

Introduzione

I RAPPORTI TRA CRISI, DISCIPLINA DI MERCATO ED INTERVENTO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Crisi del settore bancario ed evoluzione del quadro in materia di aiuti di Stato. – 2. Il grado di integrazione previsto dalla BRRD e dal regolamento SRM nella cornice degli aiuti di Stato. – 3. Premesse di metodo e struttura dell'opera.

1. Crisi del settore bancario ed evoluzione del quadro in materia di aiuti di Stato.

Nel corso degli ultimi decenni le regole sugli aiuti di Stato hanno assunto una connotazione sempre più stringente in riferimento all'intervento pubblico nell'economia, ai rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea nonché alla tutela della concorrenza nel mercato comune.

È noto, altresì, che la strada del sostegno pubblico, nel contesto complessivo del diritto europeo, costituisce un'opzione difficilmente percorribile, storicamente segnata da innumerevoli difficoltà, come ampiamente segnalato dalla dottrina¹. Tuttavia, il campo di applicazione della disciplina di cui agli artt. 107-109 del Tfe ha subito una significativa dilatazione vuoi con riferimento ai contenuti, vuoi per quanto concerne i settori destinatari della stessa. Se difatti si guarda all'esperienza recente, il tema degli aiuti di Stato è quello che ha maggiormente condizionato il problema della risoluzione delle crisi bancarie.

La materia degli aiuti di Stato, che non ha sempre ricevuto adeguato riconoscimento rispetto ad altre diramazioni del diritto comunitario, ha assunto maggiore rilevanza nell'ottica di allineare ai parametri comunitari le politiche di salvataggio, integrandole in una economia di mercato nella quale tutte le

¹ Cfr., *ex multis*, G. STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea – Parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 383 s.; G.M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1997, p. 93; A. PISAPIA, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, Cedam, Padova, 2012, p. 2 s.

imprese, pubbliche e private, finanziarie e non, sono tenute a rispettare le medesime regole².

Cosicché, la necessità di arginare la responsabilità fiscale degli Stati a fronte di fallimenti di operatori privati ha portato a quello che è parso il riavvicinamento di una regolamentazione speciale ai canoni del mercato. Dinnanzi alla virulenza degli eventi e al dispotico impatto dei dissesti finanziari anche sull'economia reale, ricoprendo un ruolo di supplenza la Commissione europea si è eretta a paladina della salvaguardia dell'interesse pubblico alla stabilità del sistema bancario.

In particolare, la crisi finanziaria ha rafforzato lo stigma della "inevitabilità" del sostegno pubblico in caso di eventi patologici di rilevanza sistemica, in adesione ad un paradigma in cui la formalizzazione dell'intervento statale, secondo gradazioni e modalità diversificate³, assurge a momento necessario per il superamento della crisi stessa.

Pur nel presupposto che si dovesse limitarne al minimo l'impatto sulle dinamiche competitive, le conseguenze di tale approccio si sono rapidamente palesate. La distonia riscontrata è da ricondursi principalmente alle modalità di realizzazione degli interventi pubblici di soccorso alle banche, interventi che a livello sistemico si sono sovrapposti all'entrata in vigore delle norme europee in tema di vigilanza unica europea e di risoluzione accentrata degli enti creditizi.

Di modo che adattare i principi e le regole generali che informano il tema della concorrenza alle esigenze emerse a seguito dell'innescarsi delle insolvenze bancarie è risultato un passo decisivo. Le ragioni della politica e quelle dell'economia si sono «di volta in volta, combinate nella realtà sovranazionale, segnando vuoi la prevalenza delle une sulle altre; vuoi un loro temperamento e un'osmosi reciproca, in sintonia con la parallela evoluzione della costituzione economica europea nel suo complesso»⁴. Il protrarsi dell'emergenza finanziaria ha infatti spinto a (ri)considerare le norme sugli aiuti di Stato come un'occasione di "positivo" sincronismo delle politiche economiche anziché, in

² In proposito cfr. F. MARTUCCI, *L'Union ancaire*, Collection: "Droit de l'Union européenne", Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 89 ss.; I. VISCO, *Il completamento dell'Unione bancaria e il finanziamento dell'economia reale*, Intervento alla "Conferenza interparlamentare di cui all'art. 13 del Fiscal Compact", Camera dei Deputati, Roma, 30 settembre 2014; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario della Ue dopo la crisi*, Utet, Torino, 2014, *passim*.

³ Constatata l'impossibilità di far fronte agli effetti della crisi con gli strumenti tradizionali, si è fatto ampio ricorso a soluzioni imperniate essenzialmente su interventi statali di ricapitalizzazione delle banche, riallocazione della proprietà, rilascio di garanzie.

⁴ Così G.L. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 3.

un'accezione qui si "negativa", come parametro di mero controllo dell'aderenza delle misure di salvataggio alle previsioni del Trattato⁵.

Di talché, nell'analisi dei profili di disciplina che modellano il regime normativo del ricorso al finanziamento pubblico, l'intreccio delle finalità testé richiamate si amplifica a tal punto che la ricostruzione del dibattito su tali tematiche non può esimersi dal richiamare finalità e istituti che afferiscono al modello interventistico vigente e che scaturiscono dalla interazione tra regole sugli aiuti di Stato e disciplina della prevenzione e risoluzione della crisi bancaria.

2. Il grado di integrazione previsto dalla BRRD e dal regolamento SRM nella cornice degli aiuti di Stato.

Storicamente il diritto delle crisi bancarie e la disciplina degli aiuti di Stato si sono evoluti lungo direttrici diverse e non sempre coincidenti. Il moderno edificio relativo alla gestione delle insolvenze in ambito finanziario deve opportunamente inquadrarsi quale parte di un disegno di più ampia portata volto a rilanciare il processo di integrazione e a progettare una *governance* europea nel settore della finanza⁶. Un assetto in sintonia con l'idea espressa dalla

⁵ V. COMMISSIONE UE, *Report on Competition Policy*, 2011. Tant'è che nel 2011, a fronte di un peggioramento delle condizioni finanziarie nella zona euro, con l'emergere di un "doom loop" perverso tra le crisi sovrane e bancarie, il Consiglio Ecofin ha riconosciuto che il controllo degli aiuti di Stato rappresentasse l'unico strumento di coordinamento disponibile a livello dell'Ue per salvaguardare la stabilità finanziaria e garantire al contempo condizioni di parità nel mercato interno incoraggiando le banche in difficoltà a ristrutturare e ripristinare la loro redditività.

⁶ Per una panoramica dell'ampia letteratura in materia cfr., *ex plurimis*, S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 79 ss.; L. TORCHIA, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, *ivi*, 2015, 1, p. 11 ss.; F. GIGLIONI, *European Banking Union as a New Model of Administrative Integration?*, in E. CHITI, G. VESPERINI (eds.), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 123 ss.; P.G. TEIXEIRA, *Europeanising Prudential Banking Supervision. Legal Foundations and Implications for European Integration*, in J.E. FOSSUM, A.J. MENENDEZ (eds.), *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, Arena Report, n. 2/14, p. 527 ss.; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n. 73, Banca d'Italia, Roma, 2013, p. 7 ss.; L. DONATO, R. GRASSO, *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Oltre il Testo unico bancario, verso il Single Supervisory Mechanism*, in *Banca impr. soc.*, 1, 2014, p. 3 ss.; C. BRESCIA MORRA, *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA*, Luiss-Guido Carli, Working paper n. 2/2014, p. 1 ss.; M. LAMANDINI, *La riforma dell'ordinamento finanziario europeo: quali cure per i fallimenti di mercato, i fallimenti istituzionali e i fallimenti sovrani?*, in G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico finanziaria e intervento dello Stato: modelli comparati e prospettive*,

Commissione, secondo cui il quadro delle regole definito dal diritto della concorrenza e degli aiuti di Stato deve costituire il fulcro della soluzione alla crisi bancaria e non parte del problema⁷.

Se si riguarda alla profondità dell'intervento regolatorio nei meccanismi di mercato, si nota come dopo decenni di progressiva deregolamentazione dell'economia – e, in special modo, del settore bancario – il legislatore sia tornato ad intervenire in modo consistente: la normativa è infatti ricomparsa come un elemento centrale – seppur neutrale, almeno nelle intenzioni – nelle scelte economiche degli intermediari bancari⁸. Questo parziale cambiamento di rotta è spiegabile constatando che in momenti di crisi la libera concorrenza si pone in contrasto con la necessità di stabilizzare il mercato: la grande sfida della legislazione in materia di risoluzione delle crisi bancarie è proprio quella di evitare il dissesto degli intermediari non efficienti o permetterne la fuoriuscita, senza che questo arrechi gravi pregiudizi alla collettività⁹.

Le riforme adottate in una prospettiva paneuropea hanno, pertanto, favorito un approccio alla preservazione della stabilità sistemica improntato al rispetto dell'integrazione del mercato, tutelando al tempo stesso sia i depositanti sia i contribuenti. All'interno dell'apparato disciplinare della *Banking Union*¹⁰, la

Giappichelli, Torino, 2012, p. 51 ss.; CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH, *Cross-Border Banking in Europe: Implications for Financial Stability and Macroeconomic Policies*, 2011, disponibile sul sito web: www.cepr.org.

⁷ Si veda, in merito, il discorso dell'ex Commissario europeo per la concorrenza N. KROES, *EU State Aid Rules – Part of the Solution*, SPEECH/08/679, 5 dicembre 2008.

⁸ Cfr. E. BANI, *Concorrenza e delimitazione dell'attività bancaria: la regolazione finanziaria «ripensata» alla luce della crisi*, in G. COLOMBINI, M. PASSALACQUA (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 356; A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del Meccanismo di Risoluzione Unico*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 5, 2015, I, p. 611.

⁹ COMMISSIONE UE, *European Financial Stability and Integration Report 2010 and 2011*.

¹⁰ L'Unione Bancaria è concepita come lo strumento necessario per affrontare la causa fondamentale dell'instabilità finanziaria in Europa, in quanto deputata a interrompere il circolo vizioso dell'instabilità finanziaria che dalle banche si propaga ai governi e da questi alle banche, sottoponendo queste ultime alla stretta regolamentazione e supervisione ma anche alla rete di sicurezza della BCE. Questo imponente e articolato impianto disciplinare si compone di tre pilastri: 1) il “Meccanismo di vigilanza unico” (nella terminologia inglese *Single Supervisory Mechanism* – “SSM”), che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (istituito con regolamento Ue del Consiglio n. 1024 del 15 ottobre 2013); 2) il “Meccanismo unico di risoluzione” (nella terminologia inglese *Single Resolution Mechanism* – “SRM”), disciplinato da due distinti ma coordinati provvedimenti: (i) la direttiva del 15 maggio 2014, n. 59 (*Bank Recovery and Resolution Directive* – “BRRD”), che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese d'investimento, e (ii) il regolamento Ue del Consiglio del 15 luglio 2014, n. 806, che fissa le norme e una procedura uniforme per la risoluzione

questione della ristrutturazione e della regolazione degli aiuti di Stato si intreccia con i presupposti teorici e i problemi tipici del processo di integrazione europea: tocca il tema della sovranità e del trasferimento di attribuzioni e poteri alle istituzioni sovranazionali, impone una rinnovata riflessione circa le relazioni e gli equilibri tra i diversi livelli ordinamentali, mette in gioco un delicato bilanciamento tra esigenze di uniformità dell'azione dei pubblici poteri e garanzia del pluralismo e delle diversità nazionali.

Ben oltre le critiche che possono sollevarsi riguardo alla tempistica con cui si è dato vita a questo articolato processo di trasformazione degli apparati interventistici, l'approdo «sembra iscriversi esattamente nel più generale ridisegno delle strutture del mercato dell'Unione europea. Al quale anche il comparto del credito, nonostante il ruolo strategico e sensibile che gli è proprio, non sembra, pertanto, fare eccezione»¹¹.

Il tema quivi affrontato è, almeno in parte, differente e più ampio rispetto a quello – per quanto già noto e dibattuto – che ha portato in breve tempo allo sviluppo di una notevole elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che può essere intesa come *ouverture* ad una nuova stagione di riforme.

In particolare, la disciplina degli aiuti di Stato consente di evidenziare una innegabile metamorfosi nella materia delle crisi bancarie sia con riferimento alla politica comunitaria, sia con riguardo all'impatto che ne è scaturito negli ordinamenti domestici.

Mentre, infatti, in seno all'Unione bancaria, il Meccanismo unico di prevenzione e risoluzione delle crisi prendeva forma, la regolamentazione degli aiuti di Stato – come attuata dalla Commissione –, proprio in quanto percepita come non particolarmente interessata ai salvataggi, ha finito per forgiare parte dei nuovi dispositivi e dei principi che sono alla base delle attuali procedure di gestione delle crisi.

Al tempo stesso la tematica degli aiuti di Stato si è modellata nella resilienza di un tessuto giuridico e nella sua capacità di funzionare in un mutato ambiente istituzionale, quello appunto nascente dell'Unione bancaria e, in seno ad essa, del Meccanismo unico di risoluzione¹².

degli enti creditizi e di talune imprese d'investimento; 3) il “Sistema comune di assicurazione dei depositi bancari” (*European Deposit Insurance System* – “EDIS”), che mira a ridurre il rischio di un effetto *spill-over* dei dissesti bancari sulla stabilità finanziaria dell'Ue [proposta di regolamento (COM(2015) 586)].

¹¹ Così S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, cit., p. 83. Al riguardo – osserva F. NELLI FEROCI, *Lavori in corso per le banche europee*, in *Affari internazionali*, 23 luglio 2013 – in un mercato integrato, la creazione di un meccanismo di risoluzione unico «è lo strumento più idoneo per minimizzare le perdite conseguenti a una crisi bancaria».

¹² Per un primo esame della interazione fra regole sugli aiuti di Stato e norme sulla risol-

Benché numerosi siano gli obiettivi di politica pubblica che il *corpus* degli aiuti di Stato e quello della BRRD condividono¹³, non sempre coincidenti sono gli interessi sottostanti ai due apparati regolatori. A tal punto che è proprio l'interazione ricorrente e spesso oscillante tra regole ispirate alla concorrenza e modalità di gestione delle crisi a divenire il tratto caratterizzante il processo di modificazione formale e sostanziale delle istituzioni dell'Unione europea¹⁴.

Di fronte al rischio che gli Stati membri possano intraprendere azioni divergenti tali da pregiudicare reciprocamente gli interessi degli altri Paesi in caso di crisi, l'obiettivo normativo della stabilità finanziaria per tradursi in quadri comuni necessita di una maggiore integrazione giuridica. Il fine della stabilità finanziaria, che sta al centro della nuova architettura della regolazione europea, da un lato, e l'obiettivo della salvaguardia del mercato unico fondato su condizioni paritarie di concorrenza (*level playing field*), dall'altro, richiedono bilanciamenti che si sono rivelati particolarmente difficili in questi frangenti: sia allorché si è delineato un quadro comune di regole sulle crisi, sia per via della prassi interpretativa, cui sopra si accennava, varata dalla Commissione europea.

E, in effetti, proprio perché sul piano teleologico i due impianti disciplinari sembrano convergere, alcune delle loro disposizioni spesso finiscono per intersecarsi o dare origine a potenziali aree di interferenza che rilevano la fallacità delle due serie di norme allorché si tratti di affrontare le problematiche connesse alla gestione di crisi sistemiche.

D'altro canto, il processo di unificazione delle regole non ha avuto origine da scelte consapevoli e predeterminate, anche perché è stato generato come reazione improvvisa che ha pertanto faticato a rimettere ordine in una stratificazione normativa imputabile ad una moltiplicazione delle fonti e quale precipitato delle varie soluzioni volta per volta adottate dalle autorità competen-

zione cfr. M. SCHILLIG, *BRRD/SRM, Corporate Insolvency Law and EU State Aid Law: the Trifurcated EU Framework for Dealing with Banks in Distress*, in G. LO SCHIAVO (eds.), *The European Banking Union and the Role of Law*, Edward Elgar, Cheltenham (Northampton, MA), 2019, p. 238 ss.; I. KOKKORIS, R. OLIVARES-CAMINAL, *Resolution of Banks and the State Aid Regime*, in J.H. BINDER, D. SINGH (eds.), *Bank Resolution: the European Regime*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 299 ss.

¹³ In questi termini cfr. R. OLIVARES CAMINAL e C. RUSSO, *Precautionary Recapitalisation: Time for a Review?*, in *Depth Analysis*, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies/Economic Governance Support Unit (IPOL/EGOV), July 2017, p. 13; N. VÉRON, *Precautionary Recapitalisation: Time for a Review*, in *Policy Contribution-bruegel.org*, 21, July 2017, p. 5, che, sul punto, sottolinea: «Especially, out of interinstitutional loyalty and dynamics, the Commission will of course make sure to not even implicitly overrule the ECB's assessment of solvency».

¹⁴ Cfr. D. GERARD, *Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, not of the Problem*, in *Global Competition Review*, December 2008, p. 4, reperibile all'indirizzo web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1330326.

ti¹⁵. In special modo, nella pratica applicazione le questioni interpretative sorte hanno reso complessa l'attuazione delle norme.

Detto in altri termini, sembra essere venuta meno quella imprescindibile simmetria (tendenziale e ideologica) che deve sussistere fra la materia oggetto di normazione e l'ambito materiale "reale". A tal punto che per ogni situazione fattuale si è assistito alla coniazione di interventi normativi *ad hoc*, spesso disomogenei e non sempre allineati rispetto al quadro di riferimento¹⁶.

3. Premesse di metodo e struttura dell'opera.

Da queste prime note ricostruttive sembra emergere un dato costante che insidia la materia degli aiuti di Stato e, in particolare, lo studio della sua disciplina e applicazione. Il dato, trasversale a diversi momenti storici – dall'imperversare della crisi alla gestione dell'uscita dall'emergenza – e a differenti contesti ordinamentali – da quello nazionale a quello europeo –, su cui focalizzare l'attenzione è costituito dalla difficoltà di dare ordine a processi evolutivi talora disordinati e spesso turbolenti, di sistemare regole e istituti derivanti da normative di settore stratificate e frammentarie, di interpretare l'elemento giuridico allorché questo tende a confondersi e a sovrapporsi con complesse considerazioni di carattere economico-finanziario e con inevitabili condizionamenti di natura politica.

Considerata la forte innovatività dei congegni di risoluzione delle crisi introdotti dalla BRRD, l'intento del presente lavoro è quello di tracciare un percorso che conduca ad individuare elementi utili per fornire una visione di insieme dell'archetipo teorico degli aiuti di Stato nel quadro delle crisi bancarie rispetto a quello che si è andato poi affermando nell'interpretazione giuridica e nella prassi applicativa. Per giungere, infine, a dimostrare come a fronte di un plesso armonizzato di strumenti di risoluzione dei quali devono dotarsi tutti gli Stati Membri, volto a ridurre drasticamente la possibilità di salvataggi dall'esterno con fondi pubblici, la normativa sugli aiuti di Stato continui a svol-

¹⁵ Cfr. M. LASTRA, *Banking Union and Single Market: Conflict or Companionship?*, in *Fordham Int. Law Jour.*, 2013, 36, p. 1190 ss.; M. MACCHIA, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, p. 367 ss.

¹⁶ In questa prospettiva cfr., in particolare, le considerazioni di G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, *passim*; L. VANDELLI, *Crisi economica e ruolo del diritto amministrativo*, in J.L. PIÑAR MAÑAS (dir.), *Crisis Economica y Crisis del Estado del Bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, Reus, Madrid, 2013, p. 19 ss. I rapporti tra la crisi e il diritto amministrativo sono, inoltre, analizzati da S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 65 ss.; e da F. MERUSI, *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2012, p. 483 ss.

gere un ruolo significativo, se non centrale, nella ristrutturazione e risoluzione delle banche. Del resto, come ben sottolineato da autorevole dottrina, «il ricorso a fondi pubblici di sostegno all'ente [è] guardato con molto sospetto dal legislatore comunitario e la natura straordinaria di questo intervento [è] una sorta di “mantra” nei testi in esame»¹⁷.

Seguendo le traiettorie di fondo che si sono poc'anzi tracciate, nel primo capitolo l'indagine prende le mosse dall'inquadramento teorico/istituzionale del tema degli aiuti di Stato in rapporto ai rimedi adottati in ambito domestico per la gestione delle crisi alla luce della specialità che deve essere assegnata all'impresa bancaria. L'analisi delle ricadute sul piano applicativo e degli sviluppi di tale assetto induce a ripercorrere il dibattito sui profili pubblicistici del credito. Si assiste, in tal senso, ad un cambio radicale di paradigma, che va collocato anche nell'ottica del riconoscimento di una sorta di funzione sociale ascrivibile all'attività bancaria nel contesto di crisi di ampia portata¹⁸.

Scopo di questa ricognizione in termini sistematici è quello di porre in evidenza la dinamica evolutiva recente delle regole poste a presidio della disciplina degli aiuti di Stato e la rilevanza da esse assunta all'interno della stessa regolamentazione finanziaria come parametro istituzionale di riferimento per la gestione dei dissesti bancari.

Delineato il quadro di riferimento in materia di aiuti di Stato e il suo dispiegarsi in una dimensione che travalica oramai la dimensione nazionale, nel prosieguo del lavoro l'indagine verte sull'impatto che la messa in opera dei nuovi *strumentalia* preposti alla gestione/prevenzione dei fallimenti bancari è in grado di esercitare sulle modalità di intervento pubblico quando i due corpi normativi entrano in contatto.

Nel secondo capitolo, l'intento è quello di comprendere se dalle istituzioni europee e dalla interazione di due schemi normativi concorrenti provengano interventi e freni impropri o piuttosto uno stimolo a calibrare il supporto statale secondo logiche improntate all'efficienza e alla coerenza. Rileva in tal senso anche la previsione, da parte della BRRD, dell'esistenza di un interesse pubblico come requisito fondamentale per l'avvio dell'azioni di risoluzione; questa è peraltro la discriminante essenziale nella scelta per l'applicazione della normativa europea o di quella nazionale, dovendosi preferire la prima qualora sia nell'interesse pubblico applicare gli specifici strumenti di risoluzione.

¹⁷ Così M. PORZIO, *La banca insolvente*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'Unione Bancaria Europea*, Pacini editore, Pisa, 2016, p. 408.

¹⁸ Oltre agli aiuti, basti pensare alle misure di nazionalizzazione e di sostegno per la crisi dei debiti sovrani. A tal riguardo cfr., per tutti, A. CANEPA, *Il difficile equilibrio fra concorrenza e aiuti di Stato nella crisi: ruolo e scelte della Commissione nel settore bancario*, in *Amministrazione in Cammino*, 15 luglio 2016, p. 2.

Oggetto del terzo capitolo è la dimensione “conformativa” del finanziamento pubblico con riguardo ai salvataggi bancari che, nella cornice della BRRD, si esplicita principalmente attraverso due diverse tipologie di intervento dello Stato. Nella prima fattispecie, il rischio di una crisi sistemica consente alle autorità di risoluzione di ricorrere a strumenti pubblici di stabilizzazione finanziaria, come soluzione di ultima istanza, dopo aver utilizzato nella massima misura possibile gli altri dispositivi di risoluzione.

A seguire, con riferimento alla seconda macro categoria di misure precauzionali, l’analisi prende in considerazione la possibilità che l’ordinamento riconosce agli Stati membri di fornire, in caso di grave turbamento dell’economia, supporto a favore di banche solvibili con carenze di capitale accertate dalle autorità di vigilanza, sottoforma di garanzie su iniezioni di liquidità di emergenza erogate dalle banche centrali o di emissione di nuove passività o ancora per mezzo di una ricapitalizzazione precauzionale. In ciascuna delle modalità indicate dal legislatore è la finalità di prevenzione che forgia, sul piano delle azioni concrete, il contenuto del piano di intervento pubblico¹⁹.

Nel quarto capitolo viene in rilievo la funzione assolta dai meccanismi settoriali, quali il Fondo di risoluzione (nazionale e unico) e i Sistemi domestici di garanzia dei depositi, che costituiscono la principale fonte di sostegno finanziario “esterno” per le banche soggette a risoluzione una volta esaurite le opzioni interne per l’assorbimento delle perdite.

In stretta contiguità con i primi, vengono quindi esaminate le condizioni che regolano l’accesso alla ricapitalizzazione diretta attraverso i finanziamenti concessi dal Meccanismo europeo di stabilità e il ruolo di *financial back-stop* dell’SRF, da ultimo assunto per rafforzarne la capacità di rompere il “diabolic loop” tra Stati sovrani e banche.

Mutatis mutandis, modalità “alternative” di supporto per la ristrutturazione o liquidazione di enti creditizi in difficoltà sono attuate dai DGS nazionali, tradizionalmente deputati in alcuni ordinamenti ad assolvere compiti che vanno al di là della mera assicurazione dei depositi. Lo *status*, in relazione al controllo degli aiuti di Stato, di tali misure risulta, tuttavia, assai controverso e sottoposto a severe limitazioni. L’analisi intende rilevare come la commistione fra interessi di carattere spiccatamente privatistico e individuale (su tutti la tutela del risparmio e del diritto di proprietà, entrambi di rilevanza costituzionale) e interessi di matrice prettamente pubblicistica e collettiva (quali la difesa della stabilità finanziaria e degli equilibri di finanza pubblica) sia plausibile e che dispositivi come il FITD rappresentino il punto di incontro di queste due dimensioni.

¹⁹ Come sottolinea G. BOCCUZZI, *Does Bail-in Definitely Rule out Bail-out?*, in *Journal of Financial Management Markets and Institutions*, 1, 2017, p. 99, «Queste disposizioni si trovano solo nella BRRD e non anche nell’SRM».

Si sottolinea, peraltro, in queste pieghe del quadro normativo, la mancata attivazione di un *backstop* europeo sia per la risoluzione delle banche con il contributo dell'SRF (ancora in fase di "costruzione") sia per l'assicurazione sui depositi (di là da venire).

Nella prospettiva più ampia innestata dal sistema di prevenzione, gestione e di finanziamento delle crisi lo strumento prescelto per l'assorbimento delle passività e per la ricapitalizzazione dell'intermediario creditizio deve confrontarsi con nuovi principi e meccanismi ancora poco testati, in relazione ai quali il *burden sharing* non viene reso ancora più incisivo, estendendone la portata (al di là della "condivisione") ad una vera e propria allocazione degli oneri di ristrutturazione in capo ad azionisti e creditori, tra cui anche i depositanti, della banca. Sennonché l'introduzione di stringenti regole di mutualizzazione dei rischi e degli oneri, quale portato di regimi disciplinari spesso contraddittori, comprime il raggio d'azione degli Stati limitandone la capacità di ricorrere a consolidati schemi di pubblicizzazione finanziaria e proprietaria. Per tali ragioni nel quinto capitolo l'analisi verte sulla coerenza reciproca delle due serie di regole, su come esse sono coordinate e affrontano la questione della stabilità sistemica quando gli interessi dei creditori non vengono opportunamente salvaguardati su entrambi i versanti.

A fronte dei numerosi ambiti di esplorazione affrontati, un piano di riflessione conclusivo del lavoro non può non essere rivolto a formulare alcune proposte di *policy* per indicare soluzioni in grado di favorire una maggiore coerenza applicativa della regolamentazione degli aiuti di Stato rispetto all'edificio disciplinare delle crisi bancarie.

Ben consci del processo di progressivo, benché lento, "aggiustamento" del *framework* sulla prevenzione e gestione delle crisi bancarie e di intensa trasformazione di un modello di regolazione in cui pubblico e privato si intersecano e si rimodellano disegnando nuove traiettorie²⁰, si mettono a fuoco questioni di tipo più specifico e in ragione delle quali si era già ritenuto utile in partenza differenziare i sentieri di indagine.

²⁰ Trattasi, secondo quanto rileva P.G. CERNY, *Globalization and the Changing Logic of Collective Action*, in C. LIPSON, B.J. COHEN (eds.), *Theory and Structure in International Political Economy*, Cambridge, Mass., The Mit Press, 1999, p. 5, di una nuova dimensione conformativa dell'intervento pubblico ispirata ad una «logica eterogenea e multilivello, che non deriva da una particolare struttura-nucleo, come lo Stato, ma dalla complessità strutturale propria dell'arena globale».

Capitolo Primo

LA NUOVA REGOLAZIONE DEGLI AIUTI DI STATO E I POSTULATI TEORICI ED EMPIRICI DEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA NEL SETTORE BANCARIO

SOMMARIO: 1. Intervento pubblico e potenziale distorsione dei mercati – 2. Riflessioni preliminari intorno al riconoscimento della specialità del settore bancario. – 2.1. (*Segue*): la protezione della funzione sociale dell'attività bancaria quale obiettivo diretto dell'intervento pubblico. – 3. L'applicazione delle regole in materia di concorrenza al settore bancario. – 3.1. (*Segue*): la riconduzione delle banche alla disciplina *antitrust* nel formante della Corte di giustizia. – 4. Dall'applicazione al settore bancario degli "Orientamenti del 1994" al mutamento di base giuridica. – 4.1. (*Segue*): la portata sistemica della crisi e l'adozione di un approccio flessibile in materia di aiuti di Stato. – 5. La creazione di un "quadro di certezza del diritto" per le misure di aiuto alle banche. – 5.1. (*Segue*): l'esigenza di allineare gli interventi nazionali con gli obiettivi di integrazione del mercato. – 6. Tutela della concorrenza e riduzione degli squilibri: il passaggio da una visione "statica" a una "dinamica". – 7. Il carattere "sistemico" della crisi e il "rafforzamento della dimensione sociale europea". – 8. Il riconoscimento di uno scopo "sociale" dell'intervento pubblico nel settore finanziario. – 9. Un ampliamento dei casi di esenzione e un contestualmente ri-orientamento degli aiuti verso obiettivi di carattere generale nelle crisi bancarie.

1. Intervento pubblico e potenziale distorsione dei mercati.

La tematica degli aiuti di Stato ha da sempre rivestito un'importanza cruciale nell'ambito dell'Unione Europea, in quanto tesa a perseguire l'obiettivo di stimolare lo sviluppo del mercato interno, nel rispetto delle regole sulla concorrenza tra gli Stati. Ed ha oggi assunto un ruolo centrale in ambito finanziario, differente e molto più ampio rispetto a quello alla stessa riferibile nei primi anni di politica comunitaria.

Inserito in questa cornice, il quadro giuridico di cui agli artt. 107-109 Tfu assume nuova e aggiuntiva importanza sul piano degli obiettivi strategici della regolamentazione dei disastri nel settore bancario¹.

¹ Cfr., *inter alia*, S. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comu-*

La normativa degli aiuti di Stato viene alla luce e si incrementa per mezzo della costante specificazione di quei connotati che consentono di individuare le varie tipologie di aiuti vietati.

Così come per le norme relative alla disciplina della concorrenza tra imprese, il regime sugli aiuti di Stato ha come fine il mantenimento del corretto svolgersi del gioco competitivo e, come esplicitato con formula ampia dall'art. 107, par. 1, Tfeue, tanto l'eliminazione delle interferenze di natura pubblica al suo interno – le quali possano falsare la concorrenza nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri –, quanto la prevenzione di comportamenti protezionistici da parte dei governi nazionali, che possano favorire le proprie imprese a discapito di quelle appartenenti ad altri Paesi dell'Unione.

In linea di principio la qualificazione di una misura come aiuto di Stato concesso per risolvere una situazione di crisi non ne esclude l'incompatibilità con il regime sancito nei Trattati. Occorre muovere dalla presa d'atto che, ancorché provvisorie, tali misure debbono essere sottoposte a scrupolosa verifica, per soppesarne il potenziale effetto destabilizzante. Questo approccio scaturisce dal rilievo per cui il sostegno pubblico dovrebbe essere strumento rivolto in via preminente a salvaguardare la stabilità dei mercati e assicurare un ordinato andamento dell'economia.

A norma del terzo paragrafo dell'art. 107 Tfeue, le categorie di aiuti che possono essere considerate compatibili con il mercato comune vengono, a fini classificatori, distinte in aiuti su base regionale, a carattere settoriale e a carattere orizzontale. Negli aiuti settoriali rientrano quelli al salvataggio e alla ristrutturazione delle imprese in crisi, tra cui, anche le imprese bancarie. Tuttavia, dette ripartizioni appaiono limitative, essendo spesso presenti contemporaneamente elementi distintivi riconducibili a più di una delle categorie sopra elencate².

nitari e interventi nazionali, in *Dir. banca merc. fin.*, 3, 2010, p. 379 ss.; D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 150 ss.; V. GIGLIO, *Crisi finanziaria e aiuti di Stato alle banche in difficoltà*, in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, cit., p. 127 ss.; S. SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione "orizzontale" e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, ivi, cit., p. 139 ss.; M. PASSALACQUA, *Aiuti di Stato al settore finanziario nell'amministrazione dell'emergenza*, in *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, cit., p. 257. La materia degli aiuti di Stato ha, infatti, subito una importante estensione sia in ordine ai contenuti, sia per quanto riguarda i soggetti destinatari della stessa, che la rendono attualmente determinante nell'ambito del progetto europeo.

² A ben vedere, la nozione di aiuto di Stato fornita dal Trattato è un concetto giuridico oggettivo e omnicomprensivo, poiché contiene già al suo interno chiari elementi di identificazione. In tal senso cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 812 s.; D. SCHINA, *State Aids under the EEC Treaty Articles 92 to 94*, ESC Publishing Limited, Oxford, 1987, p. 13; M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Edizioni Scientifiche

Nonostante questa conformazione embrionale, gradualmente si è assistito ad un processo di sostanziale integrazione dei suddetti sistemi nazionali in chiave positiva. Il capovolgimento di paradigma è consistito nella legittimazione, attraverso il prisma dello strumento interpretativo, di svariate forme di intervento pubblico a sostegno delle imprese; processo questo che, a sua volta, ha indotto gli Stati alla produzione di normative volte a convalidare *de jure* siffatte categorie di aiuti.

Riconoscendo, dunque, la possibilità che lo Stato possa interporre anche con aiuti pubblici, purché pro-concorrenziali e non anti-concorrenziali, le eccezioni previste dal legislatore europeo sono state giustificate dalla salvaguardia di valori diversi, rispetto ai quali la tutela della concorrenza ha dovuto recedere.

In fondo, l'obiettivo intermedio è quello di perseguire nel lungo periodo un'integrazione in chiave negativa delle disposizioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali in materia di interventi statali, in guisa da assicurare il raggiungimento dell'obiettivo finale dell'abolizione degli aiuti ritenuti incompatibili con i principi europei.

2. *Riflessioni preliminari intorno al riconoscimento della specialità del settore bancario.*

Nel settore bancario, a fronte del perdurare di una lunga fase di interregno, molto è cambiato con riguardo alle condizioni di ammissibilità dell'intervento

che Italiane, Napoli, 1995, p. 129; più di recente, con riferimento precipuo ai salvataggi bancari, cfr. A. ANTONUCCI, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, in V. TROIANO, G.M. UDA (a cura di), *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, Cedam, Padova, 2018, p. 437 ss. Tuttavia, seguendo un approccio che caratterizza gran parte della produzione normativa europea, la definizione di cui sopra difetta di una precisazione più analitica di ciascuno dei diversi elementi costitutivi della fattispecie. Il che costringe l'interprete ad avvalersi, anche in tale ambito, dei riferimenti offerti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, provenienti dal suo continuo dialogo con la Commissione, per stabilire in concreto quali siano gli elementi qualificanti la suddetta fattispecie, tra i quali spiccano: (i) la sussistenza di un'impresa; (ii) l'imputabilità della misura allo Stato; (iii) il suo finanziamento tramite risorse statali; (iv) il conferimento di un vantaggio; (v) la selettività della misura; (vi) i suoi effetti sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri. Le istanze di riforma (*rectius*, modernizzazione) della disciplina in parola, che si prefiggono per fini di certezza anche «il chiarimento e la migliore illustrazione» di tale nozione, onde garantirne un'applicazione più agevole, trasparente e coerente in tutta l'Unione, sono state, da ultimo, precisate dalla COMMISSIONE UE, *Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (2016/C 262/01), 19 luglio 2016.

pubblico, la cui potenziale violazione ha sempre costituito il “tallone d’Achille” delle misure pubbliche di salvataggio, permettendo loro di essere considerate necessarie e proporzionate per far fronte alle carenze del mercato³.

I tratti emergenziali ed eccezionali della crisi economico-finanziaria, se non hanno mutato ontologicamente la struttura dell’impresa bancaria, hanno inconfondibilmente decretato la preminenza degli interessi pubblici rispetto a quelli ordinari dell’attività economica, facendo perno sul fallimento del mercato⁴.

Ma la principale novità è consistita nell’aver indotto le istituzioni comunitarie a riconoscere la “specialità” del settore creditizio, motivata dalla necessità di preservare la stabilità finanziaria quale baricentro del nuovo ordine normativo. Viene così in rilievo lo stretto parallelismo del suddetto apparato ordinatorio con altre discipline “vincolistiche” anch’esse deputate a garantire la tutela di interessi di rilievo costituzionale in determinati comparti economici.

Al cospetto di nuove esigenze dettate dalla recrudescenza della crisi, ha trovato motivo d’essere una “risposta politica eccezionale” da parte degli Stati membri che si colloca ben oltre una catalogazione di mero sostegno emergenziale al sistema finanziario. In realtà, è proprio la vicenda dei sostegni pubblici elargiti alle banche ad aver attivato un processo di revisione degli aiuti di Stato sia sul piano contenutistico che delle procedure⁵. Questo mutamento di ap-

³ Cfr. M. PASSALACQUA, *Aiuti di Stato al settore finanziario nell’amministrazione dell’emergenza*, cit., p. 254.

⁴ V. par. 15 della Comunicazione del 13 ottobre 2008. Secondo S. SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, cit., p. 145, da questo punto di vista, la crisi ha costituito l’occasione per fugare l’infondato preconcetto per il quale l’Unione Europea avverserebbe “a priori” l’intervento pubblico in economia il quale, «se mirato, [...], ed erogato secondo criteri restrittivi, è, invece, indispensabile al fine di compensare e correggere i fallimenti del mercato». Sul punto cfr., tra gli altri, D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2009, p. 45 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Cedam, Padova, 2009, p. 119; F. MERUSI, *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in *Dir. econ.*, 2010, p. 623 ss.; F. VELLA, *Realtà e prospettive del mercato unico dei servizi finanziari dopo la crisi*, in ID. (a cura di), *Banche e mercati finanziari*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 1 ss.

⁵ In tal senso cfr. A. CANEPA, *Il difficile equilibrio fra concorrenza e aiuti di Stato nella crisi: ruolo e scelte della Commissione nel settore bancario*, cit., p. 10; A. BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 195 ss.; M. ZIMMER, D. BLASCHZOK, *The Role of Competition in European State Aid Control during the Financial Market Crisis*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2011, p. 9 ss.; F.C. LAPRÉVOTE, S. FRISCH, *Preserving Cross-Border Banking in the Face of the Crisis: State Aid Policy under the Financial Trilemma*, in F.C. LAPRÉVOTE, J. GRAY, F. DE CECCO (eds.), *Research Handbook on State Aid in the Banking Sector*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2017, p. 192. Più in generale, sul rispetto della concorrenza in tempi di crisi, v. J. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Merc. conc. reg.*, 1, 2009, p. 7 ss.

proccio è dimostrato dalla circostanza per cui dal 2008 in poi i principi da sempre alla base della disciplina degli aiuti di Stato, come quelli del “better target aid” (indirizzare al meglio gli aiuti) e del “less aid” (minor aiuto), hanno subito un’ incisiva mitigazione⁶.

E in effetti, si rinvencono numerosi elementi normativi ed empirici che confermano che la banca resta, per molti aspetti, un’impresa con accentuati lineamenti di specialità, il cui esercizio implica il coinvolgimento di una pluralità di interessi esterni alla compagine societaria che assumono rilevanza generale sia indirettamente, per il fatto di interessare un ampio novero di soggetti, che direttamente, in ragione delle connotazioni di carattere generale rinvenienti dal particolare oggetto dell’attività svolta⁷.

Del resto, l’attribuzione al settore bancario di un connotato di “specialità”, che sottintende la predisposizione di un regime altrettanto peculiare per la crisi degli intermediari che ne facciano parte, è problematica da tempo analizzata. Le ricadute negative che si accompagnano al dissesto anche di un singolo operatore sottopongono l’intero settore alla minaccia costante di imbattersi in una crisi di proporzioni sistemiche⁸. Nella visione opposta, l’assimilazione dell’attività bancaria a quella imprenditoriale comune porta a prediligere una linea di intervento da parte dello Stato il più possibile neutrale; donde, in caso di in-

⁶ Non va dimenticato che già nel 2005 la COMMISSIONE UE, *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato – Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, COM(2005) 107 definitivo, 7 giugno 2005, reperibile al link: in <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:it:PDF>, aveva varato un piano sugli aiuti di Stato (per il periodo 2005-2009) che, ispirandosi al principio “less and better targeted State aid” (c.d. “aiuti buoni”, secondo la definizione che ne dà J. ALMUNIA, *State Aid Modernisation*, SPEECH/12/339, 8 May 2012, p. 2, reperibile al link: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-339_en.htm?locale=en), tendeva a porre un freno alle erogazioni poco avvedute e massicce degli stessi.

⁷ Con riferimento all’ordinamento italiano cfr., *ex multis*, P. VITALE, *Il modello organizzativo nell’ordinamento del credito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1405 ss.; ID., *Pubblico e privato nell’ordinamento bancario*, Giuffrè, Milano, 1977; R. COSTI, *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni 80*, Giuffrè, Milano, 1990; F. CAPRIGLIONE, *L’ordinamento finanziario verso la neutralità*, Cedam, Padova, 1994; A. PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel paradigma della concorrenza comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2002, e più di recente ancora R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, 5a ed., Il Mulino, Bologna, 2012, p. 799 ss.; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell’ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato «chiuso» alla regulation europea*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 4, 2016, p. 391 ss.; ID., *La regolazione pubblica delle banche*, Cedam, Padova, 2016, *passim*; nonché, sul rapporto oscillante tra Stato e mercato, G. NAPOLITANO, *L’intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2009, p. 429 ss.

⁸ A tal riguardo v. S. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, cit., p. 382.

solvenza dell'istituto di credito, si ritiene preferibile che il soggetto in questione esca dal mercato attraverso la conseguente liquidazione del compendio aziendale⁹.

Tenuto conto della connaturata attività di supporto – specie nei periodi di crisi sistemiche – al comparto produttivo, nei limiti della “sana e prudente gestione”, un ripensamento a favore di una visione “dinamica” dell’impresa bancaria sembra essersi avviato. Se, per un verso, l’interesse pubblico è divenuto la ragione fondante dell’intervento del legislatore per regolare in chiave pubblicistica l’attività bancaria, per altro verso, esso non rileva ai fini della qualificazione della stessa in ottica di servizio pubblico o di servizio d’interesse generale¹⁰.

Se, dunque, alla specialità delle imprese bancarie, da accogliere senza remore allorché si tratti di giustificare una disciplina di vigilanza e di risoluzione delle crisi più stringente e per molti aspetti derogatoria rispetto a quella riferibile ad altri tipi di imprese, possa corrispondere, per lo meno a livello di prassi applicativa, anche una specialità sul versante della disciplina della concorrenza resta un nodo ancora da sciogliere¹¹.

2.1. (Segue): *la protezione della funzione sociale dell’attività bancaria quale obiettivo diretto dell’intervento pubblico.*

La “specialità” della banca e la sua funzionalizzazione ad interessi collettivi sono state analizzate dalla dottrina sotto diversi aspetti.

Per meglio inquadrare la tematica in oggetto è opportuno guardare alle radici, sarebbe a dire alla predisposizione negli ordinamenti nazionali di una di-

⁹ Numerosi studi hanno dimostrato che l’applicazione del regime della concorrenza alle banche, anziché rappresentare un rischio per la solidità del sistema bancario, ne garantirebbe una maggiore stabilità, assicurando che gli enti creditizi non sufficientemente concorrenziali e dunque incapaci di resistere alla competizione escano dal mercato, con vantaggio finale dei risparmiatori. In questi termini si vedano, in particolare, le riflessioni di R. FRANCESCHELLI, *Attività bancaria e regole di concorrenza interne e comunitarie*, in ID. (a cura di), *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 1073 ss.; F. MERUSI, *La banca pubblica nella concorrenza*, in *Banca, impr. soc.*, 1984, p. 456; G. SACCHI MORSIANI, *Problemi giuridici della concorrenza bancaria. Casse di Risparmio e dimensioni di impresa*, ivi, p. 438 ss. Per un raffronto tra tesi favorevoli e orientamenti contrari all’applicazione della disciplina antitrust comunitaria alle banche, si rimanda a L.C. UBERTAZZI, *Banche e concorrenza. Scritti*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 11 ss.

¹⁰ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Giuffrè, Milano 2010, p. 195.

¹¹ In questo senso si interroga M. CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, 5, 2017, p. 703.

disciplina speciale per gli enti creditizi che, ad oggi, in un contesto di crescente complessità, perdura nei cardini di un sistema di regolazione settoriale e di un apparato di poteri pubblici-amministrativi sanciti a livello europeo.

Per svolgere questo tipo di indagine è necessario partire da un dato oggettivo: pur rivestendo carattere d'impresa, l'attività bancaria è attività al contempo preordinata a garantire la tutela del pubblico risparmio, motivo per cui gli interessi pubblici in questo settore assumono una portata ancor più significativa¹².

Proprio in ragione del fatto che il rischio associato alla stabilità sistemica¹³ e la normativa in materia di aiuti di Stato debbono essere considerati come un *unicum*, le motivazioni che sono alla base della legislazione degli anni '30 e che sono riflesso della specialità dell'ordinamento del credito possono giustificare una qualche specialità anche nell'applicazione della disciplina della concorrenza. Ragionando del rapporto tra i principi della concorrenza e l'intervento diretto dello Stato e quello delle regole che l'ordinamento dedica all'attività bancaria, è necessario distinguere, nella varietà degli elementi giuridici che ne connotano la sua natura ontologicamente composita, l'impresa dalla funzione sociale.

¹² Cfr. A.M. CAROZZI, *Strumenti e procedure di risoluzione delle crisi bancarie*, Luiss, Roma, 1999, in http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/banca/Carozzi_crisi.pdf; F.C. LAPRÉVOTE, S. FRISCH, *Preserving Cross-Border Banking in the Face of the Crisis: State aid Policy under the Financial Trilemma*, cit., p. 189.

¹³ Il concetto di “rischio sistemico” è abbastanza sfuggente. Nella disciplina comunitaria, con tale locuzione si intende “un rischio di perturbazione del sistema finanziario che può avere gravi conseguenze negative per il mercato interno e l'economia reale”; formulazioni simili possono essere rinvenute sia nei documenti ufficiali di importanti organismi internazionali, i quali definiscono il rischio sistemico come «*the risk of disruptions to the provision of financial services that is caused by an impairment of all or parts of the financial system, and can cause serious negative consequences for the real economy*» (così INTERNATIONAL MONETARY FUND, FINANCIAL STABILITY BOARD e BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations*, IMF, Washington, 2009, p. 2), sia nei più noti contributi teorici, i quali pongono l'accento sul rischio di fallimento “simultaneo” di più operatori derivante da correlazioni fra i rendimenti delle attività da essi rispettivamente detenute (cfr. V. ACHARYA, *A Theory of Systemic Risk and Design of Prudential Bank Regulation*, in *Journal of Financial Stability*, 5, 2009, p. 224 s.). L'efficace elencazione di I. VISCO, *Key Issues for the Success of Macroprudential Policies*, discorso tenuto alla *Conference on Macroprudential Regulation and Policy*, Seoul, 18 January 2011, consente di mettere a fuoco la natura “sfaccettata” del rischio sistemico, che include: la latente tendenza del sistema finanziario ad “amplificare” gli effetti del ciclo economico (c.d. prociclicità); l'ampiezza del pericolo di contagio (c.d. *spillover*), connesso con la capillarità e la profondità delle relazioni fra operatori finanziari; i rischi di “correlazione”, derivanti dalla simultanea esposizione del settore finanziario nei confronti del medesimo settore dell'economia reale; i pericoli connessi con la presenza sui mercati di operatori di dimensioni e complessità tali da rendere problematica la gestione di un'eventuale crisi (ad es., per la difficoltà di rimpiazzarli all'interno del sistema dei pagamenti).

Storicamente il riconoscimento o meno di un interesse pubblico insito nell'attività creditizia (oggettivamente considerata) è risultato il crocevia fondamentale di ogni dibattito per stabilire se, e in quale misura, il legislatore sia autorizzato ad introdurre norme derogatorie al diritto comune per la risoluzione delle patologie bancarie¹⁴; ossia là dove più forti si fanno le esigenze che tale settore non sia sottoposto in via esclusiva e "acritica" alle regole del mercato, così come la tutela dell'iniziativa privata nell'economia diversamente imporrebbe. Per vero, esistono da sempre regolamentazioni che limitano la competizione istituendo una rete di protezione nell'eventualità di dissesti, mentre spetta poi alle istituzioni monetarie ricorrere ad interventi discrezionali *ad hoc* per salvare gli istituti di rilevanza sistemica¹⁵.

D'altro canto, qualora si ammettesse che la banca, nello svolgimento della sua attività tipica, soddisfa un interesse generale, si dovrebbe di conseguenza riconoscere allo Stato la possibilità (e il dovere) di tutelare quest'interesse, attuando delle azioni correttive volte a limitare i danni sopportati dalla collettività. Proprio nelle crisi sistemiche viene in risalto la prevalenza che gli interessi collettivi assumono rispetto ai tratti regolari dell'attività economica, poiché il mercato in un contesto emergenziale non è di per sé in grado di soddisfarli adeguatamente senza il supporto pubblico¹⁶. Dunque, l'intervento dello Stato di regola non si esaurirebbe nel momento, solo privatistico, della definizione dei rapporti economici tra il debitore e i suoi creditori. Di fronte a fallimenti di mercato, di sua iniziativa o perché sollecitato, lo Stato si interpone con il proposito di rimuovere le criticità di sistema e rimediare ai guasti prodotti dalla crisi, impegnandosi non solo nella definizione di regole capaci di gestire l'emergenza e prevenire il prodursi in futuro di ulteriori episodi di instabilità, ma anche nella predisposizione di aiuti finanziari sotto forma di sussidi o garanzie¹⁷.

In ordine a tale argomentare s'impone l'esigenza di verificare il mutamento

¹⁴ Cfr. E.H.G. HÜPKES, *Insolvency – Why a Special Regime for Banks?*, in *Current Developments in Monetary and Financial Law*, Vol. 3, International Monetary Fund, Washington DC, 2003, p. 3; B.J. ATTINGER, *Crisis Management and Bank Resolution – Quo Vadis, Europe?*, in *Legal Working Paper Series, European Central Bank*, n. 13, December 2011, p. 7.

¹⁵ Emblematica in tal senso è la formula "metagiuridica" scelta dal legislatore italiano e incastonata nell'art. 1 della legge bancaria del 1936 secondo cui: «la raccolta del risparmio tra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico regolate dalle norme della presente legge».

¹⁶ In questi termini v. M. DUGATO, *L'attività bancaria e i servizi pubblici*, in *Banca, impr. soc.*, 1, 2018, p. 224, per il quale l'intervento pubblico, «regolativo prima ancora che finanziario, è tollerato come garanzia della funzione sociale dei servizi e delle attività bancarie, ritenute indefettibili nei loro caratteri di generale accessibilità e diffusione».

¹⁷ *Ibidem*.

di paradigma cui si addiviene a seconda se si guardi ad un profilo soggettivo o ad uno oggettivo della questione. Nel primo caso, scopo dell'intervento delle autorità sarà quello di salvaguardare il soggetto economico – l'impresa bancaria – impedendone la dissoluzione. Nel secondo, viceversa, ove si assuma che a ricoprire un ruolo fondamentale all'interno del sistema economico sia un dato insieme di servizi resi alla collettività dalle banche, l'azione delle autorità risulterà finalizzata a preservare lo svolgimento esclusivamente di quelle porzioni di attività di matrice squisitamente creditizia, e ciò a prescindere dalla condizione di insolvenza dell'impresa.

Non è dunque casuale osservare che la vitale importanza sistemica riconosciuta alle funzioni svolte dagli intermediari – in particolare bancari, ma anche mobiliari e assicurativi – sia attualmente alla base di una incisiva regolamentazione di settore¹⁸. Come attesta il fatto che lo scopo primario delle riforme in materia di gestione delle crisi bancarie si sia sostanziato proprio nella creazione di un ambiente normativo capace di assicurare la continuità operativa con riferimento ai servizi di importanza generale¹⁹.

3. *L'applicazione delle regole in materia di concorrenza al settore bancario.*

Per quanto il dibattito non si sia mai definitivamente sopito, occorre prendere atto che il tema della ipotizzabile qualificazione giuridica dell'attività bancaria in termini di servizio pubblico²⁰ oppure della eventuale pubblicizza-

¹⁸ Cfr. FINANCIAL STABILITY BOARD, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 2011, in www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf?page_moved=1.

¹⁹ Cfr. B.J. ATTINGER, *Crisis Management and Bank Resolution – Quo Vadis, Europe?*, cit., p. 8.

²⁰ Esercitata in larga parte da soggetti pubblici, l'attività bancaria era considerata una funzione essenziale per il buon funzionamento del sistema economico; tanto da essere definita nell'ordinamento italiano "funzione di interesse pubblico". Sul piano interno vi è da segnalare una lunga tradizione di studi che la scienza giuspubblicistica, dopo la legge bancaria del 1936, aveva dedicato all'esercizio del credito e più in generale alla disciplina dell'intermediazione finanziaria in chiave pubblicistica. Per P. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 11 e p. 16, la disciplina (del soggetto e dell'attività bancaria) è «permeata da valori pubblicistici», tanto da essere qualificabile, almeno per tali aspetti, come «disciplina di diritto pubblico». In tale ambito, l'edificazione giuridica fondamentale è, tuttavia, ascrivibile a M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova, 1939, che aveva fissato due elaborazioni concettuali in materia di profili pubblicistici del credito: la prima, si reggeva sull'assunto che l'esercizio del credito rivestisse i caratteri propri del servizio pubblico, la seconda attribuiva al settore del

zione finanziaria o proprietaria degli enti creditizi, si basa su un approccio materialistico, che ha finito col perdere di rilevanza a causa dell'inevitabile "temporalità" della relativa qualificazione.

Tuttavia, interrogarsi se l'eteroregolazione del sistema bancario stia spingendo l'attività creditizia sino ai confini di un nuovo paradigma riconducibile a quello delle attività economiche classificabili come servizio pubblico è questione che può produrre reazioni diverse. D'altronde, riconoscere nella suddetta attività il carattere preponderante di servizio pubblico, potrebbe indurre ad accettare un'applicazione limitata delle regole di concorrenza di fronte all'intervento diretto dello Stato.

In altri termini, in presenza di "fallimenti del mercato" la caratterizzazione sociale dell'attività bancaria consentirebbe di giustificare una regolazione strumentale alla tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli strettamente correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito.

Da questo punto di vista, si è ritenuto di conseguenza che, in quei settori già sottoposti ad un regime di controlli pubblici, un'applicazione stringente della disciplina della concorrenza potesse risultare superflua e addirittura dannosa, collidendo con altri interessi pubblici, come quelli della stabilità degli intermediari e della tutela del risparmio; con ciò tralasciando, tuttavia, di considerare che un allentamento di tale normativa potesse comunque contribuire a minare il fragile sistema bancario accrescendo i pericoli di *moral hazard* legati ad una eccessiva assunzione di rischio.

L'impianto originario del Trattato di Roma era incentrato sulla logica del mercato interno e lasciava ai margini il coordinamento della politica economica e monetaria, entrambe affidate alla residua sovranità degli Stati membri²¹.

credito il carattere di ordinamento sezionale, derivato da quello generale, ma autonomo e produttivo di effetti giuridici interni. Non rientrando tra quelle connesse strettamente all'esercizio della sovranità statale, trattandosi di esercizio privato di pubbliche attività, l'attività bancaria era, pertanto, da ricondurre alla categoria dei pubblici servizi. Secondo M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 33 ss., la qualificazione di servizio pubblico all'attività bancaria e creditizia era giustificata soltanto se letta in senso oggettivo, giacché se le si fosse attribuita una qualificazione in senso soggettivo si sarebbero avuti al più soltanto frammenti di servizio pubblico. Prescindendo, infatti, sia dalla natura dei soggetti che esercitano tali attività, sia dal nesso che intercorreva tra le attività svolte e gli interessi della collettività, la qualifica di servizio pubblico in senso oggettivo si fondava unicamente sull'individuazione di talune attività secondo un determinato tipo di disciplina e sul riconoscimento della piena coincidenza tra la fattispecie "servizio pubblico" e l'attività economica preordinata, attraverso programmi e controlli imposti *ex lege*, al perseguimento di finalità sociali nell'accezione proposta dall'art. 41 Cost.

²¹ L'art. 3, lett. g) del Trattato di Roma affermava il principio per cui l'azione della Comunità importa la creazione di «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno».