

Profili critici di una *Banking Union* incompiuta

di Paolo Rossi

19 dicembre 2019

Sommario: 1. Dalla genesi della *financial crisis* americana al contagio dell'eurozona – 2. I primi salvataggi emergenziali sulle criticità del sistema bancario europeo – 3. Gli strumenti comunitari di salvataggio permanente nella transizione verso il progetto di Unione Bancaria – 4. La implementazione normativa dei primi due pilastri della *Union Banking* – 5. (segue) ...e le conseguenze asimmetriche sulle banche dell'eurozona – 6. Il problematico impatto del *bail in* sul disegno delle Costituzioni economiche dell'eurozona – 7. Il grave *vulnus* dell'incompiutezza del terzo pilastro sul futuro dell'Unione Bancaria.

1. Dalla genesi della *financial crisis* americana al contagio dell'eurozona

La grande crisi del 2008, e, per i Paesi dell'eurozona, le connesse criticità dei debiti sovrani, rappresenta una sorta di *turning point* nel sistema regolativo delle banche europee, travolte dal contagio della *financial crisis* americana¹.

Si ricorderà infatti - in un'ottica ricostruttiva pur, in questa sede, necessariamente sintetica - come l'inarrestabile propagazione della crisi nella zona euro avesse subito messo in tensione le istituzioni comunitarie di governo della moneta unica, enfatizzando gli intrinseci limiti di un'unione monetaria sovranazionale pressochè indifesa e comunque impreparata a fronteggiare uno shock senza precedenti. E non poteva essere altrimenti atteso che, sino ad allora, la BCE si era occupata, secondo i compiti di politica monetaria affidatele dal TFUE, quasi esclusivamente del controllo della stabilità dei prezzi, con l'obiettivo primario di mantenere l'inflazione su livelli inferiori, ma prossimi al 2%; del resto, *rebus sic stantibus* la BCE aveva una capacità d'intervento oltremodo circoscritta, non potendo emettere titoli di debito pubblico, non pareva essere in grado,

¹ Sulla genesi della crisi finanziaria globale cfr. *amplius* G.DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011; CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in COLOMBINI-PASSALACQUA (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Napoli, 2012, 14 ss.; sull'intervento di salvataggio pubblico in Usa, post fallimento *Lehman Brothers*, attraverso l'adozione dell'*Emergency Economic Stabilization Act* v. anche G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali, Commento a Emergency Economic Stabilization Act of 2008 3 ottobre 2008; d.l. 9 ottobre 2008, n. 155; d.l. 13 ottobre 2008, n. 157*, in *Giorn. Dir. amm.*, 11/2008, p. 1083 ss.

neppure volendo, di soccorrere i Paesi membri in difficoltà con acquisti diretti di titoli di stato; per di più, non avendo neppure poteri di controllo diretto sul mercato bancario, dipendeva essenzialmente dalle informazioni delle singole autorità nazionali che esercitavano la vigilanza prudenziale².

2. I primi salvataggi emergenziali sulle criticità del sistema bancario europeo

In tale contesto, le prime risposte delle istituzioni UE volte a cercare di fronteggiare le crisi bancarie europee generate dal contagio furono di tipo emergenziale, informate essenzialmente sul tradizionale approccio di salvataggio pubblico. Così fu per la gestione del primo caso di "contagio" che investì *Northern Rock Bank*, quinto istituto di credito britannico specializzato nella concessione di mutui immobiliari. L'intervento pubblico di *bail out* vide in prima linea *Bank of England*, la quale intervenne con propri finanziamenti sostituendo la propria liquidità a quella "venuta a mancare" dal mercato interbancario, ma l'intervento della Banca Centrale non fu sufficiente per tranquillizzare i correntisti in fuga, tanto che, in brevissimo tempo, il Ministero del Tesoro britannico dovette non solo dichiarare che tutti i depositi di *Northern Rock* sarebbero stati totalmente tutelati da garanzia pubblica dello Stato³, ma, in mancanza di offerte del settore privato, anche optare per l'acquisizione stessa della proprietà della banca in crisi⁴, operazione in *bail out* di vera e propria nazionalizzazione costata ai contribuenti inglesi circa 110 miliardi di sterline.

A tale primo intervento pubblico emergenziale di *bail out* post-crisi ne seguirono numerosi altri, analoghi, per soccorrere l'affanno del sistema bancario dell'eurozona, attuati anche nella forma di ricapitalizzazioni e acquisti di obbligazioni a sostegno delle banche in crisi.⁵

² Cfr. *amplius* DI GASPARE, *op.cit.*, 55 ss.

³ Così MOTTURA, *Lo strano caso di Northern Rock*, in *Riv. Banca impresa società*, 2010, 72 ss.

⁴ Cfr. HM Treasury, *The nationalisation of Northern Rock*, UK National Audit Office, 2009, 32 ss.

⁵ Oltre l'esperienza britannica del *Banking (Special Provisions) Act* del 2008, che ha appunto consentito la nazionalizzazione della *Northern Rock* e della *Bradford & Bingley*, giova richiamare l'esperienza francese della loi n°2008-1061 du 16 octobre 2008 *de finances rectificative pour le financement de l'économie publiée* che ha consentito la garanzia statale sui depositi del gruppo bancario *Dexia*, in parte ricapitalizzato dalla mano pubblica della *Caisse des Dépôts et Consignations*; ancora, si segnala l'esperienza tedesca della *Finanzmarktstabilisierungsgesetz* approvata il 17 ottobre 2008, che ha istituito il *Finanzmarktstabilisierungsfonds*, uno speciale Fondo per la stabilizzazione del mercato finanziario gestito dalla Bundesbank, nonché la triplice esperienza spagnola del Real Decreto-Ley, 10 ottobre 2008, n. 6, istitutivo del «Fondo para la Adquisición de Activos Financieros», del Decreto-ley 13 ottobre 2008, n. 7, recante «Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro» e del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio istitutivo del c.d. FROB, il *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria*. Sul punto, si rinvia a P. TULLIO, *La legislazione bancaria in tempo di crisi*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2/2014, p. 218; nonché E. MOSTACCI, *Stati finanziari e mercati sovrani: la crisi economica e gli strumenti per fronteggiarla*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2009, p. 305 ss. In termini di risorse impiegate gli aiuti al sistema bancario hanno accresciuto il debito pubblico della Germania di 250 miliardi, circa 60 in Spagna, 50 in Irlanda e nei Paesi Bassi, poco più di 40 in Grecia, 19 in Belgio e Austria e quasi 18 in Portogallo;

Nello schema pubblico emergenziale di questa prima fase tre furono i soggetti istituzionali coinvolti nel sostegno alle varie banche europee “contagiate”: la BCE, i singoli Governi via via interessati e i c.d. Fondi “salva Stati” comunitari istituiti *ad hoc*, vale a dire il Fondo europeo di stabilità finanziaria, costituito nel 2010, sostituito poco dopo dal Meccanismo europeo di stabilità.

La BCE, in questa fase, si occupò in via prioritaria del finanziamento a breve del sistema bancario europeo, fornendo liquidità a basso costo e con apporti diretti di liquidità alle banche, sotto forma di prestiti a breve termine.⁶ Nel periodo 2008-2010 la liquidità fornita al sistema bancario passò dai 400 miliardi del periodo ante crisi, ai 1000 miliardi nei periodi di massima tensione, per poi scendere ai 700 del periodo fine 2010. Non potendo, come detto, la BCE acquistare titoli di debito pubblico degli Stati membri nazionali, il compito di alleggerimento gravò direttamente sugli stessi Stati nazionali, che furono costretti ad immettere liquidità a medio e lungo termine con risorse proprie, derivanti quasi sempre dal collocamento di debito pubblico, quindi a carico dei contribuenti. La possibilità di manovra dei singoli Stati fu tuttavia condizionata da due variabili: il debito delle banche che determinava l'ammontare di risorse necessarie per mettere in sicurezza il sistema ed il debito pubblico pregresso. Ragion per cui, minore era lo stock di debito pubblico, maggiore sarebbe stata la possibilità di intervento. Su questo punto cruciale si è essenzialmente consumato l'avvitamento della crisi europea: i salvataggi bancari resisi necessari hanno portato Paesi come Spagna, Portogallo, Irlanda a raddoppiare o addirittura triplicare il debito pubblico.⁷

A fronte di bilanci pubblici non più in grado di sostenere gli interventi di salvataggio, la BCE, dati i limiti del suo mandato, non poteva intervenire; così, oltre al rischio *default* delle banche, si delineò il rischio *default* degli stessi Stati membri coinvolti.

Sarà la crisi greca del 2009 ad evidenziare tutte le criticità insite nella costruzione ante crisi dell'eurozona. Ciò con l'ulteriore complicazione derivante dal fatto che alcune grandi banche europee avevano in cassa anche titoli del debito pubblico di altri Stati europei a rischio fallimento. In questo modo, la potenziale illiquidità del sistema

in argomento v. anche COLOMBINI-CALABRO', *Crisi finanziarie. Banche e stati*, Milano, 2012, 105 ss.

⁶ Dal 2008, per evitare le tensioni connesse alle scadenze dei prestiti e delle obbligazioni, la BCE intervenne con operazioni di liquidità a tasso fisso sul mercato interbancario. Riguardo alla manovra dei tassi d'interesse la Banca Centrale Europea ebbe un atteggiamento più attendista della FED: negli Stati Uniti quasi immediatamente si optò per tassi vicini allo zero, mentre a fine 2008 il tassi di riferimento della BCE era pari al 2.5%.

⁷ Per una panoramica dei diversi impatti sui bilanci pubblici europei, si vedano le stime di A. COLOMBINI, A. CALABRÒ, *op.cit.*; G. DI GASPARE, *op. cit.*, nonché a J. ARMOUR, *Making Bank Resolution Credible*, in AA.VV., *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, a cura di N. Moloney, E. Ferran e J. Payne, Oxford, Oxford press., 2015, 453 ss., che pone a confronto l'evoluzione del modo di affrontare le crisi bancarie negli Stati Uniti d'America, in Gran Bretagna e nell'Eurozona; in argomento v. anche V. DE STASIO, *A proposito di uno scritto in materia di ristrutturazioni bancarie*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2/2017, 164.

bancario dell'eurozona si venne intrecciando con il problema del debito degli Stati sovrani⁸.

In questa fase, come accennato, entrò in gioco un meccanismo di *bail out*, *id est* il Fondo europeo di stabilità finanziaria (EFSF), che nel 2010 intervenne a favore di Grecia, Portogallo e Irlanda. Il Fondo, si ricorderà, era sostenuto da garanzie da parte dei Paesi dell'area euro per un totale di 780 miliardi con una capacità di prestito pari a 440 miliardi.⁹ Peraltro, l'EFSF avrebbe potuto intervenire anche attraverso operazioni di ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie tramite prestiti ai loro Governi.

3. (segue) Gli strumenti comunitari di salvataggio permanente nella transizione verso il progetto di Unione Bancaria

Nel 2012, le istituzioni comunitarie individuarono un ulteriore meccanismo in *bail out*, il Meccanismo europeo di stabilità (ESM), che sostituì il Fondo europeo di stabilità finanziaria come meccanismo di salvataggio permanente.¹⁰ Uno degli esempi più significativi dell'operatività del nuovo meccanismo è stato sicuramente l'intervento di salvataggio del sistema bancario in Spagna, che ha consentito al Paese di ristrutturarlo con un programma durato appena 18 mesi. Il Meccanismo europeo di stabilità mise a disposizione della Spagna fino a 100 miliardi di euro di assistenza. I fondi furono prestati al governo spagnolo (le somme stanziare dal Fondo non furono erogate direttamente alle banche); in cambio dell'assistenza finanziaria, la Spagna dovette

⁸ Così DI GASPARE, *op. cit.*, 212 ss.

⁹ Per raccogliere i fondi necessari per finanziare i prestiti ai Paesi dell'eurozona in difficoltà, l'EFSF emetteva obbligazioni a breve, medio e lungo termine, operando sui mercati primari e secondari del debito. L'intervento sul mercato secondario poteva essere, però, programmato solo in seguito ad un'analisi da parte della BCE che doveva riconoscere l'esistenza di circostanze finanziarie di carattere eccezionale tali da mettere a rischio la stabilità finanziaria dell'Unione.

¹⁰ L'assetto del SEVIF è stato definito con i Regolamenti di Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, 1092/2010 e 1096/2010 (sul Consiglio per il rischio sistemico), 1093/2010 (sull'Autorità bancaria europea), 1094/2010 (sull'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali) e 1095/2010 (sull'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), GUUE L 331 del 15 dicembre 2010; vedi ONADO, *op. cit.*; NAPOLITANO, *Il meccanismo europeo di stabilità e le nuove frontiere costituzionali dell'Unione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 461 ss.; WYMEERSCH, *The European financial supervisory Authorities or ESAS*, in FERRARINI, HOPT, WYMEERSCH (a cura di), *Rethinking Financial Regulation and Supervision in Times of Crisis*, Oxford University Press, 2012, 232 ss.; QUAGLIA, L., *The Regulatory Response of the European Union to the Global Financial Crisis*, in *Crisis and Control. Institutional Change in Financial Market Regulation*, MAYNTZ (a cura di), Frankfurt/New York, 2012, 171 ss.; DE WITTE, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, 2011, RCAS Working Papers; FERRAN, *Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervision*, in FERRARINI, HOPT, WYMEERSCH (a cura di), *Rethinking Financial Regulation and Supervision in Times of Crisis*, cit., 111-158; EVERSON, *A Technology of Expertise: EU Financial Services Agencies*, LEQS Paper n. 49, 2012; CHITI, VESPERINI (eds.), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal issues, Perspectives*, Bologna, 2015.

riformare il settore bancario, incidendo sia sulle strutture proprietarie, sia sulle procedure di gestione dei rischi¹¹.

In quella fase di crisi acuta dell'eurozona, ulteriori consistenti piani di salvataggio in *bail out* a favore di istituti di credito in difficoltà vennero attuati anche da Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Svezia; in ordine all'entità di tale sostegno pubblico, valga un esempio su tutti, quello delle garanzie prestate dallo Stato tedesco alla sola *Hypo-RE*, che furono pari a 145 miliardi di euro, come dire che il costo stimato per il contribuente tedesco del solo salvataggio di questa società finanziaria ammontò a 20 miliardi di euro.¹²

Invece, nello stesso periodo, in Italia, il sistema bancario non venne assistito da significativi interventi di sostegno pubblico: scelta che si rivelerà, se non errata, quantomeno non lungimirante, in quanto le maggiori difficoltà per le banche italiane sono state determinate dalla crisi del debito sovrano, che, acuitasi dalla metà del 2011, ha provocato un deterioramento degli attivi bancari a causa dei consistenti investimenti diretti degli istituti di credito in titoli pubblici domestici.

Nel complesso, gli aiuti pubblici erogati dai vari Governi in Europa tra il 2008 e il 2012 alle banche dei rispettivi sistemi nazionali raggiunsero i 3.166 miliardi di euro, sotto forma sia di garanzie (2.443 miliardi), sia di ricapitalizzazioni (472 miliardi) e linee di credito e prestiti.

Gli interventi operati, per esigenze di stabilità finanziaria, dai vari Stati membri in tale fase attraverso ingenti misure di *bail out*, ascrivibili a veri e propri aiuti di stato, furono giustificati dalle Autorità comunitarie sulla scorta della previsione di cui all'art.107.3 lett. b) TFUE, che considera compatibili con la normativa comunitaria le sole misure di supporto pubblico volte "a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro"¹³.

Tuttavia, dopo il 2012, a fronte del perdurare di tali massivi interventi in *bail out* da parte dei Paesi membri, la Commissione UE, ritenendo di trovarsi dinanzi non più a sporadici casi di aiuti pubblici emergenziali a banche in difficoltà, ma ad un vero e proprio fenomeno di aiuti di stato sistematici al sistema bancario dell'eurozona, decise di riconsiderare il proprio atteggiamento oltremodo "giustificazionista". Di qui il mutamento di indirizzo assunto dalla Commissione fra le Comunicazioni in precedenza adottate e la *Banking Communication* del 2013, con la quale ha ridefinito i criteri di interpretazione e applicazione della norma di cui all'art. 107.3 lett. B) TFUE al settore bancario e soprattutto ha introdotto il principio del c.d. "*burden sharing*"¹⁴, giusta il

¹¹ Cfr. *Spain: a fast and effective programme, European Stability Mechanism*.

¹² Cfr. FRUHAUF, *Alla Vigilia della definizione dell'Unione Bancaria*, in "Frankfurter Allgemeine Zeitung" 16 agosto 2013, in cui l'Autore offre dati impressionanti.

¹³ Cfr. SPINA-BIKOULA, *Dal bail-out al bail-in*, *Ecra*, 2015, 32 ss.

¹⁴ Per la verità, già nel 2009 si era espressa in sede comunitaria la volontà di non far gravare l'elargizione degli aiuti sui contribuenti; sul punto v. *amplius* A. ANTONUCCI, *Principio punitivo e tolleranza nella risposta europea alle crisi bancarie*, in *Anal. giur. ec.*, 2010, 469. Sull'introduzione del *burden sharing* v. F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Milano, 2016, 86 ss.; M. SEPE, *Supervisione bancaria e risoluzione delle crisi: separatezza e contiguità*, in *RTDE*, 3, 2018, 326 ss.; v. anche A.

quale il sostegno dello Stato può essere autorizzato solo nella misura in cui i costi della ristrutturazione della banca siano adeguatamente ripartiti con azionisti e creditori della stessa, che ne sopportano, almeno in parte, le perdite.¹⁵ In tal senso, il c.d. *burden sharing* costituisce l'antecedente del più noto e severo meccanismo del *bail-in*, canonizzato poco dopo nella Direttiva BRRD di riforma della disciplina comunitaria della *banking resolution*.

In ogni caso, per un verso, il numero di istituti bancari dell'eurozona colpiti dal contagio e per i quali sono stati necessari interventi emergenziali di *bail-out*, la loro importanza sistemica e la quantità di risorse pubbliche utilizzate per procedere al loro salvataggio e, per l'altro verso, le imponenti operazioni di *bail out* attuate sino al 2013 con la correlativa "esplosione" dei debiti sovrani, avevano finito per disvelare la vera sfida per l'unione monetaria europea, in quanto la crisi di un istituto bancario di un Paese membro si era rapidamente trasformata anche in crisi di fiducia tra i stessi Paesi UE, avendo un gruppo dei quali iniziato a temere che, in virtù della moneta unica, gli sperperi di altri Paesi venissero finanziati col denaro dei propri contribuenti, mentre un secondo gruppo accusava i primi di imporre politiche eccessivamente austere in nome della salvaguardia della moneta unica.

Nel frattempo, i mercati e soprattutto la grande speculazione avevano cominciato ad interpretare tali contrasti come il segnale che gli europei non considerassero più l'euro come una realtà indiscutibile e la possibilità, pur remota, di ritornare alle divise nazionali aveva fatto lievitare gli *spread*; con la conseguenza che le banche dei Paesi UE economicamente più deboli - i cui bilanci presentavano notevoli quantità di titoli pubblici nazionali - avevano subito rilevanti perdite. L'eventualità correlativa dell'incombere di interventi di salvataggio pubblico per le banche di tali Paesi aveva per

CANEPA, *Dai salvataggi bancari ai crediti deteriorati: la complessa applicazione delle regole sugli aiuti di stato fra flessibilità e rigidità*, in *RTDE*, n. 3/2016, 258 ss.

¹⁵ In estrema sintesi, la *Banking Communication* del 2013 disciplina, anzitutto, le *misure di ricapitalizzazione*. In caso di carenza di capitale (anche accertata mediante stress test) la banca che vuole beneficiare del sostegno pubblico deve attuare, in primo luogo, un piano di rafforzamento patrimoniale mediante misure di mercato (approvato dall'autorità di vigilanza) della durata massima di sei mesi; a fronte di un eventuale fabbisogno residuo di capitale devono essere imposte ad azionisti e creditori subordinati misure di condivisione delle perdite (riduzione forzata del capitale o del debito subordinato e la conversione di quest'ultimo in azioni) in ogni caso, è fatto salvo il principio secondo cui a nessun creditore subordinato possono essere imposte perdite maggiori rispetto a quelle che avrebbe subito in caso di liquidazione (cd. principio del *no creditor worse off*). L'applicazione di tali misure può essere evitata qualora esse mettano in pericolo la stabilità finanziaria o determinino risultati sproporzionati. La banca può ricevere sostegno pubblico per far fronte a eventuali esigenze di capitale residue solo dopo l'attuazione delle misure precedenti. Ulteriore oggetto di disciplina della suddetta Comunicazione sono le *misure di liquidità*. In particolare, è possibile prevedere un regime applicabile a tutte le banche che ne facciano richiesta, purché l'accesso sia limitato alle banche che non presentino carenze di capitale, o in alternativa misure su base individuale aperte anche a banche che presentino una carenza di capitale, con l'obbligo di presentare un piano di ristrutturazione entro due mesi dalla concessione della garanzia. Le garanzie possono essere concesse solo su passività non subordinate di nuova emissione e con scadenze non superiori a cinque anni; sul punto, sia consentito rinviare *amplius* a P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail out e bail*, in www.amministrazioneincammino.it, 2017.

di più enfatizzato, come un circolo vizioso, il timore di un *default* del rispettivo debito sovrano.

4. La implementazione normativa dei primi due pilastri della *Union Banking*

L'insorta crisi finanziaria aveva finito per assumere i connotati di una crisi politica dell'eurozona, che si era ritenuto di fronteggiare contrapponendo il progetto della Unione bancaria, inizialmente concepito come baluardo difensivo a tale aggressione: il messaggio destinato a mercati e grande speculazione internazionale doveva essere ben chiaro, vale a dire che le banche europee sono anzitutto europee e se una di esse cade in difficoltà, il problema riguarda l'intera Europa.

Peraltro, sul fronte interno all'Unione le istituzioni comunitarie avevano dovuto farsi carico pure del fatto, non marginale, che l'opinione pubblica non appariva più disposta a tollerare il pesante fardello di crisi bancarie ad alto tasso di *moral hazard* e/o di *mala gestio*, i cui costi finali dovessero ricadere ancora una volta sui bilanci pubblici.

E' questo il complesso contesto in cui venne avviato, in sede comunitaria, il processo di inveroamento della Unione bancaria, implicante una profonda revisione sia del sistema di vigilanza sul mercato bancario e finanziario, sia delle regole sulla *resolution* delle crisi bancarie, onde cercare di scaricare il peso dei salvataggi non più sul bilancio degli Stati, bensì, secondo un approccio endogeno (*bail in*), sugli attori del sistema bancario (azionisti, obbligazionisti, correntisti).

In definitiva, la dimensione della crisi e il carattere pervasivo dell'effetto domino che ne era derivato avevano indotto le istituzioni comunitarie a ridefinire l'impianto regolativo del mercato bancario-finanziario.

Del resto, prima della crisi, le ben poche e scarse regole comunitarie emanate e mal volentieri recepite dai Paesi dell'Unione, pur non avendo impedito la realizzazione di un mercato bancario-finanziario sempre più integrato, avevano tuttavia lasciato pressochè inalterate le specificità nazionali della vigilanza, che aveva continuato ad essere prerogativa dei singoli Paesi. La vigilanza frammentata non aveva consentito di realizzare un adeguato grado di integrazione normativa, in quanto i meccanismi di cooperazione e coordinamento tra autorità nazionali prefigurati non avevano consentito di sviluppare modelli omogenei di controllo¹⁶. Solo la grande crisi favorì l'accelerazione del processo di integrazione anche normativa del sistema bancario dell'eurozona¹⁷.

L'obiettivo dell'Unione Bancaria¹⁸ era così divenuto quello di rendere il sistema bancario europeo non solo più trasparente, con regole comuni in materia di vigilanza

¹⁶ Cfr. PELLEGRINI, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo: funzioni e limiti della supervisione*, in RTDE, 2012, 210 ss.

¹⁷ Vedi *amplius* CAPRIGLIONE, *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, 77 ss.

¹⁸ Sul tema dell'unione bancaria cfr. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea*, cit.; ID., *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in COLOMBINI-

prudenziale, ma anche più sicuro, con regole comuni sulla risoluzione delle banche in crisi, unitamente ad un sistema comune di garanzia dei depositi per maggior tutela del risparmiatore comunitario.

Di qui si spiega la scelta di fondare l'Unione bancaria su tre essenziali pilastri:

1) un meccanismo di vigilanza unico, previsto dal Regolamento UE n.1024/2013¹⁹;

PASSALACQUA (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Napoli, 2012, 3 ss.; DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, cit.; CLARICH, *L'unione bancaria. Competenze, procedure e tutele*, Roma seminario studi 26 novembre 2014; LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Scritti sull'Unione bancaria, Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, n. 81, 2016, 11 ss.; BOCCUZZI, *L'Unione bancaria europea*, Milano, 2015; AA.VV. BUSCH-FERRARINI (a cura di), *The European Banking Union*, Oxford University Press, 2015; FORESTIERI, *L'unione bancaria europea e l'impatto sulle banche*, in *Banca impresa Società*, 3, 2014, 496 ss.; AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, Torino, 2014; MANCINI, *Dalla vigilanza armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, n.73, 2013; GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM). Legal aspects of the first pillar of the European Banking Union*, EPLO, Atene, 2015; MICOSSI, *Banking union in the making*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, n. 2, part 1, 80 ss.; MOLONEY, *European banking union: Assessing its risks and resilience*, in *Common Market Law Review*, 2014, n.51, 1609 ss.; TEIXEIRA, *The Single Supervisory Mechanism: Legal and institutional foundations*, in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2014, n. 75; WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism or 'SSM', part one of the Banking Union*, *Working Paper Research*, 2015, n. 255.

¹⁹ Sul meccanismo di vigilanza unico previsto dal Regolamento UE n. 1024/13 cfr. D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 74, 2013; ID., *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 78, 2015, ID., *Il Meccanismo di vigilanza unico: profili di indipendenza e di accountability*, in *Scritti sull'Unione bancaria, Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, Roma, n. 81, 2016, 137 ss.; CAPRIGLIONE, *L'applicazione del meccanismo unico di supervisione bancaria: una vigilia di ingiustificati timori*, in *apertacontrada.it*, 2014; ID., *European banking union. A challenge for a more united Europe*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, vol.2, part. 1, 5 ss.; CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea, relazione al convegno L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità ed innovazione*, in *Quaderni dir. comm.*, 2016; ID., *I poteri di vigilanza della banca centrale europea*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 2013, 975 ss.; LAMANDINI, RAMOS MUNOZ, SOLANA, *Depicting the Limits to the SSM's Supervisory Power: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights Protection*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 79, 2015; LAMANDINI, *Limitations on supervisory powers based upon fundamental rights and SSM distribution of enforcement competences*, in *ECB Legal Conference 2015, From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New Opportunities for European Integration*, ECB, Frankfurt, 2015; LAMANDINI, RAMOS SOLANA, *The ECB as a Catalyst for Change in EU Law. Part I: The ECB's Mandates*, e id., *The ECB as a Catalyst for Change in EU law. Part II: SSM, SRM and Fundamental Rights*, ECB Working Papers 2016; CAPOLINO, *La vigilanza bancaria: prospettive ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in *Scritti sull'Unione bancaria, Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, Roma, n. 81, 2016, 55 ss.; *ECB Banking Supervision and beyond, Report of a CEPS Task Force*, a cura di ROLDAN LANNOO, CEPS Bruxelles, 2014, pp. 1-61; ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013; PANETTA, *La nuova vigilanza bancaria europea e l'Italia. Intervento del Vice Direttore Banca Italia*, in *Mondo Bancario*, 2014, n.3, 22 ss.; BARBAGALLO, *L'Unione Bancaria europea*, in *Mondo bancario*, 2014, n.2, 11 ss.; BRESCIA MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca impresa società*, 2015, I, 73 ss.; sia altresì consentito rinviare anche a P.ROSSI, *La tutela delle banche vigilate nel MVU, tra nodi irrisolti e prime criticità applicative*, in *RTDE*, n.1/2018, pp. 74 ss.; ID. *Spunti critici sulla nuova supervisione accentrata delle banche dell'eurozona*, in *Dir. pubblico europeo on line*,

2) un meccanismo di risoluzione unico, previsto dalla Direttiva comunitaria n.2014/59/UE meglio nota come BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*) unitamente al regolamento UE n.806/2014/UE relativo all'istituzione del Comitato di risoluzione unico²⁰;

n.1/2018, www.edizioniesi.it/dperonline.

²⁰ Sul nuovo *regimen* comunitario di risoluzione delle crisi bancarie cfr. **amplius** CAPRIGLIONE, TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, cit., capp. III e IV, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici; **CHITI**, *The new banking union, the passage from banking supervision to banking resolution*, in *TDPC*, 2014, 608 ss.; STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, Roma, n.75, 2014, p. 169 ss.; BOCCUZZI, *Aspetti istituzionali, regole e procedure per la gestione delle crisi bancarie nel quadro dell'Unione Bancaria*, intervento al convegno 'La gestione delle crisi bancarie e l'assicurazione dei depositi nel quadro dell'unione bancaria europea'; SANTORO, *Prevenzione e "risoluzione" delle crisi delle banche*, in www.regolazioneideimercati.it; ID., *Crisi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente*, in www.regolazioneideimercati.it; GRECO, *La tutela del risparmiatore dopo la direttiva BRRD*, relazione al Convegno ADDE "Quali regole per quali mercati? Una riflessione sui nuovi modelli regolatori e sui mercati in transizione", Milano 11-12 dicembre 2015, in *Diritto banca e mercato finanziario*, 2016; GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca borsa*, 2015, n.5, I, 587; SANTELLA, LAVIOLA, LOIACONO, *Il nuovo regime europeo di risoluzione delle crisi bancarie: un'analisi comparata dell'applicazione del bail-in*, in *Bancaria*, 2015, n.9, 46 ss.; DI BRINA, "Risoluzione" delle banche e "bail-in", alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale, in *RTDE*, 2015, n.4, II, 184; CAPOLINO, *Le fasi della risoluzione bancaria e i rapporti con il preesistente quadro normativo*, *Atti del Convegno: crisi bancarie il nuovo quadro giuridico e istituzionale*, Milano, 8 maggio 2014; ID., *Banking recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, relazione al Convegno conclusivo progetto PRIN 2010-11 Siena, 7-9 aprile 2016, in www.regolazioneideimercati.it; RULLI, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, in *RTDE*, suppl. 3/2015, pp.284 ss.; ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail in e la sua concreta applicazione*, in *RTDE*, suppl. 3/2015, 269 ss.; **DE ALDISIO**, *Il Meccanismo di Risoluzione Unico. La distribuzione dei compiti tra il Comitato di risoluzione unico e le autorità di risoluzione nazionali e altri aspetti istituzionali*, in *Scritti sull'Unione bancaria, Quaderni ricerca giuridica Banca Italia*, Roma, n. 81, 2016, 137 ss.; v. anche ZAVVOS-KALTSOUNI, *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing*, in AA.VV., *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Cheltenham, 2015; DE SERIERE, *Recovery and resolution plans of banks in the context of the BRRD and the SRM: some fundamental issues*, in BUSCH, FERRARINI (a cura di), *European Banking Union*, Oxford 2015, 336; JOOSEN, *Regulatory Capital Requirements and Bail in Mechanism*, in *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, a cura di HAENTJENS e WESSELS, Cheltenham, 2015; BINDER, *Resolution planning and Structural Bank Reform within the Banking Union*, SAFE Working Paper Series, n.81, 2015, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2336872; HADEJIEMMANUIL, *Bank resolution Financing in the Banking Union*, in SSRN-id2575372; ID., *Special Resolution Regimes for Banking Institutions: Objectives and Limitations*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers 21/2013*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2336872; FSB, *Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies*, 2013, in www.financialstabilityboard.org; GORDON-RINGE, *Bank Resolution in Europe: The Unfinished Agenda of Structural Reform*, BUSCH FERRARINI (a cura di) cit., 500 ss. e ID., *Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What it Would Take*, in *Columbia Law Rev.*, (115), 2015, 1297 ss.; sia altresì consentito di rinviare a P.ROSSI, *La disciplina emergenziale delle crisi bancarie in Italia: dal decreto salva banche al decreto salva risparmio. Quale protezione per i risparmiatori ?*, in *Amministrazione in cammino*, 2017; ID. *La risoluzione dell'impresa bancaria, tra dubbia costituzionalità del bail in e criticità d'impatto*, in *Diritti fondamentali*, n.2/2017.

3) un sistema comune di garanzia dei depositi, previsto dalla Direttiva 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (DGSD)²¹.

In via di estrema sintesi, il c.d. primo pilastro, relativo al sistema di vigilanza unica (MVU), è stato realizzato, ma in modo parziale, in quanto, a partire dal 2014, il meccanismo del MVU è divenuto vigente, attraverso il Regolamento n. 1024/13, solo per le banche dei Paesi dell'eurozona, mentre per quelle dei Paesi UE non aderenti alla eurozona è stato previsto un meccanismo di adesione al MVU su base meramente volontaria e, ad oggi, non risulta che alcuno di tali Paesi abbia optato per sottoporre il proprio sistema bancario alle nuove regole comuni sulla vigilanza. Peraltro, il MVU è stato concepito in modo articolato, essendo state sottoposte alla diretta vigilanza della BCE solo le banche c.d. significative, mentre quelle c.d. *less significant* sono ancora vigilate dalle rispettive Autorità nazionali. Nondimeno, su una serie rilevante di profili cruciali per la vita e lo sviluppo di tutti gli istituti di credito, è stato prefigurato un meccanismo di vigilanza integrato in cui, pur mantenendosi in capo alle Autorità nazionali un ruolo rilevante, la decisione finale spetta alla BCE. In definitiva, la scelta di Bruxelles è chiara: in materia di *supervision* del sistema bancario dell'eurozona la concentrazione dei poteri sull'Autorità comunitaria, una sorta di torsione monocratica della funzione di vigilanza, costituisce un punto di non ritorno.

Il secondo pilastro, attinente le nuove regole comuni sulla *resolution* delle banche in crisi dell'eurozona, è stato implementato attraverso l'adozione della Direttiva BRRD, ad oggi recepita non da tutti gli Stati membri; la quale prevede un impianto regolativo comune in forza del quale le imprese bancarie operanti nell'eurozona non possono più essere salvate, di regola, con il denaro dei contribuenti: infatti, in caso di dissesto, esse vengono sottoposte a risoluzione coinvolgendo nel ripiano delle perdite, in via prioritaria, gli attori interni al sistema bancario, vale a dire azionisti, obbligazionisti e, se necessario, anche i correntisti con giacenze superiori a euro 100.000,00, secondo il principio del c.d. *bail in*²², e sotto la supervisione di un'altra Autorità comune, il

²¹ Sul terzo pilastro dell'Unione bancaria costituito dalla Direttiva n.2014/49/UE cfr. *amplius* GANICIAN, *Un nuovo passo verso l'Unione bancaria europea: la Direttiva 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi*, in *Dir. Banc. merc. fin.*, 2014, 67 ss.

²² Sullo strumento del *bail in* cfr. *amplius* CAPRIGLIONE, *Luci e ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi*, cit.; GRECO, *La tutela del risparmiatore dopo la direttiva BRRD*, cit, 8 ss.; SANTORO, *Prevenzione e "risoluzione" delle crisi delle banche*, cit.; ID., *Crisi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente*, cit.; SANTELLA, LAVIOLA, LOIACONO, *Il nuovo regime europeo di risoluzione delle crisi bancarie: un'analisi comparata dell'applicazione del bail-in*, cit. 46 ss.; DI BRINA, *"Risoluzione" delle banche e "bail-in", alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, cit., 184 ss.; CAPOLINO, *Le fasi della risoluzione bancaria e i rapporti con il preesistente quadro normativo*, cit.; RULLI, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi di concorsualità e prime esperienze applicative*, cit., 284 ss.; ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail in e la sua concreta applicazione*, cit., 269 ss. ; DOLMETTA, *Le tutele mancanti. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, n.2, 2016; LENER, *Bail in: una questione di regole di condotta? Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, n.2, 2016, 2 ss.; ID. *Profili problematici del bail-in*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, 23 ss.; ID., *Il cliente bancario di fronte al bail-in: la (modesta) protezione delle regole di condotta*,

Comitato di Risoluzione Unico; in alternativa, esse sono poste in liquidazione secondo le regole nazionali. Nel nuovo impianto regolativo è previsto, ma solo in via d'eccezione, che, al ricorrere di determinati e stringenti presupposti, lo Stato possa intervenire a sostegno della banca in crisi con un sostegno finanziario straordinario.

In buona sostanza, le banche dell'eurozona sono divenute europee, nei limiti di quanto sopra evidenziato, in quanto vigilate e sottoposte a risoluzione in forza di regole comuni. Tuttavia, il circolo vizioso tra settore bancario ed emittenti sovrani non è ex se venuto meno: alle banche è stata soltanto imposta una sorta di "camicia di forza" volta a garantire che, in caso di fuga dai titoli di Stato emessi da un sovrano, le banche di quel Paese non verranno salvate dai contribuenti di quello stesso Paese o di altri. In termini ancor più espliciti, a un contribuente tedesco non si potrà mai chiedere di finanziare il salvataggio di una banca italiana in crisi per il peso, nel proprio bilancio, di titoli di Stato italiani in rapida discesa sui mercati: in un caso simile, sarebbero i creditori della banca, prevalentemente italiani, a farsene carico. Nè si pone, sotto connesso profilo, una questione di irreversibilità dell'euro, poiché il caso della Grecia dimostra che uno Stato sovrano può fallire anche senza abbandonare la moneta unica europea.

Quanto infine al terzo pilastro, la Direttiva 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (DGSD), ne costituisce solo parziale realizzazione, essendo la creazione di un sistema di garanzia comune ancora un processo in divenire: allo stato,

in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, 41 ss.; DI GIORGIO, *L'assicurazione dei depositi e il completamento dell'Unione Bancaria*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, 5 ss.; RULLI, *Crisi bancarie e prime esperienze di risoluzione "assistita" da fondi: il primo intervento del Fondo nazionale di risoluzione*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, 9 ss.; LUGARESÌ, *La risoluzione delle crisi bancarie: bail-in e Resolution Planning*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, 17 ss.; FIORDIPONTI, *Ancora perplessità sul decreto salva banche*, in *Quaderni Minerva bancaria*, 2016, 33 ss.; GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr.giur.*, 2015, n.12, 1485 ss.; PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca impresa Società*, 2015, 339 ss.; GARDELLA, *Il bail in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unica*, in *Banca borsa*, 2015, I, 587 ss.; DONATI, *Il bail in bancario: spunti per il nuovo diritto societario della crisi*, relazione al VII convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del diritto commerciale, Roma 26-27 febbraio 2016, 7 ss.; RULLI, *Dissesto, risoluzione e capitale nelle banche in crisi*, relazione al VII convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del diritto commerciale, Roma 26-27 febbraio 2016, 29 ss.; STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, cit. 169 ss.; BERNARDI, *Unione bancaria, gestione delle crisi e protezione dei depositanti*, in *Bancaria*, 2012, 51 ss.; CAPIZZI-CAPPIELLO, *Prime considerazioni sullo strumento del bail in: la conversione forzata di debito in capitale*, V convegno annuale Associazione italiana Professori Universitari di diritto commerciale, in www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/24571/cappiello_s-capizzi_a.def_30.01.14.pdf, Roma, 21-22 febbraio 2014; 5 ss.; DELLA LUNA MAGGIO, *Il risparmio tra tutele costituzionali e interventi legislativi*, in *Riv. AIC*, 2015, 23 ss.; v. anche JOOSEN, *Regulatory Capital Requirements and Bail in Mechanism*, in *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, cit. 57 Ss.; HADJEMMANUIL, *Bank Resolution*, cit., 25 ss. Peraltro, il bail-in è stato utilizzato anche in alcuni altri paesi europei per risolvere la crisi di singole banche sulla base della rispettiva legislazione nazionale, in particolare in Danimarca e in Slovenia; oltre a questi, altri paesi europei già ne prevedevano l'applicazione: fra questi il Regno Unito e la Spagna; cfr. KERLIN, MAKSYMUK, *Comparative analysis of the bail-in tool*, in *Copernican J. of Fin. & Account.*, 2015, 4(1), 97 ss.

nell'eurozona tutti i sistemi di garanzia dei depositi nazionali debbono operare in base alla disciplina prevista dalla nuova Direttiva.

In mancanza del completamento del terzo pilastro, il dissesto di una banca significativa ovvero l'insorgere di una nuova crisi sistemica potrebbero essere difficilmente gestibili dai fondi di garanzia nazionali, nonostante i meccanismi di finanziamento previsti dal *Deposit Guarantee Schemes*. Tant'è che da anni, in sede comunitaria, il tema del completamento dell'Unione bancaria si è focalizzato sulla necessità che il sistema bancario unico possa essere realmente tale solo se la fiducia nella sicurezza dei depositi bancari sia la stessa, indipendentemente dallo Stato membro in cui la banca opera.

Di qui l'esigenza dell'istituzione del sistema europeo di assicurazione dei depositi (EDIS)²³, volto a creare un sistema mutualistico di assicurazione dei depositi a livello europeo, che farebbe perno sul Fondo di assicurazione dei depositi europeo (*Deposit Insurance Fund* - DIF), a cui i DGS nazionali progressivamente trasferirebbero le risorse raccolte dalle banche aderenti. E', del resto, la stessa BCE ad essersi premurata di evidenziare che l'EDIS sarebbe un sistema più robusto di quelli nazionali e proteggerebbe il sistema finanziario in caso di crisi severe; ciò anche avuto riguardo al fatto che con l'EDIS non ci sarebbero significativi sussidi incrociati tra gli Stati, neppure nel caso di shock legati a Paesi specifici, in quanto i contributi delle banche sarebbero proporzionali ai rischi, sulla base dei criteri EBA.

5. (segue) ...e le conseguenze asimmetriche della *Union Banking* sulle banche dell'eurozona

Per quanto si è venuti evidenziando, allo stato il processo di completamento dell'Unione bancaria appare parziale e, in quanto tale, incompiuto.

Ma v'è di più: una serie di ulteriori criticità derivano dal fatto che i due pilastri ad uno stadio più avanzato di implementazione – meccanismo di vigilanza unica e

²³ Vedi DE POLIS, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell'Unione Bancaria Europea*, in www.bancaditalia.it, 2016. In effetti, rispetto ai DGS nazionali, il numero e le dimensioni delle banche per le quali il Fondo di assicurazione dei depositi EDIS potrebbe efficacemente gestire i rimborsi aumenterebbero in modo significativo per tutti gli Stati membri. L'implementazione dell'EDIS avverrebbe tramite la progressiva messa in comune del costo degli interventi tra DIF e DGS nazionali, articolata in tre fasi successive dirette a pervenire all'assicurazione integrale entro il 2024. Le tre fasi prevedono: la *riassicurazione*, durante la quale il DIF coprirebbe le esigenze finanziarie e le perdite dei Fondi nazionali entro il limite del 20%. Il DIF in questa fase interverrebbe solo dopo che i Fondi nazionali hanno integralmente fatto ricorso alle risorse disponibili; la *coassicurazione* (dal 2020 al 2023), durante la quale il DIF si farebbe progressivamente carico di una quota crescente dell'impegno finanziario e del costo degli interventi (fino all'80%), senza presupporre l'integrale utilizzo delle risorse nazionali; l'*assicurazione integrale* (dal 2024) che prevede che il costo dell'intervento gravi integralmente sul Fondo europeo.

meccanismo di risoluzione unico delle crisi bancarie - hanno sin'ora causato effetti asimmetrici sui sistemi bancari dei diversi Paesi dell'eurozona.²⁴

In effetti, quanto al primo pilastro, la vigilanza diretta da parte di BCE ha effetti di "copertura" molto diversi tra i vari sistemi bancari nazionali, ove si consideri che, a causa del parametro di significatività di 30 miliardi di euro di attivi – previsto dall'art. 6 del Regolamento UE n. 1024/13 tra i presupposti della sottoposizione al controllo di BCE -, i sistemi bancari nazionali meno concentrati finiscono per sfuggire alla diretta supervision della Banca Centrale UE, rimanendo assoggettati a quella più "tollerante" dell'Autorità nazionale.

Emblematico, in tal senso, che il sistema bancario meno sottoposto a vigilanza diretta di BCE sia quello tedesco; del resto, è noto che l'obiettivo principale della Germania, in sede di negoziazione della nuova disciplina sul MVU, sia stato proprio quello di evitare la vigilanza diretta di BCE sulle *Sparkassen*, tant'è che, delle oltre 400 (cui è riconducibile il 22,3% degli impieghi tedeschi per un totale di oltre 1.000 miliardi di euro), solo una è ad oggi vigilata da BCE.²⁵ In altri termini, la vigilanza diretta di BCE è esercitata su banche tedesche che assommano appena al 59% delle attività complessive del sistema bancario germanico; peraltro, il perimetro delle banche vigilate di quel Paese è destinato a restringersi ulteriormente, avendo la Germania ottenuto l'esenzione dalle norme UE per i requisiti di capitale anche per 13 *Landesförderbanken* e per una banca di sviluppo nazionale, oltre al KfW che ne è esentato da sempre.²⁶

Per converso, il grado di sottoposizione, ad esempio, del sistema bancario italiano alla vigilanza di BCE, tenendo anche conto del recente riassetto del sistema delle BCC, ha superato il 90% degli attivi, collocando l'Italia al primo posto, insieme alla Francia, tra i Paesi dell'eurozona assoggettati al controllo diretto della Banca centrale.

Quanto poi al secondo pilastro relativo alla nuova disciplina comunitaria sulla *banking resolution*, a partire dal gennaio 2016 vige, come già ricordato, il divieto di ricorrere, di regola, a salvataggi in *bail out*; interventi di tal fatta costituiscono l'eccezione, disciplinata dall'art. 32 della Direttiva BRRD²⁷, secondo cui l'intervento straordinario di salvataggio da parte dello Stato è connotato da presupposti tali da renderlo di non agevole attuabilità, se non addirittura un vero e proprio "percorso ad ostacoli", atteso che: a) può essere effettuato solo a favore di banche solvibili e solo

²⁴ Cfr. GIACCHE', *Il sistema bancario italiano fra tradizione, innovazione e regolamentazione*, in www.centroeuropearicerche.it, 2019.

²⁵ Sul numero complessivo e sull'importanza relativa delle banche tedesche tenute fuori dalla Vigilanza BCE, che non sono soltanto le Sparkassen, da qualche tempo abbiamo dati più precisi grazie a una indagine condotta nell'agosto 2017 dalla Bundesbank e dalla Bafin (la Consob tedesca) precisamente sulle banche al di sotto della soglia fissata per la Vigilanza BCE: esse sono risultate essere 1555, l'88% delle banche tedesche, per un valore di bilancio di 3.000 miliardi di euro, pari al 41% dell'intero valore di bilancio delle banche tedesche

²⁶ Cfr. Ecofin del 25 maggio 2018 Berlino, in www.lexeuropa.ue. Hanno inoltre ottenuto esenzioni le *credit unions* di altri 3 Stati membri.

²⁷ Sulle misure di sostegno straordinario pubblico ammesse dall'art. 32 della Direttiva BRRD cfr. *amplius* F.GUARRACINO, *Le misure di sostegno pubblico straordinario*, in *RTDE*, n.4/2017, pp. 398 ss.

quando è necessario per rimediare a una grave perturbazione dell'economia del paese e preservare la stabilità finanziaria; b) è limitato a misure di "sostegno finanziario pubblico straordinario", ossia a garanzie o a un'iniezione di fondi propri (cosiddetta ricapitalizzazione precauzionale), in quest'ultimo caso per far fronte a carenze di capitale emerse da prove di stress; c) è subordinato all'approvazione della Commissione europea nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato; d) non va utilizzato per compensare perdite già accertate o che saranno accertate con buona probabilità nel prossimo futuro.²⁸

Peraltro, anche l'impianto normativo del c.d. secondo pilastro ha avuto effetti asimmetrici sul mercato bancario europeo, particolarmente pregiudizievole su quello nazionale²⁹, essendo stata prevista parità di condizioni (divieto di *bail out*) per sistemi bancari con pre-condizioni anche molto diverse tra loro. Infatti, le nuove regole comuni sono entrate in vigore a valle dei relevantissimi aiuti pubblici, sopra richiamati, concessi alle loro banche da molti Paesi membri; aiuti ritenuti ammissibili in virtù di una disapplicazione *de facto*, sull'onda dell'emergenza, della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato, con il risultato di alterare in misura sostanziale il panorama concorrenziale del sistema bancario in Europa.

È evidente che imporre, a valle del citato imponente processo di sostegno pubblico alle banche da parte di molti Stati dell'eurozona, la regola del divieto di ogni intervento in *bail out* - o comunque subordinarlo non solo a presupposti oltremodo stringenti, ma anche e soprattutto alla partecipazione di azionisti, obbligazionisti e correntisti alla copertura delle perdite della banca coinvolta - è risultato ancor più penalizzante per quegli Stati, come l'Italia, che non avevano sostenuto il proprio sistema bancario nazionale nella prima fase della crisi.³⁰

In tale contesto, non era difficile prevedere che l'introduzione di mutamenti radicali nella normativa sulle crisi bancarie, a cominciare dal coinvolgimento diretto di azionisti, obbligazionisti e in parte correntisti (il c.d. *bail-in*), avrebbe potuto causare effetti dirompenti, anche avuto riguardo al fatto che il Fondo unico di risoluzione, previsto nell'ambito del secondo pilastro, appare destinato, anche a regime, ad avere una dotazione di risorse oltremodo inadeguata. Ciò a non voler considerare che l'uso stesso ipotizzato per il Fondo di risoluzione appare viepiù parziale, essendo precluso

²⁸ Così BARBAGALLO, *Crisi e regolamentazione finanziaria: cambiamenti e prospettive*, Modena, Università di Modena e Reggio Emilia – Dipartimento di economia Marco Biagi, 1° marzo 2019.

²⁹ Cfr. GIACCHE', op. cit., 5.

³⁰ Per di più, l'introduzione delle nuove regole avveniva, a livello interno, sull'onda della più grave crisi economica del dopo guerra, che aveva causato la formazione, a carico del sistema bancario italiano, di uno stock di *non performing loans* (NPL) molto rilevante: criticità che, a differenza del panorama bancario statunitense ed europeo, non derivavano dall'abuso di prodotti finanziari (derivati) a forte leva, ma erano il portato, appunto, di una lunga crisi che aveva ridotto del 20% la capacità produttiva del Paese, fatto crollare gli investimenti (crollo il cui valore cumulato aveva superato il 20% in media dopo il 2007, ma che per il settore delle costruzioni aveva superato il 37%) e determinato un eccezionale incremento dei fallimenti aziendali.

per le banche c.d. *less significant*, nei confronti delle quali è prevista solo la way out della liquidazione.

Il che, come si evidenzierà infra, sembra trovare conferma in sede di prima applicazione delle nuove regole europee nella gestione delle crisi che hanno coinvolto, di recente, alcune banche italiane.

6. Il problematico impatto del *bail in* sul disegno delle Costituzioni economiche dell'eurozona

Nell'analizzare i profili più rilevanti che hanno caratterizzato la prima applicazione del nuovo impianto regolativo comunitario, va anzitutto evidenziato come le ricadute sul sistema bancario siano subito apparse problematiche, non solo in quanto la novella comunitaria è stata introdotta senza prevedere alcuna gradualità, impedendo per ciò stesso un adattamento meno repentino e gli inevitabili contraccolpi sulle banche meno capitalizzate, ma anche in ragione della difficile compatibilità con i principi della Costituzioni economiche dell'eurozona della nuova regola comunitaria del *bail in*: la quale ha *ex abrupto* imposto, in modo ancor più severo e rigido rispetto al principio del *burding sharing* introdotto nel 2013 con la *Banking Communication*, un meccanismo automatico di copertura delle perdite delle banche in crisi a carico non solo degli azionisti, ma soprattutto dei piccoli risparmiatori, intendendosi per tali vuoi gli obbligazionisti subordinati, vuoi i correntisti con giacenze superiori a 100.000 euro.

Sotto il primo profilo, la mancata previsione, da parte del legislatore comunitario, di una disciplina transitoria che accompagnasse la transizione verso la nuova regolamentazione comunitaria delle crisi bancarie, ha finito per imporre un passaggio subitaneo dalla prospettiva dello Stato "garante" a quella dello Stato "regolatore"; evidentemente, come da più parti subito rilevato, non è stata valutata in modo adeguato, in sede comunitaria, la necessità di un invero graduale delle nuove regole, che avrebbe consentito ai Paesi membri - dalle economie fortemente indebolite dalla recente crisi - di adeguarsi alle novità regolative avendo avuto un ragionevole arco temporale per riassorbire le criticità dei propri sistemi bancari, appesantiti oltremodo dalle notevoli sofferenze accumulate nella fase acuta della crisi, dunque "fiaccati" nel patrimonio e nella liquidità.

Al contempo, e per di più, tale passaggio inusualmente repentino ha imposto l'attivazione di un meccanismo normativo in base al quale il risparmiatore è destinato a trovarsi, di regola, di fronte alla concreta prospettiva di subire, per effetto della nuova regolazione una vera e propria sottrazione di beni privati proprio da parte di quello stesso Stato che, sino ad oggi, l'aveva integralmente manlevato dai rischi di un default bancario: in caso di crisi della banca cui il risparmiatore ha affidato i propri danari, infatti, l'Autorità di risoluzione (in Italia la Banca d'Italia) ha il potere di intervenire in

modo autoritativo, ponendo anche a carico dello stesso risparmiatore il costo dell'insolvenza dell'impresa bancaria.

In buona sostanza, la crisi di un soggetto privato (la banca) viene sopportata dal privato risparmiatore attraverso un intervento autoritativo di tipo ablativo, che finisce per finanziare i costi del salvataggio dell'impresa bancaria non più attingendo a risorse pubbliche, ma sottraendo coattivamente beni di proprietà del risparmiatore-creditore della banca in crisi, attraverso una riduzione, ovvero una conversione- trasmutazione del suo diritto di credito, ovvero cancellando i diritti del risparmiatore-socio della stessa banca in dissesto.

Di qui, sotto il secondo profilo, il ragionevole dubbio sulla stessa legittimità costituzionale del meccanismo del *bail in*, in quanto finisce per determinare, con un intervento autoritativo incidente su rapporti di diritto privato, una modificazione radicale dei tratti essenziali dei diritti soggettivi, che hanno sino ad oggi trovato il proprio *ubi consistam* nei principi fondanti del disegno costituzionale.

Con particolare riguardo alla Carta costituzionale italiana, plurimi sono apparsi i profili di censura rilevanti, avuto riguardo, *in primis*, all'art. 47 Cost.³¹, il quale, come noto, ascrive il risparmio a valore da incoraggiare e tutelare in tutte le sue forme, orientando il legislatore e stabilendo un raccordo sistematico tra raccolta del risparmio ed esercizio del credito. In effetti, la normativa sul *bail in*, nel prevedere che i risparmiatori possano essere chiamati a rispondere con i propri risparmi per le situazioni di dissesto della banca, finisce per determinare l'estinzione del diritto di credito per una serie di categorie di creditori: infatti, qualora le risorse non siano sufficienti, è disposto un prelievo forzoso sui conti correnti superiori a centomila euro, senza alcun indennizzo. Ciò suscita perplessità, in primo luogo, in ragione del fatto che il correntista, come noto, secondo il codice civile, può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito e la mancata restituzione di una somma di denaro, per la parte eccedente i 100.000 euro, comporta l'evidente frustrazione dell'incoraggiamento al risparmio tutelato dall'art. 47 Cost., che deve essere interpretato proprio come investimento del

³¹ Sul tema della tutela del risparmio nell'art. 47 Cost. v. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 34 ss; MERUSI, *Commento all'art. 47 della Costituzione*, in BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 154 ss; *Commento all'art. 47 Cost.*, in CRISAFULLI-PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 319 ss.; BARONCELLI, *Commento all'art. 47 della Costituzione*, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 947 ss; GIAMPIERETTI, *Commento art. 47*, in BARTOLE-BIN, *Commentario breve della Costituzione*, Padova, 2008, 474 ss; SEPE, *Il risparmio gestito*, Bari, 2000, 31 ss; GUIZZI, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, n.2-3-4/2005, 171 ss; DE MINICO, *La Costituzione difende il risparmio. E il legislatore ?*, in www.associazionideicostituzionalisti.it; ZITO, *Contraddizioni concettuali ed anomalie sistemiche del mercato finanziario: considerazioni minime sulla centralità della tutela del risparmiatore*, in *Il Diritto dell'economia*, 1, 2008, 77 ss.; ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno ?*, in www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/.../0157_zatti.pdf; DELLA LUNA MAGGIO, *Il risparmio tra tutele costituzionali e interventi legislativi*, in *Riv. AIC*, n.4/2015; tra le tante sentenze della Consulta sulla tematica v. Corte costituzionale n. 29 del 1975, in *Giur. Cost.*, 1975, 165 ss:§; ID., n. 143 del 1982, in *Giur. Cost.*, 1982, 342 ss.; ID., n. 143 del 1995, in *Giur. Cost.*, 1995, 421 ss..

surplus monetario, funzionale allo sviluppo del ciclo economico, e non come mero accumulo di ricchezza.

Ancora, la differenziazione tra investitori e correntisti appare censurabile ai sensi dell'art. 3 Cost., atteso che la lesione del principio di uguaglianza sembra emergere laddove il correntista, a differenza dell'azionista, non partecipa al rischio di impresa e il credito del medesimo correntista viene escluso nei confronti dell'impresa bancaria all'esito della procedura di risoluzione, a differenza di quanto previsto dall'ordinamento per vicende analoghe³²; infatti, come è stato ben rilevato, all'estinzione della posizione creditoria, colpita dal *bail in* con la svalutazione anche integrale delle passività della banca in crisi, consegue l'impossibilità, anche ipotetica, dei creditori coinvolti di concorrere alla distribuzione del riparto del residuo attivo della banca, con evidente disparità di trattamento, sindacabile ex art. 3 Cost., rispetto alle altre categorie di creditori che invece possono vantare diritti nei confronti dell'ente creditizio³³. Di qui, all'evidenza, un relevantissimo limite alla tutela sostanziale dei depositanti, atteso che il *bail in* non è in grado di dare effettività al principio del "*no creditors worse off*".³⁴

In terzo luogo, la procedura di *bail in* si applica anche ai risparmiatori che hanno investito prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, senza aver avuto contezza dei possibili rischi. Il carattere retroattivo di tale disciplina appare costituzionalmente censurabile ove valutato secondo il parametro della ragionevolezza, come ha anche notato la stessa Banca d'Italia, che, contestualmente al recepimento della Direttiva 2014/59/EU, si era posta il problema della legittimità costituzionale nella parte in cui colpisce gli investitori che, al momento dell'acquisto delle obbligazioni subordinate, non potevano, in alcun modo, conoscere i rischi insiti in tali strumenti. Ciò appare ancor più grave in ragione del fatto che il risparmiatore/creditore viene sostanzialmente trasformato in debitore per ragioni a lui estranee, senza che sia consentita un'adeguata forma di tutela. Il che appare censurabile anche avuto riguardo al principio di cui all'art. 24 Cost., tenuto conto che la nuova disciplina (art.89 D.Lgs. 180), a fronte degli ampi poteri attribuiti all'Autorità di risoluzione, limita gli strumenti di difesa ex-post al punto da prevedere che la decisione dell'Autorità di risoluzione è immediatamente esecutiva e determina la presunzione relativa che una sospensione della sua esecuzione sarebbe contraria all'interesse pubblico³⁵.

Ma v'è di più: la nuova previsione in forza della quale i correntisti con importi in giacenza superiori ai 100.000 euro siano soggetti a *bail in* appare censurabile anche in

³² Cfr. SALVI, *Il Bail in e i dubbi di costituzionalità*, in *Il Sole 24 ore*, 15 luglio 2016.

³³ Così LENER, *Profili problematici del bail in*, cit.

³⁴ In tal senso lucidamente CAPRIGLIONE, *Luci e ombre*, cit.

³⁵ In tal senso cfr. DI BRINA, *Risoluzione delle banche e bail in*, "alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale", cit., 221, secondo cui la nuova disciplina nel ricondurre nell'alveo amministrativo le decisioni sulla sussistenza, consistenza e conversione dei diritti dei risparmiatori, paiono contrastare con i principi che garantiscono il diritto di difesa (artt. 101 e 24 comma 2 Cost.) in quanto sottraggono ai titolari la tutela giurisdizionale davanti ad un giudice imparziale circa la sussistenza dei fatti rilevanti, primo fra tutti il dissesto e la sua dimensione oggettiva, causa della riduzione dei diritti.

ragione del fatto che si tratta di un vero e proprio esproprio senza indennizzo e non motivato da un interesse generale, ma al dichiarato fine di soccorrere soggetti privati: di qui il contrasto con l'art.42 Cost., in base al quale, come noto, la proprietà privata può essere espropriata salvo indennizzo e solo per motivi di interesse generale. Ciò tanto più ove si consideri che, da tempo, la Corte Costituzionale ha statuito che l'art. 42 Cost. va interpretato alla luce dell'art. 1 del primo protocollo aggiuntivo della Convenzione europea dei diritti umani, e la Corte di Strasburgo ha a sua volta da tempo chiarito che la nozione di proprietà va intesa in senso ampio, ricomprendendo posizioni come quelle del correntista bancario.

Ulteriori perplessità, sotto diverso profilo, derivano poi dal fatto che la disciplina del *bail in* prevede la possibilità per l'Autorità di risoluzione di intervenire nella disciplina di rapporti fra privati con penetranti poteri, che consentono di modificare in corsa le condizioni contrattuali ed economiche alle quali sono stati sottoscritti i prodotti di investimento e di risparmio. Ciò, unitamente al fatto che l'Autorità di risoluzione abbia la potestà d'ingerirsi nella vita societaria della banca in crisi, ad esempio chiedendo modifiche nella strategia aziendale, oppure convocando l'assemblea degli azionisti o revocando un consigliere di amministrazione, appare di dubbia compatibilità con l'art. 41 Cost., che, come noto, riconosce (e protegge) la libertà di iniziativa economica privata.

Peraltro, tali profili di dubbia costituzionalità della disciplina nazionale di recepimento della Direttiva BRRD evocano, sullo sfondo, il problema, tutt'altro che risolto, del rapporto tra la normativa comunitaria e quella costituzionale, atteso che i principi costituzionali richiamati, suscettibili di lesione, appaiono tra quelli fondamentali ed irrinunciabili del nostro ordinamento, ergo non riconducibili alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost, e quindi destinati a prevalere sul diritto comunitario. Non v'è dubbio che la ricerca di un equilibrio, seppur dinamico, fra le esigenze legislative comunitarie e l'ordinamento costituzionale dei Paesi membri è ancora tutta da ricercare: il processo di adeguamento del diritto interno alle norme comunitarie è inevitabile, ma è quanto mai necessaria un'efficace valutazione delle norme comunitarie rispetto a principi fondanti su cui si è modellato l'ordinamento costituzionale del nostro Paese.^[SEP]La questione appare tutt'altro che risolta, atteso che diverse appaiono le posizioni assunte dai giudizi costituzionali di alcuni Paesi membri rispetto a quelle del giudice comunitario. In effetti, la questione della compatibilità tra normativa di recepimento e principi costituzionali è stata già affrontata dalla Corte costituzionale austriaca³⁶, chiamata a pronunciarsi sulla disciplina introduttiva di misure di risanamento della *Hypo Alpe Adria Bank International AG* (HaaSanG) che, secondo la logica prevista nella Direttiva BRRD, aveva consentito all'Autorità di vigilanza

³⁶ Cfr. Corte costituzionale austriaca, sentenza 3 luglio 2015, in https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=jfr_20150703_14g00239_01, su cui *amplius* vedi DI BRINA, "Risoluzione" delle banche e "bail-in", alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale, cit., 184 ss.

austriaca di imporre ai sottoscrittori di obbligazioni subordinate l'onere di concorrere all'assorbimento delle perdite della banca in crisi attraverso la svalutazione (*rectius*) l'azzeramento delle obbligazioni e l'estinzione della garanzia prestata dal Land della Carinzia. La Corte costituzionale austriaca ha dichiarato costituzionalmente illegittima tale disciplina in quanto in contrasto con i fondamentali principi costituzionali posti a tutela del credito e del risparmio censurando la scelta del legislatore di differenziare il trattamento tra creditori; per di più, ha censurato la limitazione irragionevole del diritto del creditore al rimborso in quanto in contrasto con la tutela costituzionale della proprietà, premurandosi di richiamare i principi di diritto posti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, come accennato, ha più volte qualificato i diritti dei creditori alla stregua di diritti fondamentali, ai sensi dell'art. 1, Protocollo 1, CEDU ("Protezione della proprietà"), in quanto sussumibili nel diritto di proprietà.³⁷

Segnali diversi sembrano invece provenire dalla Corte di Giustizia UE³⁸, la quale è stata, di recente, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del meccanismo di condivisione degli oneri, c.d. *burden sharing*, con i principi dell'Unione, su rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale slovena nell'ambito del giudizio sulla legittimità costituzionale delle misure legislative di recepimento della Direttiva BRRD, applicate nel recente salvataggio delle banche slovene. I risparmiatori coinvolti hanno, infatti, messo in dubbio la legittimità costituzionale di varie disposizioni della legge nazionale sul settore bancario, volte a trasfondere nel diritto nazionale la richiamata Comunicazione della Commissione UE del 2013 sul settore bancario, che legittimerebbe l'imposizione della condivisione degli oneri (c.d. *burden sharing*) a carico di azionisti ed obbligazionisti per consentire alle autorità nazionali di accordare alle imprese di tale settore aiuti compatibili con il mercato interno. La Corte costituzionale slovena aveva sottoposto alla Corte di giustizia UE diverse questioni pregiudiziali relative alla validità ed all'interpretazione di tale Comunicazione, con particolare riguardo al requisito del c.d. *burden sharing*. Poiché tale meccanismo ha indubbe analogie con il *bail in*, la pronuncia della Corte di Giustizia Ue appare significativa, in quanto, nello statuire sul

³⁷ Cfr. Corte Europea diritti dell'uomo, sentenze Pennino c. Italia e De Luca c. Italia del 24 settembre 2013, in www.giustizia.it.

³⁸ Cfr. Corte giustizia UE, sentenza 19 luglio 2016, causa Kotnik, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>. Peraltro, la posizione assunta dalla Corte UE nella sentenza appare in linea con quella, presentata a metà febbraio, dall'avvocato generale della Corte, Nils Wahl. Mentre riconosceva che la Commissione ha agito nei limiti dei suoi poteri e che il bail-in è compatibile con le altre norme (fatta salva la possibilità dei giudici nazionali di verificare che non si violino i diritti dei risparmiatori), le sue conclusioni aprivano altri scenari in merito al fatto che la comunicazione della Commissione non sia un atto giuridicamente vincolante per gli Stati membri che, teoricamente, potrebbero ottenere dalla Commissione l'autorizzazione a concedere aiuti alla banca anche al di fuori del sistema del bail in. Importante anche il fatto che il rispetto della comunicazione non sia condizione per la concessione di aiuti al salvataggio, quando esso determinerebbe risultati sproporzionati. Infatti, per Wahl la riduzione dei titoli subordinati "non è un prerequisito essenziale per la concessione degli aiuti di Stati e non è richiesta quando determinerebbe risultati sproporzionati; spetta ai giudici nazionali verificare che, con l'esecuzione delle misure di aiuto adottate conformemente alla comunicazione sul settore bancario, sia stato rispettato il principio di proporzionalità".

burden sharing, in realtà sembra aver assunto una posizione sul *bail in*. Secondo il Giudice UE il principio della ripartizione degli oneri tra azionisti e creditori subordinati per ricevere l'autorizzazione della Commissione a procedere con gli aiuti di Stato per una banca sottocapitalizzata "non viola il diritto dell'Unione". E' pur vero che la Corte UE si premura di aggiungere che questa richiesta non può essere vincolante per gli Stati membri, evidenziando, allo stesso tempo, che la Comunicazione è sfociata nella Direttiva BRRD sulla risoluzione degli istituti per mezzo del *bail in*, e, quindi, secondo la Corte, ciò indicherebbe che se uno Stato vi si attiene, non ci sono ragioni perché la Commissione UE non autorizzi il progetto di salvataggio, mentre se lo Stato membro opera diversamente e non soddisfa i criteri della comunicazione nel suo progetto di aiuto pubblico, Bruxelles potrebbe comunque autorizzarne il progetto solo in presenza di "circostanze eccezionali". Ne consegue, secondo la Corte UE, "che la comunicazione sul settore bancario non è idonea a creare obblighi autonomi in capo agli Stati membri e non ha pertanto effetti vincolanti nei loro confronti". Ration per cui, la Comunicazione del 2013 – e dunque il c.d. *burden sharing*, ma in sostanza il *bail in* – viene ritenuta dalla Corte UE compatibile in ordine al rispetto dei diritti degli investitori, ma la Corte aggiunge "che le misure di conversione o svalutazione dei titoli subordinati non devono andare oltre a quanto è necessario per rimediare al deficit di fondi propri della banca interessata". Il sacrificio, inoltre, non deve scattare in modo automatico: un Paese membro "non è obbligato ad imporre alle banche in difficoltà, prima della concessione di qualsivoglia aiuto di Stato, di convertire in capitale i titoli subordinati o di svalutarli, né di impiegare integralmente tali titoli per assorbire le perdite. In siffatti casi, non si potrà tuttavia ritenere che l'aiuto di Stato di cui trattasi sia stato limitato al minimo necessario. Lo Stato membro, come le banche beneficiarie degli aiuti di Stato di cui trattasi, si assume il rischio di vedersi opporre una decisione della Commissione che dichiara l'incompatibilità di tali aiuti con il mercato interno". Come dire, in buona sostanza, che lo Stato membro può anche assumere iniziative di salvataggio difformi dalle regole comunitarie, ma rischia la censura di Bruxelles per contrasto con la normativa UE sugli aiuti di Stato.

In ogni caso, la "lezione" della Corte costituzionale austriaca è destinata a costituire un significativo precedente, atteso che, *iure condito*, sia gli azionisti, sia gli obbligazionisti potrebbero invocare dinanzi alla Corte costituzionale la violazione dei principi sopra richiamati, essendo evidente la tensione tra questi che impongono una tutela della proprietà ammettendone l'espropriazione per motivi di interesse generale, ma sempre salvo indennizzo e l'impianto normativo del *bail in* che, invece, ammette un intervento ablativo senza indennizzo.³⁹

³⁹ Non mancano, *contra*, voci a sostegno della costituzionalità della normativa introduttiva del *bail in*. In tal senso, vedasi STANGHELLINI- ZORZI, *Perché il bail-in è costituzionale*, in *La voce*, 06.09.2016, nel quale si sostiene che "l'interpretazione secondo cui dall'articolo 47 della Costituzione, che tutela il risparmio, discenderebbe l'incostituzionalità del bail-in, perché i "risparmiatori" devono essere tutelati, è bizzarra. La Costituzione incentiva il risparmio, ovvero l'accantonamento di una porzione del proprio reddito; ma non può certo spingersi a tutelare qualsiasi forma di investimento fatto con quel risparmio.

7. Il grave *vulnus* dell'incompiutezza del terzo pilastro sul futuro dell'Unione Bancaria

A complicare ulteriormente il quadro non può sottacersi che, come accennato, la criticità più significativa, allo stato, della nuova architettura dell'Unione Bancaria appaia l'assenza, nel terzo pilastro, del meccanismo di assicurazione unica dei depositi (*European deposit insurance scheme*, EDIS). Infatti, essendo stata adottata la Direttiva sui DGS, volta appunto ad armonizzare i meccanismi nazionali di rimborso dei piccoli depositanti di banche liquidate con denaro proveniente dal resto del sistema bancario e non dai contribuenti, l'implementazione del meccanismo EDIS di assicurazione unica dei depositi è, quantomeno ad oggi, meramente ipotetica.

Siffatta carenza è tale da mettere in discussione tutto l'impianto teleologico e strutturale dell'Unione bancaria, la quale “*a dispetto del suo nome, solo negli enunciati punta a integrare il mercato bancario in Europa, in realtà serve di fatto a difendere le banche di alcuni paesi dai problemi delle banche di altri. In questo senso non è un avanzamento sulla strada della sovranazionalità, è un arretramento.*”⁴⁰

Non solo: il completamento del terzo pilastro appare ancor più essenziale degli altri due per conseguire il fine dichiarato dell'Unione bancaria, *id est* d'invertire il processo di balcanizzazione finanziaria lungo linee corrispondenti ai confini nazionali, che è apparso una delle conseguenze più evidenti della grande crisi, ove si consideri che l'assenza di una garanzia europea dei depositi mantiene l'onere della protezione dei risparmiatori in capo al Paese interessato.^{[L]_{SEP}}

In definitiva, senza l'assicurazione europea sui depositi, l'Unione bancaria appare non solo una struttura del tutto precaria ed instabile,^{[L]_{SEP}} ma, soprattutto, sembra aver smarrito le proprie origini, o quantomeno “*l'effettiva attuazione del progetto ha preso una direzione diversa*” da quella originaria⁴¹.

Siffatta incompiutezza del processo di Unione bancaria porta a ritenere, per un verso, che ancora non sia venuto meno il richiamato circolo vizioso tra rischio sovrano e rischio banche (l'obiettivo per cui era nata), per l'altro verso che si sia ulteriormente complicata la condizione dei Paesi membri c.d. “a rischio”, avendo le nuove regole

È risparmio anche quello investito in azioni o in obbligazioni non bancarie: perché non garantire anche quelle? (In realtà, ogni tanto qualcuno ci prova, come accadde con Alitalia). L'argomento, poi, non chiarisce chi mai dovrebbe garantire questi “risparmi”, se non la fiscalità generale: con il risultato di togliere denaro anche a chi non ha mai avuto nulla da risparmiare, come tanti contribuenti. Alquanto fumoso (ed espressamente rigettato dalla decisione della Corte di giustizia del 19 luglio 2016) è l'argomento basato sull'articolo 42 della Costituzione, che, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tutela il diritto di proprietà: nel caso di bail in, le azioni, le obbligazioni e i crediti che vengono toccati sarebbero comunque perduti se la banca fallisse. Sarebbe strano sostenere che è legittimo dare zero a un creditore con il fallimento e, invece, incostituzionale fare lo stesso con il bail in”.

⁴⁰ Così S.ROSSI, *Unione Bancaria: risultati raggiunti e prospettive future*, Wolpertinger Conference, Modena, 30 agosto 2018.

⁴¹ *Ibidem*.

unionali contribuito a rendere più farraginoso ed oneroso il salvataggio di una banca anche da parte dello Stato interessato. In altri termini, *“l’Unione bancaria in tal modo non soltanto non mantiene le sue promesse, ma comporta un peggioramento rispetto alla situazione di partenza.”*⁴²

In definitiva, i presunti vantaggi connessi alla vigilanza unica per le banche europee di maggiore dimensione non paiono essere in grado di bilanciare gli effetti negativi derivanti dal nuovo quadro normativo unionale, quantomeno sino a quando non sarà stato completato con un efficace e funzionante sistema di assicurazione comunitaria dei depositi, la mancanza del quale rischia di minare lo stesso futuro dell’Unione Bancaria.

⁴² Ibidem.