

Ilaria Ottaviano

Ricercatore senior (240/2010, art. 24, par. 3, lett. b) di Diritto dell'Unione europea presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara, abilitata allo svolgimento delle funzioni di Professore associato di Diritto dell'Unione europea.

Presso l'Università "G. d'Annunzio" insegna Diritto dell'Unione Europea e Politiche di Coesione europea ed europrogettazione. È responsabile del Centro Europeo di Documentazione di Chieti-Pescara. Membro del Comitato di Redazione della Rivista "Studi sull'integrazione europea". Responsabile di redazione nella Rivista "European Papers".

Laurea in Giurisprudenza e Ph.D. in Globalizzazione dei sistemi giuridici. Storia e teoria, organizzato congiuntamente da Università di Firenze, Università di Roma "La Sapienza" e Istituto Italiano di Scienze Umane di Firenze (attualmente struttura accademica della Scuola Normale Superiore di Pisa).

Iscritta all'Albo degli Avvocati di Chieti, Elenco Speciale "Ricercatori e Professori Universitari". In qualità di Avvocato, ha lavorato come Consulente giuridico con specializzazione in diritto dell'Unione europea sia in ambito nazionale che internazionale. Ha svolto relazioni in convegni specialistici, lezioni e seminari in diverse Università italiane e straniere e in Centri di ricerca internazionali, oltre che nell'ambito di corsi di specializzazione e master.

Ha partecipato a progetti di ricerca di rilevanza nazionale ed internazionale.

ISBN 978-88-6611-958-6



9 788866 119586

€ 20,00



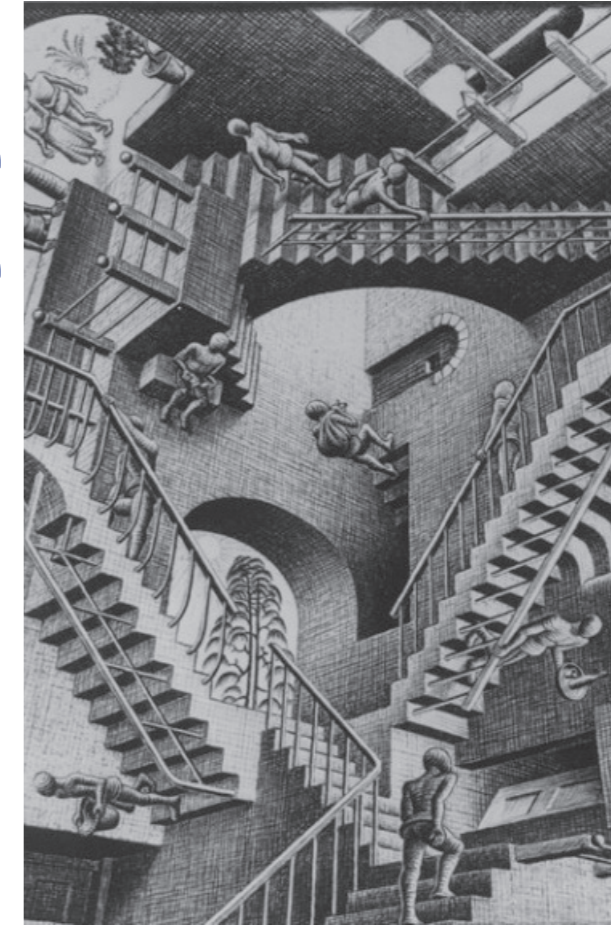
I. OTTAVIANO Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

41

ILARIA OTTAVIANO

Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria



CACUCCI EDITORE
BARI

Questo Volume è stato realizzato con contributi dell'Università
"G. d'Annunzio" di Chieti- Pescara, Dipartimento di Scienze giuridiche e
sociali.

In copertina:
M.C. Escher, *Relatività*, 1953.

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

————— 41 —————

ILARIA OTTAVIANO

PROFILI DI TUTELA GIURISDIZIONALE
NELL'UNIONE BANCARIA



CACUCCI
EDITORE
2020

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Direzione

Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio,
Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi, Bruno
Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauro, Christian Tomuschat,
Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato dei referees

Roberto Adam, Roberto Baratta, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico,
Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro,
Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Italo Garzia, Pietro
Gargiulo, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Lina Panella, Franca Papa,
Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia S. Rossi, Girolamo
Strozzi, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

I volumi pubblicati in questa Collana sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

*Eppure resta che qualcosa è accaduto,
forse un niente
che è tutto.*

Eugenio Montale

INDICE

| | |
|----------------------|---|
| Profili introduttivi | 1 |
|----------------------|---|

CAPITOLO I

L'UNIONE BANCARIA DELL'UE

| | |
|--|----|
| 1. Aspetti introduttivi | 5 |
| 2. Il “meccanismo di vigilanza unico”. Un’inedita modalità di interazione fra sistemi | 10 |
| 2.1. Il criterio della significatività o meno delle banche nel riparto di compiti fra BCE e autorità nazionali | 12 |
| 2.2. La base giuridica: l’art. 127, par. 6 TFUE | 14 |
| 2.3. La struttura organizzativa del meccanismo e le modalità di funzionamento | 20 |
| 2.4. La “ <i>close cooperation</i> ” con gli Stati membri che non adottano l’euro: una nuova forma di integrazione differenziata | 23 |
| 3. Il meccanismo di risoluzione unico | 29 |
| 3.1. Il Comitato di risoluzione unico e la base giuridica scelta per la sua istituzione | 32 |

CAPITOLO II

DI ALCUNE QUESTIONI SULLA TUTELA GIURISDIZIONALE NELL'UNIONE BANCARIA

| | |
|--|----|
| 1. Introduzione | 40 |
| 2. Le procedure composite quali modalità di interazione fra amministrazioni nazionali ed europee. Le specificità dell’Unione bancaria | 40 |
| 2.1. Il riparto di giurisdizione fra Corti nazionali e dell’Unione nelle procedure composite | 46 |
| 2.1.1. Nell’ambito del meccanismo di vigilanza: i casi dell’autorizzazione all’acquisizione di partecipazioni qualificate in una banca e dell’autorizzazione e revoca della licenza bancaria | 51 |
| 2.1.1.a. La sentenza <i>Fininvest/Berlusconi</i> : un nuovo capitolo nel riparto di giurisdizione nelle procedure composite | 51 |

| | |
|---|----|
| (<i>segue</i>). Il riconoscimento di giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia, anche rispetto a provvedimenti nazionali non vincolanti, prodromici di quello europeo conclusivo della procedura composita | 54 |
| (<i>segue</i>). Conseguenze in ordine al giudicato nazionale | 56 |
| 2.1.1.b. Tutela giurisdizionale e <i>close cooperation</i> | 59 |
| 2.1.1.b.1. La natura delle istruzioni specifiche della BCE e conseguenze in ordine all'attribuzione della competenza giurisdizionale | 59 |
| 2.1.2. Nell'ambito del meccanismo di risoluzione | 61 |
| 2.2. L'impugnabilità della determinazione della BCE che dichiarare una banca " <i>failing or likely to fail</i> " | 65 |
| 3. La legittimazione processuale attiva delle persone fisiche e giuridiche nelle azioni di annullamento <i>ex art.</i> 263 TFUE | 67 |
| 3.1. In relazione al meccanismo di vigilanza | 67 |
| 3.1.1. La legittimazione ad agire della banca e degli azionisti contro una decisione di vigilanza della BCE | 67 |
| 3.1.2. <i>Close cooperation</i> e legittimazione degli enti creditizi ad impugnare le istruzioni BCE formalmente destinate all'autorità nazionale: interesse individuale e diretto? | 71 |
| 3.2. In relazione al meccanismo di risoluzione | 73 |
| 3.2.1. Il <i>locus standi</i> della banca e degli azionisti contro una decisione di risoluzione dell'SRB | 73 |
| 3.2.2. Legittimazione ad agire contro una decisione SRB sul calcolo dei contributi ordinari annuali al Fondo risoluzione unico | 74 |
| 4. La partecipazione della BCE nel procedimento davanti alla Corte nelle azioni dirette e nei rinvii pregiudiziali | 75 |
| 4.1. L'intervento della BCE nei procedimenti di cui non sia parte, in cui venga sollevata un'eccezione di illegittimità di un suo atto a portata generale | 76 |
| 4.2. La mancata previsione della possibilità per le istituzioni UE di presentare osservazioni in un rinvio pregiudiziale quando non siano parti nel procedimento nazionale né abbiano adottato l'atto controverso, ma siano coinvolte nella procedura composita cui si discute. Critica | 78 |

- 4.3. L'intervento della BCE nelle azioni dirette contro decisioni SRB in relazione alle determinazioni preliminari della BCE 79

CAPITOLO III

COROLLARI PROBLEMATICI DI DIRITTO PROCESSUALE

| | |
|---|-----|
| Introduzione | 81 |
| 1. L'invalidità derivata dalla misura nazionale a quella europea | 82 |
| 1.1. L'invalidità derivata nella supervisione bancaria: questioni di giurisdizione e limiti del sindacato incidentale europeo | 91 |
| 2. L'interpretazione e applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nell'ambito del meccanismo di vigilanza | 96 |
| 2.1. Il proposto riconoscimento di effetto diretto della CRD IV non trasposta o malamente trasposta. Critica | 101 |
| 2.2. Il primato del diritto UE quale fondamento giuridico autonomo della disapplicazione | 105 |
| 2.3. I principi generali di diritto UE | 112 |
| 2.4. Il principio di interpretazione conforme | 114 |
| 2.5. L'applicazione della direttiva per mezzo del suo richiamo nel regolamento SSM | 120 |
| 3. Il trattamento del diritto nazionale davanti al giudice dell'Unione | 122 |
| 3.1. Il diritto nazionale quale questione di fatto o questione di diritto | 123 |
| 3.2. L'interpretazione da parte del giudice dell'Unione del diritto nazionale applicato dalla BCE nel meccanismo di vigilanza | 128 |
| 3.3. Revisione da parte della Corte dell'interpretazione del diritto nazionale fatta dal Tribunale di primo grado | 131 |
| 4. Il dialogo giurisdizionale fra giudici costituzionali nazionali e giudice dell'Unione: opportunità di un rinvio pregiudiziale alla rovescia? | 133 |
| | |
| Considerazioni conclusive | 151 |
| | |
| Indice delle decisioni | 153 |
| | |
| Bibliografia | 159 |

PROFILI INTRODUTTIVI

La creazione dell'Unione bancaria ha costituito una delle innovazioni di maggiore rilevanza per la struttura istituzionale dell'UE, probabilmente la più importante dell'ultimo decennio. Nei primi sei anni della sua operatività, essa ha consolidato il suo impianto nei campi della vigilanza e della risoluzione bancaria, in particolare grazie all'opera creativa della Corte di giustizia.

Al di là delle technicalità di cui l'Unione bancaria si compone, essa ha assunto negli anni il ruolo di banco di prova per alcune categorie tradizionali del sistema sovranazionale, incidendo su istituti classici di diritto dell'Unione, segnatamente relativi alla tutela giurisdizionale.

Nell'ambito delle procedure composite che caratterizzano i primi due pilastri dell'Unione bancaria, la Corte di giustizia ha ad esempio definito a quali condizioni gli atti della Banca centrale europea e del Comitato di risoluzione unico possano essere riveduti giuridicamente, precisando alcuni aspetti in ordine al riparto di giurisdizione fra giudici nazionali e giudici dell'Unione in relazione alla cognizione degli atti di avvio, preparatori o di proposta non vincolanti, o relativi alla legittimazione ad agire. L'Unione bancaria è stata lo scenario da cui sono emerse questioni di rilevanza costituzionale senza precedenti nelle relazioni fra sistemi nazionali e sovranazionale, certamente in parte per via della specificità della materia, ma destinate ad avere implicazioni profonde ben oltre l'Unione bancaria, quali *landmarks* per il riparto di giurisdizione nelle procedure amministrative composite nell'Unione.

L'Unione bancaria ha anche consentito alla Corte di giustizia di inaugurare una pagina sostanzialmente nuova nella considerazione del diritto nazionale quale questione di diritto nelle cause portate alla cognizione delle giurisdizioni sovranazionali, legittimando la Corte a rivedere gli atti di vigilanza della BCE alla luce del diritto nazionale.

Tali innovazioni, che incidono sulla struttura costituzionale della stessa Unione, da un lato meritano di trovare approfondimento, mancando nel panorama nazionale un'analisi dei profili appena menzionati, dall'altro lasciano aperte molte questioni, anch'esse di rilevanza determinante nella definizione dei rapporti fra Stati membri e Unione, che pure necessitano di essere esplorate.

Un primo profilo inerisce l'analisi dell'incidenza sul principio di autonomia dell'Unione europea della legittimazione dei giudici di Lussemburgo ad interpretare ed applicare in via autonoma il diritto nazionale, anche davanti alle giurisdizioni di appello, e della conseguente possibile *derivative illegality* da un atto nazionale a quello dell'Unione.

Inoltre, sotto una diversa prospettiva, qualora il giudice dell'Unione sia chiamato a rivedere gli atti definitivi sovranazionali basati anche su una norma nazionale asseritamente illegittima, il soggetto ricorrente, privo di tutela giurisdizionale di fronte al giudice nazionale, potrebbe voler sollevare incidentalmente davanti al giudice dell'Unione una questione (anche di costituzionalità) delle disposizioni nazionali in questione. Tuttavia, nell'ipotesi di ordinamenti nazionali che prevedano controlli accentrati in ordine alla legittimità costituzionale di una norma (come accade segnatamente in Italia), lo scontro fra ordinamenti risulterebbe inevitabile, risultando inapplicabili alla Corte di giustizia le disposizioni nazionali sul rinvio alla Corte competente. Il volume si propone allora anche di esaminare, *de iure condendo*, la fattibilità di soluzioni alternative.

Da un punto di vista non processuale ma prettamente istituzionale, il regolamento (UE) n. 1024/2013 istitutivo del Meccanismo di Vigilanza Unico pure introduce istituti innovativi meritevoli di autonoma disamina. Esso infatti espressamente riconosce alla BCE competenza ad applicare in materia di vigilanza prudenziale non solo il diritto dell'Unione, ma anche la legislazione nazionale di recepimento di direttive in materia, e la legislazione nazionale di esercizio di opzioni eventualmente riconosciute agli Stati membri in regolamenti dell'Unione (art. 4, par. 3 regolamento 1024/2013). Si pone allora la questione dei limiti di tale riconosciuto potere di applicazione, in relazione a norme nazionali che, nel recepire direttive dell'Unione, disciplinino aspetti estranei alla portata dell'atto di diritto derivato e, ancor più, in relazione alle ipotesi di mancanza di idonea normativa nazionale di implementazione del dettato sovranazionale, per assenza di trasposizione o per erronea trasposizione. Si pone cioè la questione di valutare la possibilità di riconoscere, rispetto a tali fattispecie, l'operatività

dell'istituto dell'effetto diretto delle direttive, già da tempi risalenti considerato "*infant disease*"¹ del sistema sovranazionale.

Verrà sondata, in definitiva, la possibilità di affermare anche rispetto all'Unione bancaria la natura giuridica "originale" già riconosciuta dalla Corte di giustizia al Sistema Europeo delle Banche Centrali, "che associa e fa strettamente cooperare istituzioni nazionali (...) e un'istituzione dell'Unione (...) e all'interno della quale vigono un'articolazione diversa e *una distinzione meno pronunciata* tra l'ordinamento giuridico dell'Unione e gli ordinamenti giuridici interni"².

¹ P. PESCATORE, *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, p. 155 ss.

² Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2019, cause riunite C-202/18 e C-238/18, *Ilmārs Rimšēvičs e Banca centrale europea (BCE) c. Repubblica di Lettonia*, punto 69.