

Le incursioni del legislatore "abusivo" e i "luoghi e non luoghi"* della produzione normativa nell'ambito della disciplina europea sui "Non Performing Loans"

di Luigi Scipione

Ricercatore di Diritto commerciale e

Professore aggregato di Diritto bancario e di Diritto bancario dell'Unione europea

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Napoli "Federico II"

*«La vacuità del luogo è negli occhi di chi guarda e nelle gambe o nelle ruote di chi procede. Vuoti sono i luoghi in cui non ci si addentra e in cui la vista di un altro essere umano ci farebbe sentire vulnerabili, a disagio e un po' spaventati»

(ZYG MUNT BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, 2002, p. 116)

ABSTRACT

The european regulator has recently updated the credit enhancement parameters for banks, making them more homogeneous. The definitive version of the Addendum to the Guidelines of the European Central Bank for the management of NPLs was followed by the publication of the measures to reduce the risks associated with impaired loans by the European Commission.

The Addendum, which introduces new prudential requirements, makes the indications of the european Supervision more stringent by estimating the minimum prudential provisioning levels for impaired exposures. To this end, it provides for its own automatic system for the write-down of bad loans, with clear deadlines that differ from those indicated by the Commission.

The most critical observers agree that the proposals made by the European Supervisor go beyond the mandate of the ECB and, therefore, end up interfering with the prerogatives of the European Parliament as the only holder, together with the EU Council, of the legislative function.

In the present paper, a series of arguments will be attempted to show that neither the CRD IV nor the MVU regulation confer on the ECB the regulatory powers necessary to enact binding measures with erga omnes validity.

SINTESI

Il regolatore europeo ha di recente aggiornato i parametri di valorizzazione dei crediti in bilancio per le banche rendendoli più omogenei. Alla pubblicazione delle misure per la riduzione dei rischi connessi ai crediti deteriorati da parte della Commissione europea, ha fatto seguito la versione definitiva dell'Addendum alle Linee guida della Banca centrale europea per la gestione degli NPLs.

L'Addendum, che introduce nuovi requisiti prudenziali, rende le indicazioni

della Vigilanza europea più stringenti attraverso la stima dei livelli minimi prudenziali di accantonamento per le esposizioni deteriorate. A tal fine prevede un proprio sistema automatico di svalutazione delle sofferenze, con tempi netti che si differenziano da quelli indicati dalla Commissione.

Gli osservatori più critici concordano sul fatto che le proposte avanzate dal Supervisore europeo oltrepassino il mandato della BCE e finiscano, pertanto, per interferire con le prerogative del Parlamento europeo in quanto unico detentore, insieme al Consiglio Ue, della funzione legislativa.

Nel presente lavoro si tenterà di prospettare una serie di argomentazioni volte a dimostrare che né la CRD IV né il regolamento MVU attribuiscono alla BCE i poteri regolatori necessari per emanare misure vincolanti con validità erga omnes.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Rafforzamento delle politiche di vigilanza per accelerare la risoluzione degli NPLs e la ristrutturazione del debito: l'evoluzione recente – 3. Le Linee guida della BCE sulle "aspettative" della vigilanza – 3.1. *L'oggetto del contendere: l'Addendum* – 4. Un preliminare inquadramento teorico dei compiti regolatori e di vigilanza della Banca centrale europea – 5. Alcune precisazioni sulla matrice prudenziale e sull'ambito di applicazione delle Linee guida – 6. Confini "porosi" in tema di ripartizione dei poteri e rispetto della *rule of law* – 7. Le accuse imputabili alla BCE: dall'invasione di campo ai "non-luoghi" delle regole – 7.1. *Valenza generale delle Linee guida* – 7.2. *Difformità tra i parametri dell'Addendum e i criteri indicati dalla Commissione* – 7.3. *Sanzionabilità e applicazione di supervisory measures in caso di ingiustificato "disallineamento"* – 8. La linea difensiva della BCE e le "correzioni" all'Addendum: accantonamenti, verifiche e dialogo – 9. Possibili ricadute sistemiche conseguenti ad un'applicazione distonica delle "aspettative" di vigilanza a livello nazionale – 10. Ancora sulla "delocalizzazione" dei poteri legislativi e sull'espletamento di funzioni regolamentari da parte della BCE per il tramite di strumenti di *soft law* – 11. Riflessi sull'indipendenza della BCE e sul rispetto del principio di rappresentatività democratica – 12. Osservazioni conclusive

1. Premessa

A seguito della crisi finanziaria che ha colpito l'Europa, il progressivo deterioramento della qualità del credito ha impattato notevolmente sulla quantità delle esposizioni categorizzate come "non performing loans" (NPLs).¹

¹ Per "crediti *non performing*" si intende un aggregato comprendenti tutti i cosiddetti crediti "problematici", che tra loro si distinguono in base al grado di patologia sottesa e che a fini segnaletici vengono di conseguenza classificati in categorie differenti. La nozione di credito deteriorato è stata per lungo tempo eterogenea all'interno dell'Unione, con inevitabili problemi applicativi da parte della Banca centrale europea e delle Autorità nazionali partecipanti al MVU. Al fine di contribuire alla standardizzazione delle definizioni, l'EBA ha emesso in data 21 ottobre

Il tema della reale consistenza degli attivi creditizi è divenuto ben presto uno degli aspetti fondamentali per la valutazione della solidità delle banche² e della loro idoneità a rispettare i requisiti prudenziali richiesti dalla normativa in vigore.³

Alla crescita dello *stock* degli *assets* problematici e, soprattutto, alla loro persistenza su livelli elevati, hanno fortemente contribuito la lentezza delle procedure giudiziali di recupero, lo scarso sviluppo in alcune economie dell'Eurozona del mercato secondario di tali attivi, sostanzialmente oligopolistico,⁴ nonché altri fattori attinenti alla regolamentazione e alla

2013 le *Recommendations on asset quality review*, dove, al par. 3 – che a sua volta rimandava ai parr. 163-179 del *Final Draft ITS Included EBA/ITS/2013/035* – si afferma che “(...) *forbearance measures consist of concessions towards a debtor facing or about to face difficulties in meeting its financial commitments (financial difficulties)*”. A questo primo *draft* ha fatto seguito il 20 febbraio 2014 un secondo documento intitolato EBA, *Final draft Implementing Technical Standards*, contenente definizioni armonizzate di *forbearance* e *non performing exposures*, poi adottate dall'Unione [Reg. (UE) n.575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, art. 178; Reg. di esecuzione (UE) n.680/2014 della Commissione, del 16-04-2014].

² Il nesso tra l'andamento della congiuntura e la qualità dell'attivo delle banche si è sostanzialmente riflesso in una crescita esponenziale dei crediti deteriorati presenti nei bilanci. Diversi studi indicano che il deterioramento del credito registrato sia nella prima sia nella seconda fase della crisi è attribuibile in larghissima parte alla sfavorevole evoluzione del quadro macroeconomico. In particolare, sulle conseguenze negative che un elevato *stock* di NPLs produce sui bilanci (i.e. compressione degli utili e minore capacità di raccogliere nuove risorse sul mercato), cfr. P. ANGELINI - M. BOFONDI - L. ZINGALES, *The origins of Italian NPLs*, mimeo, Banca d'Italia e Università di Chicago, 2017. Risultati analoghi sono ottenuti da: A. NOTARPIETRO e L. RODANO, *The evolution of bad debt in Italy during the global financial crisis and the sovereign debt crisis: a counterfactual analysis*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 350, 2016; U. ALBERTAZZI - A. NOTARPIETRO - S. SIVIERO, *An inquiry into the determinants of the profitability of Italian banks*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 364, 2016; L.G. CIAVOLIELLO - F. CIOCCHETTA - F.M. CONTI - I. GUIDA - A. RENDINA - G. SANTINI, *Quanto valgono i crediti deteriorati?*, in *Note di stabilità finanziaria e vigilanza*, Banca d'Italia, 3, 2016. In particolare, sulle misure volte alla riduzione delle esposizioni deteriorate, al recupero della redditività e, più in generale, al rafforzamento dei bilanci, cfr. P. ANGELINI, *Do high levels of NPLs impair banks' credit allocation?*, in *Note di stabilità finanziaria e vigilanza*, Banca d'Italia, 12, 2018; A. MIGLIONICO, *Crediti deteriorati. Regolazioni a confronto*, Assiagio, 2018, Capitolo IV.

³ Come risposta alla crisi finanziaria che dal 2008 ha colpito il Vecchio continente, il nuovo contesto di supervisione europea è stato armonizzato, oltre che dal già citato regolamento n.575/2013 (*Capital Requirements Regulation* – CRR), dalla direttiva 2013/36/UE (*Capital Requirements Directive IV* – CRD IV), nonché a livello tecnico dagli interventi della European Banking Authority (EBA), che assicurano l'uniformità delle regole all'interno dei singoli Paesi dell'UE.

⁴ Cfr. I. FERRARO, *Sui crediti deteriorati vanno superate le penalizzazioni: a colloquio con Pier Carlo Padoan*, in *Bancaria*, 4, 2015, p. 91; M. MINENNA, *Il problema dei crediti deteriorati italiani e l'Europa*, in *Social Europe*, 30 settembre 2016, pp. 1 e ss.; cfr. M. COTUGNO, *Credito non performing e forborne exposure: Nuove regole e implicazioni gestionali*, in *Bancaria*, 6, 2016, pp. 79 e s.; P. BAUDINO - H. YUN, *Resolution of non performing loans - Policy options*, FSI Insights on

supervisione bancaria, sebbene al presente tendenzialmente armonizzati a livello europeo nel quadro dell'Unione bancaria.

Per questi motivi, dal 2012 è stata rafforzata l'azione di vigilanza sui crediti connotati da difficile o incerto grado di recuperabilità, dapprima dalla BCE nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) e a seguire dalla Commissione Ue. Sicché, a fronte di un peggioramento della qualità degli attivi bancari e di una copertura inadeguata sono stati richiesti alle banche rapidi interventi correttivi.⁵

A ridosso della pubblicazione della Proposta della Commissione Ue volta a introdurre una serie di regole per la corretta gestione degli crediti *non performing*, nell'ottobre del 2017 la BCE ha provveduto a porre in consultazione una bozza dell'*Addendum* (pubblicato nella versione definitiva nel marzo del 2018)⁶ alle sue Linee guida sugli NPLs.

Secondo una interpretazione rigorosa, interferendo con le prerogative del Parlamento europeo – unico detentore, insieme al Consiglio Ue, della funzione legislativa – l'Autorità europea di supervisione sarebbe “caduta” nell'ambito del primo pilastro, visto che l'*Addendum* introdurrebbe nuovi criteri prudenziali, aggirando la legislazione comunitaria e in particolare quella sui requisiti patrimoniali delle banche.

Inserendosi in questo scontro tra istituzioni, in via interlocutoria il Parlamento Ue ha “preteso” che il Documento della Banca centrale fosse modificato in modo

policy implementation No 3, Bank International Settlements,10/2017; A. MALINCONICO, *La gestione dei crediti deteriorati: l'esigenza di una rifondazione e l'utilizzo di nuovi metodi e informazioni*, in *Bancaria*, 9, 2015, p. 76.

⁵ Prima dell'avvio del Meccanismo di Vigilanza Unico a novembre 2014 e dell'emanazione dei *Technical Standard sulle non performing exposures and forbearance* da parte dell'EBA, l'impianto regolamentare risultava estremamente eterogeneo, con notevoli differenze nazionali in tema di classificazione dei crediti. Per un'accurata disamina al riguardo si rinvia a L.P. DIMITRIOS - A.T. VOULDIS - V.L. METAXAS, *Macroeconomic and Bank-Specific Determinants of Non-Performing Loans in Greece: A Comparative Study of Mortgage, Business and Consumer Loan Portfolios*, in *Bank of Greece Working Paper 118*, 2010. Con riguardo all'Irlanda, un quadro generale è offerto da CENTRAL BANK OF IRELAND, *Non-Performing Loans: The Irish perspective on a European problem*, 2017.

⁶ Entrambe le versioni dell'*Addendum* sono disponibili al link https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.npl_addendum_201803.en.pdf.

sostanziale, tanto da annullare gli effetti in potenza più devastanti per le banche – in particolare quelle italiane – notando come un irrigidimento così drastico della normativa necessitasse comunque di una revisione legislativa in aula.

Per venire incontro a tali rilievi, nella stesura definitiva le modifiche introdotte dal Supervisore europeo all'*Addendum* hanno inteso principalmente porre in risalto la natura "rilevante" e "non vincolante" delle indicazioni in esso contenute. Nella dialettica con gli organi politici dell'Ue, che nel frattempo hanno messo mano alla revisione delle regole bancarie con il *Banking Package*, la BCE ha difeso gelosamente le sue competenze nell'emanare regolamenti in quanto atti propedeutici all'assolvimento dei compiti di vigilanza prudenziale di cui essa è portatrice, sostenendo altresì di avere il diritto e il dovere di rendere note al mercato e agli intermediari le proprie "aspettative". Secondo la stessa Autorità, le misure introdotte andrebbero considerate alla stregua di "*livelli minimi di accantonamento*", finalizzati al trattamento prudenziale degli NPLs e dunque tesi a evitare che consistenze eccessive di crediti non performanti di elevata anzianità e prive di copertura si accumulino in futuro nei bilanci bancari.

A prescindere dal fatto che l'*Addendum* sostanzi o meno un'attività normativa, la vicenda *de quibus* si arricchisce di una valenza refrattiva di temi più complessi, in quanto idonea a stimolare valutazioni di ampio raggio e che, a ben vedere, lambiscono tutte le complesse questioni che agitano il nuovo assetto istituzionale della vigilanza sugli enti creditizi.

Lo spostamento verso l'alto di funzioni di vigilanza e para-legislative costringe l'interprete a rivisitare percorsi già noti di capacità metamorfica del diritto europeo. Snodandosi tra piani di indagine strettamente correlati, nel presente lavoro si tenterà, pertanto, di sviluppare una serie di riflessioni con l'intento: 1) di dimostrare l'incompatibilità (in termini di "disallineamento", se non anche di "conflitto") delle misure (in special modo quelle contenute nella versione iniziale dell'*Addendum*) con le contestuali disposizioni di rango primario formulate in tale ambito dalla Commissione Ue; 2) di chiarire, più in generale, che sul piano costituzionale né la direttiva 2013/36/UE ("Capital Requirements Directive" - CRD

IV) né il Regolamento (UE) n.1024/2013 del Consiglio (Reg. MVU) conferiscono alla BCE i poteri regolatori necessari per emanare misure vincolanti con validità *erga omnes*; 3) di portare alla luce le ricadute di tipo sistematico conseguenti ad un'applicazione a macchia di leopardo sia all'interno che all'esterno del MVU delle Linee guida della BCE.

2. Rafforzamento delle politiche di vigilanza per accelerare la risoluzione degli NPLs e la ristrutturazione del debito: l'evoluzione recente

Benché ad uno stadio ancora embrionale, la strategia elaborata a livello europeo è particolarmente articolata. Prevede *standard* comuni sugli accantonamenti delle banche per crediti in sofferenza allo scopo di fare chiarezza e introdurre maggiore omogeneità; regole per creare piattaforme nazionali volontarie di gestione delle sofferenze bancarie (*bad bank* "di sistema"); provvedimenti per promuovere la vendita di titoli di cattiva qualità sul mercato secondario, risolvendo una perdurante asimmetria informativa; e infine novità normative per migliorare l'efficacia dei diritti fallimentari a livello nazionale.⁷

Sulla spinta delle istanze provenienti dall'approvazione di un corposo piano di azione da parte del Consiglio Ue, a marzo 2017 sono state pubblicate dalla Banca centrale europea le Linee guida sugli NPLs.⁸ A distanza di un anno la

⁷ CONSIGLIO EUROPEO, *Piano d'azione per affrontare la questione dei crediti deteriorati in Europa - Conclusioni del Consiglio*, 11 luglio 2017, n.11173/17 EF 163 ECOFIN 639, con cui sono stati sollecitati alcuni interventi in tema di crediti bancari deteriorati: i) prevedendo da parte del Comitato di rischio sistemico una valutazione dell'effetto delle eventuali misure sulla stabilità finanziaria; e ii) chiedendo alla Commissione di considerare una proposta legislativa sugli accantonamenti necessari per far fronte a un possibile deterioramento dei prestiti futuri.

⁸ BANCA CENTRALE EUROPEA, *Linee guida per le banche sui crediti deteriorati (NPL)*, marzo 2017. La pubblicazione delle Linee guida fa seguito a un processo di consultazione che si è svolto tra settembre e novembre 2016, e i cui risultati sono consultabili all'indirizzo web: https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/publiccons/pdf/npl/npl_guidance.en.pdf. In parallelo anche il Comitato di Basilea (*Prudential treatment of problem assets – definitions of non-performing exposures and forbearance, Guidelines*, 4 April 2017, reperibile al link <http://www.bis.org/bcbs/publ/d403.htm>), era intervenuto sull'argomento al fine di segnalare l'esigenza di dare specifico rilievo al potenziamento delle tecniche di gestione dei crediti deteriorati. Per un approfondimento sulle Linee guida elaborate dalla BCE in questa prima fase cfr. L.A. PONZIO, *Inquadramento della consultazione concernente le Linee Guida per le Banche sui crediti deteriorati avviata dalla Banca Centrale Europea*, in www.dirittobancario.it; F. CALLEGARO, *Le novità delle Linee guida BCE sulla gestione degli NPL. Analisi del documento di*

Commissione europea ha presentato una proposta legislativa in materia di rettifiche sui prestiti deteriorati⁹ (il “Regolamento”, che dovrebbe confluire nel pacchetto CRR2-CRD5) e la BCE ha pubblicato il testo definitivo del cosiddetto *Addendum*.¹⁰ Nel contempo anche l’EBA ha predisposto e presentato per la Consultazione il documento “*Draft Guidelines on management of non-performing and forborne exposures*”¹¹ con la primaria finalità di ridurre l’impatto degli NPEs sui bilanci bancari attraverso una *Supervisory guidance* in grado di assicurare che le istituzioni creditizie gestiscano efficacemente sia le esposizioni NPEs sia quelle *forborne*. Da ultimo viene raggiunto dal Parlamento europeo e dal Consiglio l’accordo politico sulle misure prudenziali per garantire che le banche accantonino fondi a copertura dei rischi insiti nei prestiti futuri che potrebbero degradarsi ed evitare, in tal guisa, l’accumulo di ulteriori esposizioni deteriorate nei bilanci.¹²

Si tratta, a ben vedere, di iniziative parallele e sovrapposte portate avanti da organismi europei diversi per gestire, attraverso un approccio armonizzato, le molteplici criticità legate al problema degli attivi *non performing*.¹³ Questo

consultazione, in *www.dirittobancario.it*, dicembre 2016.

⁹ Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva COM [2018] 135 final 2018/0063, COD*, Bruxelles, 14-03-2018, disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiative/1183/publication/190913/attachment/090166e5b9388d30_en.

¹⁰ BANCA CENTRALE EUROPEA, *Addendum alle Linee guida della BCE per le banche sui crediti deteriorati (NPL): aspettative di vigilanza in merito agli accantonamenti prudenziali per le esposizioni deteriorate*, 20 marzo 2018, reperibile all’indirizzo web: https://www.bankingsupervision.europa.eu/.../npl2/ssm.npl_addendum_draft_201803.

¹¹ Un’analisi particolareggiata dell’impianto del *draft* dell’EBA è fornita da F. CALLEGARO, *La gestione delle non-performing e forborne exposures nelle nuove Linee guida EBA in consultazione*, in *www.dirittobancario.it*, ottobre 2018.

¹² COMMISSIONE EUROPEA, *Unione bancaria: accordo sulle misure per prevenire l’accumulo di crediti deteriorati*, Comunicato stampa, Bruxelles, 18 dicembre 2018.

¹³ In subordine, va segnalato che, in linea con gli schemi della BCE e del *Financial Stability Board*, anche la Banca d’Italia (*Linee guida per le banche Less Significant italiane in materia di gestione di crediti deteriorati*, gennaio 2018, reperibile su https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2017/linee-guida-less-significant/Documento_di_consultazione.pdf), ha emanato le proprie “Linee guida per la gestione delle esposizioni *non performing* espressamente rivolte alla *Less Significant Institution*”. Con tale documento gli enti creditizi sono stati sollecitati a considerare la riduzione dei prestiti deteriorati come una priorità da affrontare in maniera commisurata; sicché, le banche vigilate sono richiamate a “valutare la sostanziale rispondenza del proprio assetto rispetto alle indicazioni fornite e, ove necessario, ad adottare le opportune misure”. Per un primo commento cfr. F. PANETTA, *Italian Banks: where they stand*

overlapping regolamentare è, tuttavia, segno evidente della progressiva dislocazione dei poteri di governo dell'attività creditizia dai livelli di più tradizionale espressione del potere legislativo verso nuovi centri nevralgici, quali la Banca centrale europea¹⁴ e le corti giudiziarie.¹⁵

3. Le Linee guida della BCE sulle "aspettative" della vigilanza e il Regolamento della Commissione

Sulla base di un preciso schema interventistico, le Linee guida della BCE sono rivolte a sviluppare un archetipo di vigilanza organico concentrato soprattutto sulla qualità delle procedure per rafforzare il capitale degli istituti di credito di

and the challenges ahead, Bank of America Merrill Lynch - Italy Day Conference, London, 19 February 2018, in <http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2018/panetta20180219.pdf>. Per vero, la Banca d'Italia si era già occupata del tema delle posizioni deteriorate istituendo con la pubblicazione della Circolare n.284, "Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni delle perdite storicamente registrate sulle posizioni in *default*", un archivio dei dati relativi al recupero dei crediti svolta dalle banche e dagli intermediari finanziari.

¹⁴ In letteratura cfr., *ex multis*, F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2, 2017, pp. 105 e ss.; R. IBRIDO, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, 2017; C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *id.* (a cura di), *La Banca centrale europea. Il custode della Costituzione economica*, Milano, 2017, pp. 1 e ss.; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla "regulation" unica europea*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, I, pp. 391 e ss.; L. TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, in M.P. CHITI e V. SANTORO (a cura di), *L'Unione Bancaria Europea*, Pisa, 2016, pp. 53 e ss.; A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, *ibid.*, pp. 153 e ss.; P. COSTA, *Il ruolo del Presidente della Banca centrale europea tra finzione tecnica e realtà politica*, in *www.costituzionalismo.it*, 2, 2016, II, pp. 59 e ss.; L. LIONELLO, *Il nuovo ruolo della BCE nella crisi del debito sovrano europeo*, in *The Federalist*, 1-2, 2015, pp. 17 e ss.; G. BOCCUZZI, *L'Unione bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015, *passim*; D. BUSCH e G. FERRARINI (a cura di), *European Banking Union*, Oxford, 2015; A. PISANESCHI, *Banca centrale europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati*, in *federalismi.it*, 17, 2014; S. ANTONIAZZI, *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2014, pp. 717 e ss..

¹⁵ Su un piano di riflessione generale cfr. M. PICCHI, *La legittimazione del processo di integrazione costituzionale europea alla luce delle recenti strategie economico-finanziarie: riflessioni sulla composizione dei principi di omogeneità e del rispetto dell'identità nazionale attraverso il dialogo fra Corti*, in *www.federalismi.it*, 19, 2014; F. DONATI, *La crisi dell'euro tra Corti costituzionali e Corte di giustizia*, in *www.federalismi.it*, 17, 2014; I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *www.rivistaaic.it*, 1, 2012.

fronte alle perdite.¹⁶ Il che sta a significare che le diverse opzioni consegnate dal “mercato delle regole” alle banche dovranno essere valutate e gestite secondo gli indirizzi fissati dalla Banca centrale europea.

L’obiettivo di fondo della “Guidance”, che si applica alle banche “significative” dell’area dell’Euro, è quello di contribuire a ridurre l’incertezza dei dettami e delle azioni di vigilanza in *subjecta materia*¹⁷ individuando, attraverso delle “migliori pratiche”, un *framework* comune a tutti gli operatori del settore.¹⁸

Da questo punto di vista, il provvedimento della BCE trova una sua giustificazione nella “prassi internazionale in materia di accantonamenti”, nella necessità di rendere più chiari e trasparenti i bilanci¹⁹ delle banche e nei ritardi che alcune di loro hanno accumulato nel prendere atto delle posizioni in sofferenza facendo le opportune rettifiche.

Nel loro insieme i suddetti orientamenti lasciano trasparire la preminente rilevanza che assume la gestione²⁰ (intesa anche come tempestiva

¹⁶ È dunque assente il riferimento ai *target* quantitativi del 5% e del 2,5% tra crediti deteriorati lordi e netti sugli impieghi, così come era emerso nella bozza discussa nell’ultimo Eurogruppo su proposta di Francia e Germania.

¹⁷ In questi termini v. A. BAGLIONI e R. HAMAUI, *Banche tra Scilla e Cariddi*, in *www.lavoce.info*, 20 marzo 2018.

¹⁸ Cfr. F. CALLEGARO, *I nuovi Implementing Technical Standard dell’EBA in materia di forbearance measure e forborne exposure*, in *Riv. dir. banc.*, 6, 2014, pp. 3 e ss.; M. GIANNANTONIO, *Dai crediti ristrutturati ai forborne loan: premesse, analisi, comparazione ed impatti professionali*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2015, I, pp. 99 e ss.. Già nel luglio 2013 l’Autorità Bancaria Europea aveva pubblicato il documento *Final draft Implementing Technical Standards on Supervisory reporting on forbearance and non-performing exposures*, riportante standard tecnici in materia di esposizioni *non performing* ed esposizioni soggette a misure di *forbearance*, per ridurre i margini di discrezionalità esistenti nelle definizioni contabili e prudenziali applicate nei diversi Paesi. La *ratio* di tali regole era quella di individuare in modo puntuale esposizioni che fossero state oggetto di rinegoziazione o rifinanziamento a causa di una difficoltà del debitore. Ciò avrebbe consentito di agevolare la confrontabilità dei dati a livello europeo e facilitare l’instaurazione del sistema unico di vigilanza.

¹⁹ In estrema sintesi, le Linee guida richiedono agli enti bancari, attraverso una chiara e definita strategia, di formalizzare un livello di NPLs obiettivo da ridurre “*in a clear, credible and feasible manner for each relevant portfolio*”, così BANCA CENTRALE EUROPEA, *Draft guidance to banks on non-performing loans – NPL strategy*, cit., par. 2.1.

²⁰ Alle aspettative della Supervisione riguardo alle strategie di gestione degli NPLs, si ricollegano direttamente indicazioni concernenti la *governance* e l’assetto operativo dell’amministrazione degli *assets* problematici. Vengono investiti altresì gli aspetti rilevanti per le misure di concessione e per la rilevazione di tali crediti, attraverso istruzioni qualitative su accantonamenti e cancellazioni afferenti gli NPLs e alla valutazione delle garanzie. *Si tratta, del resto, di un ambito di intervento della Vigilanza che sta assumendo connotati per molti versi critici e meritevoli di*

identificazione ed assunzione delle determinazioni quantitative nonché applicazione delle opportune misure) delle posizioni fin dal loro primissimo presentare elementi che possano far presagire un potenziale rischio di difficoltà/deterioramento. In tal senso si giustifica l'attenzione alle *performance exposure* cui siano concesse *forbearance measure*.²¹

Il Regolamento della Commissione si applica a tutte le banche dell'Unione europea e prevede, limitatamente ai nuovi crediti erogati che dovessero successivamente divenire deteriorati, la loro integrale svalutazione entro 2 anni nel caso in cui non siano garantiti, ed entro 8 anni nel caso in cui siano garantiti. Per entrambe le tipologie, è prevista una svalutazione inferiore (80 per cento) per i crediti classificati come "*Unlikely to Pay*" (UTP) che non presentino importi scaduti da oltre 90 giorni. La quota di svalutazione non effettuata in bilancio deve essere dedotta dal patrimonio di qualità primaria (CET1).

3.1. L'oggetto del contendere: l'Addendum

Pubblicato all'indomani delle nuove norme sugli NPLs proposte dalla Commissione Ue, l'*Addendum* di marzo 2018 corrobora e integra le Linee guida della BCE.²² Il centro nevralgico della nuova regolamentazione è costituito dal *Prudential provisioning backstop for non-performing exposures*, ovvero una specifica di quelle che sono le aspettative quantitative di accantonamenti minimi all'interno del regime prudenziale.

L'approccio si differenzia, perentorio, dalle prassi precedenti. In particolare, si richiede alle banche in difficoltà nella gestione del portafoglio crediti di procedere

un'approfondita regolamentazione anche sotto l'aspetto organizzativo e gestionale. È proprio con riguardo a tali profili, dunque, che appare spiegarsi l'intervento dell'Autorità comunitaria, che interviene nell'indicazione di elementi strutturali sia macro che di settorializzazione.

²¹ Da questo angolo visuale, la stessa struttura del documento è coerente con l'impostazione che l'EBA ha inteso indicare per la gestione degli NPLs, quale *unicum*, chiarendo come «*the document structure follows the life cycle of NPL management*» e sottolineando la riconducibilità della gestione ad una molteplicità di elementi, pur eventuali per tempo ed accadimento, costituenti, appunto, un ciclo complessivamente inteso.

²² La proposta della BCE del summenzionato *Addendum* risale all'ottobre 2017, la quale, come dice già il nome in sé (*nomina consequentia rerum*), vorrebbe essere una "aggiunta" alle (ovvero un completamento delle) Linee guida del marzo 2017.

secondo tempistiche predefinite e schemi appositamente elaborati. Allo scopo di valutare tutti i rischi a cui la banca è o potrebbe essere esposta, si richiede che gli accantonamenti siano effettuati in maniera graduale (e per di più in modo differenziato in base alle tipologie che necessitano di tempi di lavorazione più lunghi), andando in tal modo oltre quelli già coperti dai requisiti minimi di primo pilastro, che si basano sulla durata del lasso di tempo in cui un'esposizione è classificata come deteriorata (ossia la sua "anzianità") nonché sulle garanzie reali detenute (ove presenti).²³

La svalutazione richiesta è di natura prudenziale: le banche sono incoraggiate ad apportare rettifiche contabili fin dove opportuno e a dedurre dal patrimonio di vigilanza l'eventuale differenza tra queste e quelle indicate dall'approccio di calendario. Gli istituti vigilati, individuate sul piano interno le lacune, possono porvi rimedio sulla base di adeguati piani di azione accompagnati da precise scadenze, da concordarsi con i rispettivi gruppi di vigilanza congiunti.²⁴ Ogni

²³ Sulla gradualità delle azioni volte a ridurre in modo sostenibile gli NPLs all'interno dei bilanci bancari v. A. MALINCONICO e F. PARENTE, *Dalla gestione in outsourcing alla cessione dei Npls: opzioni strategiche e Linee guida della BCE*, in *Bancaria*, 5, 2017. Si richiede che gli accantonamenti siano effettuati in maniera graduale (e per di più in modo differenziato in base alle tipologie che necessitano di tempi di lavorazione più lunghi). La *Guidance* prevede accantonamenti al 100% dopo due anni di anzianità per i non garantiti e dal 40% al 100% con gradualità tra tre e sette anni per i garantiti. Come osservano A. BAGLIONI e R. HAMAUI, *BCE e sofferenze bancarie: l'amaro pungolo*, in *www.lavoce.info*, 10-10-2017, «a fronte dei ritardi che le banche hanno accumulato nel prendere atto delle posizioni in sofferenza facendo le opportune rettifiche, la BCE ha imposto un tempo-limite, entro il quale constatare che un prestito a un soggetto insolvente va svalutato e ammettere che escutere una determinata garanzia dopo un certo numero di anni è di fatto un'impresa impossibile».

²⁴ Cfr. A. BOIANI e A. MONTICINI, *Crediti deteriorati, ciclo economico e rischio bancario*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2016, pp. 14 e s., consultabile al link http://www.assbb.it/contenuti/news/files/OM2_2016.pdf; L. COSENTINO e D. PREVITALI, *Modalità di gestione del credito deteriorato e sviluppo del mercato NPL in Italia*, in *Banche e banchieri*, 2, 2016, pp. 152 e ss.; C. BARBAGALLO, *I crediti deteriorati delle banche italiane: problematiche e tendenze recenti*, intervento al I congresso nazionale FIRST CISL, Roma, 6 giugno 2017; F. PANETTA, *Intervento al Seminario istituzionale sulle tematiche ai non performing loans*, Camera dei Deputati, VI Commissione permanente (Finanze), Roma, 15 maggio 2017. Si tenga presente, infatti, che in presenza di verifiche effettuate dalla autorità di vigilanza, il livello dei crediti deteriorati può aumentare e comportare la necessità di ridimensionare il valore attribuito nei bilanci al relativo patrimonio. Dato che un ingente quantitativo di NPLs, non adeguatamente compensato da capitale proprio, è per il mercato sinonimo di più alto rischio idiosincratice, alla possibile emersione dell'insufficienza dei requisiti patrimoniali fa seguito, da parte della stessa autorità di vigilanza, la richiesta di operare le ricapitalizzazioni necessarie per ricostituire i requisiti patrimoniali stessi.

scostamento dalle Linee guida dovrà essere motivato e accolto dalla BCE.²⁵

In tal guisa, il livello di intrusività dell'azione della Vigilanza verrebbe pertanto graduato a seconda della portata e della gravità delle consistenze dei crediti deteriorati presenti nei portafogli delle banche.²⁶

4. Un preliminare inquadramento teorico dei compiti regolatori e di vigilanza della Banca centrale europea

Ben consci della complessità che connota la nuova architettura di vigilanza europea, per verificare la fondatezza delle riflessioni che di poi si andranno a sviluppare non si può prescindere dal compiere un preliminare inquadramento teorico dei compiti regolatori e di supervisione della Banca centrale europea all'interno del rinnovato quadro giuridico europeo.

La funzione di vigilanza esercitata dalla BCE in seno al MVU, a sua volta gemmato dall'accordo amministrativo centripeto multilivello che ha dato vita all'Unione bancaria,²⁷ si fonda sul mandato costituzionale diretto di cui all'art. 127, par. 6, del TFUE, che consente di conferire all'Autorità monetaria compiti specifici relativi anche alla vigilanza prudenziale delle istituzioni creditizie. Da questa angolazione i Trattati forniscono solide basi giuridiche per lo svolgimento

²⁵ Del resto, non è controvertibile in dubbio che nel porre in essere un'attività ispettiva non si compia una valutazione statistica o in ogni caso arbitraria, bensì una valutazione dei recuperi residui. Pertanto, quanto più ci si allontanerà dalla data di *default* tanto più tali recuperi diventeranno obiettivamente identificabili: nel senso che in sede ispettiva nessuna banca potrà difendere accantonamenti insufficienti.

²⁶ Trovano anche in tal caso applicazione i principi di proporzionalità e rilevanza, ed in tal senso viene evidenziato come alcune previsioni debbano riguardare principalmente le banche con livelli elevati di NPLs. Si veda, a tal proposito, EBA, *Proportionality in Bank Regulation - A Report by the EBA Banking Stakeholder Group*, 16, ove si precisa che «(...) *Treaties (TEU, Art 5(4)). According to settled case-law, the Principle of Proportionality requires that community measures: (1) do not exceed the limits of what is appropriate and necessary in order to attain the objectives legitimately pursued by the legislation in question; (2) when there is a choice between several appropriate measures, recourse must be had to the least onerous; and (3) the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued.*».

²⁷ Bisogna evidenziare, altresì, come la BCE, sentite le autorità nazionali, possa discrezionalmente decidere di avocare a se la vigilanza diretta anche delle banche *less significant* al fine di "garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati" (art. 6, par. 5, lett. b, Reg. 1024/2013); la possibilità di esercitare un siffatto potere condiziona di fatto i comportamenti degli enti creditizi meno rilevanti e, conseguentemente, finisce per incentivare l'allineamento delle prassi di vigilanza da parte delle autorità nazionali.

di tali competenze in quanto consentono all'Istituto centrale di adottare atti vincolanti con cui produrre effetti giuridici nei confronti di terzi al fine di esercitare le competenze conferitole dell'Unione.

Sia l'art. 132 del TFUE che l'art. 34 dello statuto della Banca centrale europea stabiliscono che, nella misura necessaria ad attuare i compiti ad essa conferiti, "la BCE emana i regolamenti". Sebbene il riconoscimento di tale prerogativa si riferisca ad un assetto in cui tale Autorità era investita solo di funzioni di politica monetaria, entrambe le disposizioni potrebbero addirittura suggerire che l'attribuzione di poteri regolamentari discenda automaticamente dal riconoscimento alla BCE di compiti prudenziali specifici, ai sensi del citato art. 127, par. 6, del TFUE (come peraltro precisato dall'art. 25, par. 2, dello statuto della BCE), e ciò anche se il reg. MVU lo non preveda espressamente.

Sul punto vi è ampia convergenza nel ritenere che si è di fronte ad un potere "generale" riconosciuto all'Autorità di supervisione di emanare regolamenti;²⁸ infatti la Banca centrale europea dispone anche di enormi poteri precettivi per riempire degli spazi lasciati "vuoti" dal diritto dell'Unione. Del resto, a confermarlo è anche un'interpretazione funzionale delle disposizioni qui evocate: le opzioni e la discrezionalità delle autorità (nazionali) competenti riconosciute dal "pacchetto" CRD IV/CRR, sono assegnate all'Autorità di controllo in virtù della sua posizione speciale e in particolare tenendo conto dei vantaggi informativi associati con l'attività di supervisione. Orbene, questa posizione privilegiata all'interno del MVU, è stata trasferita, almeno per quanto riguarda le banche significative, alla BCE.²⁹ Sicché, per coerenza con il principio di attribuzione delle competenze, anche il potere regolamentare, da intendersi in senso lato, può

²⁸ Cfr. B. WOLFERS - T. VOLAND, *Level the playing field: The new supervision of credit institutions by the European Central Bank*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2014, 51, p. 1463; L. DONATO e R. GRASSO, *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Oltre il testo unico bancario, verso il Single Supervisory Mechanism*, in *Banca impr. soc.*, 2014, 1, p. 3.

²⁹ L'art. 9, par. 1, del Reg. 1024/2013 afferma che: "Al fine esclusivo di svolgere i compiti conferitole dall'articolo 4, paragrafo 1, dall'articolo 4, paragrafo 2, e dall'articolo 5, paragrafo 2, la BCE è considerata, a seconda dei casi, l'autorità competente o l'autorità designata nella partecipazione Stati membri come stabilito dalla pertinente normativa dell'Unione".

considerarsi ad essa trasferito. E del resto, quasi anticipando tali conclusioni, le esperienze recenti indicano che la BCE ha interpretato la sua “potestà” regolamentare in modo piuttosto ampio.

A seguire, siffatta ricostruzione interpretativa trova ulteriore conferma nell’art. 6, par. 4, del Reg. 1024/2013 che attribuisce alla BCE la responsabilità di svolgere direttamente tutti i compiti di vigilanza del MVU in relazione a entità ritenute “significative”.³⁰ In tale ambito disciplinare le attività di supervisione coprono settori chiave della vigilanza prudenziale sugli enti creditizi per contribuire alla sicurezza e solidità delle banche, nonché alla stabilità del sistema finanziario, mentre solo un numero assai ridotto di altri compiti prudenziali rientrano nella giurisdizione delle autorità nazionali (art. 4 Reg. 1024/2013).³¹

Si tratta, ad ogni buon conto, di poteri esercitabili altresì ai sensi dell’art. 16, par. 1, Reg. MVU,³² allorché si tratti di imporre all’ente creditizio misure necessarie ad affrontare anticipatamente situazioni in cui quest’ultimo non rispetti i requisiti prudenziali imposti dalla normativa rilevante ovvero in cui la BCE disponga di prove sufficienti a ritenere probabile l’imminente violazione di tali requisiti o, ancora, nei casi in cui dal quadro della vigilanza emergano elementi in grado di evidenziare una gestione poco solida dell’istituto o una scarsa copertura dei rischi.³³

³⁰ Ma anche all’interno di questa peculiare attribuzione legislativa di (certe) responsabilità la BCE conserva un diritto di parola in merito ai compiti prudenziali conferitile dal reg. MVU per le banche meno significative, come dimostrato dalla possibilità di «emanare regolamenti, Linee guida o istruzioni generali alle autorità nazionali competenti».

³¹ Per quanto concerne la vigilanza micro-prudenziale, il catalogo dei compiti attribuiti alla BCE comprende, tra gli altri, anche quello di assicurare il rispetto degli atti di cui all’art. 4, par. 3, comma 1, che impongono agli enti creditizi requisiti prudenziali relativi ai fondi propri, alle cartolarizzazioni, ai limiti ai grandi rischi, alla liquidità, alla leva finanziaria, alle segnalazioni e informative al pubblico delle informazioni relative a tali aspetti (art. 4, par. 1, lett. d), Reg. MVU).

³² Tale disposizione riproduce in sostanza il contenuto dell’art. 104 CRD IV, con l’aggiunta del potere di rimuovere in qualsiasi momento i membri dell’organo di amministrazione degli enti creditizi che non soddisfino i requisiti previsti dalla pertinente normativa in materia bancaria, come definita dall’art. 4, par. 3, Reg. MVU.

³³ Più nello specifico, si ricorda infatti che, per contribuire alla sicurezza e solidità delle banche nonché alla stabilità del sistema finanziario, la BCE può esigere dagli enti creditizi, tra le altre cose, il rafforzamento di alcuni dispositivi e processi, che presentino un piano per ripristinare la conformità ai requisiti di vigilanza, che detengano fondi propri in misura superiore a quanto stabilito, che applichino una specifica politica di accantonamenti, che riducano i rischi connessi

5. Alcune precisazioni sulla matrice prudenziale e sull'ambito di applicazione delle Linee guida

Convinta di aver agito solo nell'ambito del secondo pilastro e, quindi, di essere rimasta entro i confini del suo mandato, la BCE ha collocato il proprio intervento "riparatore" (in sede cioè di completamento dell'*Addendum*) principalmente nel solco della rivisitazione e dunque di una conseguente rinnovata interpretazione delle relative disposizioni, relegando sullo sfondo la questione, indubbiamente più determinante, della legittimità del suo *agere*.

Secondo la versione fornita della Banca centrale, l'*Addendum* altro non è se non uno strumento di *soft law* con cui la Vigilanza intende realizzare nel breve periodo un robusto allineamento delle prassi di vigilanza in tale specifica materia³⁴ e che si va, pertanto, ad affiancare all'assetto organico di regolamentazione e controllo degli NPLs varato dalla Commissione Ue.³⁵

Nel rivendicare un suo spazio legittimo d'azione in tale materia, l'Istituto di vigilanza ha avuto cura di chiarire che il blocco prudenziale per gli NPLs, che è stabilito dalla Proposta di regolamento, non impedisce alle autorità competenti di esercitare i poteri di supervisione in conformità con la legge applicabile. La BCE ha sottolineato che, in quanto autorità di vigilanza, ricada su di essa l'obbligo di affrontare le principali vulnerabilità delle banche con modalità coerenti, in modo da assicurare condizioni di trattamento eque e paritarie.

Sempre nel tentativo di puntellare tale linea argomentativa, la Banca centrale si rifà a quanto previsto nella CRD IV, secondo cui le autorità di vigilanza devono valutare e affrontare i rischi specifici a livello di singolo ente creditizio che non

alle attività, ai prodotti e ai sistemi degli enti, che siano tenuti ad obblighi di segnalazione supplementari (art. 16 Reg. 1024/2013). In caso di violazione da parte degli enti creditizi agli obblighi previsti, la BCE può imporre sanzioni amministrative pecuniarie (art. 18 Reg. 1024/2013).

³⁴ Per completezza, va ricordato che anche l'Ecofin aveva adottato una linea prudenziale sul tema raccomandando a luglio 2017 di non coinvolgere nella riforma i crediti non garantiti.

³⁵ In esito dello SREP la BCE può "suggerire" alle banche di rafforzare capitale o liquidità oppure di adeguare l'organizzazione. I suggerimenti si traducono nelle cosiddette *guidance* o *expectation*. I legislatori hanno stabilito che questi *desiderata* fossero distinti dai requisiti obbligatori di primo e secondo pilastro (anche questi ultimi stabiliti nello SREP): le *guidance* non generano obblighi di rispetto tassativo. Tuttavia (e qui torna il tema del *judgment* dei supervisori), le *expectation* devono essere prese molto sul serio.

siano già contemplati o adeguatamente coperti dai requisiti prudenziali obbligatori “di primo pilastro”, previsti dal regolamento sui requisiti patrimoniali (v. *supra*).³⁶

D’altro canto, e non potrebbe essere diversamente, è proprio in forza del *framework* prudenziale vigente che le autorità di controllo valutano e decidono se gli accantonamenti delle banche siano adeguati e tempestivi in una prospettiva prudenziale. Dunque, nel rispetto ossequioso del proprio ambito di competenza, la BCE non ha inteso imporre regole imperative, ma si è limitata a “suggerire” alle banche quello che dovrebbe essere reputato un comportamento prudente.

6. Confini “porosi” in tema di ripartizione dei poteri e rispetto della *rule of law*

Non si dubita affatto che le misure di cui si discute si inseriscano a pieno titolo, in veste di “*prudential backstop*”, nel processo progressivo e continuo di intensificazione dei requisiti patrimoniali richiesti alle banche, volti a fronteggiare i rischi ai quali esse sono esposte (in particolare quello di credito) e ad affrontare in maniera più solida e pronta eventuali futuri *shock* finanziari.

Il che permette di condividere un secondo profilo di convergenza: in una visione d’insieme strumenti di *soft* e di *hard law* mirano entrambi al rafforzamento della disciplina prudenziale e all’accrescimento del livello di armonizzazione delle regole applicabili agli intermediari che operano nel Mercato unico.

Ciononostante, le motivazioni addotte dalla BCE, pur richiamandosi a principi ordinatori noti e ad una chiave sistematica ben identificata, non appaiono facilmente compendiabili nella semplice dicotomia

³⁶ Si consideri, ad es., che, ai sensi dell’art. 6, par. 2, lett. b), del Reg. 1024/2013, allorché necessario per garantire l’applicazione coerente di *standard* di vigilanza elevati, la BCE può decidere in qualsiasi momento, di propria iniziativa, dopo essersi consultata con le autorità nazionali competenti o su richiesta di una di esse, di esercitare direttamente tutti i pertinenti poteri per una o più delle banche partecipanti al SSM. In merito a tale potere “sostitutivo”, cfr. S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell’ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato “chiuso” alla regulation unica europea*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, 4, pp. 391 e ss..

accentramento/decentramento esecutivo, presentando una pluralità di sfumature che rendono sin troppo farraginoso la lettura sopra proposta dell'*Addendum*.

Travalicando le indicazioni che arrivano dai rappresentanti dei governi nazionali, e introducendo parametri diversi da quelli proposti dalla Commissione, le disposizioni della BCE cambiano di fatto le attese di supervisione in regole addizionali generali, alterando in tal guisa la posizione giuridica delle banche vigilate, direttamente chiamate ad applicare soglie minime prudenziali più stringenti e a detenere capitale aggiuntivo, che secondo la direttiva sui requisiti di capitale è in realtà requisito solo opzionale.³⁷ Per dimostrare tale assunto è sufficiente equiparare la fissazione di livelli quantitativi specifici per il processo di riduzione degli NPLs ad una sostanziale modifica dei parametri prudenziali.³⁸ Cosicché, per tal via si giunge alla conclusione, che sembra di poter condividere, che questo effetto è realizzabile soltanto attraverso forme di legislazione primaria e non anche con atti di normazione secondaria riconducibili ad un'autorità di vigilanza.

È evidente che tutto questo vada ben oltre il mandato della BCE che, senza coinvolgere adeguatamente i co-legislatori nel processo decisionale, impone agli enti controllati obbligazioni aggiuntive (adeguamenti dovuti per la copertura integrale delle sofferenze) rispetto a quelle regolamentari sul capitale, per giunta disallineate con le coeve disposizioni legislative in materia emanate dalla Commissione.

³⁷ Per tentare di essere più chiari, si può fare riferimento ad una situazione in cui banche con un patrimonio in linea con le norme Ue, ma che non rispettano la stretta sugli NPLs saranno forzate ad applicare misure restrittive che vanno oltre il quadro legale esistente.

³⁸ Per via del *calendar provision* della BCE, la stagionatura dei crediti deteriorati produce perdite spalmate nel tempo a prescindere dalle specifiche prospettive di recupero. In questo modo la banca, se ha ragione, si trova a realizzare delle plusvalenze a lungo termine, ma dopo aver sofferto un depauperamento del conto economico e del capitale.

7. Le accuse imputabili alla BCE: dall'invasione di campo ai "non-luoghi"³⁹ delle regole

Ma in che modo, allora, la Banca centrale avrebbe invaso il campo del legislatore suscitandone la reazione risentita? Per affinare la metodologia di indagine della realtà normativa che la questione pone, almeno tre aspetti critici meritano di essere segnalati con maggior cura.

7.1. Valenza generale delle Linee guida

Nella versione in consultazione dell'*Addendum* veniva prefigurato un vincolo generalizzato per il sistema bancario nella gestione dei *non performing loans*, mentre una simile attività dovrebbe riguardare casi singoli, cioè svolgersi specificamente banca per banca. Inoltre, le "aspettative" non dovrebbero tradursi in obiettivi automatici e vincolanti.

Se non è revocabile in dubbio che la BCE disponga di ampi poteri precettivi per riempire quegli spazi che si aprono nello svolgimento della sua funzione di supervisore, tuttavia, ciò non le consente di "legiferare", cioè di produrre norme aventi valenza generale. Tant'è che il legislatore europeo si guarda bene dal conferire, tanto con la CRD IV che con il Reg. MVU, alla Banca centrale europea i poteri regolatori necessari per questo scopo.⁴⁰

³⁹ M. AUGÈ, *I non luoghi*, Milano, 1996. Nella contemporaneità "luoghi" e "non luoghi" sono pensati attorno a dei fini, come degli incroci di mobilità. Come precisa M. MAGATTI, *La globalizzazione non è un destino. Mutamenti strutturali ed esperienze soggettive nell'età contemporanea*, Bari, 2001, p. 44, si tratta, principalmente, di una distinzione di atteggiamento e non di sostanza. Nell'esperienza reale, questi spazi «si incastrano, si compenetrano reciprocamente. La possibilità del "non luogo" non è mai assente da un qualsiasi luogo» sulla compresenza nello spazio sociale di luoghi della solitudine, della non permanenza, dell'interazione strumentale e contrattuale. I "luoghi" riguardano uno spazio relazionale identitario storico, cioè uno spazio in cui le relazioni sono sollecitate e sono parte integrante di questo luogo, i soggetti si riconoscono al suo interno e per questo è definito identitario e storico perché gli individui hanno una storia comune o si richiamano ad essa. Il "non luogo" ha caratteristiche opposte, riguarda gli spazi di transito, di attraversamento, che sono pensati a prescindere dalla relazione. Di conseguenza essi non sono identitari, nel senso che non sono spazi in cui ci si riconosce come appartenenti.

⁴⁰ In merito a questi aspetti cfr., per tutti, S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 78 e s.; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2013, pp. 986 e ss.; G. SCHUSTER, *The banking supervisory competences and powers of the ECB*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 4,

Pertanto, proprio a motivo del suo contenuto applicabile in via preventiva e *erga omnes*, l'*Addendum* è parso assumere valenza di atto normativo giacché percepito dalle banche "come un atto che esse devono rispettare nonostante la sua forma".⁴¹

Gli è che la tesi avanzata dall'Istituto di vigilanza sembra essere sconfessata alle fondamenta in ragione del fatto che l'art. 4, par. 3, del Reg. MVU limiterebbe l'estensione del potere regolamentare conferito alla BCE a quelle situazioni in cui il diritto dell'Unione è completo;⁴² interpretazione questa per di più avvalorata, in termini serventi, dal Considerando 34 dello stesso regolamento volto a chiarire che, in caso contrario, la BCE avrebbe la possibilità di fare pieno uso di tale potere. Circostanza che qui non sembra affatto ravvisarsi, visto che nel caso di specie esiste già una competenza concorrente della Commissione Ue, peraltro già annunciata e in procinto di essere emanata.⁴³

2014; T. ZILIOLO, *L'attribuzione delle funzioni di vigilanza alla BCE: aspetti istituzionali*, Milano, 14 maggio 2014, in www.ecb.europa.eu.

⁴¹ A dar conforto alla tesi qui sostenuta, si possono evocare alcuni passaggi contenuti nella ricostruzione fornita dal Servizio legale del Parlamento europeo (European Parliament, *Opinion of the Legal Service*, 8 November 2017, D (2017) 44064; Council of European Union, *Contribution of the Legal Service* del 23 novembre 2017, 14837/17; la documentazione relativa ai chiarimenti avanzati dal Presidente del Parlamento europeo sui contenuti dell'*Addendum*, è reperibile su: www.politico.eu/wp-content/uploads/2017/10/Letter-toPresidentDraghi.pdf; www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.mepletter171013_tajani_.

Nel testo del parere giuridico si spiega chiaramente che la BCE non ha poteri così ampi da poter imporre impegni vincolanti e per tutte le banche. Agli occhi degli esperti giuridici, l'iniziativa nei fatti introdurrebbe nuovi requisiti patrimoniali, aggirando per così dire la legislazione comunitaria e in particolare il regolamento CRR: «l'*Addendum* cambia di fatto le attese di supervisione in regole aggiuntive generali applicabili alle banche, la cui osservanza è assicurata con la minaccia di misure di supervisione», e lo fa «alterando la posizione giuridica delle banche sotto la diretta vigilanza della BCE». Si aggiunga l'ulteriore considerazione per cui la normativa Ue sui requisiti di capitale (anzitutto la CRD IV) assegna alla BCE poteri di supervisione che «sono per natura specifici per ogni banca», e consente pertanto che misure vincolanti debbano essere indirizzate soltanto "in modo individuale". Ma l'analisi si sposta anche a criticare la *Guidance* della BCE nel metodo giacché consentirebbe ad un organismo tecnico di compiere scelte che spetterebbero alla politica europea.

⁴² La BCE può anche adottare regolamenti solo nella misura necessaria per organizzare o specificare le modalità per l'espletamento di tali compiti (art. 4, par. 3, Reg. 1024/2013). Sia i soggetti terzi (cioè le entità vigilate) che le ANC possono essere destinatari di tali atti giuridici.

⁴³ Due interpretazioni di segno contrario, entrambe sorrette da valide argomentazioni riferibili all'impianto costituzionale del "Diritto dell'Unione", sono ampiamente dibattute in letteratura. Tra i tanti, cfr. A. WITTE, *The application of national banking supervision law by the ECB: three parallel modes of executing EU law?*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2014, Vol. 21, n.1, pp. 89 e ss.; L. TORCHIA, *L'Unione bancaria europea: un approccio*

Può essere di aiuto segnalare come le conclusioni cui si è poc'ora pervenuti valgano anche in relazione ai compiti di vigilanza macro-prudenziale, come noto volti a prevenire e fronteggiare i rischi della stabilità complessiva del sistema. È interessante rilevare, infatti che in tale ambito l'art. 5 Reg. 1024/2013 attribuisce alle Autorità nazionali di vigilanza il potere di ricorrere agli strumenti macro-prudenziali previsti dal diritto dell'Unione.⁴⁴ *De residuo* si stabilisce che la BCE può esercitare la sua primazia, avendo la facoltà sia di intervenire, ove lo reputi necessario, con l'applicazione di *buffer* più elevati di quelli imposti dall'Autorità nazionale, sia di applicare direttamente le misure macro-prudenziali, sostituendosi *ex lege* all'autorità domestica ma, si osservi, solo ove questa si sia dimostrata inerte.

continentale?, in *Giorn. dir. amm*, 2015, 1, p. 11; F. GIGLIONI, *European Banking Union as a new Model of Administrative Integration?*, in E. CHITI e G. VESPERINI, *The Administrative Architecture of Financial Integration*, cit., p. 129; P.G. TEIXEIRA, *Europeanising prudential banking supervision. Legal foundations and implications for European integration*, in J.E. FOSSUM e A.J. MENENDEZ (a cura di), *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, Arena Report, N.2/14, p. 568. In particolare, v. M. LAMANDINI, *Limitations on supervisory power 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, Collection of the papers presented at the international conference of September 1-2 2015"*, Frankfurt, December 2015, pp. 4 e ss.. In estrema sintesi, secondo una prima esegesi che considera il "Diritto dell'Unione" (comprese le legislazioni nazionali che esercitano le opzioni degli Stati membri) un corpo di per sé completo di regole primarie e secondarie che abbisognano solo di essere applicate, l'art. 4, par. 3, può essere interpretato come limitativo del campo di applicazione del potere regolamentare della BCE e, pertanto, di stampo principalmente organizzativo. Il potere regolamentare della BCE di cui agli artt. 132 TFUE e 34 del suo statuto va dunque ricompreso entro i limiti dei compiti conferiti all'Istituto centrale e con la portata funzionale della loro attuazione (e "nella misura necessaria"). Considerare, per contro, il "Diritto dell'Unione" incompleto conduce a rinviare alla regolamentazione secondaria, e dunque alle scelte delle autorità competenti, il suo completamento. Secondo questa opinione, l'art. 132 del TFUE e gli artt. 34 e 25, par. 2, dello statuto della BCE devono essere letti congiuntamente all'interpretazione sopra richiamata degli artt. 4, par. 3, e 9 del reg. 1024/2013. La regolamentazione dovrebbe quindi essere effettuata alla luce delle coordinate indicate nel Considerando 34.

⁴⁴ Occorre dar conto anche di un'approccio esegetico particolarmente permissivo, che ritiene che la prerogativa della BCE di adottare regolamenti in materia di vigilanza prudenziale risulta anche in linea con i suoi poteri macroprudenziali. In tal senso v. D. LAMANDINI - D. RAMOS MUNOZ - J. SOLANA, *The ECB Powers as a Catalyst for Change in EU Law (Part II). SSM, SRM and Fundamental Rights*, in *The Columbia Journal of European Law*, 23, 2017, pp. 199 e ss..

7.2. Difformità tra i parametri dell'Addendum e criteri indicati dalla Commissione

La natura intrinsecamente prescrittiva dell'Addendum è dimostrata da una serie di elementi: dalla pubblicità data, dalla precisione estrema delle quantità in gioco (le percentuali di copertura), dai tempi previsti per l'applicazione di tali indicazioni, dall'individuazione analitica delle eccezioni permesse e dagli effetti del mancato rispetto che può risultare nell'applicazione delle suddette misure.

Al centro della *querelle* sono soprattutto le regole ritenute più cogenti. E tali sarebbero quelle relative ai tempi "suggeriti" di rientro dalle sofferenze bancarie. Secondo il teorema accusatorio che qui si intende verificare, il Supervisore Ue, chiamato a far rispettare le regole in materia di crediti deteriorati, allorché decida in autonomia di applicare una soglia differente da quella individuata dalla Commissione, abusa dei propri poteri e, di fatto, emana una nuova regola.

La scelta di indicare termini diversi – sette in luogo di otto per i crediti garantiti e estendibilità (nella prima versione dell'Addendum) delle nuove disposizioni anche alle esposizioni pregresse – non può che essere interpretato come elemento di differenziazione della linea della vigilanza rispetto ai criteri indicati dal legislatore primario.⁴⁵

Per vero, va anche detto che la BCE ha tentato di giustificare il suddetto disallineamento a cospetto dell'esigenza di conformarsi ad un sistema di controllo impostato, tanto sul piano strutturale quanto su quello funzionale, su due distinti livelli (*rectius*, pilastri).⁴⁶ Pertanto, da questo punto di vista, mentre le

⁴⁵ Nel riportare le principali differenze tra l'Addendum e la bozza di Regolamento, P. ANGELINI, *I crediti deteriorati: mercato, regole e rafforzamento del sistema*, Intervento al Convegno "NPL: sfide e opportunità. Requisiti regolamentari, strategie delle banche e dei nuovi operatori", Roma, 9 ottobre 2018, p. 10, pone in evidenza come il testo della BCE «non distingue tra imprese/debitori che hanno interrotto l'attività senza possibilità di riprenderla e dunque di onorare il proprio debito, da un lato, e imprese in difficoltà ma ancora in grado di recuperare una normale operatività se adeguatamente ristrutturate e assistite finanziariamente, dall'altro (la bozza di Regolamento riserva almeno un trattamento più favorevole agli UTP)». Per giunta, questa distinzione, «non è prevista nelle definizioni armonizzate adottate ufficialmente dall'EBA nel 2014/14. I crediti facenti capo a debitori con probabilità di rientro *in bonis* devono quindi sottostare alle stesse regole di accantonamento previste per le sofferenze».

⁴⁶ Si veda l'aggiornamento della sezione "domande e risposte" sul sito della Vigilanza della BCE. Al di là delle critiche sul metodo con cui tale aggiornamento è stato realizzato, non convince la motivazione fornita dalla BCE, secondo cui la scelta di mantenere i sette anni per la copertura

aspettative della BCE, contenute nell'*Addendum* e valide soltanto per le banche *significant*, opererebbero esclusivamente nell'ambito del secondo pilastro (sarebbe a dire in relazione al cuscinetto di capitale aggiuntivo, specifico per ogni singola banca che, in base alla sua condizione patrimoniale, viene "consigliato" al termine della revisione annuale), sul gradino più alto agirebbero i futuri livelli minimi di copertura previsti nell'ambito del primo pilastro (ossia le regole della Commissione che hanno carattere normativo), a tutte le banche (significative e non) e finalizzati a dotare la UE di un presidio contro la sottostima degli accantonamenti.⁴⁷

Come se non bastasse, altro elemento che viene in rilievo, poiché amplifica in misura netta la "distanza" tra le norme varate dalla Commissione europea e il Documento della BCE, può essere individuato allorché si guardi all'ambito oggettivo di applicazione delle Linee guida: la versione posta in consultazione dell'*Addendum* prevedeva svalutazioni integrali non solo per i nuovi crediti deteriorati (a partire dal 2018) che nascono da nuovi prestiti, ma anche per quelli che emergono da prestiti già erogati. Un dato questo che si impone all'attenzione come un chiaro indice rivelatore del tentativo (poi abbandonato) della BCE di voler modificare la regolamentazione esistente in modo retroattivo, con una manovra che, si badi, è concessa soltanto ai legislatori e non anche ad un organismo tecnico.

7.3. Sanzionabilità e applicazione di supervisory measures in caso di ingiustificato "disallineamento"

Ma non è tutto, visto che il quadro disciplinare introdotto dalle Linee guida

totale dei crediti deteriorati garantiti e non allungarla ad otto, è stata dettata dall'esigenza di "valutare tutti i rischi". A tal proposito la BCE ha premura di chiarire che «l'*Addendum* ha carattere complementare rispetto a qualsiasi disposizione legislativa futura dell'UE basata sulla proposta della Commissione europea di affrontare gli NPLs nel contesto del primo pilastro».

⁴⁷ Già in passato la BCE era stata chiamata a fare retromarcia e sempre in tema di secondo pilastro: nel caso di specie l'Autorità di supervisione aveva avallato una versione stringente dei requisiti SREP, che avrebbe innalzato le richieste di capitale e le soglie che le banche devono raggiungere per poter distribuire cedole (secondo la disciplina nota come *Maximum distributable amount* o MDA).

prevede che, in presenza di eventuali scostamenti, spetti agli istituti vigilati dimostrare che gli accantonamenti fissati dal Documento della BCE non appaiono ragionevoli alla luce di altre circostanze conosciute dalle stesse banche.⁴⁸

Asserire che con l'*Addendum* non siano stati introdotti nuovi obblighi è un'assunzione di rilevanza valida solo formalmente, giacché il *calendar provisioning* è sì una pratica consigliata (o una regola se si preferisce) che consente al Supervisore di esercitare il suo potere discrezionale in maniera semiautomatica, ma sposta sulla banca l'onere di provarne l'arbitrarietà (*comply or explain*). Ebbene, proprio questo elemento può *ictu oculi* essere considerato il "cavallo di Troia" con cui la Vigilanza avrebbe tentato di aggirare i limiti al suo mandato: la BCE non "obbligherebbe" nessuna banca ad aderire alle Linee guida dell'*Addendum* (riconoscendo – come visto – di non averne l'autorità), ma "suggerirebbe" agli istituti di credito i comportamenti "virtuosi" cui conformarsi.

Con l'aggiunta che, richiamandosi all'obbligo di rispettare le disposizioni normative e regolamentari vincolanti, così come le norme contabili in materia, nell'*Addendum* la BCE ha cura di precisare che, in presenza di prove sufficienti a ritenere ingiustificata la violazione di tali requisiti, gli scostamenti dalla *Guidance* danno luogo all'applicazione di *supervisory measures*.

Avendo a mente tali coordinate, si può facilmente desumere che il Supervisore intenda riferirsi a quanto previsto dall'art. 104 Dir. 2013/36/Ue, norma quest'ultima che attribuisce alle autorità competenti strumenti cogenti per l'applicazione del Reg. n.575/2013. Così, ad esempio, la BCE potrebbe sanzionare gli istituti ritenuti "inadempienti" innalzando i requisiti aggiuntivi di vigilanza prudenziale di Pillar2, trattandosi di una leva di sua competenza.

Del pari, non si può escludere il ricorso *ratione materiae* all'art. 27 della BRRD

⁴⁸ Come, del resto, è confermato nello stesso documento, ove *inter alia* si ha cura di precisare che, "per quanto possibile", le banche sono tenute a promuovere la rapida convergenza della prospettiva regolamentare e di quella contabile, costituendo tale convergenza un obiettivo della supervisione bancaria da raggiungersi in termini brevi ed univoci (BANCA CENTRALE EUROPEA, *Linee guida per le banche sui crediti deteriorati (NPLs)*, 2017, cit., p. 6).

che autorizza le autorità di vigilanza ad adottare “misure di intervento precoce” ove l’ente vigilato violi o rischi di violare i requisiti prudenziali stabiliti dalla normativa.⁴⁹

8. La linea difensiva della BCE e le “correzioni” all’*Addendum*: accantonamenti, verifiche e dialogo

Per affrancarsi dalle pesanti accuse di condotta “antidemocratica”, la Banca centrale ha tenuto a precisare che l’*Addendum* ha esclusivamente carattere indicativo dato che è privo di forza cogente e di valenza generale. Pertanto, non si tratterebbe di genesi di norma, dato che il suggerimento di vigilanza non può essere codificato come normazione *erga omnes*.

Secondo la linea sostenuta dalla Vigilanza, «non andando in alcun modo a sostituire le fonti giuridiche sovranazionali»,⁵⁰ gli indirizzi contenuti nel Documento hanno come unico obiettivo quello di chiarire le aspettative della supervisione in tema di NPLs, con riferimento alla loro classificazione, misurazione e gestione.⁵¹ Mentre, infatti, il Testo della Commissione prescrive

⁴⁹ Affinché possa procedersi all’intervento, non è necessario infatti che si configuri un’aperta violazione di tali requisiti; piuttosto, prescrive la direttiva, l’autorità di vigilanza può dare il via all’*early intervention* quando sia semplicemente “probabile” che la banca non rientri nei parametri fissati. Resta valido, in ogni caso, il principio secondo cui né l’*an* né il *quomodo* dell’intervento sono determinati, essendo entrambi rimessi alla valutazione discrezionale dell’autorità a seconda della fattispecie di riferimento.

Oltre a quelle già note, poiché previste in passato dall’art. 104 della CRDIV (aumento del capitale; restrizione di rami di attività, disinvestimento di attività più rischiose, restrizione alla distribuzione di dividendi, revisione delle strutture di gestione dei rischi e dei presidi di controllo), le altre misure (elencate all’art. 27) possono prevedere la richiesta rivolta agli organi della banca di: a) destinare i profitti al rafforzamento della base di capitale; b) richiedere il sostegno finanziario infragruppo; c) attuare una o più delle misure previste nel piano di risanamento; d) esaminare la situazione dell’intermediario e formulare un piano d’azione e i tempi di attuazione; e) convocare l’assemblea dei soci – o convocarla direttamente – per deliberare sulle materie poste all’ordine del giorno indicato dalla stessa autorità o di assumere determinate decisioni; f) presentare un piano di risanamento che preveda la ristrutturazione del debito con i creditori; g) revocare o sostituire uno o più amministratori ritenuti inadeguati a ricoprire la carica.

⁵⁰ V. par. 1 dell’*Addendum*.

⁵¹ Cfr. D. NOUY e S. DONNERY, *Introductory remarks to the public hearing on the draft addendum to the ECB guidance to banks on non-performing loans*, Frankfurt am Main, 30 November 2017, reperibile sul sito web: www.bankingsupervision.europa.eu. Si veda, pure, comunicato stampa della BCE, *La BCE definisce le aspettative di vigilanza per i nuovi NPL*, Press release, 15 marzo 2018, che accompagna il documento definitivo.

livelli minimi di accantonamento come requisito obbligatorio applicabile a tutti gli enti creditizi, l'*Addendum* non ha tale carattere ed è alla base ("punto di partenza") del dialogo di vigilanza tra le banche significative e la supervisione bancaria della BCE,⁵² attività che viene comunque attuata "caso per caso".⁵³

Come è stato chiarito, sul piano sostanziale tale approccio mira a conciliare, da un lato, la necessità di mantenere il dovuto rigore sulla complessiva riduzione dei rischi nel sistema bancario europeo e, dall'altro, il bisogno di tenere conto delle specificità delle singole banche in conformità ai principi di proporzionalità e di rilevanza. In tal modo, istituti simili e con entità di NPLs simili su scala europea verranno trattati in modo analogo, giacché le aspettative a livello di singola banca si basano su una valutazione comparata (*benchmarking*) di intermediari raffrontabili,⁵⁴ in cui si prende in considerazione l'attuale incidenza dei crediti deteriorati per l'ente in oggetto e le principali caratteristiche della sua situazione finanziaria.⁵⁵

Da ultimo, per non lasciare margini di ambiguità, visto che il diavolo spesso e volentieri si nasconde nei dettagli, la BCE ha ritenuto opportuno altresì fornire dei riferimenti ben precisi e dettagliati, che riassumono l'oggetto principale della versione definitiva dell'*Addendum*, in quanto volti ad irrobustire la linea difensiva

⁵² V. par. 2.1 dell'*Addendum*. Mentre, infatti, la Proposta della Commissione concernente livelli minimi di accantonamento obbligatori è concepita come un requisito vincolante applicabile a tutti gli enti creditizi, l'*Addendum* non ha tale carattere ed è alla base ("punto di partenza") del dialogo di vigilanza tra le banche significative e la Vigilanza bancaria della BCE, attività che viene comunque attuata caso per caso.

⁵³ Secondo F. CAPRIGLIONE, *Incidenza degli NPL sulla stabilità del sistema bancario. I possibili rimedi*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 3, 2018, p. 228, «(...) è evidente l'opzione per una linea *soft* nel perseguimento dell'obiettivo più volte indicato attraverso un approccio "caso per caso", volto ad evitare situazioni sperequate in quanto consente di attuare un uguale trattamento per tutte le banche dell'area euro».

⁵⁴ Come precisato nel comunicato stampa della BANCA CENTRALE EUROPEA, *Ulteriori passi nella definizione dell'approccio di vigilanza per le consistenze di NPL*, 11 luglio 2018.

⁵⁵ **Sicché**, ad ogni banca sarà assegnata una propria "deadline" temporale che sarà funzione dello stato di salute e del peso degli NPLs presenti nel portafoglio dell'ente creditizio sulla base di una "valutazione comparata di banche simili", tenuto conto del livello del NPL *ratio* e di "altri indicatori finanziari". Visto in quest'ottica, si tratta di un elemento di indubbia flessibilità che dovrebbe consentire al Supervisore di ravvicinare l'asticella temporale per gli istituti più solidi e, per converso, di alzare progressivamente le svalutazioni sui crediti deteriorati (già esistenti a marzo 2018) per le banche che presentano un ammontare (e, aggiungerei, una qualità) di crediti rilevanti maggiore.

ut supra prospettata dalla stessa Autorità: 1) il risultato del dialogo di vigilanza sugli eventuali scostamenti che dovessero emergere in sede ispettiva è incorporato, “per la prima volta” nella valutazione SREP (cioè nella valutazione dei requisiti patrimoniali e della gestione dei rischi di ogni banca) del 2021;⁵⁶ 2) non vi è retroattività dato che le nuove regole sono efficaci su tutti i nuovi NPLs che emergeranno a partire dal primo aprile del 2018, mentre le rigorose “aspettative” sugli *stock* esistenti sono rimandate ad un indefinito futuro; 3) le banche possono beneficiare di un “cuscinetto” di due anni, visto che la svalutazione può iniziare, per i crediti garantiti, solo dal terzo anno per un valore pari al 40% del credito, che crescerà al 55% dopo quattro anni di anzianità, al 70% dopo cinque, all’85% al sesto anno e del residuo 15% nel settimo anno; 4) le indicazioni della Vigilanza devono allinearsi alle decisioni in materia che saranno prese dal Parlamento e dal Consiglio UE proposta della Commissione.

E, in effetti, proprio quest’ultimo punto, più degli altri, rende manifesta la preoccupazione della BCE di ripristinare una riconfigurazione delle Linee guida, ancorché formale (artificiosa?), più rispettosa della gerarchia delle fonti. Insomma, una sorta di salvacondotto che la stessa Autorità di vigilanza ha conferito in dote all’*Addendum* affinché potesse superare indenne le prove di torsione che il vaglio di compatibilità con le disposizioni di rango primario indefettibilmente impone.

9. Possibili ricadute sistemiche conseguenti ad un'applicazione distonica delle “aspettative” di vigilanza a livello nazionale

Nelle intenzioni manifestate dalla Banca centrale europea la pubblicazione di

⁵⁶ La BCE ha dichiarato che valuterà «almeno con frequenza annuale qualsiasi divergenza tra le prassi delle banche e le aspettative in merito agli accantonamenti prudenziali». Nel documento si spiega, altresì, che alle banche sarà quindi chiesto di comunicare alla BCE «qualsiasi divergenza tra le loro prassi e le aspettative in merito agli accantonamenti prudenziali nell’ambito del dialogo di vigilanza SREP [il processo di revisione per singola banca, da cui esce anche il livello di capitale necessario e specifico, ndr] a partire dall’inizio del 2021», ossia al compimento del terzo anno di anzianità dei nuovi crediti deteriorati *post Addendum*. A conclusione di tale confronto, «tenendo conto della situazione specifica di ogni banca, la Vigilanza bancaria della BCE deciderà, caso per caso, se e quali misure di vigilanza siano appropriate (...)».

una *Guidance* in tema di NPLs si è resa necessaria al fine di istituire, all'interno dello scenario di riferimento dell'Unione bancaria, un quadro d'azione trasparente e armonizzato, volto a ridurre l'impatto dei crediti deteriorati sull'operatività delle banche. Eppure, come si è tentato di far emergere nel corso dell'analisi sin qui condotta, questa coerenza sul piano sistematico sembra, al contrario, essere stata per molti versi disattesa dal Supervisore.

Se dogmaticamente si accogliesse per buona questa diversa prospettiva di indagine, sarebbe doveroso segnalare, oltre quanto si è già osservato, anche le difformità che dal punto di vista soggettivo gli ambiti di applicazione dei due corpi disciplinari presentano: visto che quello della BCE si applica soltanto alle banche *significant*, che rientrano per l'appunto, sotto la sua giurisdizione, mentre quello della Commissione ha una portata onnicomprensiva giacché si rivolge al sistema bancario nel suo complesso, non operando in tal caso la distinzione (limitazione) tra banche significative e non.⁵⁷

D'altra parte, consentire alla Banca centrale europea di "legiferare" solo per gli istituti di credito significativi mette a serio rischio la parità di condizioni in ogni Stato membro allorché, come è presumibile che accada, il Supervisore europeo e l'ANC esercitino le opzioni e la discrezionalità loro riconosciute in modo diverso per enti creditizi significativi e meno significativi.⁵⁸

⁵⁷ Si veda BANCA CENTRALE EUROPEA, *Opinion of The European Central Bank of 12 July 2018 on a proposal for a regulation on minimum loss coverage for non-performing exposures* (CON/2018/32).

⁵⁸ Per M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, relazione al XX Congresso Italo-Spagnolo dei professori di diritto amministrativo su *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, Roma, 27 febbraio-1 marzo 2014, il MVU rappresenta "un modello di integrazione operativa e organizzativa tra apparati nazionali ed europei". È evidente che il legislatore, pur riconoscendo alle autorità nazionali poteri di vigilanza diretta, abbia voluto attribuire alla BCE un ruolo di vertice. In tal senso, il sottosistema di supervisione indiretta del MVU può essere classificato come un esempio di amministrazione multilivello basata sull'intervento dell'Ue, in cui l'attore di livello superiore (la BCE) gode formalmente di una posizione sistemica semi-forte e getta un'ombra più corta della gerarchia rispetto al basso attori di livello nel confronto con il sottosistema di supervisione diretta del MVU. Per ulteriori riflessioni cfr. C. BARBAGALLO, *L'Unione bancaria europea*, Intervento alla tavola rotonda organizzata dal NIFA (*New International Finance Association*), su "Verso l'Europa Unita. Gli obiettivi raggiunti, gli ostacoli da superare, le nuove sfide" 6 maggio 2014; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n.73, settembre 2013, *passim*.

Si tenga presente, poi, che la vigilanza diretta del MVU non copre l'intera UE. Pertanto, almeno in una prima fase, l'applicabilità obbligatoria delle Linee guida della BCE è confinata ai soli Stati membri dell'Eurozona, mentre i rimanenti Stati dell'Unione europea dovranno mettere a punto strumenti e procedure simili, ma disegnati per un contesto nazionale.

Come è stato ampiamente enfatizzato in dottrina, questa limitazione impone un vincolo alla posizione sistemica della BCE nel sottosistema della vigilanza diretta del Meccanismo Unico di Vigilanza che si amplifica, in particolare, quando gli Stati membri partecipanti non appartenenti all'area dell'Euro decidono di aderire al MVU su base volontaria (c.d. *opt-in*).⁵⁹ Di conseguenza, poiché gli atti della BCE non sono vincolanti per tali Stati, l'esercizio dei poteri di vigilanza in queste giurisdizioni dipenderà dall'attuazione che, in concreto, ne daranno le rispettive Autorità nazionali competenti (ANC).⁶⁰ Analogamente, la BCE avrà possibilità limitate, in veste di attore di livello superiore, di emettere istruzioni indirizzate sia al personale di vigilanza dell'ANC (tramite un coordinatore *Joint Supervisory Team*) e sia all'ANC nel suo insieme.⁶¹

⁵⁹ Cfr. P.G. TEIXEIRA, *Europeanising prudential banking supervision. Legal foundations and implications for European integration*, in J.E. Fossum e A.J. Menéndez (a cura di), *The European Union in crises or the European Union as crises?*, in *Arena Report Series*, 2014, pp. 527 e ss.; M. CLARICH, *Governance of the Single Supervisory Mechanism and Non-Euro Member States*, in M. MESSORI e E. BARUCCI (a cura di), *The European Banking Union*, Firenze, 2014, pp. 73 e ss.; M.P. CHITI, *The Passage from Banking Supervision to Banking Resolution Players, Competences, Guarantees*, in *The European Banking Union*, cit., pp. 89 e ss.. Ai Paesi della UE estranei alla moneta unica è lasciata la possibilità di aderire (*opt in*), anche con eventuale successivo ripensamento. Si può parlare in questo caso di "un sistema di vigilanza bancaria a geometrie variabili".

⁶⁰ Sulle incertezze che si stagliano con riferimento al riparto di competenze tra BCE e ANC, cfr. D. SORACE, *I pilastri dell'Unione europea*, in M.P. CHITI e V. SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Ospedaletto, 2016, pp. 95 e ss.; R. D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, n.74, 2013, pp. 27 e ss.. Si tenga presente che l'art. 5, comma 2, del Reg. MVU attribuisce all'autorità sovranazionale il potere di adottare, di propria iniziativa o su proposta di un'autorità nazionale, decisioni macro-prudenziali che impongano agli istituti di credito requisiti di capitale più elevati rispetto a quelli applicati dalle ANC ovvero misure più rigorose idonee a fronteggiare gravi rischi sistemici. In tal caso, la decisione della BCE si viene a sostituire a quella precedentemente adottata in sede nazionale.

⁶¹ In particolare, con riguardo al ruolo della BCE come autorità *home* e *host*, cfr. C.V. GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM)*, Nomiki Bibliothiki, Atene, 2015, pp. 137 e ss.; K. LACKHOFF, *How will the Single Supervisory Mechanism (SSM) function?*, in *Journal of*

Su un piano più generale, occorre infatti prendere atto che, se per un verso il tema pilota degli NPLs è di rilevanza sistemica e in quanto tale necessita di una risoluzione a livello sovranazionale, per altro verso la soluzione del problema deve necessariamente essere affrontata all'interno di ciascun istituto di credito qualunque ne sia la relativa dimensione. Si tratta, peraltro, di un'impostazione nel complesso non necessariamente scontata, visto le resistenze volte a privilegiare l'introduzione di misure su base nazionale anche per la gestione di tale fenomeno.

In assenza di regole condivise sull'applicazione della disciplina *de qua* da parte delle diverse autorità di vigilanza e, soprattutto, in mancanza di un regime concertato per la risoluzione delle crisi di banche *cross-border*, la sfiducia reciproca sulla qualità della vigilanza (e, dunque, dei bilanci delle banche) e il disaccordo sulle nuove regole, specie quando siano in gioco gli interessi nazionali, concorrono a porre in discussione lo stesso principio del controllo del Paese di origine.

Sia detto per inciso, per limitare l'azzardo morale e l'eccessiva assunzione di rischi da parte delle banche, in un settore altamente integrato, serve un insieme coerente di regole e poteri sovranazionali nelle diverse aree della vigilanza. Soltanto il loro esercizio comune a livello europeo può sradicare dal sistema le aspettative di salvataggio a livello nazionale. Ciò impone alla Vigilanza di allineare pienamente le proprie aspettative alla normativa definita dai legislatori evitano asimmetrie che genererebbero confusione e sarebbero ingiustificabili sia sotto il profilo prudenziale che sotto quello legale. Le tensioni tra il Parlamento europeo e la BCE e, di poi, tra quest'ultima e le Autorità nazionali di vigilanza sul modo di gestire il problema dei crediti deteriorati rischia in definitiva di accrescere il fenomeno delle aspettative di mercato riguardo alla (in)capacità degli Stati membri e dell'Unione europea di far fronte ai dissesti bancari a livello sistemico, alimentando così il circolo vizioso tra emittenti sovrani

International Banking Law and Regulation, 2014, 29, pp. 20 e s..

e banche e la frammentazione e le distorsioni della concorrenza in tutto il mercato interno.

10. Ancora sulla “delocalizzazione” dei poteri legislativi e sull’espletamento di funzioni regolamentari da parte della BCE per il tramite di strumenti di *soft law*

Dinnanzi alla proliferazione delle fonti che regolano i fenomeni economici, la vicenda in oggetto (ri)propone il problema dell’espletamento *ultra vires* di funzioni regolamentari da parte della BCE per il tramite di strumenti di *soft law*.⁶² In un modello che tende ad assumere una configurazione sempre più verticistica, nella quale cioè si amplia di fatto il peso degli organismi tecnici di vertice, il rilievo della *soft law* che promana da questi ultimi è inevitabilmente destinato ad annacquare la rigida ripartizione di ruoli tra regolamentazione e controlli che ispira l’architettura del sistema europeo, e non solo, di vigilanza. In questo magmatico formarsi di regole (codici?) di condotta, il termine *soft law* ricopre diversi fenomeni normativi che, sebbene abbiano le caratteristiche della legge perché in qualche modo influenzano e restringono la volontà e la libertà dei loro destinatari, non stabilendo una vera e propria obbligazione in capo a costoro e

⁶² Si ricorda che l’attuale regolazione del mercato bancario e finanziario europeo – inquadrabile in quel sistema multilivello originariamente risalente alla procedura “Lamfalussy” – risulta caratterizzata, in primo luogo, dal “livello 1”, nel quale si trova il diritto “derivato” dell’UE, rappresentato dai regolamenti e dalle direttive (cosiddetti “atti di base”). La base legale di tali atti legislativi risiede essenzialmente nel disposto dell’art. 114 TFUE, il quale demanda al Parlamento europeo e al Consiglio dell’Ue l’adozione delle misure rivolte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri dell’Ue, in vista dell’instaurazione e del funzionamento del mercato unico. In secondo luogo, viene in questione il “livello 2”, che comprende, principalmente, il vasto insieme degli *standards* tecnici vincolanti (*binding technical standards* - *BTS*), elaborati dalle *European Authority* a norma dei regolamenti istitutivi e in attuazione di specifiche deleghe del Parlamento europeo e del Consiglio dell’Ue, conferite da atti di “livello 1”. In dettaglio, i *BTS* si suddividono in *Regulatory Technical Standards* (*RTS*) e *Implementing Technical Standards* (*ITS*). Per una più dettagliata disamina del fenomeno si rinvia a S. CAPPIELLO, *Il meccanismo di adozione delle regole e il ruolo della European Banking Authority*, in R. D’AMBROSIO (a cura di), *Scritti sull’Unione Bancaria*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia*, Roma, n.81, 2016, pp. 43 e s.; *id.*, *Le nuove fonti del diritto bancario europeo e il ruolo della European Banking Authority*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen.obbl.*, 1, 2017, pp. 69 e ss.; F. CAPRIGLIONE, *L’ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2015, pp. 56 e ss.; F. CIRAIOLO, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Dir. ec.*, 2011, pp. 2 e ss..

lasciando così spazio solo ad una *soft obligation*.⁶³

Data l'esigenza di schematizzare, l'uso di forme atipiche di regolamentazione si può quindi ridurre a due tipi di situazione: 1) quando non c'è assunzione di alcun reale obbligo; 2) quando nessuna delle condizioni che rendono il modello di condotta quello di un'obbligazione vincolante sono soddisfatte, anche se non è totalmente corretto parlare di norme non sanzionate. Il *soft law* si distingue infatti per una forza giuridica attenuata che presenta una legittimità internazionale che difficilmente può essere negata.⁶⁴

Pur volendo spezzare una lancia a favore della "funzionalità" che in ambito internazionale va ascritta al diritto spontaneo per una corretta e rapida normativizzazione della realtà economica, l'*Addendum* costituisce, senza dubbio, un *corpus* normativo trans-atipico che sarebbe limitativo qualificare solo in termini di mera modalità di produzione di "aspettative" (regole?) di condotta, in quanto completo, alternativo al testo della Commissione e dotato, altresì, di sistemi di cognizione e di meccanismi esecutivi. Si consideri, per contro, che un elemento distintivo che riguarda il contenuto degli atti di *soft law* consiste, come si è appena ricordato, nella presenza di norme di incerta natura che non creano diritti e obbligazioni applicabili, né che sono in contrasto con le norme dei Trattati

⁶³ Il termine *soft law* è comunemente utilizzato per contrassegnare una diversificata tipologia di atti e strumenti, il cui tratto comune è costituito dal carattere "non" vincolante delle regole che in essi vengono poste, benché ad essi vengano comunque riconosciuti effetti giuridici. Si tenga, presente, difatti, che si è di fronte ad un sistema di regole, solitamente di produzione sovranazionale, che si colloca al di fuori del tradizionale sistema delle fonti e, dunque, privo di tutela giurisdizionale propria, eppure in grado di produrre effetti nella platea dei destinatari. Osservando la prassi delle organizzazioni internazionali, si può notare come non sia mancata certo di creatività, riguardo alle forme, alla nomenclatura, al contenuto di questo tipo di atti. Sebbene la varietà di forme sia la caratteristica principale della *soft law* secondo la dottrina è possibile mettere in risalto alcuni elementi comuni a tutti gli atti e le fonti che rientrano sotto questa ampia categoria. Sulla difficoltà di compilare un elenco completo, si vedano, *ex multis*, i contributi di E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, pp. 20 e ss.; K.C. WELLENS e G.M. BORCHARDT: *Soft law in European Community law*, in *European Law Review*, 1989, pp. 267 e ss.; F. SNYDER: *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità Europea*, in *Sociologia del diritto*, 1993, pp. 79 e ss.; R. BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford, 1995, pp. 80 e ss.; A. TAMMES: *Soft law*, in *Essays on international and comparative law in honour of judge Erades*, 1983, pp. 187 e ss..

⁶⁴ Cfr. G. FEUER, *Les différentes catégories de pays en développement. Genèse, Evolution, Statut*, in *JDI*, 1982, p. 8.

o con altre di rango primario; ragion per cui le autorità da cui promanano possono al più nutrire un'aspettativa che esse siano eseguite e rispettate. Anzi, in quanto classico esempio di fonte atipica, la *soft law* quasi mai ha una efficacia ufficialmente riconosciuta, dato che nella gerarchia delle fonti non assume la collocazione né di un trattato internazionale né tantomeno della consuetudine; ma si sostanzia in regole di condotta poste su un livello di non obbligatorietà, nel senso di essere applicabili e sanzionabili attraverso una responsabilità addebitata (riconosciuta) dal sistema.

Di talché se, come sostenuto, di mere "aspettative" si tratta, le indicazioni della BCE dovrebbero limitarsi ad esercitare un effetto di "*moral suasion*" o "*dissuasion*" sulla condotta della banca che non sia stata ritenuta "conforme", senza per questo raggiungere la soglia dei diritti e obblighi vincolanti.⁶⁵ Eppure le Linee guida sono moniti a contenuto complessivo che, essendo generali ed astratte, già ad un esame preliminare si caratterizzano per una quasi-normatività.

Tali atti non vincolano gli operatori, anche se di fatto riescono ad orientarne i comportamenti. Pur riconoscendo che l'adozione di uno strumento *soft* ha un impatto (in termini di oneri per i destinatari) tendenzialmente minore rispetto ad un atto di *hard law*, è nondimeno indubitabile che tale impatto vi sia e che l'adozione di un atto di *soft law* determini pur sempre un ulteriore incremento della complessità della regolazione. Il fatto, tuttavia, che il comportamento dell'istituto di credito sia vietato dall'*Addendum* non vuol dire che esso vada ritenuto *ipso facto* anche illecito.

Lo svolgimento di una preliminare consultazione pubblica, in fin dei conti, ha consentito alla BCE di migliorare e perfezionare gli interventi di *moral suasion* e *dissuasion* dalla stessa predisposti nell'*Addendum*. Le modifiche e le

⁶⁵ Anche se si deve parlare di "qualcosa di più che di una legge senza alcuna obbligazione", l'intensità di tali indicazioni dipende dallo scopo legale che le accomuna e al quale sono dirette. Anzitutto, la *soft law* realizzata in termini di raccomandazione, implica che l'oggetto della regola di condotta in un certo senso scompaia allorché venga assorbito dalla giurisdizione domestica degli Stati, per poi riaffiorare con abiti nuovi in quanto utilizzato come base per emanare una legislazione europea e/o nazionale al fine di rendere effettiva la regola di condotta.

integrazioni alla bozza posta in consultazione, apportate per accogliere le osservazioni dei soggetti consultati e superare i rilievi sollevati dal Parlamento europeo in ordine allo svolgimento *ultra vires* di un'attività legislativa, sono state così rilevanti – sebbene alcune distonie, come si è sottolineato, permangono – da poter scorgere in questo “tragitto” dalla forma ellittica (di andata e ritorno) quasi un meccanismo procedurale di co-decisione tra l'autorità tecnica e il legislatore.

Sul piano metodologico, sia consentito osservare, che il fenomeno descritto dimostra, peraltro, come in assenza di forme di sindacato, raccordabili vuoi al circuito politico-parlamentare vuoi a quello giurisdizionale, anche l'elaborazione della *soft regulation* debba aver luogo nel rispetto del principio del contraddittorio, della trasparenza, della motivazione e della pubblicità degli atti.

11. Riflessi sull'indipendenza della BCE e sul rispetto del principio di rappresentatività democratica

Queste osservazioni necessitano di accompagnarsi a quelle per certi versi più puntuali di matrice istituzionale. La costruzione europea, come è noto, si compone di una rete complessa di organi nella quale esistono centri di autentica autonomia, non soggetti gerarchicamente al comando superiore delle Istituzioni dell'UE, che tuttavia impone di vigilare sul rapporto tra politica e tecnica. Nell'impalcatura complessiva della *Banking Union* e, in seno ad essa, del MVU, oltre alla responsabilità del buon funzionamento dell'intero *framework* disciplinare, la BCE è investita di un complesso di competenze e di poteri tali da enfatizzarne un ruolo non di mero *primus inter pares*, ma di vera e propria egemonia. Tant'è che su un piano squisitamente costituzionale-sostanziale, la Banca centrale europea può considerarsi come un potere a sé, distinto dal potere pubblico democratico, poiché forte di una legittimazione tecnocratica. L'esplicarsi di tale primazia non può venir concettualmente ridotto ad una meccanica applicazione della volontà altrui, visto che, in molti dei suoi snodi, la BCE prende sovente decisioni originanti da scelte indipendenti.

Da questa rafforzata posizione di centralità e indipendenza dell'Istituto di vigilanza, che si somma all'unicità del suo comando quale autorità finanziaria posta al vertice dell'Unione monetaria europea, discende una nuova fisionomia delle sue funzioni che si sostanzia nella responsabilità di definire regole, procedure e strumenti di decisione e azione necessari per volgere all'effettiva integrazione europea e alla più incisiva unitarietà dell'azione pubblica nel governo di fenomeni complessi.

Ciò malgrado, accogliere senza rilievi la ricostruzione fornita dall'Autorità di supervisione espone inevitabilmente ad un duplice rischio: per un verso, si esclude la possibilità di sottoporre a sindacato giurisdizionale le valutazioni tecniche effettuate dall'Istituto di vigilanza anche in materia di requisiti prudenziali; per altro verso, è la stessa Banca centrale europea che finisce per delimitare l'ampiezza dei propri poteri e, di riflesso, la residua sfera di competenza delle Istituzioni europee e degli Stati membri. In altre parole, essa si arroga la prerogativa di decidere autonomamente quali aspetti dell'operatività bancaria rientrano nell'ambito della sua competenza "tecnica" e quali, invece, sono lasciati al vaglio della politica, decidendo "in solitudine", pertanto, dove allocare i benefici e le perdite che ogni scelta normativa indissolubilmente reca con sé.

Orbene, tale ampliamento dell'indipendenza dell'Istituto di vigilanza rispetto a quanto stabilito dai Trattati, non può essere più giustificato come mera emancipazione dal potere politico, ma tende a configurarsi in termini di vera e propria autodeterminazione sul piano giuridico, sia per quanto concerne i presupposti della sua azione, sia per quanto riguarda la dimensione della stessa. Con la conseguenza che, in mancanza di opportuni filtri, la discrezionalità riconosciuta all'Istituto di emissione risulta particolarmente estesa, giacché rivolta non solo all'individuazione del fine, ma anche alla misura e all'ampiezza dell'intervento. Nella materia *de qua* è la BCE, infatti, che analizza quale sia il volume degli accantonamenti necessari a perseguire l'obiettivo del ripristino delle condizioni di corretta rendicontazione in bilancio dei crediti anomali.

L'inversione che è stata prospettata, ossia di un'amministrazione prima creatrice che esecutrice, è in fondo una descrizione della realtà che viene fuori dall'attuale assetto del sistema normativo europeo,⁶⁶ e che vale a "pregiudicare" la riconducibilità di tutte le decisioni di natura politica al circuito degli organi democraticamente legittimati.

Le ragioni di siffatta riallocazione dei centri decisionali – formali o sostanziali – rispetto alle politiche di gestione del problema dei crediti deteriorati espresse dai tradizionali organi a rappresentatività democratica, risentono certamente della tendenza sempre più invalsa che vede nell'abuso del ricorso allo strumento della *soft law* una delle ragioni di fondo dell'indebolimento strutturale del principio democratico.

12. Osservazioni conclusive

A fronte di un assetto istituzionale che necessita ancora di essere adeguatamente strutturato, non v'è dubbio che la vicenda in esame abbia rischiato di rappresentare un evidente e per certi versi lacerante *vulnus* per l'ordinamento comunitario (e non solo) e per la sua architettura di vertice.⁶⁷

Nel corso dell'indagine si sono individuate valide ragioni di diritto e di fatto per ritenere che in concreto la BCE abbia finito per "legiferare in modo arbitrario". La vicenda quivi esaminata dà conto di un evidente scavalco della fondamentale relazione dialettica che deve sussistere tra la dimensione politica e quella amministrativa, dato che le disposizioni in commento sembrano rispondere alla volontà (celata) di ottenere lo stesso risultato di una modifica formale dei requisiti di capitale obbligatori (che può essere decisa solo da

⁶⁶ Quest'opzione interpretativa, che prende anche atto della tendenza dell'amministrazione a farsi "creatrice" del diritto, muove dall'idea che, nella complessa società attuale e di fronte al fallimento del modello tradizionale della democrazia "rappresentativa", sia inevitabile una fuga dalle fonti "classiche", per inventare nuovi spazi e nuovi paradigmi decisionali.

⁶⁷ Altra perplessità che, sebbene non sia stata affrontata in questo scritto, merita comunque di essere segnalata, è su come potrà conciliarsi una filosofia di intervento palesemente dirigistica e di stampo pubblicistico con un impianto che è e rimane – almeno formalmente e vieppiù sostanzialmente sul lato della gestione degli attivi problematici – privatistico (e liberistico?).

Consiglio e Parlamento su proposta della Commissione). Opinione questa che, peraltro, pare ancora più fondata allorché si guardi alle conseguenze in termini “punitivi” che, dall’applicazione di questa nuova metodologia di trattamento contabile degli *assets* problematici, la BCE dichiara di voler far discendere per le banche interessate.

Certo, se si abbandona il piano della teoria e dei principi e ci si sposta sul livello della prassi, l’assolutezza di quanto si è tentato di affermare, secondo cui il contenuto dell’*Addendum* non può dare luogo alla creazione di diritti e obbligazioni vincolanti (per giunta in contrasto con le regole della Commissione), dovrebbe forse essere temperata. La trattazione di questo caso e gli sviluppi legati alla sua applicazione dimostrano già da ora come le potenzialità e gli effetti concreti di questo tipo di atti siano tutt’altro che semplici o scontati. Tuttavia, se ci si allontanasse dalla ricostruzione qui prospettata, il pericolo più evidente sarebbe quello di legittimare l’uso di poteri regolamentari sovranazionali che, sotto le mentite spoglie di strumenti di valutazione tecnica, mirano in realtà a conformare le modalità di valutazione dei presidi patrimoniali a copertura dei rischi di mercato.

Ben al di là della definizione di un quadro regolamentare comune, le Linee guida consentono all’Autorità sovranazionale di influenzare l’operato dei regolatori domestici, in particolare la loro capacità di distinguere attività rischiose da attività che non lo sono. Come si è tentato di mettere in luce, la definizione e implementazione di criteri non sempre uniformi e coerenti della regolazione a livello di primo e di secondo pilastro rischia di tradursi, oltre che in incertezze e difficoltà per gli operatori economici che agiscono in un contesto integrato, anche in inevitabili battute di arresto di quel processo di configurazione di ciascun ordinamento in senso pienamente recettivo delle potenzialità espresse dall’introduzione di *standard* coerenti con la dimensione ultra nazionale dei fenomeni economici.⁶⁸

⁶⁸ L’intervento riservato della BCE nell’ambito del SREP, se da una parte solleva vibranti critiche nella misura in cui pone l’accento esclusivamente sui requisiti patrimoniali penalizzando, in

Benché, per un verso, l'*Addendum* segni un avanzamento sul piano dell'efficienza tecnica, dall'altro, esso contribuisce al processo di progressiva erosione degli spazi tradizionalmente occupati dall'autodeterminazione degli organi a rappresentatività democratica.

In questo scenario, la dialettica tra centralizzazione e decentramento decisionale diviene ogni giorno più aspra e il progetto di una *governance* multilivello, in grado di rafforzare la cooperazione e il coordinamento tra i diversi centri di decisione politica e di regolazione, mostra segni evidenti di crisi.

Emerge, in prospettiva, lo spauracchio di un più o meno vistoso ed esteso "commissariamento" della politica che, da forme di contaminazione e integrazione tra organi tecnici e politici, può giungere ad una vera e propria sostituzione dei primi ai secondi.

In futuro occorrerà ragionare a fondo sulla trasformazione del sistema delle fonti, sulla possibilità di rinunciare del tutto al rapporto fra questo e il principio della separazione dei poteri per indirizzare i regolatori verso nuovi equilibri di sistema. Le riflessioni che in questa sede si sono formulate non possono che auspicarne la riconformazione nel segno di un primato che, affermandosi soltanto "nella" e "per la" relazione, conduca a (ri)attivare all'interno del sistema dinamiche di tipo circolare. Mai prima d'oggi i "non luoghi" hanno occupato tanto spazio!⁶⁹

special modo, gli intermediari italiani, dall'altra lascia aperte numerose questioni di altro genere. Basti guardare, per averne una chiara evidenza, agli effetti del diktat BCE sui crediti di Mps nella bozza della lettera inviata all'istituto senese il 5 dicembre 2018.

⁶⁹ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari, 2002, p. 113.