione delle varie funzioni. Prima di soffermarci in dettaglio sull'SSM, dunque, appare utile dare conto della totalità degli attori europei che svolgono funzioni di vigilanza.

(*) *Nell'ambito del presenter saggio Antonio Barone ha curato i par. 6, 7, 13 e 14; Costanza Nicolosi ha curato i par. 1, 2, 3, 4, 5; Giuseppe Drago ha curato i par. 8, 9, 10, 11 e 12.*

Le opinioni espresse da Giuseppe Drago sono riferibili esclusivamente a lui e non riflettono necessariamente la posizione della Banca d'Italia o della Banca Centrale Europea.

¹ Il c.d. secondo pilastro dell'EBU è il Meccanismo di risoluzione unico (SRM), istituito con Reg. N. 806/2014 del 15 luglio 2014 che fissa norme e procedure 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 con la Direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento (comunemente nota come Bank Recovery and Resolution Directive o BRRD). Esso ha al proprio centro (il suo schema organizzativo è stato paragonato a una stella) un'agenzia appositamente creata, il Single Resolution Board. Le molte criticità dell'SRM esulano da questa trattazione ma per alcuni riferimenti su un aspetto particolarmente critico dal punto di vista giuridico, si veda *infra* nota 32. Il c.d. terzo pilastro è il sistema di assicurazione dei depositi, tuttora incompiuto se non per una direttiva di armonizzazione, Direttiva 2014/49/UE del 16 aprile 2014 relativa ai sistemi di garanzia dei depositi. La mancata istituzione del terzo pilastro è considerata una delle più grandi debolezze di tutta l'EBU. A questo proposito, sono stati numerosi negli anni gli interventi a favore del completamento dell'EBU, tra i quali se ne ricordano molti di Mario Draghi; si veda, ad esempio, *Draghi: prioritario completare unione bancaria Eurozona*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 novembre 2015.

Il progetto di accentrare le funzioni di vigilanza bancaria a livello europeo era stato a lungo presente nelle agende europee, ma è stata la crisi finanziaria del 2008² a fornire i giusti incentivi (e consolidare la volontà politica) per il trasferimento di competenze in questo ambito a livello europeo, secondo quella che potrebbe essere descritta come una tradizionale “fuga in avanti” nel processo di integrazione europeo³.

Il processo di “europeizzazione” dell’attività di vigilanza bancaria è stato caratterizzato da due fasi di risposta europea alla crisi finanziaria, ciascuna corrispondente ad altrettanti momenti della crisi⁴.

La prima risposta europea risale all’inizio del 2011 (corrispondente alla prima fase della crisi finanziaria, quando questa era ancora *meramente finanziaria/bancaria*) e si è esaurita nella creazione di un sistema pluri-livello, c.d. Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (*European System of Financial Supervision*, ESFS). L’instaurazione dell’ESFS trova ispirazione nel Report de Larosière del 2009⁵. A livello *micro-prudenziale*, l’ESFS è composto da tre autorità europee di vigilanza: l’Autorità Bancaria Europea (*European Banking Authority*, EBA), l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e, infine, l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e

² Si veda in particolare, A. GIANNELLI, P. SFAMENI, *Diritto degli intermediari finanziari e dei mercati finanziari*, Milano, Egea, 2013, p. 8. Si veda anche E.L. CAMILLI, *The governance of EU regulatory powers in the banking sector*, in E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Bologna, Il Mulino, 2015.

³ Come ricordato in un recente volume sull’argomento, «[s]ono le crisi che hanno dato e danno luogo all’occasione per progredire nello spazio europeo» (M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 1). Oppure, ancora, «il modo il cui l’Unione è stata configurata [...] ha consentito all’Unione di affrontare le crisi e di sfruttarne l’energia per valersene come fattore di sviluppo», S. CASSESE, *L’Europa vive di crisi*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2016, 3, p. 789.

⁴ E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration*, cit., p. 8; M. DE BELLIS, *European financial supervision after the crisis: multi-speed models within a two-track framework*, in E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *op. cit.*; L. QUAGLIA, *The regulatory response of the European union to the global financial crisis*, in R. MAYNTZ (a cura di), *Crisis and control. Institutional change in financial market regulation*, Campus, 2012; S. CASSESE, *La nuova architettura europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2014.

⁵ Le tre autorità di vigilanza micro-prudenziale sono state istituite con tre diversi regolamenti europei che non presentano tra loro sostanziali differenze. Il principale compito delle autorità è di natura regolatoria, a esse spetta l’elaborazione e l’adozione di standard tecnici ed esecutivi. Hanno anche il compito di: assicurare l’uniforme applicazione del diritto europeo da parte delle autorità nazionali; l’adozione di decisioni vincolanti nei confronti delle autorità nazionali o istituti creditizi in situazioni di emergenza; nonché la risoluzione delle controversie tra autorità nazionali (nel caso, ad esempio, di vicende che abbiano effetti in più Stati membri). Tuttavia, in pratica, la portata dei loro poteri è distinta. Infatti, anche a seguito dell’istituzione dell’SSM e dell’accentramento della funzione di vigilanza in seno alla BCE (ovvero, un’istituzione europea ai sensi dei Trattati), i poteri dell’EBA risultano “ridimensionati” rispetto, ad esempio, a quelli dell’ESMA a cui, infatti, sono state affidate competenze aggiuntive con ulteriori regolamenti.

professionali (EIOPA). A livello *macro-prudenziale*, l'ESFS comprende il Comitato europeo per il rischio sistemico (*European Systemic Risk Board, ESRB*), inteso ad assicurare una vigilanza finanziaria coerente e uniforme all'interno dell'UE. Le autorità europee supervisionano e coordinano l'azione delle autorità di vigilanza nazionali, anch'esse integrate all'interno del ESFS⁶.

In una fase successiva, risalente al 2013-2014, la crisi finanziaria si era tramutata in *crisi sovrana*, minacciando la stabilità degli Stati membri nonché della moneta unica. L'EBU (con l'SSM come suo primo pilastro) trova ispirazione in una moltitudine di documenti di natura politica, ad esempio il Report Van Rompuy del 2012⁷ e il Report dei cinque presidenti del 2015⁸, e viene istituito per rispondere a questa grave evoluzione⁹. Le misure relative all'Unione bancaria sono state adottate nel quadro dell'Unione Economica e Monetaria e sono indirizzate ai Paesi dell'eurozona, sebbene formalmente aperti anche agli altri Stati membri dell'Unione europea, attraverso la procedura di *collaborazione stretta*.

È utile rilevare due considerazioni. Sotto un primo aspetto, le due risposte alla crisi (ovvero l'istituzione, rispettivamente, del ESFS e dell'EBU) non sono l'una necessaria conseguenza dell'altra. L'ESFS, infatti, non richiede la successiva creazione di un sistema più integrato di vigilanza bancaria, quale l'SSM. La co-esistenza di due sistemi ("autosufficienti" in se stessi) e di una divisione dei compiti, in alcuni casi piuttosto approssimativa, può dare adito a frizioni.

Sotto un secondo aspetto, è utile rilevare che l'ESFS e l'EBU sottendono due visioni molto diverse di concepire il processo di integrazione europeo. Da una parte, l'ESFS (ri)propone la visione secondo cui il processo di integrazione europeo è essenzialmente di natura *internazionale*, ovvero

⁶ Si veda, in generale, E. FERRAN, *Understanding the new institutional architecture of EU financial market supervision*, in G. FERRARINI, K.J. HOPT e E. WYMEERSCH (a cura di), *Financial regulation and supervision. A post-crisis analysis*, OUP, 2012; E. WYMEERSCH, *The European financial authorities or ESAs, ibidem*; M. EVERSON, *A technology of expertise: EU financial services agencies*, LEQS Paper n. 49, 2012.

⁷ *Towards Genuine Economic and Monetary Union*, 5 dicembre 2012.

⁸ *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, in *Background documents on economic and monetary union*, 22 giugno 2015.

⁹ Si veda, in generale, B. WOLFERS, T. VOLAND, *Level the playing field: the new supervision of credit institutions by the European Central Bank*, in *Common Market Law Review*, 5, 2014; E. FERRAN, V. BASIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2013; E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism or "SSM", Part One of the Banking Union*, *Financial Law Institute*, Universiteit Gent, Working Paper n. 1/2014; G.A. FERRARINI, L. CHIARELLA, *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, Working Paper n. 223/2013; E. BARUCCI, M. MESSORI (a cura di), *The European Banking Union*, Firenze, Passigli, 2014; F. CAPRIGLIONE, *L'Unione Bancaria Europea*, Milano, Utet, 2013.

non mira a sostituirsi agli Stati membri, ma piuttosto intende fornire *fori* di coordinazione a livello inter-statale per il raggiungimento di obiettivi economici e l'incremento del commercio tra Paesi che condividono una storia comune¹⁰. Dall'altra, l'EBU adotta un approccio *funzionale* per ridare slancio a un processo di integrazione *sovranazionale*, che miri in qualche modo (ancora da definire) a superare i singoli Stati nazionali che ne fanno parte per fondersi in un'unione dal sapore federale. A riprova della loro differenza *originale*, basti pensare che l'ESFS è un sistema di vigilanza che interessa *tutti* i Paesi membri dell'UE (ivi compresi quelli che non adottano la moneta unica), mentre l'EBU si applica solo ai Paesi che adottano l'euro (salvo la possibilità di aderire su base facoltativa, la c.d. *cooperazione stretta*).

Poichè l'SSM (e in generale, l'EBU) è un progetto più ambizioso e *integrante* dal punto di vista dello sviluppo istituzionale europeo, si potrebbe essere tentati di concludere che l'ESRB e l'EBA rivestano ormai importanza trascurabile in un'analisi della funzione di vigilanza bancaria. Tuttavia, per quanto la loro rilevanza nella *big picture* della vigilanza bancaria europea sia, effettivamente, ridimensionata¹¹, rimane estremamente rilevante dare conto delle difficoltà pratiche, organizzative e funzionali (a cominciare dall'asimmetria applicativa tra i due modelli di vigilanza; l'SSM in vigore

¹⁰ Nonostante i rimarchevoli sviluppi del processo di integrazione europea, tutt'oggi la natura giuridica dell'Unione europea è (ancora) quella di un'organizzazione internazionale, sebbene ben diversa da quelle classiche. Oggi, l'Unione europea, seppur non formalmente un'entità *federale*, è certamente *più federale* rispetto al passato e probabilmente alla vigilia di un'ulteriore fase di integrazione facilitata dalle recenti misure anti covid-19. Tuttavia, non va sottovalutato che il processo di integrazione europeo non è inquadrato in nessuno schema predefinito verso un'unione federale, ma piuttosto dipende dalla volontà politica degli Stati membri (motivo per cui il processo di integrazione, sebbene tendente nel lungo termine, a un continuo seppur lento consolidamento, si è rivelato spesso contraddittorio e segnato da frequenti battute d'arresto) e che, accanto alle attuali spinte solidaristiche, giocano (altrettanto?) forti spinte nazionalistiche e anti-europeistiche. Basta fare riferimento ai significativi ridimensionamenti del ruolo dell'Unione *vis à vis* gli Stati membri presenti nel Trattato di Lisbona, da una definizione molto più precisa delle competenze attribuite e del principio di sussidiarietà, nonché la sempre più frequente invocazione della dottrina dei controlimiti da parte delle Corti costituzionali dei Paesi membri; non ultima la recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in tema di interventi della BCE. Per approfondire, si veda G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 34-38 e 69-88.

¹¹ Basti pensare che l'ESFS e l'EBU differiscono in relazione all'indipendenza degli organi europei responsabili della vigilanza nei due sistemi. Da una parte, infatti, l'ESFS si basa su *agenzie* europee, istituite sulla base dell'art. 114 TFUE come misure per il *ravvicinamento* delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, e soggette a precisi limiti sull'esercizio del potere discrezionale, la c.d. *dottrina Meroni*. Dall'altra parte, invece, l'SSM ha al suo centro la BCE, ovvero un'*istituzione* europea, come sancito dall'art. 13 TUE; si veda *infra* nota 32.

per la sola eurozona; l'ESFS per l'intero mercato unico europeo¹²) che derivano dalla co-esistenza dei due sistemi (invero abbastanza distinti), in particolare in tema di regolamentazione¹³.

In definitiva, alcune regole in materia di vigilanza bancaria sono applicabili in tutti i 28 Stati membri (presto 27, una volta ultimata la Brexit); altre hanno vigore solo negli Stati dell'eurozona; anche se, senza dubbio, queste ultime avranno un peso anche sugli stati non-euro.

2. Vigilanza e integrazione europea.

Già a partire dalla costituzione dell'ESFS, si era immaginata la creazione, ad opera delle autorità europee all'interno dello stesso, di un nuovo quadro regolatorio (il c.d. *single rulebook*) che avrebbe progressivamente sostituito il parcellizzato panorama delle fonti giuridiche (regolamenti, direttive, atti esecutivi, diritto nazionale, etc.) e contenente le misure basilari per la regolamentazione bancaria¹⁴. All'inizio, si prospettava che il *single rulebook* fosse costituito dai

¹² Ad eccezione della Svezia, tutti gli Stati membri dell'UE hanno l'obbligo giuridico di adottare -prima o poi- l'euro.

¹³ M.P. CHITI, *The transition from banking supervision to banking resolution. Players, competences, guarantees*, in E. BARUCCI, M. MESSORI (a cura di), *The European Banking Union*, cit., p. 89.

¹⁴ Non soltanto in tema di vigilanza bancaria, ma anche di risoluzione (ovvero, il secondo pilastro dell'EBU). Del progetto di un *single rulebook*, infatti, fanno parte anche strumenti legislativi relativi ad altri pilastri e aree di funzionamento dell'EBU. Per quanto concerne la sola attività bancaria, si ricordano: il Regolamento EMIR, Regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni, OJ L 201, 27.7.2012, p. 1-59; il c.d. Regolamento CSD, Regolamento (UE) n. 909/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, relativo al miglioramento del regolamento titoli nell'Unione europea e ai depositari centrali di titoli e recante modifica delle direttive 98/26/CE e 2014/65/UE e del regolamento (UE) n. 236/2012, OJ L 257, 28.8.2014, p. 1-72. Possono anche considerarsi parte del *single rulebook* le c.d. Direttiva MiFID II, Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, OJ L 173, 12.6.2014, p. 349-496 e il Regolamento MiFRIR, Regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, OJ L 173, 12.6.2014. Non va neanche dimenticato che il *rulebook* consiste anche dei numerosi regolamenti delegati e di attuazione da adottarsi sulla base delle deleghe contenute negli strumenti di primo livello.

regolamenti UE in materia bancaria e dalle decisioni della Commissione e delle autorità micro-prudenziali¹⁵.

Successivamente, il *single rulebook* si è anche arricchito della Direttiva sui Requisiti Prudenziali (CRD)¹⁶ e del Regolamento sui Requisiti Prudenziali (CRR II)¹⁷ - già in cantiere prima della famigerata crisi finanziaria del 2008- che fondamentalmente recepiscono in chiave legislativa gli accordi di Basilea III. Il *single rulebook* si applica a tutte le banche degli Stati membri (con le relative differenze dovute al diverso recepimento della CRD nel diritto nazionale)¹⁸.

Con la seconda fase della crisi, arriva anche un secondo livello di misure. Contrariamente al primo, questo secondo livello è il diretto risultato della dimensione *sovrana* della crisi che ha reso evidente come le debolezze del sistema di vigilanza potessero addirittura mettere a repentaglio la stessa moneta unica. Tale insieme di misure è, dunque, diretto a centralizzare il precedente sistema che si dimostrava poco coordinato e molto differenziato al suo interno. In particolare, si mira a superare la centralità delle autorità nazionali ritenute portatrici degli interessi degli istituti nazionali. Prende piede l'idea che, nel settore della vigilanza bancaria (ma stesso discorso vale per la risoluzione, il c.d. secondo pilastro), solo la centralizzazione delle funzioni e delle decisioni potesse garantire il superamento degli interessi nazionali. Nasce così l'EBU il cui primo pilastro, l'SSM, è interamente dedicato alla vigilanza bancaria.

Considerate le relazioni, spesso tese, tra i membri dell'Unione, questo sistema a “*due velocità*” presenta (potenziali) criticità che possono sfociare in frizioni e stalli. Ma, al di là della portata di

¹⁵ Si tratta dei regolamenti di attuazione adottati dalla Commissione, sia in forma di atti delegati che di proposte elaborate dall'EBA o dalle altre autorità micro-prudenziali, qualora tali decisioni possano avere un impatto sul settore bancario.

¹⁶ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 (cd. CRD IV), sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, *OJ L 176, 27.6.2013, p. 338–436. La CRD IV a sua volta è stata modificata dalla Direttiva 2019/878 del 20 maggio 2019 (cd. CRD V).*

¹⁷ Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 (cd. CRR), relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il Regolamento (UE) n. 648/2012, *OJ L 176, 27.6.2013, p. 1–337*. Il CRR è stato modificato dal Regolamento (UE) 2019/876 del 20 Maggio 2019 (cd. CRR II).

¹⁸ Il *single rulebook* -così come l'istituzione dell'EBU- ha portato con sé una massiccia ri-regolamentazione del mercato dei servizi finanziari europeo che comporta, oltre gli ingenti costi di realizzazione anche notevoli cambiamenti nell'organizzazione e posizione di mercato delle singole banche dell'UE, i cui effetti tangibili (concentrazioni di mercato, abbandono di certe aree operative o attività, etc.) non sono ancora del tutto apprezzabili.

applicazione (Peasi euro/non euro), ulteriori criticità derivano dalla complessità stessa della coesistenza di ESFS e EBU, in particolare alla luce di una divisione di competenze regolatorie non sempre chiara¹⁹. Si consideri, il potere regolatorio dell'EBA (in cui sono rappresentati tutti gli Stati dell'Unione) di adottare *standard* tecnici ed esecutivi vincolanti per la BCE, previa approvazione di una maggioranza almeno qualificata²⁰ degli Stati membri. Non è, quindi, impossibile immaginare uno scenario in cui possano sussistere differenze di opinioni tra gli Stati non-euro e quelli che hanno adottato la moneta unica. Nonostante la solida maggioranza numerica di questi ultimi²¹ (almeno fino a nuovi allargamenti dell'Unione europea), non può sottovalutarsi il rischio (*rectius*: la tendenza) di sfociare in un regime a due velocità, uno per gli *outsider* e un altro per gli *insider*.

Inoltre, vale la pena rilevare che la suddivisione dei compiti di vigilanza tra le autorità nazionali competenti e quelle europee varia non solo a seconda della valuta adottata (euro o non-euro); ma dipende (come si vedrà, *infra*) anche dal settore finanziario in cui operano gli enti da vigilare (bancario, assicurativo, mobiliare), dalla rilevanza di un ente (significativo o meno) nonché dalla finalità perseguita (per esempio anti-riciclaggio e tutela dei consumatori rimangono, almeno per il momento, competenza delle autorità nazionali).

Dalla coesistenza del ESFS e dell'EBU emergono, quindi, tre modelli di integrazione europea in materia di vigilanza²² (da non confondere con i modelli di integrazione rinvenibili nel rapporto BCE/autorità nazionali all'interno dell'SSM di cui si dirà *infra*)²³.

Il primo modello riguarda: (1) l'esercizio delle funzioni di vigilanza negli Stati membri che *non* hanno (ancora) dotato l'euro sui tre settori di competenza delle tre autorità micro-prudenziali (ovvero, settore bancario, strumenti finanziari e settore assicurativo); nonché (2) la vigilanza in tutto

¹⁹ Si veda, A. GARDELLA, L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione, in M.P. GHITI, V. SANTORO (a cura di), L'Unione bancaria europea, cit..

²⁰ Come previsto dal TFUE art. 16(4). Per un'ulteriore analisi, si veda E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism, or "SSM", Part One of the Banking Union*, Ghent University Financial Law Institute Working Paper No. 2014-01, marzo 2014.

²¹ Si considerino le maggioranze speciali previste dal Regolamento (UE) 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione, OJ L 331, 15.12.2010, pp. 12-47; art. 44.

²² M. DE BELLIS, *European financial supervision after the crisis: multi-speed models within a two-track framework*, cit..

²³ Infatti, come si vedrà più avanti, all'interno dell'SSM non esiste un unico modello di vigilanza, ma piuttosto, lo stesso SSM è costituito, al suo interno, da diversi modelli che derivano dalla ripartizione delle funzioni tra BCE e autorità nazionali.

il mercato unico europeo (eurozona e non) di alcune funzioni specifiche (sistema dei pagamenti, riciclaggio, tutela consumatori)²⁴. In questo primo modello di “*cooperazione rafforzata*”²⁵, le autorità di vigilanza competenti sono le autorità nazionali che si coordinano, all’interno dell’ESFS, con le autorità di vigilanza micro-prudenziali europee. Il modello di cooperazione rafforzata era già stato applicato nel processo di integrazione europea ai settori elettrico e delle telecomunicazioni²⁶; sebbene, questa volta, i poteri affidati alle autorità micro-prudenziali siano più ampi²⁷.

Un secondo modello di integrazione di “*supremazia*” delle autorità europee è rinvenibile nella circostanza che le autorità micro-prudenziali (europee) possono adottare provvedimenti individuali nei confronti di un’autorità nazionale, laddove (a) ricorrano situazioni di emergenza o (b) per risolvere controversie tra autorità di vigilanza nazionali (così da assicurare l’uniforme applicazione del diritto europeo). In entrambi i casi, qualora l’autorità nazionale non voglia conformarsi alla decisione, l’autorità europea può adottare un provvedimento nei confronti del singolo istituto finanziario. Sebbene, ovviamente, questo secondo aspetto perda rilevanza nel caso degli istituti

²⁴ A questo punto, appare opportuna una specificazione sul significato di “vigilanza”. Non è semplice fornire una definizione comprensiva dell’istituto giuridico. Tra le (a dir vero) poche trattazioni in materia nel panorama dottrinale italiano, si ricordano una monografia, L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Padova, Cedam, 1984, e alcune considerazioni di Giannini, M.S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 49-50 (la vigilanza è il «controllo di legittimità sugli atti e controllo giuridico sull’attività di servizio»). Proprio a causa della difficoltà di definire con certezza il termine, il concetto di vigilanza è tendenzialmente inteso in termini ampi, salvo poi affidare all’aggettivo di accompagnamento la funzione di indicare con precisione la portata definitoria. Funzioni quali la prevenzione dei fenomeni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, nonché funzioni di tutela dei consumatori di servizi finanziari possono, genericamente, farsi rientrare in funzioni di vigilanza per la salvaguardia dell’interesse pubblico. L’SSM ha come oggetto non funzioni di vigilanza per così dire *generiche*, bensì funzioni di vigilanza *prudenziale* (che sono, infatti il tema principale di questo volume). L’espressione non ha origini giuridiche, bensì contabili-regolamentari in quanto è un’italianizzazione del concetto di *prudential supervision* introdotto negli anni 80 dal Comitato di Basilea. Esso si basa sull’assunto che il conformarsi a un certo standard di capitale e a certi coefficienti di bilancio diminuisca il rischio e i costi di insolvenza. L’oggetto della funzione di vigilanza prudenziale riguarda, quindi, in particolare l’adeguatezza patrimoniale e mira a regolare, e verificare attraverso opportuni controlli, le allocazioni e gli usi del patrimonio degli enti creditizi in funzione di contenimento del rischio. I principali strumenti della vigilanza prudenziale (proprio in conformità ai principi del Comitato Basilea) sono: le regole sul patrimonio di vigilanza, sul coefficiente di solvibilità (per il rischio di credito), sui requisiti patrimoniali, sui rischi di mercato e sulla vigilanza consolidata. Altri strumenti sono i limiti sulle partecipazioni delle banche e dei gruppi bancari e sugli investimenti in immobili e i sistemi di controllo interni.

²⁵ G. FERRARINI, L. CHIARELLA, *Common Banking Supervision in the eurozone: strenghts and weaknesses*, ECGI – Law Working paper n. 223/2013, 1 agosto 2013, p. 4.

²⁶ S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in E. CHITI, C. FRANCHINI (a cura di), *L’integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 87.

²⁷ Si veda in generale, E. CHITI, *An important part of the EU’s institutional machinery: Features, problems and perspectives of European agencies*, in *Common market law review*, 2009, 1395.

bancari della zona euro (soggetti all'SSM), tale aspetto rimane rilevante ai fini della vigilanza nel caso di banche europee *fuori dall'eurozona*, così come di *istituti finanziari non bancari* (come reso evidente, ad esempio, dal recente caso Wirecard²⁸). Come si dirà più avanti, infatti, vale la pena rilevare un “peccato originale” dell'SSM, ovvero aver lasciato fuori dal perimetro *soggettivo* dell'ambito di applicazione numerosi enti il cui funzionamento ha rilevanza sistemica per la stabilità bancaria e finanziaria del mercato interno.

Infine, un modello “atipico” deriva dalla circostanza che alle autorità europee sono stati affidati ulteriori e specifici compiti. Per quanto concerne la vigilanza bancaria, all'EBA è affidata la conduzione, in collaborazione con l'ESFR, degli *stress test*²⁹ sui maggiori gruppi bancari europei a fini *macro-prudenziali*. Va rilevato che, parallelamente all'azione dell'EBA, la BCE anch'essa conduce *stress test* sulle banche sottoposte alla sua diretta vigilanza (che non rientrano nel campione EBA) a fini *micro-prudenziali*³⁰. Vale la pena rilevare che sono stati attribuiti all'EBA poteri limitati (essenzialmente di coordinamento delle rispettive autorità nazionali) in materia di antiriciclaggio e finanziamento del terrorismo. Recentemente, il Consiglio ha approvato la proposta della Commissione di creare una nuova authority interamente dedicata alla lotta al riciclaggio, piuttosto che affidare maggiori poteri all'EBA. Inoltre, la vigente legislazione europea in materia (composta da cinque direttive) verrà riorganizzata in un regolamento direttamente applicabile³¹.

²⁸ Lo scandalo Wirecard ha investito una società tedesca attiva nel settore dei pagamenti, il cui “buco” in bilancio di poco meno di €2 miliardi ha evidenziato molte problematiche, rischi di cattura delle istituzioni di vigilanza nazionali da parte degli istituti vigilati e ripercussioni negative sul corretto funzionamento del mercato unico europeo, ovvero problemi del tutto analoghi a quelli che portarono all'istituzione dell'EBU. L'SSM non è in grado di risolvere queste criticità in quanto il suo perimetro soggettivo di applicazione non comprende gli istituti di pagamento.

²⁹ Gli *stress test* sono simulazioni statistiche che mirano a far emergere potenziali criticità e perdite che le banche europee verrebbero a soffrire a seguito di un peggioramento delle condizioni economiche, sull'esempio di quanto avvenuto nel 2009 e 2010.

³⁰ Nel caso degli *stress test* condotti dalla BCE, l'eventuale comunicazione al mercato dei risultati è rimessa all'autonomia delle singole banche. Si veda la comunicazione della Banca d'Italia relativa ai *Risultati dello stress test europeo del 2018*, disponibile in <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/risultati-dello-stress-test-europeo-del-2018>.

³¹ Il Sole 24 Ore, B. Romano, *Lotta al Riciclaggio, via libera dell'Ecofin a un'autorità europea*, 29 ottobre 2020, pg. 25. L'iter legislativo è tuttora in corso.

3. La centralizzazione delle funzioni in capo alla BCE.

Al momento della creazione dell'EBU, un tema molto controverso fu il modo in cui strutturare la vigilanza bancaria e, in particolare, a quale istituzione affidare tale funzione³². Sarebbero state possibili diverse opzioni: alcune basate su una maggiore forma di coordinamento tra le autorità nazionali; altre che presupponevano, invece, la creazione di una nuova agenzia europea di vigilanza. Simili progetti di riforma presentavano il limite o di non rispondere alla necessità di creare un sistema di vigilanza più centralizzato, o di non poter essere messe in atto senza una modifica dei Trattati in quanto il sistema giuridico attuale non consente la creazione di enti separati (i.e., agenzie) a cui affidare ampi poteri discrezionali³³.

Centralizzare la funzione di vigilanza in capo alla BCE non era una soluzione scontata; ma era, sicuramente, quella più facilmente attuabile, basandosi sull'art. 127(6) TFUE, per cui:

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.

³² Per quanto riguarda le autorità dell'ESFS, gli organi decisionali delle autorità micro-prudenziali sono: il *board of supervisors*, composto dai direttori delle autorità nazionali e altri membri senza diritto di voto (ovvero, i Presidenti e rappresentanti della Commissione, della BCE, del CESR e delle altre due autorità micro-prudenziali); il *management board*, costituito dal Presidente e sei membri del *board of supervisors*, rappresentanti delle autorità nazionali che partecipano nel *board* di vigilanza e un direttore esecutivo.

³³ Sui problemi giuridici derivanti dalla delega di poteri discrezionali alle agenzie europee (c.d. processo di *agencification* e dottrina Meroni), si veda E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 1; E. CHITI, *An important part of the UE's institutional machinery: features, problems and perspective of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, n. 46/2009; H. EKELUND, *Making Sense of the 'Agency Programme' in post-Lisbon Europe: Mapping European Agencies*, in *Central European Journal of Public Policy*, 2012, 6, 1; V. SALVATORE, *Le Agenzie tra Unione Europea e Stati membri. Oltre la sussidiarietà*, in V. SALVATORE (a cura di), *Le agenzie dell'Unione Europea: profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia, Polo Interregionale di Eccellenza Jean Monnet, 2011, p. 17; C. NICOLSI, *Agencification ed equilibrio istituzionale europeo: brevi considerazioni sul "meccanismo di risoluzione unico"*, in *Federalismi.it*, 2017, 3.

Sebbene fosse controverso se tale norma effettivamente permettesse la delega delle funzioni di vigilanza prudenziale alla BCE³⁴, è indubbio che una tale soluzione non risultava incompatibile con una lettura sistematica delle norme.

Nonostante la maggiore semplicità della soluzione, affidare le funzioni di vigilanza alla BCE presentava, comunque, delle criticità. Un primo aspetto problematico riguarda il fatto che affidare alla BCE il ruolo centrale nel nuovo sistema di vigilanza implica necessariamente l'applicazione del nuovo regime alla sola area euro piuttosto che all'intera Unione³⁵. All'interno della zona euro, l'adesione al SSM è obbligatoria e, analogamente all'unione monetaria³⁶, gli Stati non-euro sono considerati "Stati membri in deroga"³⁷.

Come già detto, questa problematica non è stata risolta nella versione finale dell'SSM, se non inserendo la possibilità di una *cooperazione stretta*³⁸, ovvero l'adesione facoltativa all'SSM da parte degli Stati non-euro. In virtù del regime di cooperazione stretta, uno Stato non euro che richiede di essere incluso nell'SSM, rende tale meccanismo interamente applicabile all'interno del suo territorio. Tale Stato membro diventa così "Stato partecipante" al pari dei Paesi euro³⁹. Tuttavia, va rilevato che gli Stati aderenti all'euro sono *irreversibilmente* soggetti all'SSM. Nel regime di collaborazione stretta, invece, è prevista una clausola di interruzione, che può essere attivata, in modo volontario e discrezionale, sia da parte degli Stati partecipanti, che sulla base di una decisione della BCE⁴⁰.

³⁴ E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism*, cit..

³⁵ J. CARMASSI, C. DINOIA, S. MICOSI, *Banking Union: A Federal Model for the European Union with Prompt Corrective Action*, in *CEPS Policy Brief*, 18 settembre 2012, No. 282.

³⁶ Si veda TFUE art. 139.

³⁷ Tuttavia, a differenza di quanto previsto per l'adesione alla moneta unica, un'eventuale richiesta di partecipazione all'SSM da parte dei Paesi non euro va vagliata e autorizzata dalla BCE.

³⁸ La cooperazione stretta (*close cooperation*) va distinta dalla cooperazione rafforzata (*enhanced cooperation*), prevista dall'art. 20 del Trattato dell'UE (TUE). Si veda la Decisione della Banca centrale europea, del 31 gennaio 2014, sulla cooperazione stretta con le autorità nazionali competenti degli Stati membri partecipanti la cui moneta non è l'euro (BCE/2014/5), GU L 198 del 5.7.2014, pp. 7–13.

³⁹ Negli Stati partecipanti l'SSM viene applicato sulla base di accordi per cui l'autorità nazionale dà attuazione all'SSM e alle decisioni della BCE. L'autorità nazionale ha l'obbligo di agire in accordo con le norme del regolamento e le istruzioni fornite dalla BCE.

⁴⁰ In caso in cui l'organo di vigilanza nazionale non dia atto dei requisiti prudenziali o delle istruzioni della BCE, quest'ultima predisporrà un avvertimento e, in caso di mancata esecuzione, ha facoltà di sospendere o terminare l'accordo di cooperazione. È prevista una procedura speciale nel caso in cui un Paese non euro presenti delle obiezioni presso il Consiglio Direttivo della BCE. L'interruzione volontaria dell'accordo di cooperazione da parte dello Stato partecipante non può avvenire nei primi tre anni dell'accordo, né si può reinstaurare un accordo di cooperazione stretta

Un ulteriore problema che scaturiva dall'affidare la funzione di vigilanza alla BCE derivava nell'accentramento, in un unico organo, delle funzioni di politica monetaria e di vigilanza, andando così incontro a potenziali rischi tecnici e reputazionali derivanti dall'intreccio delle due funzioni. Tuttavia, al momento della costituzione dell'EBU, quando era ormai divenuto impellente dare risposte a una crisi divenuta ormai anche *sovvrana*, il coinvolgimento della BCE (ovvero, il flusso informativo tra l'azione di vigilanza e monetaria) appariva auspicabile e perfino necessario per monitorare (ed eventualmente attenuare) i disequilibri del sistema finanziario nel suo complesso.

Affidare la funzione di vigilanza alla BCE aspirava a raggiungere un equilibrio tra la centralizzazione delle funzioni di vigilanza e il coinvolgimento (ancora) delle autorità nazionali all'interno di un *network* in cui però, al contrario dell'ESFS, fosse ancor più definito il ruolo centrale della BCE. Le autorità nazionali avrebbero offerto ausilio alla vigilanza centralizzata della BCE e avrebbero potuto mantenere i loro tradizionali compiti di vigilanza (con seppure delle nuove limitazioni) solo in un segmento fortemente localizzato del mercato bancario (i c.d. istituti meno significativi o LSI, *less significant institutions*). La BCE in quanto organo centrale a capo della vigilanza prudenziale (ma lo stesso vale per l'agenzia di risoluzione del secondo pilastro) ha, inoltre, poteri di regolamentazione in ambiti specifici, tra cui spicca il Regolamento Quadro. La BCE ha il potere generale di adottare regolamenti, anche se limitatamente al modo in cui “vengono svolte le funzioni di vigilanza e vengono adottate le decisioni di vigilanza da parte delle autorità nazionali”⁴¹.

Come sopra rappresentato, la possibilità di conferire alla BCE specifiche funzioni vigilanza prudenziale è prevista dall'art. 127 TFUE che inoltre tenta di stabilire un equilibrio tra i rischi e i vantaggi dell'accentramento delle due politiche (monetaria e di vigilanza) entrambe in capo alla BCE. Da una parte, l'art. 127 TFUE tutela la competenza primaria (quella monetaria) della BCE, stabilendo che eventuali funzioni di vigilanza prudenziale in capo alla BCE siano soggette a precisi

nei tre anni successivi a un'interruzione. Sebbene lo Stato membro non faccia parte del Consiglio Direttivo, sarà comunque membro del Consiglio di Vigilanza (vedi testo *infra*).

⁴¹ Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013 (SSM Reg.), che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, OJ L 287, 29 ottobre 2013, pp. 63–89 (da qui in avanti, *SSM Reg.*); art. 6(5); si veda anche l'art. 4(3) per cui “La BCE può inoltre adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento”.

limiti sia procedurali (unanimità del Consiglio) che, sostanziali (limitazione a compiti specifici⁴², esclusione del settore assicurativo). Dall'altra parte, l'art. 127 TFUE comunque fornisce una base giuridica per l'espansione delle competenze dell'Unione e appare, quindi, una solida base giuridica su cui fondare l'adozione del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013 (SSM Reg.) teso a instaurare una più intensa "integrazione delle responsabilità di vigilanza"⁴³ tra l'Unione e gli Stati membri che possa, quindi, considerare sia gli effetti della stabilità degli istituti bancari sui bilanci pubblici, sia gli effetti della (in)stabilità finanziaria sulla politica monetaria⁴⁴.

Per ovviare ai timori di un'eccessiva ingerenza della funzione di vigilanza su quella monetaria (e viceversa), si adottarono precauzioni per far sì che i due ambiti fossero chiaramente separati⁴⁵.

4. Il perimetro di applicazione della vigilanza dell'SSM.

L'SSM esercita le proprie funzioni di vigilanza sugli "enti creditizi" *significativi* (SI). Per quanto riguarda la definizione di "ente creditizio", essa si ricava dal diritto europeo, che definisce tali le imprese la cui attività consiste nel raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto⁴⁶.

⁴² Tuttavia, va rilevato che l'SSM Reg. non è sempre perfettamente riconciliabile con le clausole dei Trattati. Ad esempio, il limite sostanziale che, in tema di vigilanza, si affidino alla BCE esclusivamente "compiti specifici" appare, in realtà, del tutto formale in quanto la vasta gamma di competenze affidate alla BCE riguarda tutti i principali compiti esecutivi previsti dal diritto unitario nell'ambito della vigilanza prudenziale degli istituti creditizi. Inoltre, da un punto di vista più generale, sia la decisione di affidare alla BCE compiti di vigilanza solo per alcuni Stati membri e solo per alcuni istituti (bancari piuttosto che, ad esempio, attivi nel sistema dei pagamenti), sia la sovrapposizione di alcune funzioni tra l'EBA e la BCE, ha messo in dubbio l'efficacia dell'approccio rispetto al perseguimento dell'obiettivo generale di tutela e rafforzamento del mercato unico.

⁴³ SSM Reg., considerando 5.

⁴⁴ È interessante notare le differenze nelle fondamenta giuridiche, da una parte, dell'SSM Reg. e, dall'altra, del Regolamento EBA. Quest'ultimo, infatti è fondato sull'art 114 TFUE e le misure di *ravvicinamento* da esso previste. In quest'ottica, la stabilità finanziaria rimane un obiettivo dei sistemi di vigilanza *nazionali* e quella del mercato unico può essere perseguita attraverso accordi specifici che assicurino l'armonizzazione delle regole nazionali. In altre parole, nessuna misura di *ravvicinamento* basata sull'art. 114 TFUE potrebbe superare (o addirittura rimuovere) l'esistenza dei sistemi di vigilanza nazionali, come invece disposto dall'SSM Reg..

⁴⁵ SSM Reg., *cit.*, artt. 19 (indipendenza), 25 (separazione dalla politica monetaria) e 27 (segreto professionale e scambio di informazioni).

⁴⁶ Si veda l'SSM Reg., art. 2(3) che rimanda al CRR che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, GU L 176 del 27.6.2013, pagg. 1–337, art. 4(1). In alcuni Stati membri tale definizione non è del tutto applicabile: alcune entità

La significatività degli enti creditizi è valutata sulla base: (1) delle dimensioni, (2) dell'importanza per l'economia dell'Unione o di uno Stato membro e (3) della significatività delle attività transfrontaliere.

Salvo casi particolari⁴⁷, il criterio della significatività delle banche è definito sulla base di diversi criteri:

- a) il valore totale delle attività supera i 30 miliardi di euro (c.d. «soglia dimensionale»)⁴⁸;
- b) il rapporto tra il valore totale delle attività e il prodotto interno lordo dello Stato in cui l'ente è localizzato è superiore a 20% (c.d. «soglia dell'importanza economica nazionale»)⁴⁹;
- c) la notifica alla BCE, da parte dell'autorità nazionale, che quest'ultima considera un soggetto vigilato come significativo in riferimento alla propria economia nazionale, sebbene non soddisfi i due precedenti requisiti⁵⁰; in questo caso la BCE potrà decidere di estendere i suoi compiti di vigilanza anche sull'ente segnalato;
- d) il valore totale delle attività di un ente transfrontaliero (i.e. le cui attività si estendono in più di un altro Stato membro partecipante) è superiore ai 5 miliardi di euro e, inoltre il rapporto tra le attività transfrontaliere e le attività totali è superiore al 20%, oppure il rapporto tra le passività transfrontaliere e le passività totali è superiore al 20%; in questo caso la BCE potrà decidere di estendere i suoi compiti di vigilanza anche sull'ente transfrontaliero⁵¹;
- e) la richiesta, tramite lo Stato membro, della concessione di assistenza finanziaria attraverso il MES⁵²;
- f) il fatto che la banca sia uno dei tre enti creditizi o gruppi vigilati più significativi in uno Stato membro partecipante⁵³; in questo caso la BCE decide, di anno in anno, se estendere i suoi compiti di vigilanza anche su tali enti.

ufficialmente qualificate come “banche” ricevono depositi senza tuttavia concedere crediti; analogamente altri istituti concedono crediti senza ricevere depositi dal pubblico. Non rientrando nella definizione sopra citata, tali enti sono esclusi dall'SSM.

⁴⁷ SSM Reg, *cit.*, art 70 e ss.

⁴⁸ SSM Reg, *cit.*, art 50 e ss.

⁴⁹ SSM Reg, *cit.*, art 56 e ss.

⁵⁰ SSM reg, *cit.*, art 58.

⁵¹ SSM Reg, *cit.*, art 59 e ss.

⁵² SSM Reg, *cit.*, art 61 e ss.

⁵³ SSM reg, op. cit., art 65 e ss.

Gli enti creditizi che non soddisfano nessuno di tali criteri sono considerati “meno significativi” (*less significant*) e soggetti alla vigilanza delle autorità nazionali⁵⁴, le quali adotteranno tutte le necessarie decisioni relative alla vigilanza⁵⁵. La vigilanza delle filiali di banche di Stati non partecipanti al SSM spetta alla BCE se si tratta di “filiali significative”, altrimenti è di competenza delle autorità nazionali⁵⁶. Filiali stabilite in diversi Stati membri sono da considerarsi enti distinti⁵⁷.

In pratica, dal punto di vista dell'*efficacia* dell'azione di vigilanza, il perimetro di applicazione del SSM risulta “limitato”, sia dal punto di vista *soggettivo*, che (seppur in misura minore) *oggettivo*.

Come sopra accennato, dal punto di vista *oggettivo*, le finalità di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, nonché la tutela dei consumatori rimangono (almeno per il momento) di competenza delle autorità nazionali. Tali compiti, infatti, rimangono fuori dal perimetro applicativo della vigilanza prudenziale, ovvero fuori dalla portata applicativa dell'SSM. Va da sé che le menzionate finalità potrebbero, se non perseguite, generare rischi per le banche: si pensi per esempio alle sanzioni che potrebbero essere imposte ad una banca a motivo della mancata osservanza di norme a tutela dei consumatori. In tal caso la sanzione recherebbe una perdita patrimoniale e un danno reputazionale rilevanti senz'altro ai fini di vigilanza prudenziale esercitata dalla BCE.

Dal punto di vista *soggettivo* (nonostante l'attribuzione delle funzioni di vigilanza supplementare alla BCE) rimangono esclusi dall'SSM istituti la cui rilevanza per la stabilità del sistema finanziario (*lato sensu*) e bancario (*stricto sensu*) non andrebbe sottovalutata. In particolare, non sono soggetti al SSM: (1) istituti bancari non compresi nell'area euro (tuttavia, se compresi nell'UE, saranno comunque soggetti alla vigilanza del ESFS e (2) istituti finanziari non bancari, i quali non possono qualificarsi come ‘istituti di credito’ ai fini della legislazione⁵⁸, nonostante la loro rilevanza sistemica sia spesso significativa e i legami con il mondo bancari spesso strettissimi.

⁵⁴ Questo sarà, ad esempio, il caso dei gruppi bancari il cui totale delle attività non supera i 5 miliardi di euro o istituti che, seppur rientrando nelle categorie, sono comunque soggetti alle eccezioni di cui agli artt. 70 e ss. del Regolamento quadro SSM.

⁵⁵ SSM Reg., *cit.*, art. 6(6).

⁵⁶ SSM Reg., *cit.*, artt 4(2) e 6(4). Si veda Regolamento quadro SSM, op. cit., art. 14.

⁵⁷ SSM Reg., *cit.*, artt 4(2) e 6(4). Si veda Regolamento quadro SSM, op. cit., art. 14.

⁵⁸ In questo caso, CRR, art. 4(1)(1).

Il settore assicurativo è espressamente escluso sia dall'art. 127(6) del Trattato (in base al quale sono stati affidati alla BCE i compiti di vigilanza), sia dall'ambito della vigilanza consolidata (sebbene, alcuni di tali istituti sono soggetti alla 'vigilanza supplementare' sulla base della direttiva sui conglomerati finanziari⁵⁹).

Anche le controparti centrali, come regolate dall'EMIR (European Market Infrastructure Regulation)⁶⁰, sono espressamente escluse dalla vigilanza della BCE, sebbene tali enti concentrino una notevole quantità di rischio del sistema finanziario⁶¹.

Infine, le istituzioni del settore pubblico (*i.e.*, istituzioni specializzate finanziate dallo Stato) sono escluse sia dalla vigilanza che dalla regolamentazione prudenziale della BCE.

5. L'SSM e le autorità di vigilanza nazionali.

L'SSM Reg. sancisce che «la BCE ha competenza esclusiva nell'assolvimento dei compiti seguenti, a fini di vigilanza prudenziale, nei confronti di tutti gli enti creditizi stabiliti negli Stati membri partecipanti»⁶².

Tale principio di competenza esclusiva è ulteriormente sviluppato nella distinzione tra due "livelli" o ambiti di applicazione, uno in cui la BCE è l'organo di vigilanza (che svolge tale attività con un limitato ausilio da parte delle autorità nazionali), e un altro in cui sono le autorità nazionali a svolgere tale ruolo (con la BCE che svolge un attivo ruolo di *oversight* e coordinazione)⁶³.

⁵⁹ Direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2002, relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario e che modifica le direttive 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE e 93/22/CEE del Consiglio e le direttive 98/78/CE e 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 35 dell' 11.2.2003, pagg. 1–27. Si fa riferimento al ruolo della BCE rispetto ai conglomerati finanziari anche nel SSM Reg., art. 4(1)(h).

⁶⁰ Regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni, GU L 201 del 27 luglio 2012, pagg. 1–59.

⁶¹ Si veda l'SSM Reg. art. 1, para 2.

⁶² SSM Reg.op. cit., art. 4(1).

⁶³ Si v., BANCA CENTRALE EUROPEA, *Manuale di vigilanza dell'MVU Vigilanza bancaria europea: funzionamento dell'MVU e approccio di vigilanza*, p. 15 (Nell'espletamento dei suoi compiti di supervisione, la BCE opera in stretto raccordo con le ANC - Autorità Nazionali Competenti (NCA). ... L'azione di supervisione della BCE consiste nella definizione di standard comuni per la vigilanza esercitata dalle ANC sugli LSI (enti meno significativi), nella raccolta delle informazioni dalle ANC e nella loro elaborazione, nonché nella conduzione di analisi tematiche. ... In questo contesto, la funzione di supervisione della BCE nei confronti della vigilanza delle ANC sugli LSI mira a identificare gli enti fragili e ad assicurare standard di vigilanza elevati e coerenti nell'ambito

La linea di demarcazione tra i due ambiti di applicazione della funzione di vigilanza (nazionale o della BCE) viene tracciata principalmente sulla base del criterio della “*significatività*” delle banche da vigilare. Vale, però, la pena rilevare che, anche nel caso in cui la funzione di vigilanza è esercitata principalmente dalle autorità nazionali, la portata del ruolo della BCE risulta molto più pervasiva rispetto ad altri settori precedentemente interessati dal processo di armonizzazione e integrazione europeo (uno su tutti, il diritto della concorrenza⁶⁴); basti pensare che la BCE ha facoltà di estendere, in via discrezionale, la propria funzione di vigilanza sui soggetti originariamente posti sotto la competenza delle autorità nazionali.

Una delle grandi novità dell'SSM è che esso introduce un *meccanismo* di funzionamento molto differente dai precedenti modelli di coordinamento tra i due livelli decisorii (europeo e nazionale). La novità sta nel fatto che, diversamente dai precedenti modelli, il *meccanismo* non è riassumibile in *un solo* schema o modello di collaborazione, bensì una *moltitudine* di livelli di interazione (o di integrazione amministrativa europea) esistono contemporaneamente, senza che nessuno prevalga sugli altri⁶⁵. È proprio l'insieme di questo composito gruppo di modelli di relazione (*rectius*, di integrazione amministrativa) tra il livello nazionale e quello europeo che prende il nome di *meccanismo* e rappresenta una novità assoluta per il diritto amministrativo europeo.

Esistono ben cinque modelli di integrazione amministrativa contemporaneamente presenti all'interno dell'SSM, più uno ulteriore, peculiare, relativo al processo sanzionatorio.

Il primo modello è basato sulla *separazione delle funzioni*, per cui la funzione di vigilanza (prudenziale) è affidata in via esclusiva alla BCE e le autorità nazionali svolgono un ruolo meramente ausiliario. Questo è il modello relazionale in vigore per gli istituti di credito significativi

dell'MVU. La BCE espleta tale funzione di supervisione adottando un approccio proporzionale e orientato ai rischi. ... Analogamente, la BCE è coinvolta nella gestione delle crisi degli LSI tramite le attività di supervisione condotte in tale ambito.)

⁶⁴ Nell'ambito del diritto della concorrenza, il riparto delle competenze tra Commissione e autorità nazionali prevede che queste ultime gestiscano in autonomia, senza supervisione da parte della Commissione, le procedure di infrazione del diritto nazionale della concorrenza o di verifica ex-ante in caso di acquisizioni. La Commissione ha facoltà di avocare a sé i procedimenti in cui il mercato rilevante investe più di uno Stato membro (o, in casi eccezionali, anche se il mercato rilevante coincide con la totalità del territorio di uno Stato membro e le pratiche commerciali in esame sono tali da influenzare il commercio tra gli Stati membri). In nessun caso, però, le autorità nazionali agiscono in funzione servente in procedimenti di competenza della Commissione.

⁶⁵ F. GIGLIONI, *The European Banking Union as a new model of administrative integration?*, in E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration*, cit.; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit.

(che sono, infatti, sottoposti alla vigilanza esclusiva della BCE). Tuttavia, la BCE può decidere (in via discrezionale) di estendere i suoi poteri di vigilanza anche su istituti non significativi, previa consultazione con le autorità nazionali.

Un secondo modello è quello della *supremazia*. La BCE emana regolamenti, linee guida e istruzioni in riferimento alle funzioni di vigilanza delle autorità nazionali sugli istituti meno significativi. Tale modello è simile a quello di *integrazione decentralizzata*, in cui le autorità nazionali operano all'interno di un quadro stabilito dagli organi europei (in questo caso, la BCE). Esempio di questo modello è la vigilanza sulle banche c.d. meno-significative⁶⁶. Come già detto, i compiti di vigilanza su tali istituti è affidato alle autorità nazionali. Tale attività di vigilanza, tuttavia, si svolge all'interno dei regolamenti della BCE, nonché delle linee guida e delle istruzioni generali che la BCE indirizzerà loro circa le modalità di svolgimento dell'attività di supervisione⁶⁷ (e non si dimentichi che la BCE può decidere in via discrezionale di estendere le proprie funzioni di vigilanza anche su banche meno-significative⁶⁸).

Il terzo modello è basato sulla *collaborazione*⁶⁹. Le autorità nazionali operano come organi ausiliari della BCE, contribuendo affinché essa raggiunga specifici obiettivi e –in alcuni casi– gestendo fasi rilevanti di procedure complesse. Tale modello assomiglia a quello di *co-amministrazione*. Ad esempio, nella procedura di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria⁷⁰ le autorità nazionali verificano che sussistano i requisiti necessari e preparano una proposta di decisione per il vaglio della BCE (a cui spetta la decisione finale)⁷¹. Analogo esempio sono le

⁶⁶ F. GIGLIONI, *The European Banking Union as a new model of administrative integration?*, cit.; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, cit., capitolo 3.

⁶⁷ Tale modello di integrazione promuove il coordinamento attraverso la condivisione di funzioni originariamente affidate alle autorità nazionali, con il risultato che gli interessi nazionali sono perseguiti in accordo con quelli europei.

⁶⁸ SSM Reg., cit., art. 6(5)(c) e Regolamento quadro MVU artt. 97 e 98. Si veda anche Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca Centrale Europea del 16 aprile 2014 (SSM FR. Reg.), art. 7 secondo cui la BCE può imporre che funzionari nazionali, a parte i funzionari dell'ente di vigilanza di quella banca, siano inclusi nella squadra di vigilanza. Tale approccio pensato per le banche significative (art. 5) è applicabile anche a quelle meno significative.

⁶⁹ F. GIGLIONI, *The European Banking Union as a new model of administrative integration?*, cit.; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, op. loc. cit..

⁷⁰ SSM Reg., cit., art. 14.

⁷¹ Tuttavia, la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria segue invece il modello precedente, quello della *supremazia*. Tale decisione è, infatti, di esclusiva competenza della BCE, sebbene vige l'obbligo di consultazione con l'autorità nazionale. Si veda, BANCA CENTRALE EUROPEA, *Manuale di vigilanza dell'MVU*, cit., p. 54. È chiara la logica politica dietro tale scelta: nonostante le conseguenze sul mercato vadano considerate su base locale (incluso le

transazioni relative all'acquisizione di quote di rilevanza in banche (sia grandi che piccole) che devono essere valutate, prima, dall'autorità nazionale, sulla base del diritto nazionale e, solo successivamente, dalla BCE che si esprime sulla compatibilità con il diritto europeo. In generale, questo modello basato sulla cooperazione si riscontra ogni qualvolta sia prevista la partecipazione delle autorità nazionali nel processo decisionario della BCE. La partecipazione delle autorità nazionali è sia procedurale (ad esempio, sussiste in capo alla BCE l'obbligo di consultare preventivamente le autorità nazionali prima di dare esecuzione alle misure di vigilanza) che organizzativa (ad esempio, la presenza dei rappresentanti delle autorità nazionali nel consiglio di vigilanza). Lo si può riscontrare anche nei procedimenti di revoca dell'esercizio dell'attività bancaria, decisione di competenza della BCE, che può agire di propria iniziativa (nel cui caso, il procedimento mantiene una dimensione sovranazionale, nonostante l'intervento partecipativo e consultivo dell'autorità nazionale) o su iniziativa delle autorità nazionali (le quali avvieranno il procedimento e predisporranno una proposta di decisione, in un *iter* che somiglia molto a quello di autorizzazione)⁷².

Un quarto modello è basato sulla *cooperazione*⁷³. La BCE e le autorità nazionali hanno l'obbligo di scambiarsi membri dei rispettivi *staff* e informazioni rilevanti ottenute nel corso delle rispettive funzioni. In particolare, gli scambi tra *staff* hanno dinamiche sia orizzontali (tra le autorità nazionali) che verticali (dall'autorità nazionale alla BCE, o viceversa). Tale modello favorisce la creazione di una cultura europea comune della vigilanza⁷⁴. Altro presupposto della *cooperazione* è che le autorità nazionali forniscano la necessaria assistenza (incluso, mettere a disposizione i propri funzionari) affinché la BCE possa svolgere le sue funzioni di vigilanza ispettiva e investigativa.

modifiche strutturali degli assetti proprietari di una banca), è comunque necessaria una valutazione della BCE che tenga conto dei possibili effetti sul mercato settore dell'unione.

⁷² Si veda, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, op. cit., pagg. 115-117.

⁷³ F. GIGLIONI, *The European Banking Union as a new model of administrative integration?*, cit.; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, op. loc. cit..

⁷⁴ Obiettivo già perseguito nel sistema precedente attraverso il comitato della vigilanza bancaria europea. Si veda, L. DRAGOMIR, *European prudential banking regulation and supervision. The legal dimension*, New York, Routledge, 2010, pp. 217-224.

Un quinto modello è rinvenibile nell'ambito del procedimento sanzionatorio⁷⁵, il quale prevede poteri sanzionatori diretti in capo alla BCE nel caso di violazione del diritto UE direttamente applicabile (o di decisioni o regolamenti della stessa BCE) e qualora la sanzione abbia natura pecuniaria⁷⁶. Diversamente, ovvero, nei casi di violazioni (anche da parte di enti significativi) di direttive europee (e relativa normativa nazionale di ricezione), violazione di norme di diritto amministrativo nazionali, o di sanzioni di natura non pecuniaria, si può individuare un ulteriore modello *di impulso* di interazione/integrazione tra la BCE e le autorità nazionali. In questi casi, infatti, la BCE dovrà sollecitare le autorità nazionali affinché diano avvio al procedimento. La gestione del procedimento e l'accertamento della sanzione sono di competenza delle autorità nazionali che decidono l'eventuale irrogazione della sanzione del tutto autonomamente dalla BCE⁷⁷. Tanto è vero che la sanzione eventualmente erogata è ascrivibile in capo all'autorità nazionale, avverso cui sono esperibili i rimedi previsti dal diritto nazionale⁷⁸. Vale la pena rilevare due elementi. In primo luogo, le autorità nazionali potranno avviare il relativo procedimento esclusivamente se è la BCE a chiederlo⁷⁹. In secondo luogo, occorre fare una precisazione su cosa rientri nella qualifica di "atti UE direttamente applicabili" (la violazione dei quali rientra nei poteri sanzionatori diretti della BCE). Infatti, se considerassimo rilevanti solo decisioni e regolamenti (secondo la tradizionale classificazione delle fonti europee), ovvero escludendo le normative nazionali di recepimento delle direttive europee, sorgerebbe un'asimmetria⁸⁰ rispetto all'art 4 para. 3 del Reg. SSM, in base al quale: *«la BCE la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni»*.

Siamo, quindi, in presenza di un modello di integrazione che solo in apparenza lascia una certa autonomia alle autorità nazionali, in quanto permette alla BCE sia un forte ruolo di impulso

⁷⁵ Si veda, M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative bancarie nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Banca Impresa e Società*, 2014, 2.

⁷⁶ Art. 18, SSM Reg., artt. 123-128 Regolamento Quadro.

⁷⁷ Art. 18, par. 5, SSM Reg. art. 134 Regolamento Quadro.

⁷⁸ Si veda, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, cit., pp. 123-132.

⁷⁹ Si veda, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, cit., pp. 127-128.

⁸⁰ Si veda, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, cit., pp. 125-126.

ex-ante, sia di applicare il proprio potere sanzionatorio diretto anche nei casi di violazione delle norme nazionali di recepimento. I poteri delle autorità nazionali risultano, quindi, ulteriormente ridimensionanti, sebbene il criterio di ripartizione delle competenze è la natura (sovrana nazionale o nazionale) del diritto violato. Per la prima volta, quindi, a un organo europeo viene affidato il compito di applicare il diritto nazionale. Prima dell'SSM, infatti, i modelli di integrazione amministrativa erano basati su una separazione delle funzioni che rispecchiava la fonte del diritto (nazionale o europea), cosicché spettava sempre alle autorità nazionali applicare il diritto nazionale⁸¹. Tra le tante innovazioni è, forse, questo il tratto più originale dell'SSM.

Infine, nell'ambito delle decisioni macro-prudenziali (ad esempio, i requisiti anti-ciclici), esiste un ulteriore modello di interazione/integrazione tra i due livelli decisori, che potremmo dire *di obiezione e considerazione*⁸². Se le misure sono adottate dalle autorità nazionali, esse dovranno essere notificate alla BCE che può sollevare obiezioni (che saranno, a loro volta, valutate dalle autorità nazionali). Se è la BCE a ritenere necessario applicare requisiti prudenziali più elevati o misure più stringenti di quelle nazionali, saranno le autorità nazionali a poter obiettare (e la BCE prenderà tali obiezioni in considerazione)⁸³.

6. I compiti di vigilanza prudenziale della BCE..

L'SSM Reg. attribuisce alla BCE compiti di vigilanza sia di tipo microprudenziale che di tipo macroprudenziale.

I compiti di vigilanza microprudenziale, di competenza esclusiva della BCE, sono quelli più estesi e trovano analitica disciplina all'art. 4, par. 1, del SSM Reg.. In particolare, spetta alla BCE: *a)* rilasciare o revocare l'autorizzazione agli enti creditizi; *b)* autorizzare l'apertura di una succursale di

⁸¹ M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Diritto pubblico*, 2013, pp. 986-987. Vale anche la pena rilevare che i poteri della BCE non sono limitati all'applicazione di regole vincolanti, ma presuppongono anche un certo margine discrezionale, si veda C. BRESCIA MORRA, *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the Eba*, Luiss Working Paper, n. 2, 2014, 16.

⁸² F. GIGLIONI, *The European Banking Union*, cit.

⁸³ Si veda il Considerando 24 secondo cui i requisiti macro-prudenziali dell'SSM Reg. hanno precedenza su specifiche norme in altri atti dell'Unione, come il CRR (ad esempio, l'art. 458) o la CRD (ad esempio l'art. 133).

un ente creditizio all'interno dell'Unione Europea ma al di fuori dell'SSM; *c*) valutare le notifiche di acquisizione e di cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi; *d*) assicurare il rispetto della normativa rilevante in materia di requisiti prudenziali relativamente a fondi propri, cartolarizzazione, limiti ai grandi rischi, liquidità, leva finanziaria; *e*) assicurare la presenza di dispositivi di governo societario anche in riferimento ai requisiti di professionalità e onorabilità delle persone responsabili dell'amministrazione degli enti creditizi così come in ordine ai processi di gestione del rischio; *f*) effettuare le valutazioni prudenziali, ivi incluse le prove di stress (in coordinamento con l'EBA); *g*) estendere la vigilanza anche nei confronti alle imprese "matri" (società di partecipazione finanziaria e società di partecipazione finanziaria mista) di un ente sottoposto alla propria vigilanza; *h*) esercitare compiti di vigilanza supplementare nel contesto dei conglomerati finanziari e della normativa agli stessi applicabili; *i*) esercitare la vigilanza sui piani di risanamento e sulle misure di intervento precoce nel caso di violazione o di rischio di violazione dei requisiti prudenziali applicabili.

Come già evidenziato, nell'ambito di una stretta cooperazione con le autorità nazionali competenti, la BCE svolge i descritti compiti micropudenziali (tendenzialmente) nei confronti dei soggetti c.d. "*significant*", eccezion fatta per l'autorizzazione (e la revoca) all'accesso all'attività bancaria nonché per l'acquisito di partecipazioni nelle banche degli Stati partecipanti. In tali ultimi casi, infatti, la BCE svolge i propri compiti nei confronti di tutte le banche degli Stati membri partecipanti⁸⁴.

Per quanto concerne i compiti di vigilanza macroprudenziale, spetta alle autorità nazionali competenti, ove ritenuto opportuno o necessario, applicare requisiti in materia di riserve di capitale aggiuntivi rispetto a quelli fissati a livello europeo, miranti ad affrontare più adeguatamente i rischi sistemici o macroprudenziali. In tali casi, la decisione dell'autorità nazionale dovrà essere previamente notificata alla BCE, le cui eventuali obiezioni dovranno comunque essere tenute in debita considerazione prima di adottare la decisione finale⁸⁵.

⁸⁴ Art. 6, par. 4, dell'SSM Reg. Ai sensi dell'art. 2, n. 1), dell'SSM Reg., per "Stato membro partecipante" si intende «uno Stato membro la cui moneta è l'euro oppure uno Stato membro la cui moneta non è l'euro che ha instaurato una collaborazione stretta» ai sensi dell'art. 7 del medesimo Regolamento.

⁸⁵ Art. 5, par. 1, del SSM Reg..

Specularmente, l'art. 5, par. 2, dell'SSM Reg. attribuisce alla BCE, in luogo delle autorità nazionali competenti, il compito di stabilire requisiti in materia di riserve di capitale più rigorosi rispetto a quelli applicati a livello nazionale, miranti ad affrontare più adeguatamente i rischi sistemici o macroprudenziali.

I compiti di vigilanza (micro e macro) prudenziale sommariamente elencati sono molto ampi, ma, tuttavia, devono essere esercitati nel rispetto delle competenze anche esclusive di cui risultano titolari le altre istituzioni e agenzie europee, nonché le autorità nazionali competenti.

Al riguardo, è sufficiente richiamare la già evidenziata separazione tra le funzioni di regolamentazione, attribuite all'EBA in stretta collaborazione con la Commissione Europea, e i compiti di vigilanza assegnati (principalmente) alla BCE⁸⁶.

Quanto alle persistenti competenze delle autorità nazionali di vigilanza, si consideri, ad esempio, che i compiti della BCE non si estendono (tra l'altro) alle questioni inerenti la tutela del consumatore e la lotta contro il riciclaggio⁸⁷. Inoltre, eccezion fatta per i casi già richiamati della concessione e revoca delle licenze bancarie nonché dell'acquisito di partecipazioni nelle banche degli Stati partecipanti, i compiti di vigilanza diretta della BCE restano circoscritti agli enti creditizi c.d. "*significant*". Ne deriva che le autorità nazionali competenti continuano a svolgere le funzioni di vigilanza diretta in relazione agli enti creditizi c.d. "*non significant*".

Tale conclusione, tuttavia, non si presenta immune da possibili deroghe in quanto la BCE può comunque decidere di esercitare tutti i propri pertinenti poteri anche nei confronti dei soggetti c.d. "*non significant*", "allorchè necessario per garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati"⁸⁸. Come è stato evidenziato, questo carattere mobile della vigilanza europea è sostanzialmente rimesso alle scelte discrezionali della BCE, che può decidere di attrarre compiti ordinariamente attribuiti alle autorità bancarie nazionali secondo meccanismi che risultano distonici

⁸⁶ V. *supra*, par. 1-2. In dottrina, *ex multis* cfr. A. GARDELLA, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini, pp. 132-135; D. SORACE, *I "pilastri" dell'Unione bancaria*, in M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'unione bancaria europea*, cit., p. 95.

⁸⁷ Considerando n. 28 del SSM Reg..

⁸⁸ Art. 6, par. 5, lett. b), del SSM Reg..

rispetto ai tratti caratteristici della sussidiarietà, presentando semmai elementi distintivi simili ai tradizionali poteri amministrativi di avocazione⁸⁹.

7. I poteri di vigilanza prudenziale della BCE.

Come è stato evidenziato, il sistema di supervisione e vigilanza costruito con l'EBU si caratterizza per un'ampia gamma di poteri autoritativi principalmente attribuiti alla BCE⁹⁰. In linea generale, è possibile individuare l'esistenza di cinque tipologie di poteri di vigilanza prudenziale che la BCE può esercitare per realizzare i propri compiti: poteri di vigilanza *stricto sensu*, poteri ispettivi, poteri di autorizzazione, poteri regolamentari e poteri sanzionatori⁹¹.

I poteri di vigilanza *stricto sensu* e i poteri ispettivi costituiscono gli strumenti autoritativi più strettamente connessi alla tradizionale nozione di vigilanza bancaria.

I poteri di vigilanza *stricto sensu* concernono il controllo operativo e costante svolto dalla BCE sulle banche *significant*. Il suddetto controllo si esplica in forza dei poteri autoritativi espressamente disciplinati dall'art. 16 dell'SSM Reg., che consentono alla BCE di adottare per tempo le misure necessarie per affrontare le criticità dei singoli istituti di credito. E così, attraverso il controllo-vigilanza quotidiano, constatata la violazione della normativa di riferimento ovvero il rischio della sua violazione, la BCE potrà esigere la detenzione di fondi propri in misura superiore alle previsioni del diritto vigente, ovvero esigere un piano di immediato ripristino della conformità ai requisiti prudenziali, ovvero ancora la riduzione dei rischi connessi alle attività del soggetto vigilato. Si tratta solo di alcune esemplificazioni del lungo elenco dei poteri di vigilanza indicati all'art. 16, par. 2, dell'SSM Reg., che consentono alla BCE la piena esplicazione dei propri compiti.

⁸⁹ Così L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, relazione presentata al Convegno per i 60 anni della Rivista delle società su “Regole del mercato e mercato delle regole: Il diritto societario e il ruolo del legislatore?” (Venezia, 13-14 novembre 2015), *www.irpa.eu*.

⁹⁰ *Ivi*, p. 370.

⁹¹ Così G. LO SCHIAVO, *Il ruolo della BCE*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, cit., p. 216.

I poteri ispettivi si articolano a loro volta in richieste di informazioni, indagini ed ispezioni. La richiesta di informazioni può essere rivolta sia all'istituto di credito vigilato che a soggetti terzi (persone fisiche o giuridiche) direttamente o indirettamente riferibili all'ente creditizio vigilato in quanto ad essi il suddetto soggetto *significant* ha esternalizzato proprie funzioni o attività⁹². Indagini e ispezioni concernono il controllo dell'attività bancaria dell'istituto vigilato, con il potere, rispettivamente, di chiedere la presentazione di documenti, esaminare libri e registri contabili, ottenere spiegazioni in forma scritta o orale, organizzare audizioni⁹³, così come svolgere ispezioni *in loco* accedendo a tutti i locali della banca sottoposta a controllo⁹⁴.

Anche i poteri autorizzatori costituiscono uno snodo essenziale nell'esercizio dei compiti di vigilanza prudenziale della BCE. Essi vanno anzitutto ricondotti ai "poteri di vigilanza specifici" disciplinati dagli artt. 14 e 15 dell'SSM Reg.. Si tratta, rispettivamente, dei poteri di autorizzazione (e revoca) all'accesso all'attività bancaria, nonché di autorizzazione all'acquisito di una partecipazione qualificata (o di un incremento della stessa) nell'ambito di un ente creditizio stabilito all'interno del sistema SSM. Tali poteri autorizzatori trovano espressa rispondenza nei compiti della BCE indicati all'art. 4, par. 1, lett. a) e lett. c), dell'SSM Reg.. Inoltre, sempre dall'analisi dell'art. 4, par. 1, dell'SSM Reg., emerge la titolarità in capo alla BCE di ulteriori poteri autorizzatori, come, ad esempio, in materia di nomina dei componenti del consiglio di amministrazione delle banche *significant*, di riduzione di fondi interni, di rilevanti esposizioni bancarie.

Quanto ai poteri regolamentari, si è già detto della separazione tra le funzioni di regolamentazione attribuite all'EBA e quelle di vigilanza prudenziale assegnate (principalmente) alla BCE. Tuttavia, ai sensi dell'art. 4, par. 3, dell'SSM Reg., la BCE «può inoltre adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti» dall'SSM Reg.. La previsione regolamentare attribuisce alla BCE il potere di adottare regolamenti generali che dovranno comunque essere riferiti alla organizzazione ed alle modalità di esercizio delle funzioni di vigilanza prudenziale.

⁹² Art. 10 del SSM Reg..

⁹³ Art. 11 del SSM Reg..

⁹⁴ Art. 12 del SSM Reg..

Infine, i poteri sanzionatori costituiscono gli strumenti autoritativi che completano la gamma dei poteri di vigilanza prudenziale, essendo invero rivolti a porre fine ovvero a punire la violazione dolosa o colposa delle decisioni prudenziali adottate dalla BCE. In base all'art. 18, par. 1, dell'SSM Reg., in particolare, la BCE «può imporre sanzioni amministrative fino al doppio dell'importo dei profitti ricavati o delle perdite evitate grazie alla violazione, quando questi possono essere determinati, o fino al 10% del fatturato complessivo annuo [...] della persona giuridica nell'esercizio finanziario precedente o altre sanzioni pecuniarie eventualmente previste dal pertinente diritto dell'Unione [...]». Quando le sanzioni non rientrano nella competenza della BCE, quest'ultima può comunque chiedere alle autorità nazionali competenti di intervenire per assicurare che siano imposte apposite sanzioni⁹⁵, all'uopo impartendo apposite "istruzioni" alle varie autorità bancarie nazionali⁹⁶.

8. Il ciclo di vigilanza: principi e fasi.

L'attività di vigilanza si regge su alcuni principi base e approcci comuni.

Il principio dell'impiego delle migliori prassi conduce a selezionare e applicare prassi e processi di vigilanza all'avanguardia in tutta Europa in modo tale da innalzare gli standard qualitativi degli enti creditizi (*principio delle migliori prassi*). Nel contempo l'SSM tende a garantire un approccio valutativo omogeneo e armonizzato a tutti gli enti vigilati, al fine di evitare disparità di trattamento e frammentazione (*principio di omogeneità*). Tale approccio è tuttavia mitigato dal *principio di proporzionalità*, in forza del quale l'intensità dell'azione di vigilanza sugli enti creditizi varia al variare delle caratteristiche del soggetto vigilato e, in particolare, del rischio che lo caratterizza, salvi alcuni livelli minimi di impegno richiesto a tutti gli enti. L'azione di vigilanza è modulata sulla base del rischio (*approccio basato sul rischio*): tiene conto non solo delle perdite e dei danni che il fallimento dell'ente potrebbe arrecare, ma anche delle possibilità che tale fallimento si verifichi. Anche al fine di minimizzare i possibili danni e il rischio di default, specie se disordinato, il momento valutativo

⁹⁵ Art. 18, par. 5, del SSM Reg..

⁹⁶ Art. 9, par. 1, del SSM Reg..

e correttivo sono improntati alla tempestività e celerità se non alla prevenzione e anticipazione del fenomeno (*approccio volto all'applicazione di misure efficaci e tempestive*)⁹⁷.

Gli approcci e i principi sopra richiamati ispirano l'azione di vigilanza che prende le mosse dalle politiche di vigilanza e dalla regolamentazione⁹⁸. A sua volta il quadro normativo europeo in materia bancaria segue gli accordi di Basilea ed è armonizzato attraverso un corpus unico di norme (*single rulebook*), che è applicabile a tutti gli enti creditizi nel mercato unico.

Le politiche di vigilanza e la regolamentazione europee informano le metodologie e gli standard che a loro volta permeano la pianificazione annuale dell'attività di vigilanza (*Supervisory examination program*, SEP) nonché a, cascata l'analisi del rischio e delle vulnerabilità degli intermediari (*Supervisory Review and Evaluation Process*, SREP) e gli interventi di vigilanza. Completa il ciclo di vigilanza il contributo delle strutture orizzontali della BCE che individuano i margini di miglioramento e conseguentemente forniscono utili input per la definizione/miglioramento delle metodologie e standard di vigilanza.

Riassumendo sinteticamente, il ciclo di vigilanza, innervato dai principi e approcci generali, è innescato dalla normativa UE che definisce i contorni della metodologia; questa ultima guida l'azione concreta di vigilanza che è sottoposta a *quality assurance*, in vista di un affinamento continuo delle metodologie.

9. I protagonisti della funzione di vigilanza: il Consiglio di vigilanza/Supervisory Board e le strutture di vigilanza.

Il Consiglio di vigilanza (*Supervisory Board*, SB), è l'organo di vertice della funzione di vigilanza ed è incaricato della pianificazione e dell'esecuzione dei compiti attribuiti alla BCE in tale ambito.

⁹⁷ Principi di vigilanza, in Guida alla vigilanza bancaria in <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmguidetobankingsupervision201411.it.pdf?347ff6daae2453e397822da6090129f7>.

⁹⁸ La BCE non è organo regolatore, per cui introietta nel suo ciclo di vigilanza l'attività di regolazione che, nel campo della supervisione bancaria, rimane assoggettata alle regole e agli indirizzi definiti dall'EBA nonché ovviamente alle norme legislative europee.

Esso è composto da un Presidente, un Vicepresidente, quattro rappresentanti della BCE e da un rappresentante per ognuno degli Stati membri. Il Presidente viene scelto tra persone di riconosciuto prestigio e grande esperienza professionale in campo bancario e questioni finanziarie e che non appartengono al consiglio direttivo della BCE. Il vicepresidente dell'SB è scelto tra i membri del comitato esecutivo della BCE. La procedura di nomina prevede una proposta presentata dalla BCE al Parlamento per l'approvazione. Dopo l'approvazione, il Consiglio adotta una decisione di esecuzione al fine di nominare il presidente e il vicepresidente del SB. Il mandato del Presidente è quinquennale e non rinnovabile⁹⁹.

I membri dell'SB agiscono in modo indipendente e nell'interesse dell'Unione nel suo complesso, senza chiedere né ricevere istruzioni da parte di Istituzioni od organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri o da altri soggetti pubblici o privati¹⁰⁰.

Il SB decide con la maggioranza semplice dei suoi membri. Ogni membro dispone di un solo voto. In caso di parità, il voto del presidente è determinante.

Il SB guida un apparato di strutture tecniche che per effetto di una recente modifica organizzativa si articola oggi in 6 Direzioni Generali (DG) più una Direzione (semplice): le DG sono a loro volta articolate in Divisioni. 3 DG svolgono vigilanza diretta sugli intermediari (raggruppando al loro interno i JST, cfr. *infra*) mentre le altre svolgono funzione di supporto alle DG incaricate della vigilanza diretta. Le DG sono rette da un Direttore Generale e, in genere, da due Vice Direttori Generali: riportano a questi ultimi i capi divisione che a loro volta sono sovraordinati ai capi sezione, *Head of Section* (generalmente il JST coordinator, cfr *infra*, è anche capo sezione).

Le DG con funzioni orizzontali e competenze specialistiche coadiuvano i JST nell'esercizio della vigilanza: sono responsabili delle cd. *common procedures* e/o forniscono supporto specialistico, per esempio in tema di analisi dei modelli interni ovvero per le "ispezioni". Queste ultime integrano uno strumento ulteriore per l'esercizio dell'attività di vigilanza particolarmente efficace perché condotto *on site*, cioè presso la sede dell'intermediario. Le ispezioni sono indagini approfondite dei rischi e/o delle attività di controllo dei rischi e/o della governance, in un ambito e in un periodo di

⁹⁹ Art. 26, SSM Reg.

¹⁰⁰ Art. 19, SSM Reg.

tempo prestabiliti¹⁰¹. Le ispezioni sono proporzionate e basate sul rischio. La pianificazione e organizzazione delle ispezioni dipende da una specifica unità presso la BCE; sono svolte da un gruppo ispettivo creato *ad hoc* e sotto le direttive di un ispettore capo (*head of mission*) che non può essere un membro del JST: ciò al fine di garantire una certa indipendenza – rispetto all'azione di vigilanza del JST - nella conduzione e valutazione della banca.

10. (segue) I Gruppi di vigilanza congiunti (JST).

I Gruppi di vigilanza congiunti (*Joint Supervisory Team, JST*)¹⁰² svolgono l'attività di vigilanza giornaliera sugli enti significativi. Sono composti da personale della BCE e delle Autorità di Vigilanza dei Paesi membri¹⁰³ (*National Competent Authority, NCA*) nei quali sono ubicate le banche, le filiazioni bancarie o le succursali transfrontaliere significative di un gruppo bancario: quindi per le banche significative italiane i JST sono composti da personale della Banca d'Italia¹⁰⁴ e della BCE. Il personale delle NCA componente del JST avrà un doppio riporto: funzionale verso la BCE (e quindi il JST Coordinator, cfr. *infra*) e gerarchico a livello nazionale.

¹⁰¹ Esistono diversi tipi di ispezioni: le ispezioni complete coprono un ampio spettro di rischi e attività dell'ente creditizio al fine di tracciare un quadro olistico dell'ente stesso, le ispezioni mirate si incentrano su un rischio o una parte dell'organizzazione dell'ente o problema specifico. Le ispezioni tematiche riguardano invece più enti creditizi omogenei e mirano a esaminare orizzontalmente un unico elemento (ad esempio un'area di attività, per esempio crediti verso settore immobiliare, o tipi di operazioni, mutui di un certo tipo). I JST possono richiedere anche un riesame tematico di una particolare attività di controllo dei rischi o del processo di governance degli enti. Cfr. Guida alla vigilanza bancaria, par. 73, Banca Centrale Europea, disponibile in <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmguidebankingsupervision201411.it.pdf?347ff6daae2453e397822da6090129f7>.

¹⁰² Cfr. BCE, Manuale di vigilanza dell'MVU, in <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.supervisorymanual201803.it.pdf>.

¹⁰³ Le NCA scelgono nell'ambito del proprio organico i/membri/o del gruppo di vigilanza congiunto. Tuttavia, la BCE può richiedere di modificare le designazioni effettuate ove ciò risulti opportuno ai fini della composizione del JST (art. 4, Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca Centrale Europeadel 16 aprile 2014 – *SSM Framework regulation* (SSM FR).

¹⁰⁴ Per i Paesi in cui le Banche Centrali non sono NCA e comunque coinvolte, ai sensi del proprio diritto nazionale, nella vigilanza prudenziale, queste ultime possono designare anche uno o più membri del proprio organico quali membri del JST (art. 5, SSM FR). E'ciò che avviene per esempio per le banche significative tedesche, per le quali i JST comprendono personale non solo della Federal Financial Supervisory Authority (BaFin) ma anche della Deutsche Bundesbank.

I JST fanno capo a un coordinatore (*JST Coordinator, JST C*), *manager* della BCE, di norma di nazionalità diversa dalla nazionalità della banca vigilata. Nell'ottica di garantire l'attuazione delle attività e dei compiti di vigilanza previsti dal programma di revisione prudenziale (SEP), il JST C impartisce istruzioni ai membri del team, decide l'organizzazione più efficiente del team e ne gestisce le risorse, adotta decisioni rilevanti nei confronti dell'ente vigilato. Il JST C è coadiuvato da uno o due sub-coordinatori (*local coordinator*) designati dalla NCA tra i membri "nazionali" del team. I coordinatori sono nominati per un periodo compreso tra tre e cinque anni in funzione del profilo di rischio e della complessità dell'ente. È prevista una rotazione periodica dei coordinatori e dei membri del JST¹⁰⁵. Le dimensioni, la composizione e l'organizzazione dei JST dipendono dalla natura, dalla complessità, dalle dimensioni, dal rischio dell'ente creditizio vigilato: laddove l'organico del team è numeroso, all'interno del team è istituito un gruppo ristretto (*core JST*), che funge da "cabina di regia" del team. Inoltre è frequente una distribuzione dei membri del team per profili di rischio monitorati (*Risk team*).

I JST:

- a) si occupano del processo di revisione e valutazione prudenziale (SREP) per tutte le banche significative o i gruppi significativi sui quali la BCE esercita la funzione di vigilanza;
- b) partecipano alla definizione del SEP, comprensivo anche di ispezioni in loco, sottoposto all'approvazione del SB e lo attuano insieme con le decisioni di vigilanza adottate dalla BCE;
- c) tengono i contatti con le NCA ovvero con gli *stakeholders* esterni, ove appropriato¹⁰⁶ (per es. con i Gruppi interni per la risoluzione, *Internal Resolution Team*)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Gli accorgimenti menzionati, i.e. diversa nazionalità tra il JSTC e la banca vigilata, rotazione dell'incarico ogni 5 anni, obbediscono evidentemente alla logica di garantire la massima indipendenza possibile nell'operato del team verso l'ente vigilato.

¹⁰⁶ Art. 3 SSM FR.

¹⁰⁷ I Gruppi Interni per la risoluzione sono gli analoghi ai JST nell'ambito del Meccanismo di risoluzione unico (*Single Resolution Mechanism*). Il Meccanismo è formato dalle Autorità nazionali di risoluzione (*National Resolution Authority*) e dal Comitato di risoluzione unico (*Single Resolution Board*), agenzia europea per l'esercizio delle funzioni di risoluzione, nel cui *board* sono presenti anche i rappresentanti delle autorità nazionali. Il sistema di risoluzione unico ha l'obiettivo di assicurare la gestione ordinata delle crisi delle banche c.d. significative o con operatività transfrontaliera nell'area dell'euro e delle principali SIM. Cfr. Consiglio Europeo, Meccanismo di risoluzione unico, in <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/banking-union/single-resolution-mechanism>, e Banca d'Italia, Risoluzione e gestione delle crisi, in <https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/index.html>.

I compiti sopra elencati tuttavia rappresentano esclusivamente i pilastri dell'attività di vigilanza svolta dai JST, sui quali poggia l'impalcatura dell'azione di vigilanza giornaliera che vede come terminale la banca/le banche vigilate, e che si snoda attraverso varie interazioni (incontri/telefonate/email indirizzate agli esponenti aziendali e alle funzioni apicali delle banche vigilate), decisioni (delegate al JST¹⁰⁸), richieste informative, monitoraggio, analisi dei risultati aziendali, interventi, istruzione delle proposte per i progetti di decisioni del SB.

I JST si interfacciano inoltre con le funzioni orizzontali della BCE, depositarie di competenze specialistiche e/o responsabili delle decisioni oggetto di *common procedures*, integrandone le conoscenze sugli intermediari vigilati. Assistono l'unità della BCE che investiga sulla violazione delle norme da parte delle banche, in vista dell'adozione di sanzioni.

Sono parte attiva anche del processo ispettivo, in quanto: a) segnalano o meno l'esigenza (di ispezioni) in sede di programmazione, nonché indicandone l'ambito da ispezionare (rischio/aspetto sottoposto a ispezione); b) definiscono con l'ispettore incaricato (*Head of mission*) nel dettaglio il mandato dell'ispezione (redigendo la cd. *pre-inspection note*); c) possono prendere parte al Gruppo ispettivo mediante propri membri. Una volta ultimata l'ispezione con la redazione del rapporto ispettivo, è il JST a gestire la fase post ispettiva, valutando tempi, modalità e contenuto delle possibili azioni correttive da richiedere alla banca per superare i rilievi ispettivi.

Alla luce di quanto sopra si può affermare che i JST rappresentano il "motore" della funzione di vigilanza della BCE, direttamente esposti "sul campo" a interazione continua, formale e informale, con gli enti vigilati. I JST integrano un modulo organizzativo originale e agile nel panorama dell'organizzazione dell'esercizio delle funzioni di vigilanza, evoluzione dei collegi delle autorità vigilanza (*colleges of supervisors*)¹⁰⁹, idoneo a garantire l'esercizio accentrato della vigilanza

¹⁰⁸ *Stricto jure* la potestà decisionale compete esclusivamente al SB/GC, il JST non adotta *legal acts* ma *operational acts*, in quanto tali non vincolanti. Cionondimeno sarebbe difficile affermare che nell'ambito dell'interlocazione con l'ente vigilato le esternazioni del JST non producano l'effetto di una o più decisioni informalmente assunte. Si pensi per esempio alla richiesta da parte del JST alla banca vigilata di calcolare correttamente a fini prudenziali una esposizione creditizia ovvero di interpretare correttamente una disposizione della CRR. Tenuto conto del dialogo costante con l'ente vigilato, pare si possa dire che l'influenza (informale e formale) dell'attività del JST sul soggetto vigilato va oltre ciò che le singole precise attribuzioni, contenute nel SSM FR Reg., farebbe pensare.

¹⁰⁹ I collegi delle autorità di vigilanza sono strumenti per il coordinamento dell'attività di vigilanza su Gruppi bancari transfrontalieri. Sono in sostanza strutture permanenti, seppure flessibili, composte dalle autorità competenti del paese di origine e dei paesi ospitanti di una banca internazionale. Lo scopo premimente perseguito è lo scambio di informazioni sul soggetto vigilato, tuttavia operano anche la valutazione congiunta dei profili di rischio del soggetto

verso gli enti vigilati dei Paesi membri; nel contempo, al suo interno, il *team* assicura la ponderazione di piú interessi e imprigiona molteplici elementi di complessit . Infatti, la composizione “ibrida”- personale BCE e personale dipendente delle NCA –   funzionale al pieno coinvolgimento dei Paesi membri, attraverso le NCA, nella vigilanza degli enti domestici, garantendo circolarit  informativa tra BCE e NCA e attenzione alle caratteristiche/interessi nazionali connessi agli intermediari vigilati, ricondotti all'interno del JST dai membri delle NCA. La possibile dialettica tra le due componenti del *team*, BCE/NCA, generalmente arricchente l'azione del JST stesso, si compatta all'esterno del *team*, per voce del JST C, in forza delle sue prerogative di coordinamento.

In merito ai fattori di complessit  si pu  accennare, tra gli altri: a) alla lingua: la lingua utilizzata per le comunicazioni interne,   l'inglese, che non essendo la madre lingua di tutti i membri del *team*, pu  rendere la comunicazione meno fluida; la lingua che l'ente vigilato usa per le proprie comunicazioni con la BCE¹¹⁰: le banche possono decidere di mantenere la loro lingua nazionale per le comunicazioni ufficiali verso e dalla BCE; b) alla dislocazione territoriale: parte del *team* si trova in Germania, presso la sede della BCE, parte presso i/il Paese membro, con conseguente necessit  di sforzi di coordinamento da remoto tra i membri; c) alle diversit  culturali e di conoscenze tecniche tra i componenti del JST: la diversit    elemento di arricchimento complessivo nel *team*, ma richiede maggiori sforzi di coordinamento e comunicazione in seno al JST.

11. La procedura di non obiezione.

Nonostante l'organo apicale della BCE con funzione di vigilanza sia il SB, le decisioni di vigilanza (*legal acts*) devono essere assunte *formalmente* dal Consiglio direttivo della BCE (*Governing Council*, GC).

vigilato e decidono congiuntamente sull'adeguatezza del capitale. Art. 116, CRD; BCE, *Cosa sono i collegi delle autorit  di vigilanza?*, in https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/ssmexplained/html/supervisory_colleges.it.html; EBA, *Colleges of supervisors*, in <https://eba.europa.eu/regulation-and-policy/colleges-supervisors>.

¹¹⁰ Ai sensi dell'articolo 24 del SSM Reg., qualsiasi documento inviato alla BCE da un ente creditizio vigilato (o da qualsiasi persona giuridica o fisica individualmente vigilata dalla BCE) pu  essere redatto in una delle lingue ufficiali dell'UE.

Il SB, costituito come organo interno della BCE, approva *progetti di decisione* mediante procedura scritta (*written procedure*) o nell'ambito di una riunione¹¹¹. La maggior parte dei progetti di decisione è approvata con procedura scritta. Prima della valutazione da parte del GC, il progetto viene trasmesso al destinatario (per es. banca vigilata) assieme a una lettera di accompagnamento in cui si definisce la procedura per il diritto a un'udienza (*hearing*). L'*hearing period* ordinario è pari a due settimane, ma in casi particolari il termine può essere ridotto fino a un minimo di tre giorni lavorativi: in tale ambito il soggetto può presentare proprie osservazioni che verranno valutate dal SB (cui viene nuovamente ritrasmesso il progetto di decisione, unitamente alle osservazioni, per eventuali ulteriori valutazioni).

Esaurita la fase di *hearing* il progetto è inviato al GC. Una decisione si considera adottata solo qualora il GC non esprima obiezioni entro un determinato lasso di tempo (non superiore a dieci giorni lavorativi)¹¹². Conseguentemente il GC può *solo* accogliere la proposta del SB ovvero obiettare, ma non può modificare il progetto (cd. procedura di “non obiezione”).

La procedura di “non obiezione”, che può apparire farraginoso, è il frutto del contemperamento di diverse esigenze apprezzate in occasione della creazione dell'Unione bancaria: da un lato, infatti, occorre rispettare il principio della separazione¹¹³ tra funzioni di vigilanza e funzioni di politica monetaria nonché la loro indipendenza¹¹⁴; nel contempo occorre rispettare il dettato del TFUE.

¹¹¹ Art. 26, SSM Reg.. Il SB è assistito da un Segretario nonché da un comitato direttivo, a composizione più ristretta, non più di 10 dei suoi membri, e incaricato di assistere il SB nelle sue attività, inclusa la preparazione delle riunioni

¹¹² Per situazioni di urgenza, attivata su richiesta del JST ovvero della Direzione della BCE o delle NCA, la procedura sopra descritta è abbreviata. La compressione dei tempi del processo decisionale si attua modificando i termini della procedura scritta oppure si può indire una riunione del SB con breve preavviso. Tale riunione può essere tenuta anche in teleconferenza.

¹¹³ La separatezza tra le due funzioni è motivata dall'intenzione di ridurre il rischio di conflitto tra l'esercizio dell'una e dell'altra: le funzioni di politica monetaria mirano al mantenimento della stabilità dei prezzi, l'assolvimento di compiti di vigilanza mira *invece* a tutelare la sicurezza e la solidità degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario. In questa sede si può solo accennare al tema del possibile conflitto: si pensi per esempio ad una situazione di crisi delle banche che potrebbe indurre la BCE a erogare liquidità “dimenticando” i rischi di crescita dei prezzi, oppure a una decisione della Vigilanza di incrementare il capitale (fondi propri) delle banche, con ciò comprimendo i volumi di impieghi in circolazione e quindi impattando sui meccanismi di trasmissione della politica monetaria.

¹¹⁴ Legata a doppio filo all'indipendenza è chiaramente la responsabilità (*accountability*) della BCE verso le Istituzioni europee, quindi Parlamento e Consiglio, innanzitutto, cui presenta annualmente una relazione: inoltre il Presidente del SB può essere convenuto per audizioni dall'Eurogruppo oltre che dal Parlamento. Senza contare ovviamente che le decisioni che influiscono direttamente sui singoli enti possono essere oggetto di una procedura di

La separazione tra le due funzioni si sarebbe potuta ottenere agevolmente attribuendo le stesse a due decisori (*Istituzioni Europee*) distinti: tuttavia in forza dell'art. 127 del TFUE «[...] *compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie possono essere affidati (esclusivamente) alla BCE*», la quale, come noto, svolge da tempo le funzioni di politica monetaria nell'ambito del Sistema Europeo di Banche Centrali, in modo indipendente¹¹⁵. Inoltre, ai sensi dell'art. 129 del TFUE l'ESCB è retto dagli organi decisionali della BCE e, ai sensi dell'art. 9.3 dello Statuto, conformemente all'articolo 129 TFUE, gli organi decisionali della BCE sono il GC e il Comitato Esecutivo.

Quindi, *de jure condito*, era possibile solo attribuire ad un organo preesistente (BCE), con propri organi direttivi (GC)¹¹⁶, funzioni nuove (di vigilanza prudenziale) che non interferissero con le funzioni preesistenti (di politica monetaria), ed esercitabili in modo indipendente¹¹⁷.

riesame interno dinanzi alla Commissione amministrativa del riesame e comunque sottoposte al giudizio della Corte di giustizia dell'Unione europea. Su questi temi cfr. *funditus inter alia*. R. D'AMBROSIO, *The SSM: allocation of tasks and powers between the ECB and the NCAs and organisational issue*, in R. D'AMBROSIO (a cura di), *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, 2020, n. 88, p. 89, disponibile in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2020-0088/grg-88.pdf>; A. BAGLIONI, *The European banking union. A critical assessment*, London, Palgrave Macmillan, p. 34; M. MACCHIA, *Le nuove funzioni, l'unione bancaria europea*, in M. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2018, p. 188.

¹¹⁵ Artt. 127, 129, 130, 282 comma 3 TFUE. K. LACKOFF, *Single Supervisory Mechanism*, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2017, p. 23; P. WEISMANN, *The ECB's Supervisory Board Under the Single Supervisory Mechanism: A Comparison with European Agencies*, in *European public law*, 2018, 24 (Issue 2), p. 311.

¹¹⁶ Cfr. J. GREN, *The Eurosystem and the Single Supervisory Mechanism: institutional continuity under constitutional constraints in ECB*, in *Legal Working Paper Series*, 2018, 17, disponibile in <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecb.lwp17.en.pdf>. Anche al fine di ridurre il carico operativo in capo agli organi decisionali, BCE ha adottato un sistema di deleghe in forza del quale talune decisioni (per esempio in tema di fondi propri, verifica dei requisiti degli esponenti) possono essere adottate al livello più basso rispetto al GC/SB, quindi dai capi delle Direzioni Generali: sul tema cfr. C.A. PETIT, *The SSM and the ECB decision-making governance*, in G. LO SCHIAVO (a cura di), *The European Banking Union and the role of law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019. *European Business Organization Law Review*, 2015, 16 (Issue 3), pp. 401-420.

¹¹⁷ Art. 19 SSMR, commi 1 e 2: «*Nell'assolvimento dei compiti ad esse attribuiti dal presente regolamento, la BCE e le autorità nazionali competenti che operano nel quadro dell'MVU agiscono in modo indipendente [...]. Le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, i governi degli Stati membri e qualsiasi altro organo rispettano detta indipendenza*». Ex art. 25 SSM Reg., «*Nell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento (di vigilanza) la BCE persegue soltanto gli obiettivi in esso previsti e [...] senza recare pregiudizio ai compiti di politica monetaria [...]*». Cfr. G. Aversa, *Meccanismo di vigilanza unico – MVU*, in *Rivista Bancaria – Minerva Bancaria*, 2015, 2, p. 137. È dibattuto se l'indipendenza della funzione di vigilanza sia tutelata anche a livello di TFUE (come per la funzione di politica monetaria), “coperta” dal richiamo di cui all'art. 127, comma 6 del TFUE, ovvero solo mediante la previsione regolamentare di cui sopra (cfr. rispettivamente per le due tesi, *inter alia*, C. ZILIOI, *The Independence of the European Central Bank and Its New Banking Supervisory Competences*, in D. RITLENG (a cura di), *Independence and Legitimacy in the Institutional System of the European Union*, Oxford University Press, 2016; C.V. GORSTOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM)*, Athens, Nomiki Bibliothiki, 2015.

La procedura di non obiezione media tra le diverse esigenze: prendendo atto del fatto che la BCE si pronuncia “solo” tramite i suoi organi di vertice (GC), la procedura salvaguarda, in qualche modo, l'indipendenza della funzione di vigilanza, prevedendo che il GC, in caso di dissenso rispetto al progetto del'SB, non possa modificare la proposta, ma solo obiettare, fornendo un'adeguata motivazione che faccia particolare riferimento alle questioni di politica monetaria eventualmente coinvolte, prima di rinviarla al SB.

Oltre alla procedura di non obiezione il legislatore ha predisposto ulteriori accorgimenti idonei a garantire che sia le nuove funzioni che le preesistenti siano svolte in modo indipendente e non confliggente da parte della BCE.

È previsto per esempio che il personale addetto a svolgere compiti di vigilanza sia separato dal punto di vista organizzativo, anche per quanto concerne la struttura gerarchica, dal personale impegnato nell'assolvimento degli altri compiti assegnati alla BCE¹¹⁸.

Sempre nell'ottica di garantire la separazione tra compiti di politica monetaria e compiti di vigilanza, è stato istituito un Gruppo di mediazione (*Mediation panel*) attivo ove si registrino divergenze delle NCA circa obiezioni sollevate dal GC. Il Gruppo comprende un membro per ogni Stato partecipante, scelto tra membri del consiglio direttivo e del consiglio di vigilanza e decide a maggioranza semplice; ciascuno dispone di un solo voto¹¹⁹.

12. Le decisioni e gli altri interventi di vigilanza.

Al termine del processo decisionale la BCE adotta “decisioni in materia di vigilanza”, vale a dire atti giuridici assunti nell'esercizio dei compiti e poteri ad essa attribuiti dall'SSM Reg. nei confronti di uno o più soggetti o gruppi vigilati o di una o più altre persone; tali atti non hanno portata generale¹²⁰ e sono notificati direttamente al destinatario oppure, in caso di autorizzazione

¹¹⁸ Art. 25 SSM Reg.

¹¹⁹ Art. 25, comma 5, SSM Reg.

¹²⁰ Art. 2, n. 26 SSM FR Reg. Tuttavia la BCE può assumere anche decisioni di applicazione generale che possono essere adottate per requisiti procedurali vincolanti applicabili a tutti i soggetti vigilati, a un loro insieme ristretto o alle NCA. L'obiettivo perseguito è chiarire le aspettative della BCE nei confronti dei soggetti vigilati. Per es. la

all'esercizio dell'attività bancaria, tramite la NCA. Le decisioni di vigilanza devono essere sempre accompagnate da una motivazione che riveli i fatti rilevanti, le ragioni giuridiche e le considerazioni in materia di vigilanza sottostanti alla decisione.

Le decisioni sono vincolanti nei confronti dei destinatari (cd. *legal act*) e quindi, in caso di inosservanza, idonee ad azionare procedimenti sanzionatori (*rectius enforcement*) da parte della BCE. La decisione attribuisce diritti e/o impone obblighi che modificano la situazione del soggetto destinatario; può essere corredata da disposizioni accessorie quali scadenze, condizioni, obblighi o raccomandazioni non vincolanti. Nel caso in cui la decisione produca effetti pregiudizievoli della sfera giuridica del destinatario, viene adottata in via definitiva solo al termine del periodo entro il quale è possibile – da parte del soggetto inciso - esercitare il diritto a un'udienza.

Le decisioni della BCE possono essere sottoposte a riesame, da parte della Commissione amministrativa di esame, richiesto da qualsiasi persona fisica o soggetto vigilato, destinatari della decisione: va da sé che il riesame non pregiudica il diritto di proporre ricorso dinanzi la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Oltre alle decisioni di vigilanza sono previste altre tipologie di intervento, a seconda del quadro giuridico applicabile e degli effetti connessi e dei destinatari:

- a) provvedimenti operativi (*operational act*), che non seguono il processo ordinario decisionale, abbracciano tutte quelle manifestazioni di volontà non formalizzate, non sono vincolanti e sono rivolti solo agli enti vigilati;
- b) raccomandazioni e linee guida rivolte a soggetti vigilati e terze parti, al fine di esprimere aspettative di vigilanza non vincolanti (esempi di linee guida, pubblicate sul sito Internet dedicato alla vigilanza bancaria, sono per esempio quelle in tema di *common procedures*, verifica dei requisiti degli esponenti, acquisto di partecipazioni rilevanti, ecc);
- c) atti di indirizzo, rivolti alle NCA con carattere vincolante riguardo ai risultati da raggiungere. Essi sono di particolare importanza per la vigilanza indiretta della BCE sugli enti meno significativi;
- d) la BCE può infine adottare regolamenti, i.e. atti di applicazione generale, vincolanti presso i Paesi membri, per organizzare o precisare le modalità di espletamento dei compiti attribuite dal

Decisione (UE) 2015/530 della Banca centrale europea, dell' 11 febbraio 2015, avente ad oggetto i dati relativi ai fattori per il calcolo della contribuzione annuale degli enti vigilati alle attività di vigilanza.

regolamento sull'SSM.

13. L'enforcement del diritto europeo nell'SSM e l'applicazione del diritto rilevante da parte della BCE.

L'analisi dei compiti e dei poteri autoritativi attribuiti alla BCE nell'ambito dell'SSM consente di svolgere alcune riflessioni critiche conclusive.

Anzitutto, nell'ambito dell'SSM, l'*enforcement* delle regole della vigilanza prudenziale presenta caratteristiche di particolare originalità.

L'Unione Europea è stata efficacemente definita come “Comunità di diritto amministrativo”¹²¹, in cui la centralità della funzione amministrativa si esplica attraverso i vari modelli di integrazione amministrativa europea¹²². Tuttavia, come è stato sottolineato, la distinzione tra i diversi modelli di esecuzione del diritto comunitario non deve essere eccessivamente enfatizzata, posto che anche quando la suddetta esecuzione si realizza tramite le amministrazioni nazionali, queste sono fortemente condizionate dal diritto europeo ed appaiono “organi comuni” dell'ordinamento europeo¹²³.

In linea generale, l'*enforcement* del diritto europeo è stato tradizionalmente rimesso alle autorità nazionali, responsabili dell'attuazione sia del diritto nazionale che del diritto europeo. Sotto quest'ultimo aspetto, non a caso, la Corte di giustizia ha affermato come sia il dovere di “interpretazione conforme” che il dovere di disapplicazione della norma nazionale in contrasto col diritto europeo, dotato di efficacia diretta, gravino non solo sui giudici nazionali, ma anche sulle pubbliche amministrazioni nazionali. La stessa Corte di giustizia, del resto, ha sancito la

¹²¹ M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 301 ss.

¹²² Su questi aspetti, riferiti ai temi della vigilanza bancaria, v. *supra*, par. 1-3. In generale, sulla tematica della integrazione amministrativa europea cfr. E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa*, cit.; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, Cedam, 1993.

¹²³ M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 176-177.

responsabilità degli Stati membri per danni causati da attività amministrativa in violazione del diritto europeo (sentenza *Lomas*)¹²⁴.

Un siffatto modello subisce una brusca rottura nell'ambito dell'SSM, caratterizzato da un imponente fenomeno di europeizzazione e centralizzazione dell'*enforcement* delle regole della vigilanza prudenziale attraverso il ruolo di primazia attribuito alla BCE¹²⁵. L'SSM Reg., inoltre, traccia un originale quadro di riferimento normativo per la funzione di vigilanza prudenziale delle BCE. In particolare, ai sensi dell'art. 4, par. 3, dell'SSM Reg., la BCE «*applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni*».

Questa disposizione consente alla BCE di applicare non soltanto il diritto europeo dotato della diretta applicabilità, come ad esempio nel caso del CRR, ma anche il diritto nazionale di recepimento delle direttive europee. Sotto tale ultimo aspetto, basti pensare all'attuazione, in sede nazionale, delle previsioni della CRD sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Inoltre, disposizioni rilevanti per l'esercizio dei compiti di vigilanza BCE possono trarsi anche dalle legislazioni nazionali di recepimento di altre direttive europee (BRRD¹²⁶ e FICOD¹²⁷). Emerge in tal guisa la rilevanza peculiare delle disposizioni di diritto nazionale di recepimento e attuazione del diritto europeo, il cui *enforcement* nell'ambito dell'SSM è in larga parte demandato non già ad amministrazioni nazionali ma, al contrario, direttamente alla BCE.

¹²⁴ Corte di giustizia europea, sent. *Lomas*, 23 maggio 1996, causa C-5/94, par. 28, in <http://curia.europa.eu>.

¹²⁵ Cfr. L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo*, cit., p. 376.

¹²⁶ 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, 2004/25/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.

¹²⁷ Direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2002 relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario e che modifica le direttive 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE e 93/22/CEE del Consiglio e le direttive 98/78/CE e 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

La descritta peculiarità della funzione di vigilanza prudenziale della BCE offre alcuni spunti di riflessione critica.

Anzitutto, è evidente come la centralizzazione dell'*enforcement* delle regole della vigilanza prudenziale in capo alla BCE possa condurre a eccessi di uniformità nell'esercizio della vigilanza prudenziale, senza tenere in adeguata considerazione le diversità, talora profonde, tra i vari ordinamenti e mercati nazionali¹²⁸. Invero, la formulazione dell'art. 4, par. 3, dell'SSM Reg., pare sottendere un meccanismo applicativo volto proprio al superamento ed alla correzione, almeno in parte, delle profonde differenze tra le diverse normative nazionali nella prospettiva di «assicurare standard elevati di vigilanza» a livello europeo.

D'altra parte, la BCE se da un lato dovrà conoscere il diritto nazionale secondo le regole ermeneutiche di quell'ordinamento nazionale, ponendo attenzione anche agli indirizzi giurisprudenziali nazionali, dall'altro potrebbe talora trovarsi ad applicare disposizioni nazionali in tutto o in parte contrastanti col diritto europeo. Al riguardo, l'ineludibile esigenza di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo può indurre a riflettere sulla estensione della operatività del principio della "interpretazione conforme" ai casi in cui l'attività di applicazione del diritto nazionale di recepimento del diritto UE sia svolta (piuttosto che da un'amministrazione nazionale) direttamente da un'amministrazione europea. Di conseguenza, sembra opportuno riflettere anche sulla possibile estensione alla BCE dell'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il diritto europeo dotato di efficacia diretta, obbligo come noto finora analizzato con riferimento alle autorità nazionali (giudici e amministrazioni).

14. La centralità della gestione del rischio.

I compiti e i poteri autoritativi attribuiti alla BCE nell'ambito dell'SSM sembrano presentare un ulteriore elemento di originalità, essendo caratterizzati da uno spettro d'azione più ampio

¹²⁸ L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo*, cit., p. 374.

rispetto alla nozione tradizionale di vigilanza bancaria¹²⁹. In particolare, pur permanendo i tratti tipici della vigilanza quale “controllo generale e globale” dell’attività dell’ente creditizio¹³⁰, tale controllo non si esaurisce nella verifica del rispetto delle regole poste per aprirsi alla gestione dei rischi di violazione delle medesime regole. Il rischio diventa il prisma attraverso cui rileggere sia compiti che i poteri della BCE nell’ambito dell’SSM, parallelamente al più tradizionale (e comunque insuperato) piano di analisi correlato alla verifica del rispetto della normativa vigente.

Si tratta di una tendenza sempre più generalizzata, che non è ascrivibile al solo settore della vigilanza bancaria. Si vuol dire che la riflessione giuspubblicistica sul rischio tende ormai a trascinare in settori profondamente diversi da quelli della tutela della salute e dell’ambiente, in riferimento ai quali si è affermato il principio di precauzione¹³¹.

Ad esempio, tra i criteri guida dell’azione finanziaria europea, specie in relazione alle politiche di bilancio dei singoli Stati membri, è stato individuato il principio di “precauzione finanziaria”¹³²; parallelamente, la prospettiva della *risk regulation* è stata adottata in relazione a fenomeni come il terrorismo e l’immigrazione¹³³. La riflessione del giurista si è aperta anche al tema della prevenzione e gestione del “rischio-corruzione” nella pubblica amministrazione nella prospettiva dell’*Integrity Risk Management*¹³⁴.

¹²⁹ Su questi aspetti, *ex multis*, si rinvia a S. VALENTINI, *Vigilanza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 702-710; M. STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Roma, Treccani, 1994, pp. 1-12.

¹³⁰ V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959, p. 90, ricostruisce i poteri amministrativi di vigilanza come sorveglianza «dell’attività dell’ente in ogni sua direzione». Su questi aspetti v. altresì F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 230.

¹³¹ Sul principio di precauzione, limitando i richiami alla sola dottrina italiana, v. per tutti I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in www.giustamm.it; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, II, Milano, Giuffrè, 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹³² Sul punto si rinvia a R. PEREZ, *L’azione finanziaria europea al tempo della crisi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2011, 1043-55.

¹³³ Cfr. R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, Cacucci, 2020. V. inoltre M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell’azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell’ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; A. CANEPA, *Regolazione del rischio e immigrazione. Il ruolo dell’informazione nella gestione delle emergenze*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

¹³⁴ Commissione per lo Studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto. La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, in <http://www.funzionepubblica.gov.it>, pp. 34-36.

In questo contesto di espansione del principio di precauzione al di fuori dei tradizionali ambiti di riferimento, sembra possibile allargare lo spettro della riflessione sul rischio ai compiti ed ai poteri di vigilanza prudenziale della Banca Centrale Europea.

Basti pensare, ad esempio, alle “misure di intervento precoce” adottabili dalla BCE qualora l'ente creditizio «rischi di violare i requisiti prudenziali applicabili»¹³⁵. Parallelamente, la BCE, qualora lo ritenga necessario, può applicare misure più rigorose miranti ad affrontare i rischi sistemici o macroprudenziali al livello degli enti creditizi¹³⁶. Con riferimento ai poteri autoritativi di vigilanza della BCE, essi possono essere esercitati non soltanto nel caso della violazione della regolamentazione vigente, ma anche nell'ipotesi di rischio di violazione della medesima normativa¹³⁷.

Gli esempi proposti dimostrano come nell'ambito dell'SSM siano stati istituzionalizzati compiti e soprattutto poteri autoritativi di gestione e prevenzione del rischio di crisi bancaria capaci di conformare in profondità l'autonomia dei singoli soggetti vigilati¹³⁸.

Il tema degli eccessivi margini di discrezionalità nell'esercizio delle funzioni di vigilanza non è certo nuovo, essendo stato già evidenziato da attenta dottrina (ad esempio) in relazione ai poteri di supremazia speciale esercitabili dalla Banca d'Italia attraverso la clausola della “sana e prudente gestione”¹³⁹. Il tema sembra potersi riproporre, seppur con diverse sembianze, in relazione ai compiti di vigilanza prudenziale della BCE e ai connessi ampi poteri di gestione del rischio, che non possono in alcun modo tradursi in scelte arbitrarie da parte della stessa BCE.

Così, proprio nella logica della precauzione, la presenza di un rischio sistemico o di un rischio di violazione delle regole dovrà necessariamente essere attestata sulla base di una valutazione scientifica condotta con l'ausilio della scienza statistica, della matematica finanziaria e della fisica quantistica¹⁴⁰. Tale valutazione scientifica dovrà precedere, legittimare e comunque individuare i

¹³⁵ Art. 4, par. 1, lett. i) del SSM Reg..

¹³⁶ Art. 5, par. 2, del SSM Reg..

¹³⁷ Art. 16, par. 1, lett. b) del SSM Reg..

¹³⁸ Cfr. L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo*, cit., p. 375.

¹³⁹ Cfr. A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritto fondamentali della persona*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 1, pp. 145-146; L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo Unico bancario*, Padova, Cedam, 2012, p. 1402.

¹⁴⁰ M. PASSALACQUA, *Possibile ricostruzione di un'amministrazione di rischio nei mercati finanziari – Report annuale 2013 – Italia*, in <http://www.ius-publicum.it>, pp. 26-27.

parametri di riferimento per l'intervento di *risk management* della BCE¹⁴¹, che dovrà risultare graduato e proporzionato rispetto al livello di rischio individuato.

L'elaborazione e l'implementazione di strumenti di analisi scientifica dei vari rischi bancari sempre più raffinati sembra quindi poter assicurare, almeno in parte, il rispetto del principio di proporzionalità, con la conseguente ed inscindibile prospettiva del controllo giurisdizionale pieno ed effettivo delle scelte sul rischio operate dalla BCE.

¹⁴¹ Ibidem. In argomento, dello stesso A., v. altresì *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012.