

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2021

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il Covid 19 e la faticosa ricerca di nuovi paradigmi operativi

Non dobbiamo arrenderci ai danni della
pandemia... Non possiamo accettare
che riflussi nazionalistici fuori tempo
rallentino o intralcino il cammino.
Sergio Mattarella, dicembre 2020

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La gestione della nuova emergenza da *coronavirus*... – 3. *Segue*. ...sua incidenza sulle forme di Governo. – 4. Come ricostruire un futuro per le nuove generazioni. – 5. Riflessi della pandemia sulla industria finanziaria: l'attuazione delle misure governative... – 6. *Segue*. ...e la problematica dei crediti deteriorati. – 7. *Segue*. ...il progetto di costituire una *bad bank*. – 8. Metamorfosi dell'attività bancaria... – 9. *Segue*. ...e prospettiva di nuove forme di vigilanza. – 10. Il ruolo dell'UE: tra difficoltà interventistiche e tendenza al cambiamento.

1. Premessa

Dopo mesi di angoscia, allorché il violento male – che, dall'inizio del corrente anno, si è abbattuto sul pianeta, seminando morte, dolore, povertà – sembrava, almeno con riferimento al nostro Paese, essersi attenuato, una nuova improvvisa, ondata di contagi da *coronavirus* ripropone le complesse problematiche che turbano le ordinarie modalità di vita. Ancora una volta sono messe a dura prova le capacità dei Governi nel prevenire e gestire gli effetti di un male, per combattere il quale, ad oggi, l'umanità non è ancora in grado di utilizzare armi adeguate.

Si ripropongono a livello socio politico talune questioni, già oggetto di dibattito, riguardanti la legittimità di possibili costrizioni delle libertà personali ovvero l'adozione di misure interventistiche che incidono negativamente sull'ingranaggio produttivo, attese le limitazioni del processo di sviluppo ad esse conseguenti¹. Si riapre, altresì, un clima di

¹ Cfr. G. L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, visionabile su <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/coronavirus-covid-19-diritti-liberta-fondamentali-diritto-penale-legalita>, nel quale l'A. sostiene che è «lecito dubitare che [il] decreto-legge (n. 6 del 2020, convertito in l. 5 marzo 2020, n. 13) rappresenti effettivamente una valida base legale» in quanto la «natura “in bianco” dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020 [rende] quanto meno lecito dubitare della compatibilità di una simile

incertezze, riconducibili alla consapevolezza di dover affrontare onerose criticità nel timore di non riuscire ad evitare le distonie di valutazioni fuorvianti. Più in generale, emergono i terminali di una realtà socio economica nella quale la democrazia appare *svuotata* dei suoi contenuti tipici e fatalmente condizionata da un crescente disagio sociale.

Ed invero, gli effetti della nuova fase della pandemia sul corpo sociale accentuano il profondo malessere che ho già avuto modo di evidenziare in altra sede². A fronte di una rarefazione dei contatti, ora intrattenuti con ricorso sempre più frequente ai mezzi informatici, si riscontra un'exasperazione del cupo clima di ristrettezze economiche che lascia intravedere nuove povertà, più ampie disuguaglianze, crescenti difficoltà di vita. Da qui le inevitabili discrasie connesse alla formazione di una società *atomistica* nella quale il potere democratico impone pause al suo naturale fluire che, in aggiunta ai danni economici che ad esse conseguono, creano angoscia e, dunque, gravi disturbi psicofisici³.

Conseguentemente, la ricerca va orientata nella duplice direzione di (a) rinvenire, sul piano medico scientifico, idonei rimedi che consentano di allontanare i pericoli derivanti dal Covid-19 e, in prospettiva, di sconfiggere il male; (b) programmare adeguati percorsi per uscire dalle *secche* nelle quali attualmente il Paese arenato, identificando congrue modalità tecniche per una rinascita socio economica che ridia *fiducia* nel futuro e segni una decisiva svolta rispetto al recente passato.

L'impegno con cui la comunità scientifica ha affrontato il gravoso compito di predisporre un vaccino efficace contro il Covid-19 sembra abbia dato ottimi risultati, stando ai dati resi noti dalla classe medica e del Governo in ordine ai felici esiti della sperimentazione clinica attuata

disposizione con la riserva di legge che la Costituzione prevede quale condizione e garanzia per limitare l'esercizio di libertà fondamentali». Si veda, altresì, l'editoriale intitolato *Cassese: "La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi"*, visionabile su <https://www.ildubbio.news/2020/04/14/cassese-la-pandemia-non-e-una-guerra-pieni-poteri-al-governo-sono-illegittimi>.

² Cfr. al riguardo F. CAPRIGLIONE, *Emergenza coronavirus e finanza sostenibile*, in AA.VV., *Covid 19. Emergenza sanitaria ed economica. Rimedi e prospettive*, Bari, 2020, 15 ss.

³ Cfr. D. DI CESARE, *Virus sovrano? L'asfissia capitalistica*, Torino, 2020, *passim*.

in diversi paesi. Sembra, tuttavia, che la difficoltà di prevedere il tipo di risposta immunitaria prodotta dai vaccini sin qui presentati – essendo molto diversificate fra loro le strategie tecniche adottate nelle differenti tipologie – renda necessario un coordinando tra i numerosi progetti esistenti, obiettivo perseguito dalla CEPI (*Coalition for Epidemic Preparedness and Innovations*), organizzazione internazionale che promuove lo sviluppo e lo stoccaggio di vaccini contro microorganismi in grado di causare epidemie ⁴.

Ne consegue che al coronamento con successo degli sforzi, a livello mondiale, della ricerca scientifica – cui si deve la predisposizione di un prodotto biotecnologico in grado di proteggere dall'infezione da *coronavirus* – deve necessariamente far seguito un'attenta opera di stoccaggio del vaccino e di distribuzione e somministrazione dello stesso alla popolazione. Da qui la esigenza di programmare detto obiettivo, *sburocratizzando* i processi, atteso che – com'è noto – in Italia l'anelasticità delle organizzazioni di persone e risorse destinate alla realizzazione di finalità collettive individua, purtroppo, una costante della P.A., segnando in negativo la prassi operativa di questa ultima. Pertanto, sarebbe opportuno, in vista di una appropriata e celere attuazione di tali compiti, trarre esempio da quanto è dato riscontrare in altri paesi UE, i quali stanno adottando per tempo congrue misure per facilitare ed accelerare l'applicazione di tali terapie. Ed invero, ipotizzabili ritardi o intralci di altro genere – al di là di inevitabili danni nel ripristino di condizioni di normalità nel Paese – darebbero adito all'opposizione di fondare su giustificate ragioni le critiche che incessantemente muove all'azione di Governo.

Ben più complessa è la programmazione delle forme tecniche per avviare un *iter* di ripresa economica che consenta al nostro Paese di tornare ad occupare il ruolo che per la sua storia e la sua capacità produttiva gli spetta. Al riguardo è bene far presente che le carenze di una politica poco attenta alle implicazioni del forte nesso che intercorre tra responsabilità, organizzazione e sviluppo sono state di ostacolo all'affermazione di una adeguata *expertise* finanziaria nella definizione

⁴ Tale organizzazione lavora per colmare le lacune critiche all'interno dell'ecosistema dei vaccini, provvedendo tra l'altro a finanziare lo sviluppo di nuove tecnologie di piattaforma per il rapido sviluppo di vaccini contro patogeni nuovi e sconosciuti; cfr. al riguardo i dati informativi rinvenibili su www.glopid-r.org/coalition-for-epidemic-preparedness-innovations-cepi.

dei processi di investimento produttivo, donde il significativo *crack record* negativo al riguardo che contraddistingue il nostro Paese. A ciò si aggiungano le criticità di un apparato burocratico che intralcia, ritarda e rende difficile ogni forma di intrapresa, nonché di una «modesta cultura delle regole»⁵, dato caratterizzante di un sistema nel quale «l'informazione è considerata da gran parte della classe dirigente un male necessario», come puntualmente è stato scritto⁶.

Orbene, si individuano i presupposti di una realtà nella quale intrinseche capacità (riscontrabili nei settori più diversi: dalla produzione industriale di eccellenza, alle scienze, alle arti) si contrappongono ad endemiche carenze, ad irresponsabilità della classe dirigente, ad una corruzione dilagante (che dà discredito e, a causa del “*malum agere*” di pochi, finisce col mettere in ombra l'impegno e la buona volontà di molti). Il nostro Paese, come tenevo a precisare anni addietro, «evidenzia un contesto socio politico che, fino ad epoca recente, non è stato in grado di reggere il confronto con la modernità, né tanto meno di predisporre l'humus disciplinare necessario per adottare con tempestività misure adeguate a promuovere uno sviluppo sostenibile»⁷.

Si è in presenza di uno scenario che di certo appare contraddittorio rispetto alle esigenze di rinnovamento più volte rappresentate dal Governo che ha tenuto a sottolineare l'interazione esistente tra il sostegno delle filiere innovative del Paese e l'utilizzo dei copiosi mezzi finanziari conseguibili col ricorso al *Recovery Fund* approvato nell'accordo, raggiunto in seno al Consiglio europeo del 23 aprile 2020, la cui attività dovrebbe essere correlata al bilancio europeo UE per i prossimi sette anni. Da qui la necessità per il Governo di adottare linee strategiche che non perseguano (o, quanto meno, contengano) la logica assistenziale che, al momento, sembra assumere carattere prevalente, sì

⁵ Cfr. al riguardo il rapporto Doing Business (in www.doingbusiness.org) pubblicato dalla Banca Mondiale nel quale si rinvia una raccolta di dati, aggiornata annualmente, destinata a fornire informazioni sulla efficienza dei sistemi giuridici e sulle economie di 190 paesi del mondo. L'Italia occupa il 51° posto di tale classifica.

⁶ Cfr. l'editoriale intitolato *Il saluto di Ferruccio de Bortoli ai lettori del Corriere della Sera*, pubblicato in *Corriere della sera* del 30 aprile 2015, visionabile su http://www.corriere.it/cronache/15_aprile_30/saluto-lettori-direttore-de-bortoli.

⁷ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Non luoghi. Sovranità, sovranismi. Alcune considerazioni*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, I, 432.

da incrementare ulteriormente il disavanzo pubblico italiano, approfittando del regime derogatorio (*in primis* la sospensione del patto di stabilità) concesso dall'Unione.

Va osservato, infatti, che la necessità di alleviare le difficoltà di ampi settori produttivi (commercio, turismo, ecc.) particolarmente colpiti dalla emergenza economica vede il Governo impegnato nella elargizione di “ristori” ed altre misure che inevitabilmente comportano una crescente dilatazione del debito pubblico. Conseguenza la prospettiva di dover reperire i fondi finanziari all'uopo occorrenti per evitare che i progetti di crescita svaniscano, in quanto – com'è noto – la crescita è legata agli incrementi del PIL, ai quali è di ostacolo il gravame di un ponderoso debito pubblico⁸. Da qui la prospettiva di una possibile “patrimoniale”, indicata da una parte della politica⁹, la cui applicazione, al presente, come è stato osservato da un acuto studioso appare poco praticabile¹⁰; aprendo la strada a nuove forme di esazione fiscale, come l'incremento delle imposte sulle successioni e sulle donazioni, le quali verosimilmente avrebbero più facile accoglimento.

Analoghe considerazioni vanno fatte ove si proceda ad un eventuale utilizzo distorto (anche parziale) dei fondi previsti dal *Next generation EU*, destinandoli a “ristori” o ad altre misure che – per quanto possano apparire giustificate sul piano della solidarietà sociale (in quanto volte a sostegno della cittadinanza colpita dall'emergenza economica causata

⁸ Sul rapporto tra debito pubblico e economico, si v. – *inter alia* – D. ELMENDORF-N. G. MANKIW, *Government debt*, in *Handbook of Macroeconomics*, ed. by J. B. Taylor and M. Woodford, vol. 1, 1999, cap. 25, 1615-1669; S. KUMAR-J. WOO: *Public Debt and Growth*, in *IMF Working Papers*, n. 10/174, International Monetary Fund; C. M. REINHART-K. S. ROGOFF, *Growth in a Time of Debt*, in *American Economic Review*, 2010, 100 (2), 573-78

⁹ Cfr. l'editoriale intitolato *Patrimoniale nella Manovra 2021, emendamento riammesso all'esame, visionabile su* <https://www.quotidiano.net/economia/patrimoniale-2021-ultime-notizie-1.5777117>

¹⁰ Cfr. M. SEPE, *CoViD: un significativo acronimo. “Come Ovviare Virtuosamente (all') Innalzamento (del) Debito?”*, in AA.VV., *Il dopo CoViD-19: esigenza di uno sviluppo sostenibile*, in Supplemento digitale de *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* n. 5/2020, ove tale problematica è affrontata con riguardo all'aumento del debito pubblico conseguente alle esigenze per far fronte alla crisi sanitaria, analizzando non solo il suo finanziamento, ma anche, in prospettiva, il problema del relativo rimborso, sul quale incidono un assetto europeo che si caratterizza per la presenza di una moneta unica, la mancanza di un prestatore di ultima istanza e politiche di bilancio e fiscali nazionali.

dal COVID 19) – devono ritenersi, tuttavia, poco coerenti con gli obiettivi perseguiti dalla Unione avvalendosi del *Recovery Fund*. È appena il caso di far presente che le modalità d’impiego di tali fondi, a mio avviso, possono assumere per i vertici UE anche la funzione di una sorta di *test* della nostra capacità di gestire il cambiamento, per cui ad esse è legata anche l’immagine e la reputazione del nostro Paese.

Da qui la problematica connessa all’esigenza di procedere ad una *rifondazione* della struttura organizzativa della P.A (e, con questa, al rinnovamento della classe dirigente chiamata a gestire il *post Covid*), nonché alla definizione ed attuazione di alcune fondamentali riforme (come quella fiscale, della giustizia, ecc.) ed alla predisposizione di linee strategiche per la innovazione tecnologica e la relativa digitalizzazione. Va da sé che si è in presenza di interventi ai quali è legato il futuro delle prossime generazioni e, per certi versi, la credibilità del Paese!

L’annuncio dato dal *Premier* Conte di voler costituire una *task force* – la cui composizione sulla base di notizie fornite dai *mass media* è di ben 300 elementi¹¹ – deputata alla guida del percorso gestionale dei 209 miliardi in arrivo dall’Europa, se del caso assistita da una apposita “cabina di regia”, potrebbe dar luogo a critiche nelle quali si ha riguardo alla configurabilità di una ipotetica “amministrazione parallela”, indice di un chiaro senso di sfiducia per la P.A. italiana e per i suoi dirigenti.

A ben considerare, tale «proposta per la ripartenza» – che fa capo ad una similare ipotesi costruttiva formulata dal noto meridionalista Guido d’Orso, come ci è stato recentemente ricordato¹² – sottolinea la necessità di affidare ad un nutrito nucleo di persone esperte, corrette, selezionate in maniera imparziale e sulla base di criteri meritocratici la realizzazione di un disegno programmatico che s’incardina su una grande idea: superare le presenti difficoltà per assicurare alle prossime generazioni un domani migliore. È questa una ricetta antica alla quale è bene affidarsi per fugare il dubbio che il Governo, in una logica

¹¹ Cfr. l’editoriale intitolato *La carica dei 300 sul Recovery Fund: basterà un'altra maxi-task force per salvare il paese?*, visionabile su https://www.wired.it/attualita/politica/2020/11/30/conte-recovery-fund-task-force-accentramento-governo/?refresh_ce.

¹² Cfr. l’editoriale intitolato *Un minuto per ripartire/Cassese: Cento uomini per la pubblica amministrazione*, visionabile su www.bing.com/videos/search?q=un+minuto+per+ripartire

tendente alla deresponsabilizzazione, cerca di trincerarsi dietro le indicazioni di tale gruppo di lavoro per non farsi carico appieno delle decisioni che dovranno essere assunte in materia.

2. La gestione della nuova emergenza da coronavirus...

Con riferimento specifico all'Italia, può dirsi quindi che la recrudescenza della pandemia reca nuove incertezze sulle capacità di ripresa del nostro Paese, facendo ipotizzare una possibile ingovernabilità della malattia a causa dell'improvviso rialzo della curva epidemica verificatosi a partire da metà di ottobre 2020; donde la riproposizione in termini nuovi delle complesse problematiche già affrontate nel primo semestre di tale anno.

A ben considerare, peraltro, la situazione presente si connota in maniera abbastanza diversa da quella riscontrabile nella prima fase della pandemia. Ed invero, in quest'ultima all'improvviso insorgere del *virus* – che ha colto tutti di sorpresa e, dunque, impreparati nell'adozione di adeguate misure reattive – l'autorità politica fu costretta ad assumere decisioni dagli imprevedibili esiti; ciò avendo come unico criterio di riferimento l'*expertise* di illustri scienziati e l'intento di pervenire ad equilibrate soluzioni che evitassero il dilagare di morti *impietose*, limitando nel contempo i danni di natura economica connessi alla stasi produttiva causata dal *lockdown*.

Per converso al presente la dolorosa esperienza, acquisita nella prima metà dell'anno, consente di procedere sulla base di un ordine interventistico differente da quello praticato nel passato. Si è compreso, infatti, che la attivazione di idonei rimedi - fermo restando la riferibilità di questi ultimi alle indicazioni del corpo sanitario - deve essere in grado di esprimere la sintesi di un equo bilanciamento d'interessi, nel quale trovi compendio l'esigenza di tutelare la salute e quella di evitare di dar spazio a possibili sviluppi della crisi economica in atto, di certo ipotizzabili ove sia reiterata l'adozione di una nuova generalizzata chiusura del Paese.

Consegue la necessaria adozione di misure di contenimento del rischio da contagio che non si risolvano in forme di eccessivo ridimensionamento dell'esercizio delle attività economiche. In altri termini, il superamento delle attuali difficoltà rivenienti dal Covid-19 impone di dar corso ad un'attenta “gestione della pandemia”, evitando

eccessi di qualsivoglia genere (*i.e.* vuoi sottovalutando i reali pericoli del *virus* nella identificazione dei mezzi di prevenzione, vuoi dando spazio ad ingiustificati timori nel predisporre idonei strumenti di prevenzione). Ne consegue che la politica, in un momento di scelte difficili come l'attuale, è tenuta a seguire una linea prudentiale in grado di esprimere un *agere* fondato su processi valutativi che riflettano le diverse esigenze della realtà economico sanitaria su cui si interviene. Da qui la necessità di addivenire ad un equilibrato temperamento tra l'adozione di provvedimenti destinati a segnare possibili restrizioni e la contestuale assunzione di «ristori» e agevolazioni di natura fiscale a favore di coloro che, più di altri, subiscono i gravami imposti dalla pandemia.

In tale contesto, come ha di recente puntualizzato il *Premier Conte*, la *ratio* delle «misure messe in campo rispon[d]e all'esigenza di tener sotto controllo la curva dei contagi»¹³. Appare indispensabile, infatti, porre in essere un'azione correlata, momento per momento, all'andamento della curva epidemiologica, al fine di ridurre, al massimo, le «occasioni di socialità»; non a caso l'unanime suggerimento che viene dalla classe medica va, per l'appunto, nella direzione unitaria di «ridurre il numero dei contatti» nella cittadinanza. Si deve procedere, pertanto, secondo le linee di una innovativa tecnica che potremmo definire di *stop and go*, sì da poter dosare gli interventi da praticare, controbilanciandone l'onere con benefici di diversa natura. Va da sé che, stante l'espansione a livello globale assunta dal Covid-19, non potrà trascurarsi di aver riguardo agli accadimenti che si verificano negli altri Paesi; ne consegue che non va escluso, sull'esempio di quanto è dato riscontrare in alcuni Stati membri europei (Francia, Inghilterra, Spagna), il ricorso a misure particolarmente rigorose (coprifuoco, chiusura di locali a tempo pieno, determinazione di «zone rosse» e finanche il ripristino del *lockdown*, ecc.) repute necessarie per fermare l'ascesa della curva dei contagi in presenza di situazioni divenute esplosive.

È evidente, altresì, come all'esigenza di fronteggiare le criticità del recente inasprimento del *virus* debba corrispondere un generalizzato impegno della società civile a tenere comportamenti in grado di

¹³ Cfr. l'editoriale intitolato *Perché ho chiuso alle 18. Nessuno ora soffi sul fuoco*, pubblicato su *il Fatto quotidiano* del 27 ottobre 2020.

superare le difficoltà dell'attuale situazione; ciò, ferma restando l'assunzione da parte della politica della piena responsabilità per le scelte effettuate¹⁴. Mettere in sicurezza il Paese è il primario obiettivo verso il quale dovrebbero convergere tutte le forze socio politiche interessate al benessere comune evitando quindi dissidi fra loro, che inevitabilmente finirebbero per aggravare la situazione in cui deve operare l'autorità governativa. I numerosi richiami del Presidente Mattarella al senso di responsabilità che deve guidare i comportamenti della cittadinanza presuppongono l'acquisizione, da parte di quest'ultima, della consapevolezza che per vincere la guerra nella quale siamo stati coinvolti da un *nemico invisibile* necessita unitarietà d'intenti, alla quale dovrebbe far riscontro il superamento del clima conflittuale che, purtroppo, connota la nostra politica¹⁵.

Ne consegue che l'opposizione, per quanto le sue critiche possano talora essere giustificate – si pensi all'attuale inadeguatezza dei trasporti pubblici nella lotta al *coronavirus* ovvero all'ostinato rifiuto di alcuni partiti di maggioranza di far ricorso al MES per il risanamento del nostro sistema sanitario –, di certo dovrebbe astenersi dal soffiare sul fuoco delle sofferenze sociali al fine di capitalizzare il consenso delle categorie danneggiate. Il contrasto al Covid-19 richiede l'abbandono di atteggiamenti che fomentano la discordia e sono contrari ad ogni forma di ricomposizione degli interessi generali, indispensabile presupposto per poter sconfiggere la pandemia. Per converso, si assiste ad una disapprovazione ad oltranza di ogni azione del Governo pur di metterlo sotto assedio; donde una linea comportamentale che – incurante del fatto di incorrere talora in palese contraddizione¹⁶ – non aiuta a contrastare il *virus*.

¹⁴ GOVERNO ITALIANO, *Coronavirus, informativa del Presidente Conte al Senato*, 26 marzo 2020, visionabile su <http://www.governo.it/it/articolo/coronavirus-informativa-del-presidente-conte-al-senato/14384>.

¹⁵ Cfr. l'editoriale intitolato *Il richiamo di Mattarella: "Istituzioni collaborino, serve senso della misura e responsabilità"* visionabile su <https://www.dire.it/20-10-2020/517746-il-richiamo-di-mattarella-istituzioni-collaborino-serve-senso-della-misura-e-responsabilita>.

¹⁶ Significativa, al riguardo, è la contestazione sollevata in presenza della necessaria decisione del Governo di «prorogare lo stato di emergenza» al 31 ottobre 2020 [...], seguita di lì a poco, allorché sono emerse le recenti criticità, da nuove contestazioni per l'inadeguatezza delle soluzioni adottate considerate carenti sotto il profilo del rigore e della fermezza [...].

Ma v'è di più. Di fronte al dilagare di manifestazioni reattive da parte di coloro che sono destinatari di provvedimenti restrittivi delle modalità di esercizio di determinate attività – svolte nei settori (turistico alberghiero, ristorazione, commercio ambulante, ecc.) sui quali maggiormente incidono le misure adottate – numerose parti politiche, in una logica *divisiva*, alimentano il malcontento con improvvise accuse al Governo di impreparazione e scarsa efficienza (per non aver predisposto le misure preventive necessarie per sconfiggere il male), pervenendo a critiche contraddittorie pur di contestarne l'operato.

Si è in presenza di pericolosi aspetti degenerativi della politica che incidono negativamente sulla continuità del sistema democratico. Ed invero si individua una contestazione volta a travalicare la necessaria riferibilità al benessere comune che, in momenti di particolare difficoltà del Paese, esige il rispetto del principio dell'unità nazionale, affinché tutti lavorino in maniera condivisa. Perseverare in un atteggiamento volto ad esasperare le valutazioni negative per gli inevitabili disguidi e/o carenze che possono registrarsi in una realtà complessa (come quella in cui attualmente viviamo) significa aprire il dibattito a logiche orientate verso l'avvento di una “mano forte” che interpreti in modalità autonome la realtà su cui occorre intervenire, individuando le scelte da considerare ottimali. È evidente come si determinano i presupposti che segnano l'abbandono della logica democratica e l'avvento del *sonno della ragione*, molto pericoloso perché toglie il coraggio e l'audacia, recando l'indifferenza.

A ciò si aggiungano le conseguenze del timore di essere in presenza di una situazione che costringa il Governo all'adozione di ulteriori misure restrittive che sfocino in una reiterata proposizione di nuovi *lockdown* (se del caso limitati ad alcune zone soltanto), nonostante le numerose dichiarazioni del *Premier* di attivare ogni possibile mezzo per evitare che ciò avvenga¹⁷. I livelli d'incertezza aumentano a dismisura fino a configurare una realtà alla quale è sotteso uno “stato confusionale” che reca pericolose turbative nella società civile. Da qui

¹⁷ Cfr. l'editoriale intitolato *Conte: “Nuove misure per evitare un altro lockdown”*. Si potranno chiudere vie e piazze. Orario flessibile nei licei. Stop a gare sportive dilettantistiche e rinvio di 7 giorni per le palestre, visionabile su <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/10/18/covid-le-nuove-misure-del-governo-conte-dobbiamo-mettere-in-campo-tutte-le-misure-necessarie-per-scongiurare-un-nuovo-lockdown/5970966>.

è breve il passo verso un'aperta contestazione che rischia di trascinare in rivolta sociale, come è dato evincere da una irrazionale esplosione di rabbia che si è registrata nelle più importanti città (Napoli, Roma, Torino, Milano, Firenze e Palermo), le quali – a seguito della emanazione, a fine ottobre, di un *dpcm* contenente misure restrittive – sono diventate teatro di una buia guerriglia urbana¹⁸.

Cosa sta accadendo, cosa ci riserva il futuro nell'immediato e nel tempo *post* Covid-19? Sono, questi, interrogativi che molti si pongono senza riuscire a trovare una risposta soddisfacente. Quel che appare certo è che si individuano le pericolose avvisaglie di una crisi profonda, radicata in una generale tendenza all'irrazionalità, espressione di una società fluida che, come è stato acutamente osservato, non sembra più riconoscere valori fondativi, dando luogo ad un travolgente *caos*¹⁹. Si è in presenza di una crisi che, alimentata da gruppi antagonisti, potrebbe vedere affiancati alla motivata azione di coloro che temono di essere sopraffatti dall'emergenza economica *professionisti* della protesta ed *infiltrati* della criminalità. Conseguenze la diffusione di un clima che, per certi versi, evoca il ricordo della "strategia della tensione" che, negli anni settanta del '900, segnò tristemente la vita degli italiani.

Indubbiamente, confrontando l'attuale situazione con quella vissuta dalla popolazione nella prima fase del Covid-19, non è dato riscontrare lo stesso senso di responsabilità con cui in passato la società civile è stata in grado di affrontare con coraggiosa fermezza i disagi di un lungo *lockdown*²⁰. Sarà forse la stanchezza per il periodo di disagio già vissuto, unitamente alla forte preoccupazione di patire nuove e peggiori conseguenze della stasi operativa, sta di fatto che è sempre più palese una sorta di generalizzato malcontento per le modalità con cui il

¹⁸ Cfr. l'editoriale intitolato *Dpcm, scontri e tensioni. Saccheggi a Torino, 10 fermi e un ferito. Proteste anche a Napoli, Milano e Roma. Allerta Viminale*, visionabile su https://www.ilmessaggero.it/italia/dpcm_allerta_viminale_scontri_proteste_napoli_roma_torino_cosa_succede_ultime_notizie-5547525.html

¹⁹ Cfr. G. MONTEDORO, *Il Diritto Pubblico tra ordine e caos*, Bari, 2020.

²⁰ Basti pensare alle manifestazioni svoltesi a Napoli (zona rossa) nelle giornate successive alla morte del calciatore Maradona con assembramenti che, a giusta ragione, sono stati criticati dalla RAI; cfr. l'editoriale intitolato *Assembramenti a Napoli per la morte di Maradona. La Vita in Diretta interrompe il collegamento*, visionabile su https://www.huffingtonpost.it/entry/assembramenti-a-napoli-per-la-morte-di-maradona-la-vita-in-diretta-interrompe-il-collegamento_it_5fc0b710c5b6e4b1ea4a3c99

Governo è intervenuto di fronte alla rinnovata recrudescenza del *virus*. Da qui forme di pressioni di vario genere, come la richiesta avanzata il 23 ottobre 2020 da un nutrito gruppo di scienziati e accademici «di assumere provvedimenti stringenti e drastici nei prossimi due o tre giorni [per] evitare che i numeri del contagio in Italia arrivino inevitabilmente, in assenza di misure correttive efficaci, nelle prossime tre settimane, a produrre alcune centinaia di decessi al giorno»²¹.

Si assiste, quindi, ad un susseguirsi di attacchi al *Premier* Conte per «le terapie intensive non attivate, le poche assunzioni di medici e infermieri, i *drive in* fuori dagli ospedali»²²; ciò, trascurando di considerare che si tratta di scelte delle Regioni, essendo esse competenti in materia sanitaria. Lo scenario è completo ove si aggiunga l'assedio posto al Governo da queste ultime, oltre che dalle amministrazioni comunali, ora richiedendo l'assunzione di provvedimenti di “ordine pubblico” per il contenimento del contagio, ora avversando talune proposte di *lockdown* territoriali²³.

È evidente come, per tal via, venga messa a dura prova la capacità di mediazione della politica centrale, costretta a dover tener conto della criticità assunta dalla curva pandemica in alcune regioni (le cui strutture sanitarie da destinare a pazienti con sintomi da Covid-19 devono ritenersi ormai prossime al collasso) e, al contempo, delle possibili disastrose conseguenze economiche di nuovi provvedimenti di chiusura. Non a caso un importante imprenditore italiano valutando tale

²¹ Tali studiosi – che annoverano nel loro ambito anche il Rettore della Normale di Pisa, Luigi Ambrosio e di Fernando Ferroni, ex presidente Istituto Nazionale Fisica Nucleare – sono mossi dall'intento di spingere il Governo ad attuare un «necessario contemperamento delle esigenze dell'economia e della tutela dei posti di lavoro con quelle del contenimento della diffusione del contagio [a fronte dell']esigenza di salvaguardare il diritto alla salute individuale e collettiva sancito nell'art. 32 della Carta costituzionale come inviolabile».

²² Cfr. l'editoriale intitolato *Il Cts smentisce Conte, le terapie intensive non sono ancora raddoppiate*, visionabile su <https://www.editorialedomani.it/fatti/il-cts-smentisce-conte-le-terapie-intensive-non-sono-ancora-raddoppiate-xv4pfdn8>.

²³ Cfr. l'editoriale intitolato *Fontana: «Situazione drammatica, rispettate regole»*. *In Sicilia scatta la quinta «zona rossa»*. *Sardegna verso il lockdown ma dalla prossima settimana*, visionabile su www.ilsole24ore.com/art/coronavirus-ecco-mappa-chiusure-strade-e-piazze-movida-ADGPw9w?refresh_ce=1.

situazione ha avuto modo di affermare: «nessuno vorrebbe prendere il posto di Conte ora, posto complicatissimo e difficile»²⁴.

3. *Segue. ...sua incidenza sulle forme di Governo*

Per comprendere la situazione fattuale dianzi delineata – prescindendo dalle contingenti cause di aggravio dei rapporti tra le parti politiche riconducibili alle difficoltà recate dal *coronavirus* – necessita un’analisi che consenta di verificare come la pandemia identifichi il fattore catalizzatore per l’emersione di un pregresso malessere del nostro sistema democratico.

Nel precedente paragrafo è stata sottolineata la *divisività* che da tempo caratterizza la politica italiana; essa ha connotato l’azione di quest’ultima, segnata da “contrast” (*rectius*: un permanente dissidio) che vanno ben oltre la feconda dialettica che dovrebbe presiedere alla individuazione di scelte che non privilegiano alcuni a danno di altri. È questa la premessa concettuale da cui muovere in un’indagine volta ad accertare le ragioni a fondamento delle forme reattive che hanno accompagnato il progredire della pandemia e sono d’intralcio all’affermazione della unitarietà necessaria per superare l’attuale problematica economico sanitaria che coinvolge la sicurezza nazionale.

Sotto altro profilo occorre considerare le difficoltà che, negli ultimi due decenni, a causa della nota crisi finanziaria del 2007, hanno determinato una limitata capacità reattiva degli organi di vertice dell’ordinamento europeo nell’adottare opportune misure d’intervento, donde la configurabilità di evidenti squilibri nel processo di convergenza, a sua volta presupposto della integrazione comunitaria²⁵. Valutando tale realtà, in passato, ho avuto modo di sottolineare come le carenze di un sistema caratterizzato da un’insufficiente coesione (alla quale si ricollegano talune tendenze egemoniche, nonché una sostanziale mancanza di solidarietà) si pongono a fondamento di posizioni nazionalistiche e di movimenti populistici, esacerbati da una

²⁴ Si veda l’intervista a Diego Della Valle su “Governo e opposizioni” visionabile su www.la7.it/otto-e-mezzo/video/diego-della-valle-su-governo-e-opposizioni-nessuno-vorrebbe-prendere-il-posto-di-conte-ora-28-10-2020-347249.

²⁵ Cfr. F. CAPRIGLIONE-A. SACCO GINEVRI, *Politics and finance in European Union*, Padova, 2015, *passim*, ma in particolare cap. III.

perdurante strategia d'*austerità*²⁶. In tale contesto, il dilagante impoverimento delle popolazioni, i preoccupanti livelli di disoccupazione (presenti soprattutto in alcuni paesi dell'area mediterranea), mi apparvero espressione del “volto oscuro” di un processo involutivo dell'era postindustriale²⁷.

Ciò posto, può dirsi che, a seguito dell'evento pandemico, emergono ora i presupposti di una “crisi sistemica” dagli esiti non pienamente configurabili, ma che di certo appare destinata a mutare (*rectius*: innovare) l'attuale ordine giuridico. Si prospetta, in tale contesto, la possibile fine dello stato di diritto quale forma di governo nella quale viene perseguito il fine di controllare e limitare il potere dello Stato attraverso la posizione di norme giuridiche generali e astratte; sicchè in essa la politica riconosce all'individuo un valore autonomo, il cui rispetto richiede la limitazione dell'azione statale, donde la garanzia di libertà e uguaglianza di tutti i cittadini²⁸.

Ed invero, il perdurare di una realtà caratterizzata dalla accresciuta virulenza del Covid-19, nonché dai dubbi di una possibile terza ondata della pandemia agli inizi del 2021 induce le perplessità di cui in precedenza si è detto, alle quali consegue un ripensamento della complessiva situazione istituzionale del nostro Paese. Da qui l'opportunità di ricercare quale sia oggi l'adeguata definizione del modello socio politico di riferimento che si va delineando, nonché di verificare se, e in quali termini, sia possibile reagire agli *input* rivenienti da una propaganda populista, orientata a perseverare in critiche preordinate all'acquisizione del consenso.

²⁶ A seguito della crisi finanziaria degli anni 2008 e seguenti, le sollecitazioni mosse dagli Stati cd. virtuosi – ed in particolare dalla Germania – hanno impresso agli interventi di risanamento una vettorialità orientata al rigore. Le manovre fiscali (nelle quali alla riduzione delle spese vengono spesso preferite forme di tassazione lineare), le modifiche del sistema pensionistico (con soluzioni spesso incuranti dei diritti dei lavoratori) finiscono con l'essere avvertite come pesanti imposizioni, sì da generare una diffusa avversità nei confronti della politica definita di “austerità”; cfr. F. CAPRIGLIONE-A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Milano, 2014, 122 ss.

²⁷ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Mercato regole democrazia*, Torino, 2012, 89 ss.

²⁸ Cfr. tra gli altri H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1981; L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2004; G. SARTORI, *Democrazia: cosa è*, Milano, 2007; G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Torino, 2007.

Non è questa la sede per dare indicazioni utili in ordine ai possibili cambiamenti che la politica riuscirà a realizzare, quel che appare certa tuttavia è l'esigenza di adottare una «strategia unitaria» che consenta di superare le difficoltà del presente momento indotte dal Covid-19 con misure rispettose delle esigenze della società civile, ma non per questo prive di rigore ovvero poco attente alla proposizione di equilibri duraturi all'interno dello *Stato ordinamento*. Viene in considerazione, sul punto, la contrapposizione, che gli eventi recenti hanno evidenziato, delle Regioni alla linea decisionale del Governo centrale, atteso che queste ultime – sorde ai numerosi richiami alla unitarietà formulati dal Presidente della Repubblica²⁹ – hanno cercato, e cercano, di sottrarsi alle prescrizioni contenute nei *dpcm* emanati dal Governo nel breve arco temporale compreso tra fine ottobre/novembre 2020³⁰.

Quel che necessita, dunque, è una mediazione politica orientata in via prioritaria ad esprimere la sintesi di una linea rappresentativa delle differenti posizioni in campo, a conciliare, a tener insieme – attraverso una continua, faticosa opera di mediazione – le “parti”, talora discordanti, di una costruzione maggioritaria che, di sovente, mostra di reggersi a fatica. A ben considerare, come di recente ho sottolineato, l'Italia «risulta sostanzialmente divisa, per cui il ricorso alla unitarietà nazionale come fondamento di una rinascita sembra poco praticabile»³¹.

Da quanto precede si ha la riconferma dei *limiti* presenti nelle moderne democrazie teorizzati da Alexis de Tocqueville, paventando la «dittatura della maggioranza», cui è sotteso lo scollamento tra Governo e governati³². La specificità del caso Italia – nella quale per le motivazioni sopra esposte può dirsi che la democrazia non gode ottima salute – si individua nelle modalità in cui nell'ultima legislatura si è determinata la *maggioranza*, la quale denota profili di anomalia nel suo processo costitutivo. Essa risulta, infatti, correlata alla presenza nel Paese di un populismo, in un primo tempo orientato alla “antipolitica” (e, dunque, contrario ad ogni forma di inserimento tra le forze

²⁹ Cfr. *supra* nota n. 15.

³⁰ Cfr. l'editoriale intitolato *Le Regioni riluttanti scaricano sul Governo le chiusure più aggressive*, in *Il Foglio* del 3 novembre 2020;

³¹ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Covid-19. Incertezze domestiche e speranze europee*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, I, 587 ss.

³² Cfr. la nota opera *De la démocratie en Amérique*, t. 1, Paris, Flammarion, 1981, *passim*.

governative) e successivamente interessato, invece, alla assunzione di un ruolo partitico.

Da qui l'alleanza tra forze disomogenee (partiti politici e movimenti in via di trasformazione), uniti al solo fine di conseguire una maggioranza di Governo, che di certo non si qualifica per stabilità e concorde proposizione degli obiettivi da perseguire; conseguentemente in essa si riscontra l'esigenza di ricercare nel *continuum* forme di collaborazione necessarie per realizzazione le linee programmatiche fissate in accordi (*rectius*: “contratti di legislatura”) posti in essere in vista della sua costituzione. Ciò, con ovvie difficoltà nell'esercizio delle funzioni istituzionali tipicamente proprie del Governo, le quali spesso vengono sottoposte ad aspre critiche anche da parte dei componenti dello stesso gruppo di comando.

Va da sé che tale scenario lascia intravedere significative difficoltà operative in un prossimo futuro quando – come è auspicabile – finita la pandemia saranno attivate opportune misure per porre rimedio ai danni da quest'ultima recati. Ed invero, per quanto non sembra ravvisabile in Italia una “dittatura della maggioranza” intesa nella menzionata accezione rappresentata in letteratura, è indubbio che il carattere divisivo della politica – e, dunque, la sostanziale mancanza di coesione nazionale – è di ostacolo ad una rinascita che postula unitarietà di intenti e, dunque, condivisione nella realizzazione dei progetti per la ricostruzione.

In tale contesto devono ritenersi difficilmente praticabili e, pertanto, destinati all'insuccesso eventuali appelli volti a sollecitare la creazione di un governo di “salute pubblica”, a richiedere “rimpasti” nel Governo o, addirittura, un immediato ritorno alle urne; ipotesi tutte che – nonostante l'attuale situazione di gravità emergenziale superiore ad ogni prevedibile aspettativa – si sono succedute negli ultimi tempi, incuranti dell'effetto destabilizzante dalle medesime recato³³. Si pone,

³³ Cfr. l'editoriale intitolato *Rimpasto di governo, il nodo «quote rosa»: da Azzolina a De Micheli, chi sono le ministre in bilico e perché rischiano*, nel quale si fa riferimento allo scenario di una crisi pilotata, visionabile su https://www.corriere.it/politica/cards/rimpasto-governo-nodo-quote-rosa-azzolina-de-micheli-chi-sono-ministre-bilico-perche-rischiano/scenario-una-cripi-pilotata-ruoli-m5s-pd-renzi_principale.shtml

pertanto, il dilemma di come sarà possibile procedere all'opera di rifondazione socio economica del Paese!

Non v'è dubbio che si apre per il nostro Stato una fase di evidente complessità, nella quale dovranno essere ricercate vie nuove nell'azione dei pubblici poteri, in grado di conciliare esigenze di flessibilità gestionale, tutela dei lavoratori e capacità di aprirsi all'innovazione tecnologica ed alla sostenibilità economica.

Di fondo emerge l'esigenza di procedere a più significative forme di coordinamento operativo con le indicazioni rivenienti dalle istituzioni di vertice dell'ordinamento europeo. Ciò vuoi nella consapevolezza che i sussidi e i prestiti finanziari che l'UE è disposta a concederci sono subordinati alla realizzazione di un programma di riforme istituzionali ed alla predisposizione di piani di investimenti da eseguire sotto il controllo della Commissione, vuoi nel convincimento, di cui v'è maggiore contezza dopo l'emergenza Covid-19, che solo una forte integrazione tra gli Stati membri può mettere questi ultimi al riparo dalle incognite dell'era post-moderna.

4. *Come ricostruire un futuro per le nuove generazioni*

Come ho avuto modo di sottolineare in altra sede, il ritorno ad una normalità nell'era *post* Covid-19 dovrà accompagnarsi non solo alla ricerca di nuove modalità di vita, bensì anche alla identificazione di adeguate strategie economiche e sociali idonee ad assicurare forme di sviluppo sostenibile volte a conciliare i livelli di produttività con quelli di libertà, nel rispetto dell'ambiente e della natura³⁴.

Da qui la necessità di scelte strategiche orientate, per un verso, ad un equo temperamento tra flessibilità e rigore, per altro ad introdurre idonei correttivi alle carenze delle pregresse gestioni della politica economica che, specie negli ultimi anni, è incorsa in logiche distorsive i cui effetti negativi sono stati messi a fuoco dalla pandemia. Tali scelte non potranno risolversi a danno dei diritti fondamentali, la cui indisponibilità non legittima ribaltamenti di priorità ovvero giustificazioni per le carenze interventistiche fondate sulla mancanza di contribuzioni pubbliche a supporto di settori, quale ad esempio quello

³⁴ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Covid-19. Incertezze domestiche e speranze europee*, cit., paragrafo n. 4.

sanitario, che assicurano la prestazione di servizi indispensabili per la convivenza sociale.

Conseguentemente la politica economica dovrà essere vincolata al rispetto dei diritti inviolabili, sì da garantire uno sviluppo che non si risolva in una perdita di dignità delle persone; diritti che devono essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili. Ciò implica, per un verso, la rivisitazione delle pregresse linee programmatiche, per altro l'abbandono di logiche ordinarie che a lungo sono state praticate nel riferimento a limiti di bilancio, spesso protesi alla mera conservazione del consenso.

Ciò posto, dovranno in primo luogo essere ricercate le cause della debolezza del *Servizio sanitario nazionale*, evidenziata dal Covid-19. Al riguardo, gli accadimenti di questi mesi mostrano che i gravi disagi in cui hanno dovuto operare la classe medica e ospedaliera sono imputabili essenzialmente alla logica distorsiva seguita dalla politica negli anni recenti; sicché essa è responsabile degli esiti critici causati da una scarsa cura per il settore cui è affidata la salvaguardia del bene primario della vita. A ciò si aggiunga l'inadeguatezza della *spending review* effettuata negli ultimi lustri, la quale ha orientato le sue analisi e le sue valutazioni in direzioni errate, impedendo allo Stato di realizzare un valido processo di revisione e razionalizzazione della spesa pubblica, nonché di evidenziare, tra l'altro, le gravi inefficienze del «regionalismo sanitario», da annoverare tra le cause che hanno impedito di «fronteggiare la pandemia»³⁵.

Un'ipotizzabile programma per la rinascita del nostro Paese dovrà coniugare l'obiettivo della tutela della salute, attraverso la ridefinizione del nostro sistema sanitario, con quello dello sviluppo economico, da realizzare mediante un attento utilizzo dei cospicui mezzi economici che l'Unione a tal fine ha reso disponibili.

In questa direzione sembrano orientati i numerosi provvedimenti normativi, adottati dal Governo nella prima fase della pandemia, dai quali emerge tuttavia il prevalente intento di offrire un sostegno alle imprese ed ai lavoratori la cui occupazione è d'improvviso venuta

³⁵ Cfr. *Rapporto dell'Osservatorio Nazionale sulla Salute nelle Regioni Italiane. Alla vigilia della pandemia da SARS-CoV-2*, visionabile su http://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=86465&fr=n

meno. Ed invero, l'azione posta in essere dall'autorità politica persegue la finalità di (a) finanziare gli ammortizzatori sociali (previo incremento dei cassaintegrati), (b) sospendere gli obblighi di versamento dei tributi, dei contributi, nonché di altri adempimenti fiscali, congelando le rate in scadenza, (c) procedere al riconoscimento di un assegno di sostentamento per tutte le tipologie di lavori autonomi. A ciò si aggiunga la previsione di ulteriori misure a sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario volte a conferire un particolare supporto alle PMI (mi riferisco agli interventi del Fondo centrale di garanzia)³⁶.

Recentemente, nella seconda fase della pandemia, il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, cd. decreto *Ristori*, ha confermato la tendenza ad introdurre misure urgenti per la tutela della salute e per il sostegno ai lavoratori e ai settori produttivi, prevedendo altresì l'elargizione di contributi a fondo perduto a favore degli operatori dei settori economici interessati dalle restrizioni introdotte con il dpcm 24 ottobre 2020 per contenere la diffusione del Covid-19. Nell'occasione è stata adottata una procedura particolarmente snella (erogazione automatica sul conto corrente, entro il 15 novembre, per coloro che avevano già fatto domanda in precedenza) volta ad evitare le antinomie operative (di un sistema eccessivamente burocratizzato) tristemente sperimentate nella prima fase della pandemia.

Tali rimedi – per quanto indicativi di una responsabile azione dell'autorità che, a seguito di un'accurata ponderazione degli interessi in campo, ha optato per scelte alle quali è legata la sopravvivenza della popolazione³⁷ – di certo non possono essere ritenuti esaustivi del piano delle riforme che necessita avviare nell'era *post* Covid-19. Le misure in parola dono destinate ad assolvere alla contingente funzione di far fronte nell'immediato agli ineludibili bisogni di coloro che sono stati colpiti dalla emergenza economica causata dalla pandemia; sicchè essi, come è stato evidenziato in dottrina, si inquadrano in un "diritto

³⁶ Cfr. D. ROSSANO, *Spunti di riflessione sulle misure a sostegno delle imprese nella normativa emergenziale*, cit., 72 ss.

³⁷ In tal senso le considerazioni di G. AZZARITI riportate nell'editoriale intitolato *Coronavirus, Azzariti: "Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato"*, visionabile su www.repubblica.it/politica/2020/03/08/news/coronavirus_azzariti_le_misure_sono_costituzional_a_patto_che_siano_a_tempo_determinato.

emergenziale” che si è estrinsecato in una «*frenetica* attività legislativa degli ultimi mesi [ingenerando] il pericolo, forse inevitabile [...] di una *iperplasia normativa incontrollata*»³⁸. Ne consegue che, in un possibile progetto di ricostruzione sistemica, i medesimi devono essere valutati come parte iniziale di un programma di sviluppo fondato non solo su interventi a favore della industria e dell’agricoltura, bensì su un generale impegno per il *Green Deal* e sulla realizzazione di nuove infrastrutture (volte soprattutto a migliorare la situazione idrogeologica del territorio)³⁹.

A ben considerare, la ricostruzione del Paese dopo l’epidemia dovrebbe avvenire dando spazio ad un innovativo incontro dialettico tra diritto ed economia; ciò in quanto la programmazione economica, incanalata dal diritto nell’alveo della correttezza e del rigore, potrà favorire la affermazione di un nuovo «ordine giuridico del mercato». In quest’ultimo un equilibrato compendio tra libera iniziativa economica ed intervento pubblico identifica, a mio avviso, la forma tecnica più congrua per la realizzazione di precise scelte strategiche assunte dalla politica nel rispetto di principi fondamentali ritenuti “indisponibili”.

È *forse* in questa direzione che possono essere ricercate le linee di un *agere* che, senza disattendere le raccomandazioni dell’Ecofin, consenta al Governo di contenere lo sbilancio del “saldo strutturale” che nel *post Covid* prevedibilmente raggiungerà livelli molto significativi. Sono *forse* maturi i tempi per un’azione a livello congiunto degli Stati membri per liberarsi di regole e vincoli che sono stati causa delle politiche restrittive e di austerità che in alcuni Paesi hanno ritardato la crescita determinando forme di stagnazione. Da qui la prospettiva di un innovativo processo di integrazione nel quale l’obiettivo di armonizzare le politiche fiscali ed economiche dovrà passare per una modifica dei Trattati europei.

In tale contesto dovrà essere revisionato in chiave critica il *dogma* del bilancio pubblico in pareggio e, dunque, come ha sottolineato un

³⁸ Cfr. F. ANNUNZIATA, *La distribuzione di prodotti di investimento e l’emergenza sanitaria. Una proposta*, in *dirittobancario.it*, editoriale del 4 maggio 2020; D. ROSSANO, *Spunti di riflessione sulle misure a sostegno delle imprese nella normativa emergenziale*, in AA.VV., *Covid 19 Emergenza sanitaria ed economica*, Bari, 2020, 65.

³⁹ Cfr. R. MASERA, *Buoni investimenti in (buone infrastrutture)*, in *laRepubblica, Affari e finanza*, 23 marzo 2020.

autorevole studioso «la fallacia del mantra secondo il quale è sempre desiderabile ridurre il rapporto debito pubblico/prodotto»⁴⁰. Donde il suggerimento di guardare, in prospettiva, al superamento del *Patto di stabilità* (attualmente sospeso) «in maniera strutturale, declinando in modo diverso i nessi tra stabilità, crescita e rigore delle finanze pubbliche»⁴¹.

Come ho precisato in altra sede, necessita una ridefinizione delle priorità alle quali orientare gli interventi resi possibili dai mezzi finanziari che la nuova Europa, in un radicale mutamento di prospettive, ha reso disponibili per superare la crisi innescata dalla pandemia⁴². Ne consegue che – come verrà più ampiamente specificato nei prossimi paragrafi – le ipotizzabili modifiche normative (che dovrebbero essere introdotte per adeguare la regolazione alla nuova realtà) hanno riguardo ad una costruzione nella quale la “razionalità economica” assurge a presupposto di un equilibrio istituzionale in grado di assicurare alla comunità sovrana il riconoscimento dei diritti garantiti dalla Costituzione. È evidente come si addivene ad un modello statutale nel quale la prosperità dell’economia interagisce positivamente sulla tutela degli interessi della collettività, ponendosi a sostegno di una socialità che sia in grado di esprimere il processo di sintesi tra quanto è desumibile dall’impianto sistemico previgente e la nuova logica interventistica pubblica fondata su un equo temperamento tra dinamiche di trasformazione e sviluppo del progetto d’integrazione europea.

Per concludere sul punto, possiamo dire che si delinea in ambito domestico un modello economico sociale che appare destinato ad interagire positivamente sulla promozione di innovative forme di crescita del contesto regionale europeo; ciò, per un verso, realizzando una nuova tipologia di “mercato controllato” che di orienta sulla base di comuni canoni disciplinari fissati in sede UE, per altro avendo di mira gli interessi della collettività perseguiti nel riferimento ad una costruzione nella quale economia e politica, come è stato

⁴⁰ Cfr. R. MASERA, *Le sfide dell’Europa a seguito della pandemia*, in AA.VV., *Riflessioni sul futuro dell’Europa*, (a cura di) A. GENNARO E R. MASERA, Canterano (RM) 2020, 16 ss.

⁴¹ Cfr. R. MASERA, *Le sfide dell’Europa a seguito della pandemia*, cit., 20.

⁴² Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Covid-19. Incertezze domestiche e speranze europee*, cit., paragrafo n. 4.

autorevolmente evidenziato, «abbracciano separatamente solo parti della realtà sociale»⁴³. Si individua un cambio di prospettiva rispetto alla tradizionale concezione di un diritto fondato sulla onnipotenza del legislatore, in quanto l'azione pubblica è tenuta a rendere conto dei piani di crescita predisposti in ambito europeo e, dunque, della predeterminazione di un interesse comune cui ivi si addivene.

Naturalmente l'adozione delle misure programmatiche destinate alla ristrutturazione/rinascita del Paese – e, dunque, alla definizione di un piano di investimenti incentrato sull'impiego dei mezzi finanziari di provenienza europea – necessita di forme generalizzate di condivisione di tutte le forze politiche, compresa l'opposizione alla quale il Governo negli ultimi mesi ha rivolto numerosi inviti in tal senso⁴⁴. Da qui l'esigenza di un'unanime risposta responsabile da parte di quest'ultima, che dovrebbe abbandonare la posizione polemica, che ormai individua una costante della sua linea comportamentale, per collaborare in vista del superamento delle presenti difficoltà e di un ritorno alla normalità.

Ci si accorge, purtroppo, che questa aspettativa è destinata, con molta probabilità, a configurare un mero *whishful thinking*! Una recente intervista del sen. Matteo Salvini non lascia dubbi in proposito non rinunciando ad invettive («un governo che si muove in questo modo è indegno [...] a me pare che stiano giocando a tombola [...] mi pare che siano in totale confusione») che vanno ben al di là della critica politica⁴⁵.

5. Riflessi della pandemia sulla industria finanziaria: l'attuazione delle misure governative...

Nel quadro prospettico sopra delineato ampio rilievo va riconosciuto alla incidenza della pandemia sull'esercizio dell'industria finanziaria.

⁴³ Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 70.

⁴⁴ Cfr. l'editoriale intitolato *Covid-19, il centrodestra rifiuta la proposta di Conte per una cabina di regia*, visionabile su <https://www.editorialedomani.it/politica/italia/covid-19-il-centrodestra-rifiuta-la-proposta-di-conte-per-una-cabina-di-regia-ojpmqmy8>

⁴⁵ Cfr. l'editoriale intitolato *Salvini: il governo gioca a tombola, governatori infuriati*, ove è riportato il testo dell'intervista rilasciata al Corriere della sera, visionabile su www.rainews.it/dl/rainews/articoli/salvini-governo-gioca-a-tombola-dc5fdb4-75af-4363-8e10-53305b9729c3.html

Ciò per un duplice ordine di considerazioni riguardanti (a) il coinvolgimento delle banche nella realizzazione delle misure adottate dal Governo per far fronte all'emergenza economica causata dal Covid-19 e (b) l'impatto negativo sui bilanci degli enti creditizi dell'enorme massa di crediti deteriorati che inevitabilmente la medesima produrrà⁴⁶.

In entrambe le menzionate ipotesi il settore bancario è destinato ad andare incontro a criticità che possono alterarne gli equilibri, determinando anche le condizioni per inevitabili dissesti. Nel primo caso è prevedibile, infatti, un aggravio dei rischi operativi dovuti alla regolazione di emergenza che, ha attuato un'insana commistione tra misure assistenziali ed incentivi per lo sviluppo. Come si dirà qui di seguito, i decreti emessi durante la prima fase della pandemia presentano un'ambigua formulazione normativa, con la conseguenza di creare dubbi interpretativi in ordine alla identificazione degli obblighi che fanno carico alle banche nella definizione dei rapporti di prestito ivi disciplinati. Da qui le perplessità della dottrina la quale, a fronte di contrastanti orientamenti giurisprudenziali, mette in dubbio la configurabilità di «un obbligo di finanziamento, cui sarebbe correlato un diritto soggettivo dell'impresa di ottenere la somma richiesta a mutuo»⁴⁷.

Nel secondo caso si analizzano, tra le conseguenze del Covid-19, il prevedibile incremento dei crediti deteriorati (che verosimilmente potranno raggiungere quantitativi superiori a quelli riscontrati a seguito della crisi degli anni 2007 e seguenti) e l'incidenza negativa di tale evento sulle possibilità di rinascita economica (riconducibile all'elevato posizionamento del Npl *ratio*). Entrambe lasciano intravedere le significative difficoltà di un complesso processo di riscossione di tali

⁴⁶ Si vedano, al riguardo le considerazioni formulate dal *Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica* (COPASIR) nelle quali si avverte «permane un gravissimo rischio a livello sistemico per il settore finanziario di un significativo incremento dei crediti deteriorati, fino al punto che gli Npl potrebbero astrattamente salire significativamente in percentuale rispetto agli attivi bancari verso privati e imprese e quindi posizionarsi in un *range* compreso tra 555 e 788 miliardi di euro, rispettivamente pari a un Npl ratio tra il 25% e il 35% dei predetti attivi bancari»; cfr. l'editoriale intitolato *Copasir: Npe, rischio sistemico su banche e derivati. Può salire al 35%*, visionabile su <https://www.milanofinanza.it/news/copasir-npe-rischio-sistemico-su-banche-e-derivati-puo-salire-al-35-202011061345558235>.

⁴⁷ Cfr. D. ROSSANO, *La valutazione del merito creditizio nel decreto "liquidità"*: nota a margine di due ordinanze ex art. 700 c.p.c., in *Riv. trim. econ.*, 2020, II, 132.

crediti. Conseguisce l'esigenza di verificare le differenti modalità di gestione dei crediti deteriorati, cercando di individuare tra le forme tecniche all'uopo utilizzate (cessione ad una s.p.a specializzata riconducibile alla mano pubblica, cartolarizzazioni e fondi ad apporto) quelle più vantaggiose per le banche cedenti.

Passando, quindi, all'esame della interazione dei numerosi provvedimenti normativi adottati dal Governo sul settore del credito, prescindendo dalla riferibilità dei medesimi agli obiettivi di natura politica di cui in precedenza si è detto, va subito precisato che essi sono riconducibili alle indicazioni fornite dalla Commissione europea nel «Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19»⁴⁸ nel quale si sottolinea il rischio di mancanza di liquidità cui, negli Stati membri sono esposte le imprese a causa della presente emergenza economica.

È evidente come la Commissione abbia inteso evitare, per tal via, la lunga catena di danni determinati dalla mancanza di liquidità, i quali di certo avrebbero potuto avere gravi ripercussioni sulla stabilità aziendale, con ovvie conseguenze negative per l'intero settore produttivo. Da qui la deroga al «dogma del divieto del sostegno pubblico» mediante sospensione del regime degli aiuti di Stato (art. 107, paragrafo 3, TFUE), rimettendo ai singoli Stati la specificazione degli interventi da assumere, previa dimostrazione che le misure «notificate alla Commissione sono necessarie, adeguate» all'esigenza di porre rimedio al «grave turbamento dell'economia».⁴⁹

Siamo in presenza di una chiara presa d'atto da parte dei vertici europei che l'eccezionalità della situazione legittima un necessario cambiamento degli ordinari criteri procedurali per evitare che la rigidità dell'attuale sistema disciplinare possa incidere negativamente sulla tenuta della stessa Unione. D'altronde appaiono significative le preoccupazioni rappresentate da più parti nell'auspicio che finalmente l'Europa mostri un volto solidale, evitando che il *coronavirus* divenga

⁴⁸ Cfr. doc. 2020/C 91 I/01.

⁴⁹ Cfr. A. CILENTO, *Spunti per la gestione giuridica delle sofferenze bancarie nell'incertezza dello scenario*, in AA.VV., *Covid 19 Emergenza sanitaria ed economica*, cit., 82.

«una pietra tombale [per l'Unione], per quanto la speranza sia l'ultima a morire»⁵⁰.

Sono noti i numerosi provvedimenti normativi assunti dal Governo italiano con i decreti-legge, prontamente convertiti, 17 marzo 2020, n. 18, cd. *Cura Italia* (conv. nella l. 24 aprile 2020, n. 27) e 8 aprile 2020, n. 23, cd. *Liquidità* (conv. nella l. 8 giugno 2020, n. 40), 19 maggio 2020, n. 34, cd. *Rilancio* (conv. nella legge 17 luglio 2020, n. 77) e, più recentemente con i d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, e 9 novembre 2020, n. 149, cd. *Ristori* e *Ristori bis*, entrambi in attesa di conversione.

Per quanto tutti i decreti in parola rechino misure a sostegno delle categorie soggettive maggiormente colpite dagli effetti negativi del Covid-19, la tecnica interventistica utilizzata si risolve in forme di diretto coinvolgimento delle banche nelle operazioni di supporto finanziario in essi previste principalmente nei d.l. *Cura Italia* e *Liquidità*. Ed invero mentre in questi ultimi le misure di sostegno si compendiano in aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti veicolati tramite enti creditizi, negli altri decreti sono previste forme di sussidio erogate a fondo perduto (nel dl. *Rilancio*) ovvero mediante concessione di crediti d'imposta, cancellazione delle rate IMU proroga della scadenza per i versamenti dei datori di lavoro nei settori colpiti, ecc. (dl *Ristori*).

Orbene, dal momento che le misure previste dai decreti *Rilancio* e *Ristori*, primo e secondo, prevedono un meccanismo di erogazione in base al quale i benefici concessi vengono assegnati direttamente ai soggetti indicati in sede normativa o per il tramite dell'*Agenzia* delle entrate, il ruolo delle banche è estremamente contenuto. Il primo di essi, in particolare, prevede criteri di utilizzazione dei benefici che appaiono per certi versi «capziosi»⁵¹; esso, infatti, introduce una detrazione pari al 110% delle spese relative a specifici interventi di efficienza energetica (anche attraverso interventi di demolizione e ricostruzione)

⁵⁰ Cfr. l'intervista di T. BEDINI CRESCIMANNI intitolata *Massimo Cacciari: il coronavirus è la pietra tombale sulla integrazione europea, sarà la Cina a risollevar l'Italia*, visionabile su <https://it.businessinsider.com/massimo-cacciari-il-coronavirus-e-la-pietra-tombale-sullintegrazione-europea-sara-la-cina-a-risollevar-litalia>.

⁵¹ Cfr. D. ROSSANO, *Spunti di riflessione sulle misure a sostegno delle imprese nella normativa emergenziale*, cit., 72.

e di misure antisismiche sugli edifici (anche per la realizzazione di sistemi di monitoraggio strutturale continuo a fini antisismici)⁵².

Per converso, nel Titolo III della l. 24 aprile 2020, n. 27, sono previste “Misure a sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario” che estendono l’intervento del Fondo di garanzia per le PMI a categorie variegata di soggetti beneficiari finali; questi potranno fruire di una copertura percentuale dell'ammontare di ciascuna operazione di finanziamento per importi massimi garantiti ad ogni singola impresa⁵³. Occorre, peraltro, far presente che l’art. 49 del Decreto *Cura Italia*, nel quale dette misure erano state predisposte, in fase di conversione di quest’ultimo, era stato abrogato dall’articolo 13 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (cd. Decreto Liquidità), nel quale i suoi contenuti sono confluiti.

La facile ammissione alla garanzia del Fondo (essendo escluse unicamente le imprese che presentano esposizioni classificate come *sofferenze* o che rientrano nella nozione di "impresa in difficoltà" ai sensi dell'art. 2, punto 18 del Regolamento UE n. 651/2014)⁵⁴, l’ampiezza dei finanziamenti cui è consentita la copertura in garanzia e la possibilità di cumulare quest’ultima con analoghe guarentigie acquisite in precedenza rendono ipotizzabile un notevole utilizzo di siffatto strumento.

Conseguentemente, appare verosimile la probabilità di inadempimento delle imprese, la cui identificazione è legata a criteri valutativi che fanno riferimento ad un modulo economico finanziario determinato nella normativa. Nell’affermativa, gli enti creditizi sono esposti al rischio di andare incontro a lungaggini burocratiche nell’escussione della garanzia, donde la possibilità che, in molti casi, i finanziamenti da essi erogati finiscano col deteriorarsi, con le ovvie

⁵² Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, XVIII Leg., *Il superbonus edilizia al 110 per cento nei decreti Rilancio e Agosto e nei provvedimenti attuativi*, dossier 118, 26 novembre 2020.

⁵³ Cfr. D. ROSSANO, *Spunti di riflessione sulle misure a sostegno delle imprese nella normativa emergenziale*, cit., 72.

⁵⁴ Sicché, al presente, la garanzia del Fondo è concessa, a determinate condizioni, in favore dei beneficiari finali che presentano, alla data della richiesta della garanzia, esposizioni nei confronti del soggetto finanziatore classificate come inadempienze probabili o come esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate)

implicazioni che ne derivano con riguardo alla capacità operativa di tali appartenenti al settore.

Il decreto *liquidità* conferma l'opzione del nostro Paese per un intervento che affida a «garanzie» fornite dallo Stato la possibilità per le imprese di ottenere “nuova finanza” Nello specifico, la decisione assunta dal Governo facilita l'accesso al credito, il sostegno all'esportazione e agli investimenti legandone il conseguimento ad una garanzia dello Stato, riconosciuta in misura variabile ma in ogni caso per un elevatissimo importo percentuale del finanziamento. È evidente come l'impianto sistemico di tale decreto faccia affidamento sul “senso di responsabilità” dei beneficiari di tale misura. Ciò si evince chiaramente dal “circolo virtuoso” cui è demandato il successo dell'iniziativa, che ruota sul rapporto tra oculato utilizzo delle “provvidenze” elargite con la garanzia dello Stato e, dunque, previa assunzione di un impegno finanziario da parte di quest'ultimo, il cui ammontare è correlato all'azionamento delle *garanzie* concesse.

A ben considerare, come ho avuto modo di sottolineare in altra occasione⁵⁵, siamo in presenza di una *scommessa* – ovviamente assunta per apprezzabili finalità – che si rivelerà “vincente” ove i comportamenti dei prenditori di credito non siano sviati dalla tentazione di trarre profitto dalla situazione⁵⁶. A ciò si aggiungano le possibili conseguenze negative della previsione, contenuta nel decreto *liquidità*, di una “procedura automatica” per la concessione da parte delle banche di importi di limitato ammontare (30 mila euro) a persone fisiche esercenti attività di impresa, arti e professioni. Ed invero la forma tecnica cui si fa riferimento sembra destinata a escludere la valutazione del «merito del credito», eseguita dagli enti creditizi per assicurare la «sana e prudente gestione» richiesta dalla legge speciale (art. 5 TUB). Sono avvalorate le perplessità, segnalate all'inizio di questo paragrafo, che hanno indotto il Tribunale di Caltanissetta – incurante del fatto che la legge in osservazione non preveda deroghe alla procedura di valutazione del merito creditizio – a sostenere l'obbligo della banca di

⁵⁵ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Il D.L. Liquidità. Una scommessa pericolosa per le banche*, in *Apertacontrada*, 10 aprile 2020.

⁵⁶ È bene ricordare che il d.l. in parola ha introdotto significative modifiche alla disciplina fallimentare, ammettendo alla fruizione dei benefici di cui trattasi anche imprese prossime al *default* non a causa del *coronavirus* bensì per pregressi inidonei comportamenti delle stesse.

consentire la «fruizione del finanziamento di Euro 25.000,00 [...] importante tassello nelle acquisizioni di liquidità»⁵⁷.

È indubbio che nei casi testé delineati si individui una *realtà pericolosa* per gli appartenenti al settore del credito, i cui esiti non sono ancora identificabili nella loro interezza. Significativa conferma di ciò sembra venire da alcune recenti notizie date dalla stampa specializzata, nelle quali si sottolinea che «il ritardo dei pagamenti della pubblica amministrazione» rischia di trasformarsi in «una miscela esplosiva» per le banche italiane⁵⁸; considerazione che ovviamente appare riferibile anche ai presumibili ritardi che potranno verificarsi nell'adempimento da parte dello Stato degli obblighi derivanti dalla assunzione delle garanzie previste dal decreto di liquidità.

6. *Segue. ...e la problematica dei crediti deteriorati*

Con riferimento, poi, alle implicazioni di un aumento esponenziale dei crediti deteriorati si individua una complessa problematica correlata al drenaggio dell'operatività bancaria dai medesimi causato, dando luogo a forme di illiquidità che impediscono lo svolgimento di un'azione libera da condizionamenti e protesa al conseguimento di remunerativi livelli di redditività. Ne consegue che per superare le intrinseche difficoltà di una necessaria ripresa occorre liberare i bilanci delle banche dall'onere di un poderoso fardello costituito da tali crediti che, come ha sottolineato la stessa Banca d'Italia, si traducono in una «forma di compressione degli utili e minore capacità di raccogliere nuove risorse sul mercato»⁵⁹.

Vengono, pertanto, in considerazione le modalità di eliminazione dei *non performing loans* e di contestuale recupero di quanto residua a seguito delle operazioni al riguardo espletate. Le forme tecniche, attivate negli ultimi anni, si compendiano essenzialmente in interventi (*i.e.* cartolarizzazioni e costituzione di fondi di Npl e Utp) posti in

⁵⁷ Cfr. Trib. Caltanissetta, 8 luglio 2020, se ne veda il testo in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, II, 128 ss.

⁵⁸ Cfr. l'editoriale intitolato *La PA paga in ritardo, per le banche 12 miliardi a rischio sofferenza*, pubblicato su *IlSole24Ore*, 11 novembre 2020.

⁵⁹ Cfr. *I crediti deteriorati (Non-Performing Loans - NPL) del sistema bancario italiano - Domande e risposte*, visionabile su www.bancaditalia.it/media/views/2017/npl/faq/index.html.

essere da soggetti privati, ai quali si è affiancata, in modalità crescenti, l'azione di una s.p.a. specializzata nel settore, denominata *Asset Management Company* (AMCO), che fa capo al Ministero dell'economia e delle finanze.

Orbene, in relazione al copioso ammontare di tali crediti che di certo si determinerà nel *post* Covid-19, è probabile che il sistema di recupero venga in via prioritaria affidato ad entità riconducibili al pubblico, come in Italia lascia presumere il crescente ricorso alla nominata AMCO, laddove in Europa una realtà siffatta potrebbe concretizzarsi nella costituzione di una *bad bank* da più parti caldeggiata, come si evidenzierà qui di seguito.

Sotto il primo aspetto, è nota la specifica vettorialità assunta dalle cartolarizzazioni che, strutturate in modo chiaro e munite di incentivi per l'*originator*, identificano un «importante canale di [...] mobilitazione dell'attivo, di ripartizione più ampia del rischio all'interno del sistema finanziario»⁶⁰. Ciò spiega un proficuo utilizzo di detto schema operativo nei processi di dismissione dei *crediti non performing* presenti nei bilanci delle banche, quale tecnica di trasferimento di parte degli attivi degli enti creditizi che intendono liberarsi di tali posizioni deteriorate. Il ricorso ad un sistema di *cartolarizzazioni* trasparenti e comparabili ha incentivato lo sviluppo di tali strumenti nel mercato, supportato dal ricorso a garanzie (avverso il rischio di perdite) rilasciate da soggetti terzi (quale, ad esempio i confidi) ovvero mediante la Garanzia sulla Cartolarizzazione delle Sofferenze (GACS), introdotta dalla legge n. 49 del 2016 che ha previsto la possibilità per lo Stato di offrire garanzie (a prezzi di mercato) in caso di insolvenza dei crediti deteriorati oggetto di operazioni di cartolarizzazione da parte di enti creditizi⁶¹.

Alcune significative modifiche recate alla legge n. 130/1999 dall'art. 60-*sexies* della legge n. 96/2017 hanno ampliato le possibilità operative delle società di cartolarizzazione consentendo a queste ultime di

⁶⁰ Cfr. A. PILATI, *Le cartolarizzazioni problemi e opportunità*, intervento al convegno AIAF, Milano, 9 novembre 2017, 4.

⁶¹ Cfr. M. DRAGHI, *Intervento* al FOREX di Milano, febbraio 2009, nel quale il Presidente della BCE precisò: «occorre ricreare le condizioni per lo sviluppo. Si potrebbe considerare, analogamente a quanto in alcuni paesi si prevede per i titoli "tossici" esistenti, l'emissione di garanzie pubbliche sulle senior *tranches* di insiemi di nuovi crediti».

intervenire per il recupero di posizioni che vivono una situazione di crisi temporanea. Da qui la prospettiva di un'azione avente ad oggetto crediti UTP, i quali necessitano spesso di adeguate forme di ristrutturazione o di concessione di “nuova finanza”, con l'ovvio pericolo di trasferirne i rischi a coloro che sottoscrivono le *tranches* emesse dalle società suddette. Si delineano, quindi, peculiari specificazioni (*rectius*: partizioni) dei crediti da queste ultime erogati, con la possibilità per le medesime di fuoriuscire dai binari di una regolazione che mira all'attuazione di piani di riequilibrio economico finanziario.

Da ultimo va fatto presente che un'ulteriore modifica alla legge n. 130 del 1999 recata dall'art. 23 del d.l. 30 aprile 2019, n. 34 (cd. Decreto Crescita) convertito nella l. n. 58 del 2019 ha facilitato le operazioni di trasferimento delle “inadempienze probabili” (UTP) derivanti da aperture di credito⁶². È evidente come il legislatore sia intervenuto a sostegno dei debitori dei crediti cartolarizzati, vuoi prevedendo specifiche facilitazioni fiscali, vuoi chiarendo che nelle operazioni di cessione di crediti UTP sia consentita la possibilità di tener fermi gli obblighi di erogazione in favore del debitore ceduto.

Si è in presenza di una sperimentata forma di gestione dei crediti deteriorati, alla quale nel tempo sono stati riconosciuti effetti positivi che, per le ragioni che si esporranno qui di seguito, difficilmente possono essere conseguiti col ricorso ad una *bad bank*. Per analoghe ragioni si ritiene ancor più meritevole di apprezzamento la modalità tecnica seguita da molte banche di avvalersi di appositi «fondi ad apporto» per la eliminazione dei crediti deteriorati che vengono da esse, per l'appunto, conferiti in detti fondi a condizioni decisamente più vantaggiose rispetto alle altre forme di cessioni rinvenibili nel mercato.

L'utilizzo dello schema ordinatorio degli *oicr* individua, come ho evidenziato in altre occasioni, un'ulteriore modalità di smobilizzo dei crediti *non performing* che si differenzia rispetto alle operazioni di cartolarizzazione non solo sotto il profilo procedurale, ma anche per la

⁶² Ciò attribuendo alla banca cedente la possibilità di trasferire ad altra banca o intermediario finanziario gli impegni e/o la facoltà di effettuare le erogazioni derivanti dai relativi contratti (pur mantenendo, comunque, i relativi vi conti correnti associati a tali aperture di credito).

possibilità di consentire una più elevata valorizzazione dei crediti a fronte di quella ordinariamente riscontrabili in queste ultime⁶³.

La predisposizione di appositi fondi – nei quali le banche che detengono crediti *non performing* possano apportare i relativi portafogli – sul piano teleologico, per vero, risponde alle medesime finalità cui sono preordinate le cartolarizzazioni. Anche in questo caso si è in presenza di uno strumento volto a ridurre la massa degli attivi deteriorati detenuti dalle banche, dando luogo alla “cancellazione” delle attività cedute ai sensi dell’IFRS 9⁶⁴. Peraltro, la specificità degli strumenti in parola si individua nella sostituzione delle “poste” degradate con altre maggiormente idonee ai fini di una compiuta adesione ai criteri di adeguatezza fissati dalle note regole di Basilea. Ciò, fornendo un decisivo contributo alla ripresa dell’economia reale, sulla quale di certo interagisce positivamente sia la eliminazione dal mercato di alcune posizioni “decotte” (come avviene nella costituzione di fondi NPL) sia il ripristino *in bonis* di altre ancora recuperabili (obiettivo dei fondi UTP).

Quel che contraddistingue tali fondi è la mancanza di quegli elementi di criticità che, specie nel passato, hanno caratterizzato le cartolarizzazioni. Ciò è dovuto alla struttura della forma procedimentale in parola, che si configura semplice e trasparente, sì da attivare un adeguato assetto di *governance* dell’*oicr* e, dunque, da far registrare una buona *performance* dello stesso. La ricerca di soluzioni di mercato al problema che ci occupa si compendia nelle indicazioni contenute nelle *Linee guida* emanate dalla Banca d’Italia nel 2018, le quali richiedono agli enti creditizi di dotarsi di strategie volte ad ottimizzare la gestione dei *non performing loan*; indicazioni confermate nel *Documento Banca d’Italia/Consob/Ivass n. 8/2020* nel quale sono fornite utili puntualizzazioni in ordine al «Trattamento in bilancio delle

⁶³ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La problematica dei crediti deteriorati*, in atti del Convegno “La problematica dei crediti deteriorati. Rischi e opportunità”, organizzato nei giorni 17 e 18 ottobre 2019 presso l’Università “Parthenope” di Napoli, visionabile su *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, fasc. 2 supplemento n. 2, 1 ss.

⁶⁴ Consegue l’opportunità che la costituzione di tali fondi sia accompagnata da un apposito parere di avvenuta *derecognition*, rilasciato da primaria società di revisione, nel quale si attesti che l’operazione è stata realizzata nel rispetto dei principi contabili internazionali ed in linea con le indicazioni delle autorità di vigilanza.

operazioni di vendita *pro-soluto* di crediti *unlikely to pay* (“UTP”) in cambio di quote di fondi di investimento».

In particolare, tale documento precisa che nelle operazioni di cessione di crediti deteriorati, allorché si compendiano in un apporto ad un fondo comune di investimento, previa ricezione in contropartita di quote di quest’ultimo, le banche devono conformarsi alle disposizioni dei principi contabili internazionali IAS/IFRS. Ciò identifica un ineludibile presupposto per la eliminazione contabile (cd. *derecognition*) dei crediti trasferiti, nonché per l’iscrizione in bilancio e la valutazione delle quote sottoscritte.

È evidente come, nel predetto documento, le autorità di settore abbiano inteso evidenziare le caratteristiche della cessione *pro soluto* di crediti *non performing* in cambio di quote di fondi d’investimento; da qui la precisazione delle fasi che contraddistinguono tali operazioni, nonché delle finalità che le banche possono perseguire mediante le stesse. Conseguono il riconoscimento, da parte delle nominate autorità, della legittimità delle cessioni in parola, ricevendo – come testualmente si puntualizza nel documento in esame – «quote di tali fondi in contropartita dei crediti ceduti». Da qui la piena autonomia degli enti creditizi nel decidere di effettuare tal genere di operazioni; criterio operativo del resto previsto nel paragr.1, lett. *b*, della «Comunicazione del 23 dicembre 2019 – Bilanci degli intermediari bancari e finanziari chiusi o in corso al 31 dicembre 2019».

Stupisce, pertanto, la preclusione imposta alle banche di credito cooperativo dai vertici dei gruppi bancari cooperativi (cui le medesime hanno aderito a seguito della legge n. 49 del 2016) di attuare operazioni cessione di *crediti non performing* in cambio di quote di “fondi ad apporto”, di cui sopra si è detto. È evidente come venga perpetrata, in tal modo, una lesione dell’autonomia di tali banche non essendo alle medesime consentito di effettuare scelte ritenute congrue con le linee gestionali aziendali sulla base di un’attenta comparazione dei prezzi di mercato; laddove la disciplina speciale condiziona detta possibilità operativa alla sola valutazione discrezionale (rimessa alla banca) della convenienza della cessione⁶⁵.

⁶⁵ Cfr. F. S. PORCELLI, *La derecognition prudenziale degli NPLs nell’opinione della BCE: il caso delle operazioni diverse dalle c.dd. “cartolarizzazioni prudenziali”*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, fasc. 2 supplemento n. 2, 278 ss., ove si precisa «allo stato non const(a) alcuna indicazione ostativa proveniente dalla BCE

7. Segue. ...il progetto di costituire una bad bank.

Con riguardo poi alla questione di una *bad bank* di livello europeo, in precedenza menzionata, si è ritenuto possibile procedere alla sua costituzione configurandone la struttura come una sorta di *Asset Management Company* (AMC) che faccia capo alla BCE. Tale evenienza – per quanto valutata positivamente in autorevole sede tecnica⁶⁶ – presenta profili di difficoltà operativa (*rectius*: praticabilità) che inducono a guardare con perplessità l'introduzione di uno strumento siffatto nella sistematica finanziaria UE.

Significativo, al riguardo, è l'intento, a base di tale progetto, non già di aiutare le banche che si sono assunte rischi eccessivi in passato, bensì di porre unicamente rimedio ai danni della pandemia⁶⁷; distinzione che appare poco coerente con la logica a presidio della supervisione bancaria, nel caso di specie volta ad eliminare detta tipologia di crediti che, indipendentemente dalla loro origine, sono di ostacolo alla sana e prudente gestione degli enti creditizi. Inoltre, sorprende l'indicazione rappresentata da Enria, promotore dell'iniziativa, secondo cui le perdite, per evitare una *mutualizzazione* dei rischi, «potrebbero essere ripartite in base alla nazionalità delle banche di origine e a ciascun sistema nazionale corrispondente»⁶⁸.

Un'ipotesi costruttiva siffatta pone numerosi problemi, in primo luogo di tipo concorrenziale, in quanto un soggetto pubblico non essendo legato a logiche di profitto può competere con successo con privati tenuti a lavorare in un contesto di mercato e, dunque, impossibilitati a rinunciare a livelli minimi di redditività. Inoltre non va

nell'esercizio della sua attività di vigilanza con riguardo al ricorso ad operazioni di trasferimento del rischio delle *NPEs* diverse dalle cartolarizzazioni» (283).

⁶⁶ Cfr. A. ENRIA, *ECB: the EU needs a regional "bad bank"*, pubblicato sul *Financial Times*, 26 Ottobre 2020. Si fa presente che il Presidente dell'EBA, fin dal 2017 aveva proposto la creazione di una AMC a livello paneuropeo, cfr. EBA, *AMCs and the cleansing of EU banks' balance sheets*, Londra, 4 luglio 2017.

⁶⁷ Cfr. l'editoriale *Da "bomba" NPL a Unione bancaria: faro BCE*, visionabile su https://finanza.repubblica.it/News/2020/11/13/da_bomba_npl_a_unione_bancaria_faro_bce-13/

⁶⁸ Cfr. l'editoriale intitolato *Bce: serve una Bad Bank europea, in arrivo 1.400 miliardi di Npl*, nel quale sono riportate le parole di A. Enria, visionabile su <https://www.wallstreetitalia.com/bce-bad-bank>.

omesso di considerare che, in alcuni casi, la società di recupero pubblica opera in una posizione di vantaggio rispetto ad organismi privati allorché l'acquisto degli *asset* oggetto di cessione avvenga da entità allocate anch'esse in orbita pubblica, come ad esempio il MPS. È evidente come ciò possa dar luogo ad ulteriori elementi di ostacolo al libero *agere* concorrenziale, dovendosi aver riguardo ai casi in cui l'acquirente pubblico partecipi ad una procedura d'asta, potendo fruire di informazioni privilegiate che facilitano la definizione dei suoi processi decisionali.

D'altronde, sarebbe riduttiva una valutazione dei problemi connessi a tali accadimenti alla stregua di semplice contrapposizione tra differenti soluzioni organizzative (*bad bank* e/o gestori privati). Ed invero, al di là della tutela della concorrenza, potenzialmente vulnerata in una competizione di tal genere, l'interesse protetto nella fattispecie è *in primis* quello pubblico, riguardato nell'ottica della stabilità del sistema finanziario; ciò tenuto conto del positivo ruolo svolto, negli ultimi anni, dai meccanismi (di natura privata) in precedenza menzionati nel rilevare *asset* problematici dagli enti creditizi, rafforzando i parametri degli stessi e la resilienza dell'intero sistema.

Inoltre, in un momento storico come l'attuale – caratterizzato da una tendenziale ipertrofia dell'intervento statale in economia (si pensi, da ultimo, alle modalità di salvataggio della Banca Popolare di Bari) – l'attribuzione a soggetti pubblici, svincolati da logiche di mercato, di ampi poteri nella gestione dei crediti deteriorati rischia di dar luogo ad una *socializzazione delle perdite*, con tutto quel che ne consegue in termini di danno ai contribuenti e ai coefficienti del debito pubblico.

È interesse della collettività, dunque, che le modalità di eliminazione (o, quanto meno, il ridimensionamento dell'ammontare) dei crediti *non performing* si svolgano in una "logica di mercato" che consenta alle banche di ridurre le perdite, massimizzando le possibilità di recupero dei medesimi. È innegabile, infatti, il beneficio che gli enti creditizi possono trarre da una valorizzazione di tali crediti (in termini di formazione del relativo prezzo di cessione) in presenza di un mercato nel quale la pluralità dei cedenti, da un canto, e di soggetti interessati al loro acquisto, dall'altro, determina una situazione di contendibilità dei cui esiti beneficiano le banche. Infatti, reca stabilità al settore del credito la possibilità, consentita a queste ultime, di poter contare su controparti affidabili per la rimozione dai propri bilanci degli *asset* in sofferenza;

donde l'opzione per un'operatività sganciata da logiche politiche ovvero da forme procedurali in qualche modo collegabili al soddisfacimento delle esigenze di spesa pubblica.

Una delle tesi a favore della costituzione di una *bad bank* europea, prospettata da un autorevole studioso, muove dalla considerazione che tale organismo, inserito in una logica di sistema, «un ponte per i divari intertemporali connessi alla non efficienza dei mercati per il *distressed debt* nelle condizioni Covid»⁶⁹. A prescindere da ogni considerazione in ordine alla effettiva possibilità che una *bad bank* europea presenti condizioni di efficienza migliori di quelle dei mercati testé citate, tale assunto è supportato dalla considerazione secondo cui l'ampio arco temporale di operatività della *bad bank* consentirebbe di *travalicare* l'emergenza negativa oggi riscontrabile con conseguenti vantaggi per le banche e le imprese da queste finanziate.

La costruzione così ipotizzata si incentra sulla collaborazione tra BCE (cui spetterebbe un ruolo primario) e Commissione europea, fiancheggiate dal MES con funzioni di garante. Il pregnante ruolo di tali istituzioni nella struttura di *corporate governance* di detta AMC, ne riconduce l'operatività sotto l'egida della BCE, la quale può avvalersi delle capacità ed esperienze delle Banche Centrali Nazionali per facilitare lo sviluppo «delle piattaforme di transazione dei *bad loans*», assicurando il «*trade off* più appropriato, i tempi di alienazione sul mercato e il recupero di valore degli *asset* sottostanti»⁷⁰. Di fondo emergono «strette interconnessioni con il processo di offerta di liquidità di base alle banche [per cui] questa configurazione si ritrova sotto certi versi nella stessa attuazione decentrata della politica monetaria unica»⁷¹.

Si è in presenza di un disegno interventistico nel quale – pur tenendosi conto delle numerose variabili economiche che possono interagire sulla operatività di una *bad bank* europea – non si valutano né la possibilità di ottenere risultati analoghi a quelli conseguibili con sistemi alternativi alla soluzione prospettata, né talune implicazioni sulla tenuta del settore del credito connesse alle modalità di

⁶⁹ Cfr. R. MASERA, *Per una bad bank europea*, Keynote speech al Congresso nazionale di giurimetria, banca e finanza, NPL&UTP, Alma Iura, Verona, 13 ottobre 2020.

⁷⁰ Cfr. R. MASERA, *Per una bad bank europea*, cit., parr. 3 e 4.

⁷¹ Cfr. R. MASERA, *Per una bad bank europea*, cit., parr. 3 e 4.

funzionamento del nuovo organismo, ove la BCE si avvalga di esso considerandolo alla stregua di uno strumento di vigilanza.

Ed invero, sembrano ipotizzabili variegati ipotesi d'intervento da parte della BCE, a seconda dei criteri adottati per la identificazione degli Npl da apportare alla *bad bank* e, dunque, per la valorizzazione degli stessi. In primo luogo viene in considerazione la possibilità che venga adottato un parametro unitario per l'intera eurozona; ciò farebbe *scontare* al prezzo dei crediti deteriorati condizioni che dipendono in larga parte dalle tempistiche all'uopo previste dal sistema giudiziario nazionale, con ovvia incidenza negativa sulle condizioni di parità concorrenziale in cui dovrebbero operare gli enti creditizi europei. Qualora, poi, fosse ipotizzabile un intento della autorità di procedere ad una pronta eliminazione dei crediti deteriorati dai bilanci delle banche appare probabile la conseguenza di introdurre il duplice limite della necessaria riferibilità (a) alle norme introdotte dalla Banca Centrale Europea sul trattamento dei crediti deteriorati con il *calendar provisioning* (che impone accantonamenti particolarmente tempestivi sui crediti deteriorati limitando i poteri discrezionali dell'ente bancario); (b) all'indice del Npl *ratio* per l'individuazione del limite massimo di crediti deteriorati che possono permanere nei bilanci delle banche.

Ciò posto, è evidente come le preoccupazioni in proposito rappresentate da Alberto Nagel, AD di Mediobanca, in un'audizione parlamentare – nella quale ebbe a precisare che detta normativa «applicata al post Covid è come una bomba atomica»⁷² – trovino piena giustificazione. Si pensi, infatti, alla interazione negativa tra l'obbligo imposto alle banche di «ripulire i bilanci» da crediti di ingente ammontare (sì da azzerarne il valore in un ristrettissimo arco temporale) e la contestuale necessità di dover procedere ad una immediata ricapitalizzazione (per sopperire alle perdite in tal modo registrate).

Ma v'è di più. A ben considerare si introduce, per tal via, una forma di omogeneizzazione, con riguardo alla materia in esame, tra i crediti deteriorati di tutti gli Stati membri, ipotizzando una inesistente uniformità delle variegati relazioni negoziali cui essi sono riconducibili

⁷² Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, XVIII Legisl., Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, Seduta n. 23 di mercoledì 9 settembre 2020, resoconto stenografico, 13.

e, dunque, la possibilità di un loro uniforme trattamento; ciò, facendo di «tutt'erba un fascio» con ovvia violazione dei principi di proporzionalità e, ovviamente, di *level playing field*.

Inoltre, nella differente ipotesi in cui la BCE – ritenendo che il conferimento unitario dei crediti deteriorati UE alla *bad bank* non sia perseguibile per evitare forme di *mutualizzazione* del rischio tra paesi UE – ravvisi opportuno correlare la valorizzazione di tali crediti al “rischio paese” dello Stato da cui provengono, si verserebbe in presenza di un uso distorto dei poteri assegnati dall'UE a detta istituzione finanziaria, praticando una soluzione ingiustamente penalizzante per alcuni membri dell'Unione. Da ultimo, non può omettersi di richiamare la posizione di Yves Mersch, vicepresidente del Consiglio di vigilanza della Bce, secondo cui tale problema dovrebbe essere affrontato a livello nazionale, non europeo, in quanto è difficile immaginare una *bad bank* paneuropea senza il completamento dell'Unione bancaria UE che includa *backstop* comuni per tutelare i risparmiatori⁷³; siamo, dunque, in presenza di considerazioni che allontanano nel tempo la realizzazione del progetto in parola.

Si delinea una realtà con riguardo alla quale viene alla mente un quesito sollevato da un lettore del *Financial Times* nello scorso decennio in una Londra profondamente colpita dal disastroso impatto della crisi finanziaria: «*Sir, Why create another bad bank? We have enough already*»⁷⁴.

8. *Metamorfosi dell'attività bancaria...*

Guardare alla possibilità di rinascita *post* Covid-19 significa anche chiarirsi un'ampia serie di interrogativi riguardanti questioni, da tempo all'attenzione degli studiosi di diritto dell'economia, sulle quali l'evento pandemico ha interagito in modo significativo, accelerando i tempi della ricerca di congrue soluzioni. Mi riferisco, in particolare, alla verifica dell'attuale configurazione delle modalità operative che danno

⁷³ Cfr. l'editoriale intitolato *Mersch stronca la bad bank Ue e Weidmann il Qe*, visionabile su www.milanofinanza.it/news/mersch-stronca-la-bad-bank-ue-e-weidmann-il-qe-202009301211538106.

⁷⁴ Cfr. *Letters*, in *Financial Times*, 17 gennaio 2009, citato da M. DE POLI, *Crisi finanziaria e salvataggio delle banche inglesi. il banking act 2009*, Supplemento n. 1 alla *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 5.

contenuto alla attività bancaria e, dunque, al riscontro di validità del composito sistema di controlli pubblici, destinati a preservarne lo svolgimento secondo i canoni della «sana e prudente gestione»; donde la sottoposizione degli appartenenti al settore a misure che richiedono un *agere* conforme alle regole della disciplina speciale.

Alcuni anni or sono tentando di identificare le modifiche dell'impianto regolatorio del sistema bancario recate dalla nota crisi del 2007 avevo modo di osservare che le innovazioni, da quest'ultima causate, avevano delineato il paradigma di una "nuova finanza", che richiedeva una reinterpretazione della menzionata clausola prudenziale, parametro valutativo delle condotte degli intermediari⁷⁵. Significativi apparivano, infatti, il ridimensionamento della tradizionale funzione intermediatrice che contraddistingue l'attività bancaria (ascrivibile a motivazioni diverse, quali la perdita della *fiducia* nel mercato da parte dei risparmiatori e la presenza di una regolazione troppo stringente), nonché l'affermazione di nuove tecniche nella circolazione del capitale finanziario da soggetti in *surplus* verso altri in *deficit*.

Da qui il riscontro di una metamorfosi delle modalità di funzionamento del sistema creditizio, la quale si caratterizza per la tendenza a ricercare in altre sedi opportunità finanziarie variegate: dall'attivazione di investimenti meno rischiosi di quelli effettuati in ambito bancario, alla richiesta di finanziamenti da conseguire a condizioni favorevoli. Orientano in tal senso le indicazioni della legge 11 agosto 2014, n. 116, che ha apportato modifiche alle disposizioni del *Codice delle Assicurazioni Private* (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) in materia di investimenti delle imprese di assicurazione. La previsione di un'attività di concessione di credito svolta da queste ultime a favore di soggetti diversi da persone fisiche e microimprese – conformando la regolazione del nostro Paese a quella di alcuni Stati dell'Unione Europea (quali Francia e Germania)⁷⁶ – segna una svolta nell'esercizio dell'industria finanziaria, evidenziando che «la limitazione – in alcune economie – del circuito di erogazione del credito bancario alle imprese

⁷⁵ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Milano Assago, 2016, *passim*.

⁷⁶ Cfr. D. M. MARINO, *Finanziamenti alle imprese. Il nuovo ruolo delle compagnie assicurative*, in *dirittobancario.it*, 17 settembre 2014.

accrece il ruolo del settore assicurativo come finanziatore di lungo periodo dell'economia reale»⁷⁷.

A ciò si aggiunga l'esordio, da parte di alcune particolari tipologie di fondi, nella gestione di un'attività volta ad assolvere una funzione alternativa all'offerta monopolistica delle banche nella erogazione di finanziamenti. La possibilità consentita agli *oicr* di venir incontro alle richieste di prestiti a condizioni più favorevoli di quelle concesse in ambito creditizio viene valutata positivamente dal legislatore italiano il quale con l'art. 17 della l. n. 49 del 2016 ha modificato il disposto dell'art. 1, comma primo, lett. *k*, *tuf*, rubricato “*Disposizioni in materia di gestione collettiva del risparmio per favorire il credito alle imprese*”, introducendo alcune statuizioni volte a disciplinare l'erogazione diretta di crediti da parte di *fondi di investimento alternativi (FIA)* italiani e di *FIA UE* in Italia.

È evidente come, già all'indomani della crisi finanziaria del 2007, il nostro regolatore abbia preso atto della necessità di non contenere in circoscritti ambiti la ridefinizione del complesso disciplinare indotto dal cambiamento dell'ordinamento finanziario. A ciò si aggiunga l'introduzione delle SICAF – disposta dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 44, a seguito del recepimento della direttiva 2011/61/UE (cd. AIFMD) – le quali rispondono alla finalità di dar vita a veicoli di investimento alternativi a quelli realizzati con la forma contrattuale dei “fondi comuni di investimento”.

Va, inoltre, tenuto presente che detta realtà di mercato si caratterizza anche per l'espandersi di forme di finanziamento dell'economia reale realizzate grazie all'incontro di interessi riferibili a soggetti che, per variegate ragioni, scelgono di operare al di fuori delle regole bancarie (in una logica, comunque, orientata al rispetto di principi ed obiettivi non dissimili da quelli affermati in via normativa). Ci si riferisce, in particolare, al fenomeno conosciuto come *shadow banking system* che, analizzato nelle sue varie componenti, ha indotto la dottrina ad inquadrarne l'essenza nel processo evolutivo del sistema bancario tradizionale; ciò in quanto esso si sostanzia in un *agere* che consente a un «*subject in need of credit to obtain (long-term) financing and*

⁷⁷ Cfr. *Relazione* sull'attività svolta dall'IVASS nell'anno 2014, consultabile in www.ivass.it, 23.

another subject in need of investment to achieve financial instruments (short term)»⁷⁸.

Il riferimento ad un contesto operativo parallelo a quello istituzionale deve tener conto dell'elevato livello dei rischi che si assumono allorché si intrattengono rapporti con soggetti la cui attività si svolge al di fuori dell'ambito della supervisione finanziaria (evenienza riscontrabile soprattutto per la mancata osservanza delle regole sull'adeguatezza patrimoniale). A ben considerare, si è, dunque, in presenza di un *agere* privo di affidabilità in quanto i rischi vengono assunti da parte di soggetti che, sul piano delle concretezze, non hanno nulla da perdere, non essendo incardinati in un sistema di regole e sanzioni; ciò, con evidente danno di una ignara clientela che dà fiducia a coloro che propongono facili percorsi nello svolgimento dell'attività finanziaria (e, dunque, opportunità non consentite da forme di regolamentazione stringenti).

Non v'è dubbio, quindi, che anche in tempi antecedenti alla crisi pandemica, si erano manifestate rilevanti mutazioni degli elementi tipici della attività bancaria, avviando un processo di trasformazione della stessa incentrato sulla perdita dei suoi originari caratteri. Il Covid-19, con le sue gravi implicazioni economiche, ha accelerato il corso di tale cambiamento, dando spazio ad una realtà sulla quale occorre riflettere.

La tendenza alla disintermediazione risulta accentuata per ragioni diverse, prima fra tutte le ridotte dimensioni della “forbice” tra tassi attivi e passivi che, al presente, connota l'operatività bancaria, eliminando sul piano delle concretezze il profitto degli enti creditizi, che spesso non riescono a coprire neanche i costi di produzione. A ciò si aggiunga un diffuso timore di questi ultimi di andare incontro a nuove perdite, a causa della situazione di stasi del sistema economico determinata dalla pandemia e, dunque, della prevedibile incapacità dei prenditori di credito di onorare gli impegni assunti.

Sotto altro profilo vengono in considerazione gli interventi effettuati sul mercato da grandi imprese non bancarie (si pensi, ad esempio, all'Enel), interessate al *business* dei pagamenti che intendono contendere alle banche ed alle poste. È evidente che in questi casi, come ha puntualmente evidenziato la stampa specializzata, si intende

⁷⁸ Cfr. V. LEMMA, *The Shadow Banking System*, Londra, 2016, 2.

sfruttare «le potenzialità dell’abbinamento tra tecnologia (*fintech*) ed un ingente portafoglio di clienti»⁷⁹; donde l’invito a questi ultimi a spostarsi su piattaforme *digitali*, con ovvia disintermediazione della banca (che viene privata dell’addebito in conto corrente dei pagamenti da effettuare). In analoga direzione spinge l’attività posta in essere da parte di soggetti minori – *start-up* del mondo *fintech* ovvero provenienti da settori quali *utility*, commercio *on line*, ecc. – in ambiti, come quello del “sistema dei pagamenti” in cui finora il ruolo delle banche è stato predominante⁸⁰.

Non a caso, il 4 febbraio del 2019 il *Financial Stability Board* (FSB) ha pubblicato un *report* per monitorare gli sviluppi del mercato *FinTech* e le sue potenziali implicazioni sulla stabilità finanziaria, sottolineando che l’innovazione tecnologica avrebbe comportato *in subiecta materia* nuovi modelli di *business*, processi e prodotti con effetti associati sulla fornitura dei servizi in parola⁸¹. Tale constatazione – che si aggiunge ad altre analoghe formulate in letteratura nelle quali si fa riferimento al tramonto del cd. *sistema banco centrico*⁸² – sta a significare la fine della

⁷⁹ Cfr. l’editoriale intitolato *Enel lancia la svolta fintech: arrivano conti, carte e pagamenti*, visionabile su www.creditvillage.news/2020/09/23/enel-lancia-la-svolta-fintech-arrivano-conti-carte-e-pagamenti.

⁸⁰ Cfr. l’editoriale intitolato *Banche-reti: profitti e masse record nell’anno della pandemia*, visionabile su <https://www.focusrisparmio.com/news/banche-reti-consulenza-finanziaria-profitti-e-masse-record-2020-pandemia>, nel quale si precisa: «Profitti record e patrimoni ai massimi storici nei primi nove mesi dell’anno per le maggiori realtà della consulenza finanziaria in Italia. In aggregato le cinque maggiori banche-reti italiane macinano più di un miliardo e mezzo di utili alla fine del terzo trimestre. Il tutto nell’anno nero della pandemia, considerato per i mercati finanziari uno dei più volatili della storia».

⁸¹ Tale *report* intitolato *Global Monitoring Report on Non-Bank Financial Intermediation 2018* è visionabile su www.fsb.org/2019/02/global-monitoring-report-on-non-bank-financial-intermediation-2018.

⁸² Si ha riguardo alla nota teoria del *bank-based system*, tipico di alcuni paesi europei (tra cui l’Italia), che riconduce al ruolo centrale delle banche la mobilitazione delle risorse finanziarie necessaria a supportare lo sviluppo economico; sul punto cfr. S. ROSSI, *Stato, mercato, sviluppo, lectio magistralis* svolta in occasione del *Premio Donato Menichella*, Roma, 5 febbraio 2014, ove si sottolinea che «nei paesi con mercati obbligazionari sviluppati, come gli Stati Uniti, il *deleveraging* bancario generato dalla crisi del 2008-9 è stato in parte compensato da un maggior ricorso delle imprese al mercato. In Italia questa compensazione non è avvenuta se non in forma molto più tenue, rallentando l’uscita dalla recessione e frenando la ripresa».

banca tradizionale e la apertura del settore creditizio verso innovative forme di attività in grado di avvalersi della strumentazione tecnologica.

È difficile dire quale possa essere la reale configurazione del modello *open banking* e, in particolare, in quali modalità troverà esplicitazione un ricorso sempre più frequente al *FintTech*, in una logica che appare protesa alla integrazione tra i servizi, sì da sfruttarne le possibili sinergie. Ed ancora. Non risulta sufficientemente chiarito dalla ricerca in quale misura il raccordo operativo delle banche con i processi tecnologici in parola consenta di perseguire in concreto le priorità programmate e di monitorare l'attuazione dei progetti avviati dagli appartenenti al settore. Quel che sembra certa è la necessità di innovare il sistema di amministrazione e controllo, optando per le soluzioni organizzative volte ad assicurare l'efficienza dell'azione aziendale e la dialettica nel processo decisionale, nel rispetto delle disposizioni emanate dal regolatore.

Esigenza di cambiamento correlata alla presenza di variegata categorie di rischio (da quelli di credito a quelli di mercato e di liquidità), nonché alla prevenzione degli esiti negativi del fenomeno delle *cripto-valute*, portato dalla evoluzione della rete *internet* che si sostanzia in un'ulteriore forma di applicazione della tecnologia digitale al settore finanziario⁸³. Tali monete, utilizzate come mezzo di pagamento introducono, infatti, incertezze e rischi aggiuntivi non essendo regolate da enti centrali governativi, ma solo dall'ente emittente secondo regole proprie, ed essendo esposte al pericolo di un rapido declino con successiva stagnazione di lunga durata⁸⁴. Da qui la prospettiva di crescenti implicazioni negative sulla sicurezza dei commerci e sul contenimento delle attività criminali.

In tale situazione complessa un ruolo particolare va riconosciuto allo *shadow banking*, dianzi menzionato, il quale nel giro di pochi anni ha decisamente mutato la sua originaria configurazione, avendo occupato spazi sempre più ampi. Si è assistito, infatti, ad una sua progressiva

⁸³ Cfr. BCE, *From the payments revolution to the reinvention of money*, Speech by Fabio Panetta, Member of the Executive Board of the ECB, at the Deutsche Bundesbank conference on the “Future of Payments in Europe”, 27 novembre 2020, visionabile su <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp201127~a781c4e0fc.en.html>.

⁸⁴ Cfr. M. MINENNA, *Autopsia della bolla Bitcoin*, in *IlSole24Ore* del 30 dicembre 2018.

diffusione per cui, come di recente è stato evidenziato dalle autorità europee, il settore non bancario è arrivato a coprire il 40% del comparto finanziario europeo⁸⁵. Se ne deduce che lo *shadow banking* si sta rivelando essenziale nella diversificazione delle fonti di finanziamento delle imprese, le quali peraltro si mostrano spesso incuranti dei pericoli ad esso sottesi, considerata la sua regolamentazione meno rigorosa rispetto a quella prevista per le banche.

Di certo a detto incremento operativo contribuisce la vulnerabilità dei mercati fortemente aumentata a causa del Covid-19; basti pensare – tra l'altro – all'aumento del fabbisogno di liquidità per i fondi, all'incertezza dei prezzi associati alla leva impiegata da questi ultimi, agli imponderabili rischi legati all'utilizzo dei *derivati*, nonché a quelli di natura ciclica derivanti dalla forte contrazione economica. Se ne deduce che, in un momento storico come l'attuale, sembra destinata a prevalere l'esigenza degli operatori di rivolgersi a finanziatori che erogano il denaro a condizioni particolarmente favorevoli, anche se più rischiose, sottraendo agli enti creditizi una parte significativa del loro *business*.

A ben considerare, come è stato sottolineato in dottrina, il ricorso alle piattaforme digitali ha consentito l'affermazione di una forma di *digital lending* che proietta i potenziali debitori verso la possibilità di assumere configurazioni patrimoniali maggiormente rischiose rispetto a quelle richieste alle banche, ferma l'esigenza di soddisfare le richieste dei creditori di nuovo tipo interessati a rendimenti elevati nella remunerazione della esposizione al rischio da essi assunta⁸⁶.

9. *Segue. ...e prospettiva di nuove forme di vigilanza*

In prossimità del trentesimo anniversario del Testo Unico Bancario è forse il caso di interrogarsi sulla attualità della sua portata normativa per valutare l'opportunità di una congrua rivisitazione della stessa, traendo spunto dalla peculiare gravità del presente momento storico, che sembra destinato a segnare una sorta di spartiacque tra *passato* e *futuro*. Ciò significa ripensare l'impianto sistemico della supervisione

⁸⁵ Cfr. ESRB, *EU Non-bank Financial Intermediation Risk Monitor*, October 2020, n. 5.

⁸⁶ Cfr. V. LEMMA, *Banking e shadow banking al tempo del Covid 19*, in *questa Rivista*, 2020, 851 ss.

creditizia, dovendo l'ordine giuridico del mercato conformarsi ai processi innovativi che negli ultimi anni hanno profondamente modificato l'operatività degli appartenenti al settore.

Ne consegue che l'analisi deve essere orientata alla identificazione di paradigmi operativi idonei ad assicurare che i gangli del sistema normativo ricomprendano una serie di fenomeni che ad oggi fuoriescono dall'attenzione del legislatore, per la variabilità delle forme e la velocità intrinseca con cui si propagano. Naturalmente, una capillare ricognizione del tessuto economico e finanziario sottostante, caratterizzato dalle modalità indicate nel precedente paragrafo, si pone a fondamento di una ricerca siffatta che, sul piano delle concretezze, conduce ad una rivisitazione della normativa di settore. Questa dovrebbe avvenire senza pregiudizi o favoritismi di sorta, stante la sua primaria finalità di colmare vuoti normativi che minano la competitività ed espongono a rischi la stabilità del sistema.

Il TUB, nella sua originaria edizione del 1993 aveva segnato il momento conclusivo di una lunga stagione di riforme legislative del sistema finanziario italiano, iniziata fin dai primi anni ottanta del '900. L'integrazione economica europea, l'innovazione dei prodotti e degli intermediari sono alla base dei significativi cambiamenti della disciplina di settore attuati con la emanazione di tale complesso dispositivo; all'epoca, mutarono non solo le tecniche operative, ma anche la struttura dei soggetti presenti nei mercati e le forme del controllo pubblico sui medesimi. Il criterio del "mercato bancario controllato", che per decenni aveva caratterizzato l'impianto della disciplina speciale, cede il passo alla logica della concorrenza, principio guida del nuovo ordine sistemico.

Non vengono meno, peraltro, i canoni cui tradizionalmente si è ispirata la regolazione bancaria italiana: la "difesa del risparmio" ed il regolare "svolgimento dell'intermediazione" creditizia, che in un contesto normativo orientato in chiave prudenziale, hanno trovato estrinsecazione nel criterio della «sana e prudente gestione» degli operatori. Consegue una supervisione che si contraddistingue per completezza disciplinare (ricoprendo i numerosi e variegati comparti nei quali può articolarsi l'intervento degli intermediari) e per tendenza alla *obiettivizzazione* delle forme di supervisione pubblica (dove la limitazione della discrezionalità nel controllo ed il superamento di particolari vincoli in passato imposti agli appartenenti al settore).

A fronte di una più contenuta azione propulsiva dell'autorità politica, si riscontra una specificazione dei poteri di vigilanza (informativa, regolamentare ed ispettiva) tipici dell'organo tecnico, chiamato dal legislatore ad una più penetrante funzione di "accertamento". Tale opzione normativa si situa in un orizzonte concettuale tendente ad una riduzione delle dimensioni della politica in attuazione del principio (di valenza costituzionale) della sua separazione dall'amministrazione. Ne deriva una "centralità" nuova della Banca d'Italia, rispondente alle moderne esigenze di internazionalizzazione dei mercati finanziari. Questi ultimi, infatti, postulano forme di governo tecnico amministrativo, che possono essere realizzate solo da parte di autorità cui sia garantita autonomia ed indipendenza dal potere politico.

Le modifiche al TUB, introdotte nei decenni successivi – nel riaccordare la coerenza sistemica della normativa alle varieghe tipologie di soggetti operanti nel sistema finanziario – confermano il criterio ordinatore secondo cui soltanto l'effettiva riconducibilità ad un'attività intermediatrice legittima la sottoposizione a controllo di coloro che ne sono artefici. Si riscontra, altresì, una svolta nelle modalità dell'azione interventistica pubblica ora rispondente alla finalità di realizzare un mercato scevro da sovrastrutture normative e, dunque, libero di autodeterminarsi nel rispetto delle regole; consegue un'implicita riferibilità alla necessaria sottoposizione a regole del cd. *shadow banking system* in linea con una visione giuridico economica unitaria degli operatori del mercato finanziario.

Dopo la crisi finanziaria degli anni 2007 e seguenti, la complessità dell'apparato disciplinare di derivazione europea (ed, in particolare, le direttive UE n. 2013/36, cd. CRD IV e n. 2014/59, c.d. BRRD, e dal regolamento UE n. 806/2014, cd. SRMR) fa avvertire l'esigenza di sottoporre a valutazione critica i contenuti. La ricerca risulta, pertanto, orientata ad individuare possibili correttivi della normativa per conseguire forme operative più efficienti; nel contempo, si sperimenta la intensa capacità pervasiva dell'azione di vigilanza posta in essere dalla BCE a fronte della quale i sistemi di vigilanza domestica rivelano significativi limiti, per cui, in talune circostanze, le autorità nazionali appaiono carenti anche con riferimento alla realizzazione di una "congiunta" azione interventistica.

La pandemia, come si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono, ha posto il Paese, e per quanto qui rileva l'industria finanziaria, di fronte all'esigenza di dar corso ad un rinnovamento che tenga conto sia delle problematiche poste dall'emergenza economico sanitaria causata dal Covid-19, sia delle altre numerose carenze evidenziate dalla crisi in atto. Circoscrivendo, in questa sede, l'analisi ai profili della supervisione bancaria, va subito detto che la ricerca di soluzioni interpretative adeguate alla presente realtà devono aver riguardo al mutato contesto operativo che oggi connota il settore e, dunque, alla necessaria correlazione che deve sussistere tra le forme della vigilanza e l'attività praticata dagli appartenenti al settore del credito. A ciò si aggiungano talune implicazioni della "crisi identitaria" che ha colpito la nostra autorità di vigilanza bancaria a seguito della traslazione di gran parte dei suoi poteri ad organismi europei⁸⁷; donde lo stato di malessere che può derivare alle banche in presenza di una più limitata capacità interventistica di quest'ultima.

È evidente come la supervisione sembri destinata a cambiare passo. La normativa prudenziale, a seguito del menzionato ridimensionamento della attività di intermediazione nel credito, non potrà tener fermo l'impianto rigoristico che fino ad oggi ha trovato la propria giustificazione nel riferimento alle componenti dell'attività bancaria che, com'è noto, si fonda sulla «raccolta del risparmio tra il pubblico», la cui tutela ai sensi dell'art. 47 cost. nel nostro ordinamento presenta rilievo costituzionale. L'ampio ruolo attualmente svolto dalla erogazione dei servizi nella definizione del *business* bancario dovrebbe indurre ad una rivisitazione del SREP (*Supervisory Review and Evaluation Process*), sì che quest'ultimo esaurisca la sua funzione in una analisi quali/quantitativa delle informazioni acquisite in ordine alla eventuale esposizione al «rischio di credito» delle banche impegnate in operazioni di prestito.

Più in particolare, tenuto conto che al presente significativa parte della attività delle banche comporta minori requisiti prudenziali, si dovrebbe addivenire ad una maggiore flessibilità organizzativa; ed invero, la vigilanza, di fronte a tali forme operative che non

⁸⁷ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Conclusioni a margine del convegno annuale dell'associazione dei docenti di diritto dell'economia (adde) su "quali regole per quali mercati?"*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, I, 317 ss., ove si sottolinea la perdita di appeal della Banca d'Italia rispetto al passato.

coinvolgono direttamente i capisaldi della funzione creditizia, potrebbe limitare le sue verifiche al riscontro dell'esistenza della capacità di gestirle in maniera adeguata. Conseguisce l'esigenza di un cambiamento di mentalità, di una innovativa volontà di reinventarsi i processi, di ricercare nella semplificazione la strada maestra per consentire al settore di superare le difficoltà di cui in precedenza si è detto.

Sotto altro profilo, quest'opera di riconversione delle modalità di intervento dovrebbe, a livello domestico, essere accompagnata dal recupero, da parte delle autorità di settore, di un ruolo di maggiore autonomia da far valere nei confronti dei vertici dell'architettura finanziaria stabilita in sede UE. Vanno, al riguardo, richiamate talune "incertezze propositive" ed i possibili "ritardi" riscontrabili nella linea operativa della nostra autorità nazionale, da quest'ultima pubblicamente riconosciuti⁸⁸, nonché l'assunzione in taluni casi di un atteggiamento dimissionario e silente, puntualmente evidenziato dalla dottrina⁸⁹.

La centralità a livello europeo dell'azione di vigilanza, introdotto con l'istituzione dell'Unione Bancaria Europea⁹⁰, non dovrebbe andare al di là dell'accettazione del ruolo guida della BCE e di una proficua collaborazione con questa da parte delle autorità nazionali; conseguentemente essa non scalfisce in alcun modo il tradizionale impegno che da sempre caratterizza l'azione svolta dalla Banca d'Italia, la quale da sempre ha dimostrato un profondo radicamento a principi di correttezza e di etica professionale nella definizione dei comportamenti da assumere.

⁸⁸ Cfr. I. VISCO, *Intervento alla Giornata Mondiale del Risparmio del 2017*, p. 9 delle Bozze di stampa

⁸⁹ Cfr. G. ALPA-F. CAPRIGLIONE, *Il disagio delle Bcc e lo sguardo a via Nazionale*, in *IlSole24Ore*, 8 settembre 2020.

⁹⁰ Per una valutazione dell'incidenza recata all'UBE sulla realtà normativa dell'Unione cfr. tra gli altri E. WYMEERSCH, *The European Banking Union. A first Analysis*, Universiteit Gent, Financial Law Institute, WP, 2012-07, ottobre 2012, 1 ss.; AA.VV., *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Atti del convegno organizzato dalla Banca d'Italia, Roma, 16 settembre 2013, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 75; AA.VV., *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016; R. IBRIDO, *L'unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Roma, 2017.

10. *Il ruolo dell'UE: tra difficoltà interventistiche e tendenza al cambiamento.*

Nel corrente anno ho dedicato un'ampia riflessione alla verifica del ruolo svolto dall'Unione con riguardo ai gravi accadimenti che hanno interessato l'intero contesto regionale europeo⁹¹. L'indagine ha da subito mostrato che il Covid-19 interagisce sulla compattezza della costruzione UE, la quale risulta oggi sottoposta ad un duro banco di prova, essendo condizionata dalle opzioni strategiche da seguire al fine di superare l'emergenza economica e sanitaria causata dalla pandemia.

L'Unione, dopo alcune incertezze iniziali⁹², ha dimostrato un chiaro intento di adoprarsi al meglio per rinvenire rimedi adeguati per venire incontro alle esigenze degli Stati membri; in tal senso orientano la posizione d'apertura adottata dalla Commissione attivando la «clausola di crisi generale» presente nel *Patto di stabilità* e superando i vincoli al settore finanziario rivenienti dalla Convenzione del 2013 sugli «aiuti di Stato»⁹³. Ciò ha segnato la sospensione della tradizionale politica di rigore attivata in passato dall'UE, che oggi sembra disposta ad accettare linee di flessibilità che vanno dalla ammissione di variegate tipologie di aiuti (sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali selettive, garanzie di Stato per prestiti bancari, prestiti pubblici agevolati alle imprese, ecc.) alla previsione di forme d'intervento finanziario diretto a favore dei paesi colpiti dal Covid-19.

Dopo alcune misure iniziali, per vero di limitata potenza, come il meccanismo denominato SURE (*Support to mitigate unemployment risks in emergency*), promosso dalla Presidentessa della Commissione, per supportare, con un importo fino a 100 miliardi di euro, tanto la

⁹¹ Cfr. in particolare F. CAPRIGLIONE, *La finanza UE al tempo del coronavirus*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, I, 1 ss; F. CAPRIGLIONE, *Covid-19. What solidarity, what cohesion in the EU? Uncertainties and fears*, in *Law and economics*, 2020, 4 ss.

⁹² Si pensi all'atteggiamento tenuto da Christine Lagarde, la quale in una conferenza stampa ha detto che il ruolo della BCE «non è ridurre gli spread», il che è sembrato a molti un'indicazione che la presidente non intende proteggere i paesi più deboli che usano l'euro come moneta»; cfr. l'editoriale intitolato *Cosa vuole fare la BCE, in tutto questo*, visionabile su <https://www.ilpost.it/2020/03/12/bce-coronavirus>.

⁹³ COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission To The Council on the activation of the general escape clause of the Stability and Growth Pact*, COM(2020) 123.

“cassa integrazione italiana” quanto il *kurzarbeitergeld* tedesco⁹⁴, meritevole di apprezzamento deve ritenersi l’accordo sottoscritto il 21 luglio 2020 dal Consiglio europeo sul *Recovery Fund*. Di certo quest’ultimo, frutto di un *compromesso* tra posizioni che apparivano inconciliabili⁹⁵, introduce per la prima volta nelle relazioni tra i paesi UE una misura di *mutualizzazione* del debito e del rischio, cui ovviamente è sottesa anche la prospettiva di una unificazione fiscale; viene così superata l’avversione a lungo ribadita, soprattutto dalla Germania, alla emissione di *eurobond* o similari strumenti!

Di fronte a tale posizione dei vertici dell’Unione può dirsi che questa ultima ha finalmente assunto un atteggiamento solidale, naturale presupposto di una volontà orientata alla coesione e, dunque, ad una forma di integrazione diversa da quella sin qui perseguita. A mio avviso, come ho già sostenuto in un mio recente scritto⁹⁶, è forse prematuro giungere a detta conclusione, anche se questa viene evocata in più sedi quale espressione identitaria di una appartenenza comune all’UE⁹⁷. Di certo è innegabile che siamo di fronte ad una nuova realtà, che lascia ben sperare in una presa di coscienza, da parte dell’Europa,

⁹⁴ Al riguardo si fa presente che l’attivazione di tale misura prevede che gli Stati membri dovranno fornire garanzie nazionali fino a 25 miliardi che serviranno alla Commissione per emettere bond tripla A (molto sicuri e quindi con bassi tassi di interesse) che vengono poi girati ai paesi membri tramite prestiti a lungo termine. E’ evidente, quindi, che l’ammontare di cui gli Stati membri potranno fruire è piuttosto esiguo, anche se superiore all’impegno ad essi richiesto mediante le garanzie. Cfr. in argomento A. VILLAFRANCA, *L’accordo europeo ai raggi X tra MES, Sure e BEI*, visionabile su www.ispionline.it/it/pubblicazione/laccordo-europeo-ai-raggi-x-tra-mes-sure-e-bei25752

⁹⁵ Ci si riferisce, in particolare, alla contesa tra i cd. paesi *frugali* (con l’Olanda come capofila) e quelli del Sud Europa (a guida italiana), cfr. l’editoriale intitolato *Il fronte che si oppone al Recovery Fund. Le ragioni dei 'frugali' e del Gruppo Visegrad*, visionabile su <https://www.agi.it/estero/news/2020-07-18/recovery-fund-paesi-frugali-gruppo-visegrad-9188657>.

⁹⁶ F. CAPRIGLIONE, *Covid 19. Quale solidarietà, quale coesione nell’UE. Incognite a timori*, in *Riv. trim. dir. econ.*, I, 170.

⁹⁷ Cfr. l’editoriale intitolato *Coronavirus, Gentiloni dopo accordo su Mes: “Credito senza condizioni tranne impiego per spese sanitarie. Utile per paesi con debito alto”*, visionabile su www.ilfattoquotidiano.it/2020/05/08/coronavirus-gentiloni-dopo-accordo-su-mes-credito-senzacondizioni-tranne-impiego-per-spesa-sanitarie.

della necessità di perseguire in modalità unitarie l'interesse di ognuno e, al contempo, di tutti gli stati membri.

Per vero, solo una comune percezione dei benefici effetti delle trasformazioni che, nell'ultimo anno, sono state attuate nella UE può avviare un processo di maturazione culturale e politica che agisca da elemento catalizzatore nella emersione dei valori che identificano l'ineludibile presupposto per la costituzione di una «Europa dei popoli», che potrà trovare espressione in un'unione politica. Dovrebbe spingere in tale direzione una attenta valutazione del contesto geopolitico globale nel quale attualmente si colloca l'UE: si potrebbe comprendere che quest'ultima solo se riesce a conseguire un'intesa che, superando le diversità, dia spazio alla realizzazione di uno Stato federale sarà in grado di svolgere il significativo ruolo che le spetta per (i) la sua storia, (ii) le sue rilevanti capacità economico finanziarie, (iii) per l'elevato livello demografico

Non può omettersi di considerare tuttavia che, nonostante il positivo cambiamento testé richiamato, la strada da percorrere è ancora lunga ed in salita. Basti pensare alla obiettiva indisponibilità della Germania verso l'attivazione di linee comportamentali solidali – e, più in generale, verso forme di convergenza politica – rappresentata dal Tribunale costituzionale federale tedesco nella decisione del 5 maggio 2020. Ed invero, in detta occasione la Corte ha sostenuto che ad essa è rimessa la facoltà di disattendere ogni innovazione disciplinare e attività posta in essere nell'UE (ivi compreso l'operato della BCE) qualora non sia ritenuta conforme ai criteri ordinatori (divieti, limitazioni, ecc.) fissati nella legge fondamentale della Germania; donde il potere rivendicato da tale Tribunale di sindacare e di disattendere una sentenza della Corte di Giustizia europea⁹⁸.

⁹⁸ Ciò si evince chiaramente dal punto 111 e seguenti della decisione, così riassunti nel punto 2 della massima ufficiale: «2. The Court of Justice of the European Union exceeds its judicial mandate, as determined by the functions conferred upon it in Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union, where an interpretation of the Treaties is not comprehensible and must thus be considered arbitrary from an objective perspective. If the Court of Justice of the European Union crosses that limit, its decisions are no longer covered by Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union in conjunction with the domestic Act of Approval; at least in relation to Germany, these decisions lack the minimum of democratic legitimation necessary under Article 23(1) second sentence in conjunction with Article 20(1) and (2) and Article 79(3) of the Basic Law».

Ciò posto, occorre interrogarsi sul *quid agendum* in presenza di un intervento finanziario dei vertici europei che – per ammontare e modalità di erogazione dei fondi (per il nostro Paese 209 miliardi di euro, in significativa parte concessi a fondo perduto) – lascia intravedere un effettivo intento di «cambiare corso». Non v'è dubbio che con l'adozione di tale importante misura si sia inteso rimettere all'*agere* dei singoli Stati membri il potere/dovere di dar concretezza ad un programma che si prefigge di supportare le prossime generazioni e, dunque, inquadra le sue finalità in una prospettiva di lungo periodo e di rifondazione dell'intera compagine europea.

Il meccanismo sul quale tale intervento si fonda non appare particolarmente complesso in quanto esso richiede unicamente la predisposizione di piani di investimento, da sottoporre alla preventiva approvazione dell'UE, che per coerenza funzionale ed obiettivi perseguiti risponda alle finalità che con tale rimedio si son volute perseguire. Ciò postula la necessità di uno stretto raccordo tra l'azione al riguardo svolta dagli Stati membri e i vertici europei, dovendo nel contempo prefigurarsi un'attività relazionale tra gli uni e gli altri improntata alla concordia ed alla condivisione dei progetti che vengono presentati.

Ne consegue che il perdurare all'interno dei singoli Stati membri di situazioni conflittuali – o, come nel caso Italia, di contrasti interistituzionali tra Stato e Regioni, a tacer del dissidio politico sulla identificazione del nucleo di esperti deputati alla gestione dei fondi in parola – rende difficile ottemperare alle incombenze necessarie per un corretta e regolare esecuzione del progetto di ricostruzione europea. A ciò si aggiungano gli ulteriori aggravii causati da altre forme di dissidio interno che spingono i movimenti sovranisti a permanere in posizione critiche nei confronti di riforme delle istituzioni UE (come si è riscontrato in Italia in occasione dell'approvazione delle modifiche disciplinari del MES) ovvero derivanti da pretestuose opposizioni alla attuazione del *Recovery Fund* mosse da alcuni Stati (Ungheria e Polonia) che volontariamente hanno assunto un atteggiamento che concretizza una reale sospensione dello “stato di diritto” nei medesimi⁹⁹.

⁹⁹ Cfr. l'editoriale intitolato *Coronavirus, il parlamento ungherese dà pieni poteri al premier Orban, visionabile su*

Lo scenario testé rappresentato conferma le difficoltà che sono tuttora di ostacolo alla realizzazione di una svolta istituzionale conforme al disegno dei padri fondatori dell'Europa. A differenza del passato, riaccende oggi la speranza di un recupero di tale progetto la consapevolezza che non si può lasciare cadere l'opportunità offerta dalla crisi pandemica, la quale ha evidenziato i limiti di un'interpretazione dei Trattati poco coesa e priva dell'*idem sentire* necessario per portare a conclusione un cammino iniziato 70 anni or sono.

<https://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/coronavirus-parlamento-ungherese-pieni-poteri-premier-orban-3ab4e05d-8e58-470d-91a4-31520fd4f817.html>, nonché l'editoriale intitolato *Corte UE a Polonia: "Sospendere immediatamente la riforma della Corte suprema"*, visionabile su <https://www.eunews.it/2020/04/08/corte-ue-polonia-sospendere-immediatamente-la-riforma-della-corte-suprema/128820>