

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2017

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

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 ABBIA 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 PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Le linee guida BCE come strumento di soft rule in materia di governo societario. Il ruolo del criterio di proporzionalità¹

1. Soft Rule tra diritto comunitario e domestico

È stato osservato come il termine *soft rule* non trovasse traccia² né nei trattati dell'Unione né nella giurisprudenza comunitaria, aggiungendosi come fosse utilizzato per comprendere una serie di atti, documenti od altri strumenti utilizzati dalle istituzioni comunitarie che, pur non essendo esplicitamente o implicitamente previsti dai Trattati come nomativi, ovvero pur essendo previsti come strumenti di natura non vincolante, producono comunque effetti giuridici nell'ordinamento comunitario, tra Stati e Stati, tra Stati ed Unione e nei confronti dei cittadini comunitari.

Nell'ambito della necessità di un quadro giuridico globale per i servizi di interesse generale³, specificatamente quanto alla *soft law* è stato suggerito da parte di taluni intervenuti nel relativo procedimento

¹ Intervento spiegato nell'ambito del convegno "Le Linee Guida BCE sui non Performing Loans vincoli operativi e profili giuridici in tema di valutazione e gestione deli NPL", tenuto presso l'Università di Verona il 29 giugno 2017.

² A. Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, Associazione Italiana costituzionalisti, Atti del Convegno Annuale – 2005 – L'integrazione dei sistemi costituzionali – Catania, 14-15 ottobre 2005, pag. 2/34, disponibile sul sito dell'Associazione.

L'Autrice richiama (pag. 5/34), quanto alla fonte della valenza di tali atti, il concetto secondo il quale la soft law "*più che fonte del diritto è direttamente collegata con il "potere comunitario di indirizzo politico" per cui "gli atti atipici costituiscono, cioè, strumenti di diritto mite, dotati di una efficacia giuridica molto minore rispetto alle fonti tipiche (...) volti a perseguire obiettivi politici attraverso la loro persuasione ovvero alla plusvalenza che ad essi deriva in termini di autorevolezza mutuata dall'organo (o dagli organi), da cui promanano, più che dalla forza coattiva del diritto*" (citando R. Manfredi, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'interazione europea*, Torino, 2004, 192).

Considerazioni, queste ultime, che possono trovare introduzione mutatis mutandis anche in sede di differenziazione (infra) tra soft law e soft rule, mitigata – forse meglio sarebbe dire più adeguatamente definita - in ogni caso dell'evoluzione legislativa che è intervenuta a livello comunitario in merito (infra).

³ Commissione Europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione "Relazione sulla consultazione pubblica in merito al Libro Verde sui servizi di interesse generale", 15 marzo 2004, SEC(2004) 326, par. 4.3.1.1 pag. 13 e 14.

di consultazione l'utilizzo di strumenti non vincolanti (*"soft law – legislazione mite"*) quali una comunicazione o una raccomandazione della Commissione, così come fare ricorso a strumenti diversi, vincolanti e non vincolanti, a seconda della questione da affrontare. Sempre la Commissione⁴ nel riportare i nuovi obiettivi ed impegni definiti nell'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" concordato con il Consiglio Europeo ne evidenzia:

- un quadro stabile per gli strumenti normativi leggeri (*soft law*), in modo da agevolarne l'uso in futuro;
- con riferimento agli "strumenti alternativi" veniva riportato come «di recente il Parlamento europeo e il Consiglio hanno in varie occasioni contestato le proposte della Commissione che utilizzavano tali strumenti alternativi o si sono addirittura opposti a tali proposte. In altri casi uno o entrambi i rami dell'autorità legislativa hanno invitato la Commissione ad abbandonare l'idea di una direttiva a favore di soluzioni "normative leggere" (*soft law*) come le raccomandazioni».

Un'evoluzione rispetto a tale situazione, riconducibile ai primi anni 2000, è rilevabile nello studio *"On the enforceability of EU Agencies' Soft Law and the National Level: the case of the European Securities and Markets Authority"*⁵ in cui, richiamando il noto caso *Meroni*⁶ (infra) si riporta come *"the CJEU established that powers may be delegated to such organs, but this must be confined to clearly defined executive powers and does not extend to powers involving a wide margin of discretion."*⁷ As a result, the delegation of general regulatory

⁴ Relazione della Commissione "Legiferare meglio", ai sensi dell'art. 9 del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (11° Relazione), COM(2003)770 definitivo, pag. 8 e 12.

⁵ Marloes van Rijsbergen, in *UtrechtLawReview*, pag. 117, disponibile all'Url <http://www.utrechtlawreview.org> | Volume 10, Issue 5 (December) 2014 | URN:NBN:NL:UI:10-1-115854.

⁶ *Case 9-56, Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*, [1958] ECR 133.

⁷ Nel rilevare come *"Importantly, soft administrative rule-making is no longer the prerogative of the Commission, as agencies and networks are not only 'mushrooming' in many different policy areas but are also gaining in general rule-making powers, despite the Meroni doctrine"* è stato colto che *"in some cases it even appears that these powers are not necessarily linked to technical implementation matters, but actually amount to policy-making and (soft and sometimes hard) coordina-*

powers to agencies is excluded". Si osserva come, applicando tale principio all'attuale regolamentazione dell'Autorità Bancaria Europea (con ciò intendendosi, ai fini che qui rilevano, sia l'EBA che la BCE) il legislatore comunitario non abbia attribuito poteri di "regolamentazione generale" quanto, piuttosto, pur riconoscendo loro un certo margine di discrezionalità lo ha ricondotto e circoscritto all'applicazione di specifiche disposizioni legislative – definendole, caso per caso, nell'ambito dell'articolato con riferimento alle singole fattispecie, aspetti, elementi che lo compongono –. Quanto al grado di enforceability l'Autore osserva come "*EU agencies' soft rule-making acts are not legally binding by definition, but may generate both practical and legal effects. The EU Treaties do not grant any form of legally binding force to soft law documents and EU soft law cannot by itself create any rights or impose any obligations. However, soft law obtains an important authoritative function in legal practice and it appears from the case law of the CJEU that it is definitely not devoid of legal effects*⁸. *Soft law measures are thus not 'harmless', especially when they are simply 'rubber-stamped' by the Commission*⁹ into legally binding acts¹⁰".

tion of Member States activities coming close to legal harmonization". Questo ultimo aspetto parrebbe ricondursi, e per certi versi sembra in tal senso rilevato, ad una sorta di deviazione rispetto al tracciato che tale tipologia di intervento dovrebbero seguire. In tale contesto, e proprio con riferimento alla dottrina Meroni, ricordando come "*thus excludes the delegation of general regulatory powers to agencies*" ed evidenziandosi come "*is put under pressure by the currently developing institutional practice, as certain agencies have developed policy-making activity that comes close to full regulatory powers*" si sottolinea che "*While these general rule-making powers are soft by the label, they are often hard in practice*". Così European Parliament, Directorate-General for international policies – Policy Department Citizens' Right and Constitutional Affairs C, In Checks and balances of Soft EU Rule-Making, pag. 4 e 23.

⁸ "*H. Luijendijk & L. Senden, 'Preadvies NVER: De gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde', 2011 SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht, no. 7/8, p. 313*".

⁹ È stato precisato, con riferimento all'implementazione del relativo Action Plan da parte della Commissione Europea come "*the Commission has recognised that in this area soft law instruments such as recommendations, rather than prescriptive detailed legislation, are more appropriate. ... was conscious of the need not to overburden company with too much legislation*" (C, McCreevy, *European Commissioner for International Market and Services, Future of the Company Law Action Plan, par. Short term priorities*, a) Promote good corporate governance, rilasciata

È stata rilevata una differenziazione in sede istituzionale¹¹, sotto l'aspetto soggettivo (dell'emittente), indicandosi come *"This report has revealed the increasing relevance of soft rule-making in the EU, both at the level of developing new laws and policies in the EU and at the level of EU administration"*. Parimenti dicasi quanto alla funzionalità (diretta ovvero indiretta amministrazione), sottolineandosi come *"At the level of direct administration, soft rule-making acts of the EU, originating not only from the Commission but increasingly so also from networks and agencies, are at the basis of their single-case decision-making"*, da cui derivandosi come tali atti assumano, o comunque dovrebbero assumere, la corretta modalità di determinazione dei criteri operativi di applicazione della norma, in un contesto di esercizio del relativo potere in capo alle singole Autorità. Distinguendosi, quindi, tra *direct* ed *indirect administration* viene chiarito come *"At the level of indirect administration, these acts provide guidance for many different national actors that are involved in the application and enforcement of EU law. This also affects the behavior of stakeholders and other interested parties"*. Se in quanto tali atti, non limitandosi quindi a quelli legislativi, risultino in grado di influire sul comporta-

nell'ambito della Listed Companies and Legislator in Dialogue Conference, Copenhagen 17 November 2005, Speech/05/702).

Se da un lato il non onerare (onerare) il settore con un numero eccessivo di, o comunque attraverso principalmente, provvedimenti legislativi anche quanto a quella che potremmo definire "ultima fase applicativa", appaia coerente con una prudente ed economica gestione da parte del Legislatore / Regolamentatore comunitario, dall'altro la Commissione, così come altri competenti soggetti (Autorità) potrebbero provvedere alle necessarie implementazioni / variazioni / integrazioni / aggiornamenti delle previsioni dalle stesse emanate, nell'ambito di competenza delle rispettive prerogative di Soft-Law / Rule, con maggiore tempestività e snellezza procedurale assicurando, nel contempo, il rispetto delle previsioni "Legislative deleganti" tempo per tempo vigenti.

¹⁰ R. Dehousse, *Delegation of powers in the European Union: The Need for a Multi-principals Model*, 2008 *West European Politics* 31, no. 4, p. 799. See also: L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, 2004. See also: L. Senden & T. Van den Brink, *Checks and balances of Soft EU Rule-Making*, 2012 *Study for the European Parliament, Policy Department C: Citizens Rights and Constitutional Affairs*, PE 462.433.

¹¹ European Parliament, Directorate-General for international policies – Policy Department Citizens' Right and Constitutional Affairs C, In *Checks and balances of Soft EU Rule-Making*, 2012, pag. 83.

mento dei destinatari, non può non riconoscersi loro quale fondamento l'esercizio di un potere / facoltà attribuito alla singola Autorità da cui deriva l'obbligatorietà / onere dei detti destinatari ad adeguarsi al rispettivo contenuto¹².

2. *Le basi giuridiche delle Guidelines e Raccomandazioni emanate dall'EBA e dalla BCE*

Si richiama come sia stato osservato, con riferimento alle Guidelines emanate dall'EBA¹³, “*these regulatory measures, guidelines and recommendations are not binding on national authorities. However, in accordance with Article 16(3) of the founding Regulation of the EBA the competent authorities are obliged to “make every effort to comply with those guidelines and recommendations”*”. Avuto riferimento all'attività della, BCE, viene rilevato¹⁴ come “*ECB has worked intensively over the past two years in order to achieve a higher degree of harmonisation in the application of national legislation*”. Dalla coordinata lettura dei due passi che precedono si ricava come attraverso il ricorso alla tipologia di soft law in parola, l'Autorità comunitaria applicando una specifica previsione legislativa (considerando anche la previsione al terzo comma dell'art. 4 “Compiti attribuiti alla BCE”, comma 3¹⁵ del Regolamento UE/1024/2013¹⁶) è posta nelle condizioni di ricorrere a strumenti di soft-law/rule in grado di assicurare una più diretta ed immediata omogeneità e coordinamento uniforme delle re-

¹² Diversamente, infatti, non potrebbe riconoscersi neppure la sanzionabilità dell'eventuale inadempimento (infra).

¹³ M. Marcucci, *Managing administrative complexity in resolution: the recent experience in Italy and its lessons from a European Union perspective* (in ESBC Legal Conference 2016, 6-7 October 2016, pag. 223-224).

¹⁴ L. Arranz *Level playing field – towards a more uniform application of banking legislation* (in ESBC Legal Conference 2016, 6-7 October 2016, pag. 241).

¹⁵ La BCE può adottare Orientamenti [termine con il quale viene anche tradotto Guidelines - infra] e Raccomandazioni nonchè prende decisioni, fatti salvi il pertinente diritto dell'Unione e, in particolare, qualsiasi atto legislativo e non legislativo, compresi quelli di cui agli articoli 290 e 291 TFUE, cui è chiamata a conformarsi. Nel fare ciò è espressamente soggetta alle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione vincolanti elaborate dall'ABE ed adottate dalla Commissione (artt. da 10 a 15, 16 del Regolamento (UE) n. 1093/2010).

¹⁶ Del 15 ottobre 2013 “che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi”.

gole comunitarie. Sotto l'aspetto esegetico si osserva come l'art. 34 del Trattato "Atti giuridici" nel disporre come la BCE stabilisca i regolamenti nella misura necessaria per assolvere i compiti come previsti dallo Statuto stesso¹⁷, e prenda le decisioni necessarie per assolvere i compiti attribuiti al SEBC in virtù dei trattati e dello statuto stesso, attribuisce alla BCE "*entro i limiti stabiliti dal Consiglio in conformità della procedura di cui all'art. 41*" il potere "*di infliggere alle imprese ammende o penalità di mora in caso di inosservanza degli obblighi imposti dai regolamenti e dalle decisioni da essa adottati*". Tale attribuzione non può prescindere da un'efficacia ed esecutorietà del provvedimento come direttamente emesso dalla BCE, dal cui mancato rispetto può sorgere l'irrogazione di una sanzione.

Si richiama all'attenzione come, ai sensi del citato art. 3, la BCE possa adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti dal Regolamento stesso. È di immediata comprensione la riconducibilità, meglio dire limitazione, voluta dal legislatore comunitario ad un ambito prettamente operativo applicativo ad integrazione che si potrebbe definire esecutiva della norma primaria, per definizione generale ed astratta, anche qui per consentire all'ordinamento di rispondere con tempestività anche alle mutazioni del settore di riferimento che non necessitano di intervento diretto del legislatore.

Che i Regolamenti siano da ricondurre alla tipologia delle soft law/rule appare condivisibile, nei termini fin qui rilevabili, rimanendo da definire se nel loro ambito, ovvero in quello delle decisioni, possano ricondursi le Raccomandazioni e le Guidelines che, soprattutto nel corso degli ultimi anni, stanno assumendo un sempre maggior rilievo in ragione del ricorso cui le Autorità (EBA e BCE) ormai fanno.

Fermo quanto (infra) considerato in materia di finalità / volontà intrinseca ed estrinseca di un provvedimento (nelle varie forme possa essere perfezionato), un'attenzione si pone all'emanazione da parte della BCE delle Raccomandazioni. Tra molti si evidenzia, in quanto anche recente, il Provvedimento BCE del 13 dicembre 2016 "*sulle politiche di distribuzione dei dividendi*"¹⁸ la cui strutturazione presenta una netta distinzione espositiva nel corpo stesso del documento. La

¹⁷ Artt. 19.1, 22, 25.2 e nei casi previsti negli atti del Consiglio di cui all'art. 41.

¹⁸ (BCE/2016/44).

prima parte, nel richiamare gli obblighi degli enti creditizi, come previsti dalle varie previsioni legislative comunitarie nell'ambito dell'adozione delle politiche sui dividendi utilizzando ipotesi conservative e prudenti, utilizza espressioni quali *“sono tenuti a soddisfare in via continuativa”*, *“sono tenuti a rispettare in via continuativa”*, *“sono altresì tenuti a rispettare il requisito”* e *“sono inoltre tenuti a rispettare il coefficiente di capitale primario”* concludendo come *tali requisiti* debbano essere soddisfatti sia a livello consolidato sia su base individuale. La seconda, esponendo il contenuto delle raccomandazioni BCE presenta, viceversa, formulazioni quali *“dovrebbero distribuire i propri utili”*, *“gli Enti che non rispettano ... non dovrebbero distribuire alcun dividendo”*, *“gli enti creditizi che non possono conformarsi alla presente raccomandazione in quanto ritengano di essere giuridicamente obbligati a pagare dividendi dovrebbero contattare immediatamente il proprio gruppo di vigilanza congiunto”*. Tale ultimo inciso merita approfondimento¹⁹, ai fini che qui rilevano, quanto al suo presupposto costituito dal ricorrere in capo al singolo ente creditizio dell'esistenza di un obbligo giuridico che gli imponga un comportamento non in linea con le “indicazioni” della Raccomandazione stessa – non quindi un'argomentazione elaborata dallo stesso, un indirizzo di un'associazione di categoria “domestica”, interpretazione di principi contabili non formalmente recepiti dalla legislazione UE, prassi domestiche, etc. -. Una simile argomentazione verrebbe, in parte, ad affievolire la portata (supra) dallo “invito” presente nell'incipit della Raccomandazione stessa, nel senso di sottolineare comunque la vincolatività delle indicazioni in essa contenute riconducendola ad un sostanziale riconoscimento, nell'ambito di quella, seppur limitata, discrezionalità bilancistico – contabile che spetta ad ogni società.

Traendo spunto proprio dal documento recentemente emanato dalla BCE, costituente il riferimento principe, in uno con gli interventi spiegati dall'EBA nel corso dell'ultimo biennio, della regolamentazione in materia di NPL si richiama come al paragrafo 1.2 “Applicabilità delle Linee Guida” nel precisare come esse non siano *“al momento vinco-*

¹⁹ Al di là del, per quanto ovvio, rilevare come alcun Intermediario Vigilato si permetterebbe di disattendere un'indicazione, comunque data dall'Autorità, senza discutere / valutare le ragioni congiuntamente con quest'ultima o comunque esprimere le proprie riserve ovvero deduzioni.

lanti”²⁰ indicando come le Autorità di Vigilanza possano “*tuttavia richiedere alle banche di illustrare e motivare qualsiasi scostamento rispetto al loro contenuto*” divenendo le stesse, quindi, un elemento di riferimento che legittima, in caso di mancato “*adempimento*”, ulteriori approfondimenti di vigilanza sulla gestione / valutazione / monitoraggio degli NPL da parte del singolo intermediario bancario²¹. Un passo di tale capoverso può assumere rilevanza interpretativa, da parte della BCE, nella parte in cui, nel suo incipit, indicando come le linee guida non intendano sostituire né inficiare alcun requisito normativo o contabile applicabile, faccia riferimento in tale novero anche alle linee guida ma intendendosi quelle “*sancite con regolamenti o direttive vigenti dell’UE e le relative trasposizioni o disposizioni equivalenti a livello nazionale*”, lo stesso riferendosi anche agli orientamenti emanati dall’Autorità bancaria europea”²².

Si riporta, ad ulteriore esempio la Decisione della BCE²³ la quale nelle premesse, a fondamento della propria legittimità, richiama il Regolamento (UE) n. 1024/2013 che le attribuisce compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale (artt. 3 e 33 par. 3 e 4), così come il suo articolo 6, par. 4, relativo ai criteri di in-

²⁰ Pag. 6 del documento. Facendosi così presumere che in un futuro, lo potrebbero diventare. Accezione che, considerando l’orientamento della ECJ (infra), viene ad evidenziare la carenza di quell’intendimento ad emanare un Provvedimento *binding* nei confronti di tutti i destinatari, fermo restando come subito appresso (supra) ne attribuisca in caso una valenza che si potrebbe definire indiretta a ragione della relativa *modalità presupposto*.

²¹ Concetto che risulta affermato, nel paragrafo successivo, nella precisazione “*rappresentano piuttosto uno strumento di vigilanza allo scopo di chiarire le aspettative della vigilanza riguardo all’individuazione, gestione misurazione e cancellazione degli NPL in settori non disciplinati o specificatamente tratti di regolamenti, dalle direttive o dalle linee guida vigenti*”.

²² A titolo di raffronto si riporta il passaggio in testo inglese “*This guidance does not intend to substitute or supersede any applicable regulatory or accounting requirement or guidance from existing EU regulations or directives and their national transpositions or equivalent, or guidelines issued by the European Banking Authority (EBA)*”. Si richiama all’attenzione come il testo in lingua italiana, nel periodo corrispondente, parli prima di linee guida e poi di orientamenti, mentre quello inglese – si rammenti lingua utilizzata sia per il procedimento di consultazione che di prima emissione del Documento BCE – ricorra, come si vede, a termini sostanzialmente più omogenei e correlati.

²³ Del 4 febbraio 2014 “che individua gli enti creditizi alla valutazione approfondita”.

dividuazione degli enti creditizi nei confronti dei quali condurre una valutazione approfondita. In tale occasione si osservi come il riferimento “legittimante” non sia solo quello che attribuisce il potere di emettere il provvedimento che potremmo qualificare *oggettivo* quanto anche l’elemento costituito dai parametri soggettivi riferiti ai singoli enti/ società che definiremmo di merito – contenenti anche, per taluni versi, elementi valutativi discrezionali –.

Il paragrafo 2 dell’art. 33 del Regolamento 1024/2013 dispone come la BCE sia tenuta a pubblicare, mediante regolamenti e decisioni, le dettagliate modalità operative per l’esecuzione dei compiti che lo stesso le attribuisce²⁴, il precedente articolo 6, al paragrafo 7, dispone come la stessa, in collaborazione con le NCAs e sulla base di un’apposita proposta del Consiglio di vigilanza, è tenuta ad adottare e pubblicare un quadro per l’organizzazione delle modalità pratiche di cooperazione tra la BCE e le NCAs nell’ambito del SSM. Si osservi come, in questo caso, il Regolamento UE disponga un obbligo in capo alla Banca Centrale Europea di emanare le previste disposizioni, senza prevedere formalità per la loro efficacia sia nell’ambito dei rapporti amministrativi che con i soggetti vigilati così come gli eventuali terzi destinatari, anche indiretti, delle disposizioni stesse. Ciò non può non corrispondere, in capo al Legislatore in un contesto di coerente e completa visione normativa, alla consapevolezza che i provvedimenti / atti che la destinataria dell’obbligo andrà ad emanare non siano anche caratterizzati dall’esecutorietà.

Un quadro complessivo trova esplicitazione nella recente *Guida alla verifica dei requisiti di professionalità e onorabilità*²⁵, puntualizzando come ai sensi del Regolamento UE 1024/2013 rientri la vigilanza in tale materia tra i compiti esclusivi della BCE, quale parte della vigilanza sulla governance complessiva degli enti creditizi (art. 4, paragrafo 1); i successivi articoli 93 e 94 definiscono la competenza per quanto riguarda i relativi requisiti. L’Autorità, in ragione di detto Re-

²⁴ Come espressamente richiamato dal considerando 8 del Regolamento n. 468/2014 della BCE del 16 aprile 2014 “*che istituisce il quadro di cooperazione di vigilanza unico della Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate*”.

²⁵ Banca Centrale Europea, pubblicata il 15 maggio 2017, capitolo 2 “Quadro giuridico”, paragrafo 2.1 “Regolamento sull’MVU e regolamento quadro sull’MVU”, pag. 5.

golamento: a) adotta decisioni sull'idoneità dei membri degli organi di amministrazione degli enti creditizi significativi in esito alle verifiche dei requisiti di professionalità e onorabilità, b) può ricorrere a tutti i poteri previsti dal Regolamento 1024/2013, per lo svolgimento della sua funzione, c) tra i poteri conferitile rientrano la raccolta di informazioni, anche mediante audizioni, l'imposizione di condizioni e obblighi nonché l'emanazione di raccomandazioni afferenti le decisioni sulla professionalità e sull'onorabilità. Quest'ultimo aspetto parrebbe condurre a riconoscere, quanto a dette raccomandazioni, una valenza ed efficacia sostanziali in quanto "espressione interpretativa" di atti e provvedimenti a loro volta efficaci nei confronti dei terzi senza necessità di formalità legislative o confirmative da parte di altro Organo / Istituzione comunitaria.

Un ulteriore esempio descrittivo, più articolato interessando diversi aspetti, è fornito da quanto contenuto nel considerando del Regolamento n. 445 del 14 marzo 2016²⁶, che considera due distinti riferimenti "causa" delle competenze e prerogative dell'Autorità:

- conformemente a quanto previsto dall'articolo 132 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea la BCE ha il potere di stabilire regolamenti. La stessa previsione in uno con l'articolo 34 dello Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della BCE (Statuto del SEBC), nel riferirsi all'articolo 25.2 di quest'ultimo, le conferiscono poteri regolamentari "*in quanto necessari ad assolvere compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi*";
- in base a quanto stabilito dalla pertinente normativa dell'Unione, la BCE è l'autorità competente negli Stati membri partecipanti ad assolvere i propri compiti microprudenziali, nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico (MVU) a norma del Regolamento (UE) n. 1024/2013 nei confronti di enti creditizi classificati come significativi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 4, del suddetto regolamento e della parte IV e dell'articolo 147, paragrafo 1, del Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea (BCE/2014/17) (5). Da quanto precede viene fatto discendere come essa abbia "*tutti i poteri e gli obblighi che il pertinente diritto*

²⁶ Sull'esercizio delle opzioni e delle discrezionalità previste dal diritto dell'Unione.

dell'Unione conferisce alle autorità competenti". In particolare, prosegue l'argomentazione, alla BCE è attribuito il potere di esercitare le opzioni e le discrezionalità previste dal diritto dell'Unione.

3. La Giurisprudenza comunitaria

Merita anche riportare quanto espresso dall'ufficio dell'Avvocato Generale avanti la Corte di Giustizia Europea:

- «... negli ultimi anni, la dottrina delle fonti del diritto cerca in maniera crescente di comprendere alla voce "soft law" anche atti che, pur non essendo giuridicamente vincolanti, presentano tuttavia, per effetto di rinvii, del ricorso ai medesimi al fine di interpretare norme imperative di diritto o della loro efficacia artica, una certa rilevanza», «la categoria della "soft law" non costituisce peraltro né una categoria di atti giuridicamente rilevante, né una categoria chiaramente delimitabile. Essa non è pertanto idonea a fungere da criterio per l'applicazione di un fondamento normativo procedurale»²⁷;
- «... la Commissione non è legittimata a fissare norme vincolanti generali ed astratte che disciplinino, ad esempio, le situazioni in cui un aiuto possa essere ritenuto compatibile in quanto destinato a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE. Un simile complesso di norme vincolanti sarebbe nullo. Tuttavia, per ragioni di trasparenza, e per garantir la parità di trattamento e la certezza del diritto, la Commissione può pubblicare atti di "soft law" (quali orientamenti²⁸, avvisi o comunicazioni) al fine di annunciare come

²⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Pedro Cruz Villalon, presentate il 29 aprile 2014, Causa C-399/12.

²⁸ L'utilizzo di tale termine, nella trasposizioni in lingua italiana dei testi, ufficiali, delle disposizioni / Provvedimenti emanate dalle Autorità Comunitarie per il termine Guidelines anziché "Linee Guida" potrebbe risultare fuorviante, in sede di interpretazione esegetica domestica. A tale proposito si osserva come sia l'Autorità Comunitaria che quella domestica ricorrano alla seconda espressione; vedasi ex plurimis (avendo riferimento alla lingua, inglese, utilizzata per il relativo procedimento di consultazione ivi compreso il Final Draft) il Comunicato Stampa della BCE "La BCE avvia una consultazione pubblica concernente le linee guida per le banche sui

intenda fare uso, in talune situazioni, di detto potere discrezionale. ... Di conseguenza, un atto come la comunicazione sul settore bancario non può essere considerato, de jure o de facto, vincolante per gli Stati membri. Qualsiasi effetto di tali norme sugli Stati membri può al massimo essere accessorio o indiretto. ... »²⁹;

- *«La Corte ha così confermato, secondo l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, la propria competenza ad interpretare, in via pregiudiziale, gli atti della soft law adottati in base al Trattato, affermando che tali atti non sono privi di qualsiasi effetto giuridico³⁰ e che pertanto i giudici nazionali sono tenuti a «prender[li] in considerazione» ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione o mirano a completare norme comunitarie aventi valore vincolante³¹».*

crediti deteriorati” del 12 settembre 2016, presentazione della BCE *Linee guida per le banche sui crediti deteriorati (NPL)* – Elementi principali del settembre 2016. Con riferimento, pur indiretto, all'EBA si richiamano il resoconto dell'intervento svolto dal suo Presidente, Andrea Enria, avanti la 6^a Commissione permanente Finanze e Tesoro del Senato della Repubblica italiana il 3 marzo 2015, *Il sistema bancario italiano nella prospettiva della vigilanza europea*, nella parte in cui riferendosi alla possibilità per gli utenti di accedere ad un sistemi interattivo, fa espresso riferimento alla consultazione di “sia la legislazione primaria, sia gli standard e le linee guida sviluppati dall'EBA e le risposte a tutti i quesiti ricevuti” (pag. 6), nonché quello analogo precedente, dell'11 gennaio 2012, richiamando come la Commissione nel porre rimedio alle difformità nella definizione di capitale adottata dei diversi ordinamenti vi abbia provveduto “recependo i principi adottati dal CEBS nelle sue linee guida del 2010 e poi dall'EBA nello stress test svolto nel corso del 2011”.

²⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Nils Wahl, presentate il 18 febbraio 2016, Causa C-526/14.

³⁰ Per certi versi rispondendo ad un'esortazione, indiretta, della stessa Commissione europea la quale “also stressed that soft law tools such as recommendations or requests to enter into voluntary commitments are often wrongly seen as not constituting supervisory measures that trigger cooperation obligations” (in Occasional Paper, European Central Bank, *The side effect of national financial sector policies: framing the debate in financial protectionism*, n. 166 / September 2015, in nota di pag. 21).

³¹ “V. conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *Lodato & C.* (C-415/07, EU:C:2008:658, paragrafo 34)” come citato dalle Conclusio-

La ECJ ha affrontato la questione³² con riferimento a ricorsi presentati avanti a sé ai sensi dell'art. 263³³ ed art. 277 TFEU (numerazione del Trattato precedente a quello di Lisbona). Nel primo caso³⁴, pur a fronte della Commissione la quale sosteneva come la Comunicazione oggetto di ricorso (*annulment procedure*) costituisse un'interpretazione priva di natura vincolante, la Corte concludeva "... *it constituted an act intended to have legal effects on its own*". In un

ni dell'Avvocato Generale Manuel Campos Sanchez-Bordona, presentate il 28 gennaio 2016, Causa C-613/14.

³² Si evidenziano alcuni elementi come riportati in "Checks and balances of Soft EU Rule-Making", pag. 57, op. cit.

³³ La norma dispone, tra le altre, come la Corte di Giustizia dell'Unione europea eserciti "*un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi*". Si osservi come la previsione consideri espressamente, ricorrendo per la definizione del perimetro il criterio dell'esclusione – tutti eccetto quelli espressamente indicati –, le raccomandazioni ed i pareri (nel testo in lingua inglese "*other than recommendations and opinions*", ed in quello francese "*les recommandations et les avis*") non riconoscendo loro, implicitamente, la capacità di produrre effetti vincolanti nei confronti dei terzi (principio che, infra, viene espresso dalla stessa Corte quale elemento di riferimento per ritenere la propria competenza a decidere su ricorsi per l'annullamento di taluni provvedimenti di detta Autorità indipendente) ma, per converso, proprio in ragione dell'interpretazione che la Corte EU fornisce comporterebbe l'attribuire ai restanti provvedimenti, incluse le Linee Guida, un'efficacia vincolante.

In termini più generali viene previsto, inoltre, in capo alla Corte l'esercizio di "*un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi*".

A tale proposito è stato osservato "*By their very nature, soft rule-making acts lack the intent of legal effects, but they may very well produce legal effects. While in its post-Lisbon version the above paragraph has enhanced the legal protection of natural and legal persons against administrative acts by providing for the possibility to initiate an annulment procedure also against acts of bodies, offices and agencies of the Union, this protection seems limited to binding, individual acts and seems to exclude those acts of agencies that involve the exercise of general soft rulemaking powers. If the first paragraph is to be interpreted narrowly, this may only be otherwise if some intent of legal effects of such acts can be demonstrated. If it is to be interpreted more broadly, an action for annulment could also be initiated if one demonstrates that such an act produces legal effects*" (*Checks and Balances of soft EU rule making*, pag. 56, cit.).

³⁴ France v. Commission, Case C-57/95 [1997] ECR I-01627.

successivo caso³⁵ ha definito come siano introducibili in giudizio “*any measures adopted by the institution, whatever their form, which are intended to have binding legal effects*”; si osservi come, da un lato, sia considerata ogni “misura” senza riferirsi ad una specifica tipologia (Guidelines, Opinion, Regulation, etc.) derivandosene come il *nomen juris* attribuito a ciascuna di esse, di per sé, non parrebbe assumere una valenza discriminatoria, sia in senso positivo che negativo e, dall’altro, venga sostanzializzata la natura della finalità intrinseca della misura stessa che parrebbe forse, e per certi versi, promanare più dalla volontà od intendimento dell’Autorità Indipendente con riferimento al contenuto dell’atto concretizzante la *measure* stessa.

Avuto riferimento all’articolo 277³⁶ TFEU, invocando “*the plea of illegality*” nei termini dallo stesso regolato, la Corte³⁷ ha ritenuto che le Guidelines relative al metodo di determinazione dell’importo delle sanzioni fossero da intendersi regole di condotta finalizzate a produrre effetti nei confronti dei destinatari / terzi³⁸; ciò costituiva, infatti, il presupposto per l’ammissibilità, avanti la Corte stessa, di un ricorso per il loro annullamento pur in presenza di provvedimenti aventi applicazione generale ma caratterizzati da effetto vincolante in capo a destinatari, a ragione del ricorrere di determinate condizioni ovvero del loro contenuto³⁹.

³⁵ Commission v. Council (CITES) [2009] ECR I-08917, Paragraph 42-44.

³⁶ Il quale prevede, in sede di una controversia pertinente un atto di portata generale adottato da un’istituzione, organo o organismo dell’Unione, che possa essere invocata innanzi la ECJ, anche spirato il termine previsto al sesto comma dell’articolo 263, e valendosi dei motivi previsti del suo secondo comma, l’inapplicabilità dell’atto stesso.

³⁷ Joined cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P, Dansk Rørindustri [2005] ECR I-5425, Paragraphs 211-212.

³⁸ “*external effects*”.

³⁹ Lo studio *Checks and balances of soft EU rule-making* (op. cit., pag. 57), nel riportare le pronunce, sottolinea come tale interpretazione della Corte non offra una soluzione alla mancata ricorribilità, per il loro annullamento, dei cosiddetti *regular soft law acts* che non producono vincolanti effetti legali bensì “mere” conseguenze di fatto [nel testo *factual implications*].

4. La Giurisprudenza domestica

Il Consiglio di Stato in materia di soft law ha avuto modo⁴⁰, in sede di individuazione della natura giuridica, nonché la loro collocazione nella gerarchia delle fonti di diritto, degli emettenti provvedimenti da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'ANAC, di distinguere quanto a quest'ultimo tra “a) *quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante, erga omnes, e in particolare le linee guida*; b) *quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante*”. Tale intervento è determinato, precisa il parre, dalle onerose e defatiganti incertezze applicative “che possono derivare anche dal riferimento improprio, operato dai primi commentatori, al concetto di *soft regulation*, estraneo all'ordinamento nazionale e comunque troppo generico, in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale”, indicando come necessaria tale operazione interpretativa «proprio per assicurare al quadro regolatorio ... quella necessaria organicità, “razionalizzazione” e “chiarezza” richieste dallo stesso legislatore delegante». Nella preliminare analisi la Corte evidenzia come la stessa delega legislativa riconduca «le linee guida e gli atti in questione al genere degli “atti di indirizzo” (lettere t) e li qualifica come strumenti di “regolamentazione flessibile” (termine anch'esso estraneo al nostro sistema delle fonti, di cui va qui identificata da disciplina applicabile)»⁴¹.

Quanto alle Linee Guida ANAC, distinguendo tra quelle a carattere “non vincolante” e “vincolante” ritenendo le prime “pacificamente in-

⁴⁰ Parere rilasciato in sede di Adunanza della Commissione Speciale del 21 marzo 2016, numero affare 00464/2016, avente ad oggetto lo Schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11, pag. 37 e ss. In tal ambito, pur trattandosi di un Parere e non di Pronuncia emessa in sede di attività giurisprudenziale, si ritiene considerarla nel novero sostanziale di quest'ultima atteso la riconducibilità comunque, al soggetto che lo ha emesso.

⁴¹ Quanto alla regolamentazione ministeriale delegata chiarisce come, indipendentemente dal *nomen juris* fornito dalla delega e dallo stesso codice (oggetto di parere nel suo schema di decreto legislativo), tali atti debbano essere considerati quali “regolamenti ministeriali” con le derivanti conseguenze in termini di loro forza e valore, tra l'altro resistenza all'abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate, disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale.

quadrabili come ordinari atti amministrativi”, per le seconde è necessaria qualche ulteriore considerazione, riportandone alcuni esempi tratti dal medesimo Codice (in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, requisiti partecipativi in caso di fallimento, requisiti di qualificazione del contraente generale, requisiti e compiti del r.u.p. per i lavori di maggiore complessità, definizione delle classifiche di qualificazione del contraente generale «*nonché altri comunque riconducibili all’espressione “altri atti di regolamentazione flessibile”*»). Indicando come suscitati non poche perplessità, di tipo sistematico ed ordinamentale, “*soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un’innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti*” l’opinione di riconoscere per tali provvedimenti una vera e propria normativa *extra ordinem*, il Consiglio di Stato ritiene preferibile l’opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (ANAC) “*la quale si configura a tutti gli effetti come un’Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolamentazione*”, introducendosi un criterio interpretativo fondato su due elementi combinati tra loro. Da quanto precede viene fatto dedurre il logico ricondurre le linee guida, e gli atti ad esse assimilati, alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamentati in senso proprio ma atti amministrativi generali “di regolazione”. Viene richiamata, infine la necessità di assicurare, anche per questi provvedimenti, tutte le garanzie procedurali e di regolarità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità indipendenti in ragione della natura tecnica ed amministrativa di tali organismi nonché «della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del principio di legalità sostanziale’ con un più forte rispetto di criteri di ‘legalità procedimentale’». A tale ultimo fine il Parere ne evidenzia tre: a) l’obbligo di sottoporre le delibera ad una preventiva fase di consultazione, che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati, b) l’esigenza di dotarsi, per gli interventi di impatto significativo, di strumenti quali l’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e la verifica ex post dell’impatto della regolazione (VIR), c) la necessità di adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione tramite la concentrazione in “testi unici integrati” di quelle della

medesima materia (best practice ormai diffusa presso le principali Autorità di regolamentazione)⁴².

Tale ricostruzione, sottolinea il CdS “*non pregiudica, ma anzi riconferma, gli effetti vincolanti erga omnes di tali atti dell’ANAC*” evidenziando come ciò sia secondo quanto disposto dalla delega legislativa la quale parla espressamente di “*strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante*”, lasciando intendere come tale accezione presente nel disposto legislativo costituisca elemento di supporto, non secondario, ma necessario per l’efficacia erga omnes di tali disposizioni ANAC.

5. *L’approccio della BCE – le Guidelines in materia di NPL.*

Preliminarmente si richiama all’attenzione come l’EBA, con riferimento alla materia dei Non Performing Loans⁴³ che ha regola-

⁴² La rilevanza di tale impostazione è stata confermata, di recente anche sull’applicazione pratica, sottolineandosi come “*la nuova regolamentazione introduce un deciso cambio di prospettiva: maggiore semplificazione delle procedure, più trasparenza e meccanismo di controllo più efficaci. Gli articoli del Codice, che nella versione precedente erano oltre 600, sono stati ridotti di due terzi, anche grazie alla previsione di un sistema di soft law che, attraverso un sistema di linee guida, potrà completare la legislazione e che è stata affidata proprio all’Autorità che presiede e che da aprile ne ha avviato l’adozione un tipo di regolazione non nuova, che in Italia aveva avuto già alcuni precedenti ma che ha ricevuto centralità e pieno riconoscimento solo col nuovo Codice*” (R. Cantone, Benchmarking Public Procurement 2017, Intervento del Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione al Seminario della Banca Mondiale, Washington, 5 dicembre 2016, disponibile sul sito dell’Autorità).

⁴³ *EBA FINAL draft Implementing Technical Standards On Supervisory reporting on forbearance and non-performing exposures under article 99(4) of Regulation (EU) No 575/2013* (EBA/ITS/2013/03 21/10/2013), recepito in sede legislativa con il Regolamento di esecuzione (UE) 2015/227 della Commissione del 9 gennaio 2015 “*che modifica il regolamento di esecuzione (UE) n. 680/2014 che stabilisce norme tecniche di attuazione per quanto riguarda le segnalazioni degli enti a fini di vigilanza conformemente al regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio*”.

Si richiama all’attenzione come il considerando n. 6 di detto Regolamento chiarisca “*Al fine di garantire una corretta applicazione degli obblighi di cui al regolamento di esecuzione (UE) n. 680/2014, è opportuno rendere più precisi i modelli, le istruzioni e le definizioni utilizzati per le segnalazioni degli enti a fini di vigilanza. Pertanto, per motivi di chiarezza giuridica, è opportuno sostituire vari modelli degli*

to tale materia introducendo le Forbearance Measure e la derivante classificazione (a fini bilancistici) *Forborne Exposure* comportando, non solo, interventi organizzativi di processo e procedurali non secondari per l'intero sistema bancario, abbia seguito la strada di vedere recepita la complessiva struttura regolamentare nella normativa legislativa della quale costituiva modalità attuativa per gli aspetti attribuiti dalla Norma all'Autorità. Non secondario, in tale caso, rileva come tale Provvedimento EBA appartenente alla tipologia degli Implementing Technical Standards sia stato recepito legislativamente in ragione, principalmente, dalla necessità di attribuirgli una forza giuridica immediata e completa nell'intero ambito comunitario⁴⁴, in un contesto in cui l'applicazione del principio *level playing field* non è secondario né tantomeno rinunciabile – necessità cui è stata data risposta appunto anche attraverso il formale “recepimento normativo” –.

allegati I, III e IV e modificare alcune delle istruzioni di cui agli allegati II, V, VII e IX. Il presente regolamento si basa sui progetti di norme tecniche di attuazione che l'ABE ha presentato alla Commissione” e che “Le misure di tolleranza e le esposizioni deteriorate sono soggette alle vigenti disposizioni contabili che prevedono l'obbligo di comunicare informazioni sulle esposizioni da prestiti e titoli di debito e sulla loro qualità creditizia a norma del regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 86/635/CEE del Consiglio. Tuttavia, non vi sono né definizioni complete e armonizzate dei concetti di tolleranza e di esposizioni deteriorate, né obblighi specifici e dettagliati di segnalazione a fini di vigilanza”.

⁴⁴ Il Final Draft (pag. 7 – 8) a tale proposito espressamente chiarisce come il Provvedimento, rientrando nella categoria degli ITS “.. *shall be adopted by means of regulations or decisions.*”, con la conseguenza che “*According to EU law, EU regulations are binding in their entirety and directly applicable in all Member States*”. L'effetto che ne deriva, a far data dall'entrata in vigore, è il suo divenire “*part of the national law of the Member States and that their implementation into national law is not only unnecessary but also prohibited by EU law, except in so far as this is expressly required by them*”. La Ratio che sottende tale costruzione giuridica è ben evidenziata dallo stesso Regolamentatore Comunitario nella parte in cui, da un lato, chiarisce come “*Shaping the supervisory reporting rules in the form of a regulation will ensure equal conditions by preventing diverging national requirements and will ease the cross-border provision of services*” e, dall'altro, sottolinea una rilevante carenza sotto l'aspetto del *level playing field* soprattutto nell'operatività cross border “*Currently, each time an institution wishes to take up operations in other Member States it potentially has to comply with a different set of requirements regarding supervisory reporting in each of them*”.

È stato osservato⁴⁵ come, in precedenza, avuto riferimento ai provvedimenti emanati dall'ESMA «*there is in fact only one document that uses the words “shall make every effort to comply”*» evidenziando, quale conseguenza, come “*this inconsistency may have an effect on how binding the soft law measures are supposed to be*”. Nella sostanza si viene a sottolineare come l'efficacia delle previsioni di una Competent Authority comunitaria sia direttamente proporzionale, anche, al wording che la stessa utilizza nella regolamentazione. Nel documento di consultazione viene utilizzato il termine *shall* in varie occasioni: “*Exposures in respect of which a default is considered to have occurred in accordance with Article 178 CRR and exposures that have been found impaired in accordance with the applicable accounting framework shall always be considered as non-performing exposures*”⁴⁶, “*the entity shall establish and document the periodic procedures for checking the reliability and consistency of its individual estimations over the course of the various stages of the credit-risk management cycle. In particular, this periodic check of its individual estimates should*”⁴⁷ *be conducted by means of back-testing exercises whereby the entity assesses their accuracy by comparing them a posteriori with the actual losses observed on transactions*”⁴⁸, “*For the purposes of this guidance, banks shall use at a minimum the following procedures to update the valuation of immovable property collateral as follows*”⁴⁹. Il passaggio ad un forma verbale “condizionale” appare

⁴⁵ Marloes van Rijsbergen (cit).

⁴⁶ Par. 5.1 Purpose and overview, Regulatory versus accounting view, richiamando il paragrafo 147 dell'Annex V degli EBA ITS che, rammentiamo, sono stati oggetto di recepimento legislativo (infra).

⁴⁷ Si osservi come, in questo caso, vengano utilizzate le due forme verbali nell'ambito di un unico contesto. La differenza che parrebbe sottendere tale scelta appare riconducibile al diverso oggetto sostanziale che, per certi versi, legittimerebbe una distinta forma di intervento da parte dell'Autorità. L'implementazione e documentazione di tali attività poste in essere dall'intermediario bancario costituiscono già di per sé, da un lato, un obbligo normativo nei confronti dell'Autorità stessa la quale, dall'altro, qui dispone un intervento regolamentare di trasposizione applicativo - operativa delle disposizioni normative. Tale orientamento interpretativo parrebbe avvalorata proprio dall'utilizzo, nella seconda parte del periodo, dal diverso termine “*should*” nel prevedere una specifica modalità operativa, esecuzione di back testing, più riconducibile ad un ambito di discrezionalità attribuita all'Autorità.

⁴⁸ Par. 6.2.3 General methodology for individual estimation of allowances.

⁴⁹ Par. 7.2.3 Individual versus indexed valuations, Individual valuations.

interpretarsi, per la relativa previsione, nel senso che l'Autorità si attenda come gli Intermediari applichino tale criterio di aggiornamento di valore (rectius intenda essi vi siano tenuti); si tenga conto come l'effetto di quest'ultimo impatti direttamente, ed in termini anche rilevanti in periodi di recessione e di generalizzata criticità economico finanziaria, nella politica aziendale in materia di *impairment*⁵⁰.

Di recente è stato richiamato⁵¹ come “*other ways to achieve a more uniform application of Union banking legislation would be intensifying the soft law instruments by the ECB (more policy stances, guides and supervisory expectations) and the development of a uniform interpretation of national laws transposing directives (the indirect effect of directives and the principle of harmonious interpretation)*”.

Un documento della BCE che, indirettamente, spiega effetti anche nella materia qui considerata è la Guida alla vigilanza bancaria⁵², emessa “*in conformità delle disposizioni dell'accordo interistituzionale tra il Parlamento e la BCE*”⁵³. Si osservi come, in tale caso, il riferimento in forza del quale l'Autorità ha rilasciato il documento non è un atto legislativo⁵⁴ ma ricondotto, nel richiamo alla tipologia di riferimento subito prima della sua descrizione, alla tipologia degli Accordi Internazionali.

⁵⁰ Quanto occorso in questi recentissimi anni nel settore bancario comunitario ed, in particolare, in quello domestico.

⁵¹ L. Arranz *In Level Playing field: towards a more uniform application of banking of banking legislation*, par. 3.2 *toward a more uniform application of Union banking legislation*, in *ESCB Legal Conference 2016*, 6-7 October 2016, January 2017, pag. 266 – 267.

⁵² Del novembre 2014, disponibile sul sito dell'Autorità.

⁵³ Relativo alle modalità pratiche dell'esercizio della responsabilità democratica e della supervisione sull'esecuzione dei compiti attribuiti alla Banca Centrale Europea nel quadro del Meccanismo di Vigilanza Unico, oggetto di pubblicazione in Gu.Ce. L320 del 30.11.2013, pag. 1.

⁵⁴ Come espressamente riportato nella stessa Gu.Ce. indicandolo come riconducibile agli “*Atti non legislativi*”.

Solo per completezza espositiva si ritiene come l'espressione “presente regolamento”, contenuta alla lettera Q delle premesse, nella versione in lingua domestica, sia da intendersi un refuso e non assume alcuna valenza tale da attribuire una natura, al Documento, diversa da quella sopra richiamata. A dimostrazione di quanto precede si evidenzia come il testo in lingua inglese sia “*this Agreement*”.

6. L'approccio delle CAs⁵⁵ domestiche

A premessa giova ricordare quanto espresso dalla BCE⁵⁶, con riferimento ai poteri delle ESAs⁵⁷, ricordando come “*under the current Regulation, the ESAs have existing powers to foster supervisory convergence, in particular by means of technical standards, guidelines, recommendations and binding mediation powers for the purpose of setting disagreements between competent authorities in cross-border situation*” pone l’accento, qualificandolo all’interno del novero degli strumenti qui trattati, sullo strumento Q&A “*moreover the use by ESAs of the soft law instruments in the form of Q&A⁵⁸ documents (a tool which is not overseen in the Regulation) seeks to assist with the consistent interpretation of technical standards*”. Sotto l’aspetto sostanziale si tratta di precisazioni applicativo operative per circostanze specifiche riconducibili, sovente, a quesiti ovvero richieste di chiarimenti formulati dagli intermediari, messe a disposizione di questi ultimi sul sito della competente Autorità ed oggetto di aggiornamento nel continuum⁵⁹.

Gli esempi principe in materia bancaria di Soft Rule sono le Istruzioni di Vigilanza rilasciate, negli anni e regolarmente aggiornate, dalla Banca d’Italia in uno con le varie Disposizioni / Comunicazioni non sempre, in particolare queste ultime, assunti tale peculiare natura, pur esse causate da delega / attribuzione normativa – ivi compresa quella in forza della quale, in qualità di Autorità di Vigilanza, essa “*persegue la sana e prudente gestione degli intermediari, la stabilità*

⁵⁵ Competent Authorities.

⁵⁶ Building a Capital Markets Union – Eurosystem contribution to the European Commission’s Green Paper, par. 1.2 Supervisory convergence and enforcement, pg. 7, nota 11 (2015, ISBA 978-92-899-1900-5).

⁵⁷ European Supervisory Authorities.

⁵⁸ Le Q&A sono risultate di sicuro ausilio, per le Banche interessate dallo Stress Test del 2013-2014 così come in sede di prima applicazione dei Technical Standards EBA in materia di Forbearance Measures e Forborne Exposure.

⁵⁹ Si differenziano dai “pareri” per forma, contenuto quantitativo ed assenza delle motivazioni che supportano le singole indicazioni ma, soprattutto, per il monitoraggio nell’aggiornamento che consente, al singolo intermediario interessato, di disporre di un mezzo che, tempo per tempo, di avere contezza delle interpretazioni dell’Autorità senza dover ricondurle al periodo di loro rilascio – come avviene, viceversa, per i singoli pareri pure messi a disposizione sul sito web –.

*complessiva e l'efficienza del sistema finanziario, nonché l'osservanza delle disposizioni che disciplinano la materia da parte dei soggetti vigilati*⁶⁰ - sono considerate cogenti per i, e quindi da applicarsi da parte dei, rispettivi destinatari⁶¹. Un aspetto non secondario è costituito dal rischio, soprattutto domestico, dell'obbligatorietà del rispetto, da parte dei soggetti vigilati, del rispetto di tutti i provvedimenti restando, anche se potenzialmente ed in taluni casi, esposti alle contestazioni

⁶⁰ Come espressamente indicato sul Sito web dell'Autorità, ad identificazione dei compiti alla stessa attribuiti dalla normativa vigente.

⁶¹ Si pensi alle disposizioni in materia di Trasparenza, Antiriciclaggio ed alle Comunicazioni con le quali l'Autorità fornisce indicazioni, anche interpretative, sull'applicazioni delle Istruzioni e Disposizioni (tra le tante, in materia di NPL, il trattamento di talune posizioni interessate da Misure di Tolleranza ovvero ammesse a procedure concorsuali). Recentemente, in materia di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, con il D. Lgs. 21 aprile 2016 n. 72, sono stati inseriti nel T.U.B. gli artt. 120*undecies* "Verifica del merito creditizio" e 120*duodecies* "Valutazione dei beni immobili", i quali prevedono come la Banca d'Italia detti le relative disposizioni attuative – non è prevista alcuna forma legislativa di recepimento per la loro efficacia nei confronti dei destinatari e dei terzi –.

Una recente pronuncia che riconosce efficacia esterna "...– nelle more della decisione sulla questione di legittimità costituzionale che si solleva con separata ordinanza – accoglie interinalmente, in parte, l'istanza cautelare e, per l'effetto, *sospende parzialmente, con le sentenze appellate, l'efficacia dell'impugnata circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 - (Fascicolo "Disposizioni di Vigilanza per le Banche") 9° aggiornamento del giugno 2015 ... relativamente alle seguenti parti ...*", sottendendo l'efficacia del Provvedimento sospeso, peraltro parzialmente, emesso dalla Banca d'Italia (Consiglio di Stato, n. 05383/2016 RPC). Una indiretta argomentazione in tal senso si può rilevare – quantomeno a riconoscere efficacia allo strumento giuridico della soft rule –, nell'inciso afferente le attribuzioni dell'Autorità nell'esposizione delle questioni di illegittimità costituzionale "*solleva questione di legittimità costituzionale ... per i seguenti profili ... b) nella parte in cui, comunque, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione*[limitazione dell'esercizio del recesso ovvero sua esclusione], *nella misura in cui detto potere viene attribuito "anche in deroga a norme di legge", con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione in bianco, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possono essere derogate e, altresì, in ambiti verosimilmente coperti da riserva di legge*". Una simile formulazione del quesito risulta apparire dal necessario assunto che riconosce attribuire, alla Banca d'Italia ed in linea con il dettato costituzionale, una potestà "normativa" legittima, efficace, cogente a condizione che la fonte non legislativa non abbia carattere "in bianco".

delle rispettive controparti in ragione della, viceversa, loro non opponibilità a queste ultime⁶².

Non appaiono, invece, ricondursi a tale novero le Guide predisposte dalla Banca d'Italia⁶³ rivolte agli utenti dei servizi bancari, in ra-

⁶² Un cenno merita l'interpretazione di taluna giurisprudenza, in materia di determinazione dei tassi usurari, con riferimento alla trimestrale attività di rilevazione delle condizioni economiche al fine di consentire l'emanazione del previsto Decreto Ministeriale, che non riconosceva valore cogente al contenuto della rilevazione eseguita dalla Banca d'Italia e del, seguente, D.M. che provvede alla sua "formalizzazione" nei termini previsti dalla normativa delegante. La questione apparirebbe risolta, secondo alcune pronunce in senso favorevole all'efficacia di tale Soft Rule data dalla Corte di Cassazione con varie recenti pronunce. In tal senso, *ex plurimis* l'arresto n. 12965/16 nelle cui motivazioni si legge "posto che il TEGM viene trimestralmente fissato dal Ministero dell'Economia sulla base delle rilevazioni della Banca d'Italia, a loro volta effettuate sulla scorta delle metodologie indicate nelle più volte richiamate Istruzioni, è ragionevole che debba attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella di calcolo dello specifico TEG contrattuale", derivandone come "quand'anche le rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia dovessero considerarsi inficiate da un profilo di illegittimità (per contrarietà alle norme primarie regolanti la materia, secondo le argomentazioni della giurisprudenza penalistica citata), questo non potrebbe in alcun modo tradursi nella possibilità, per l'interprete, di prescindervi, ove sia in gioco - in una unitaria dimensione afflittiva della libertà contrattuale ed economica - l'applicazione delle sanzioni penali e civili, derivanti dalla fattispecie della cd usura presunta, dovendosi allora ritenere radicalmente inapplicabile la disciplina antiusura per difetto dei tassi soglia rilevati dall'amministrazione". Si osservi come la Suprema Corte, nel riferirsi ad un'eventuale illegittimità, non fa riferimento alla valenza, o meno, della soft rule in quanto espressione di una potestà dell'Autorità Amministrativa, incidendo, piuttosto, sul suo contenuto inteso quale scelta applicativa del dettato normativo legislativo fonte di tale potestà.

Si evidenzia come la Procura di Torino abbia emesso una Circolare "Principi interpretativi e criteri di valutazione in funzione dell'accertamento del reato di usura", rivolta ai consulenti incaricati di ricostruire il superamento dei tassi soglia nell'ambito dei procedimenti aventi ad oggetto ipotesi di cd usura bancaria, in essa veniva espressamente indicato "Si deve tuttavia rilevare che i tassi medi indicati dalla Banca non contenevano la CSM: quindi se si raffronta un TEG applicato da una Banca inserendo la CSM alla stregua di interessi si dovrebbe, quanto meno, aumentare i tassi medi dell'impatto della CSM, in caso contrario si metterebbero a confronto tassi di interesse ottenuti con parametri diversi" (A De Carlo *Usura bancaria. Ancora sulla CSM e sul ruolo delle Istruzioni della Banca d'Italia*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fasc. 4, 2016, pag. 652).

⁶³ Come espressamente indicato nello stesso Sito Web dell'Autorità "Le guide della Banca d'Italia, attraverso un linguaggio semplice e chiaro, hanno l'obiettivo di permettere ai cittadini di capire le caratteristiche di alcuni prodotti ad ampia diffu-

gione della finalità che le contraddistingue quale mezzo per fornire loro informazioni di base, in termini semplici e facilmente fruibili quanto alla illustrazione dei servizi ed al loro contenuto, e non avente diretto valore cogente ovvero contenente disposizioni obbligatorie in capo agli intermediari – con l’eccezione di quello di mettere a disposizione della rispettiva clientela gratuitamente e con modalità che ne consentano un’agevole acquisizione –.

Per la struttura progressiva di perfezionamento del Provvedimento, si richiama all’attenzione quanto previsto in materia di “determinazione degli indici di anomalia al fine di agevolare l’individuazione delle operazioni sospette di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo da parte degli uffici della pubblica amministrazione”⁶⁴. La norma dispone che per l’individuazione delle operazioni sospette ed i relativi indici di anomalia siano oggetto di emanazione e periodico aggiornamento attraverso un decreto del Ministro dell’Interno, su proposta dell’Unità di Informazione Finanziaria (Banca d’Italia), previa loro sottoposizione al Comitato di sicurezza finanziaria per assicurarne il coordinamento. Si osservi come, nel Preambolo del Decreto la proposta dell’UIF⁶⁵ viene definita espressamente “*provvedimento ... recante istruzioni sui dati e le informazioni da inserire nelle segnalazioni di operazioni sospette*”, gli indici di anomalia costituiscono un allegato al Decreto, l’articolo 8, Disposizioni Finali, dispone come il decreto “*sarà aggiornato periodicamente al fine di integrare gli indicatori di anomalia ...*”; da tale ultimo inciso appare derivabile come detti Indici assumano efficacia e valenza in quanto contenuti, anche con riferimento al loro aggiornamento da parte dell’UIF, nei termini in cui contenuto quale allegato in un Decreto Ministeriale emanato ai sensi delle disposizioni di quella qui considerata.

sione, per favorire scelte consapevoli e informare attraverso il confronto tra le diverse offerte presenti sul mercato”. Le Disposizioni di Trasparenza prevedono che gli intermediari mettano a disposizione della clientela le Guide, che sono stampate in conformità ai modelli redatti dalla Banca d’Italia e pubblicati sul suo Sito Web.

⁶⁴ Il Provvedimento qui considerato è il Decreto del Ministro dell’interno del 25 settembre 2015.

⁶⁵ Provvedimento del 4 maggio 2011, il quale richiama il Decreto del Ministero della Giustizia del 16 aprile 2010 ed il successivo, del Ministero dell’Interno, del 17 febbraio 2011 – i quali contengono, anche con riferimento agli aspetti qui considerati, le medesime premesse e l’allegato costituito dall’elaborato predisposto dall’UIF –

Dall'analisi del D.lgs., 231/2001, artt. 41 comma 1bs e 2 lettera c), in uno con il citato Provvedimento U.I.F., si rileva come il primo disponga che il contenuto delle segnalazioni sia definito dall'UIF con proprie istruzioni, mentre gli indicatori di anomalia per l'individuazione delle operazioni sospette, su proposta della stessa UIF, siano emanati e periodicamente aggiornati con Decreto ministeriale. Il Provvedimento UIF ha per sostanziale e principale oggetto la regolamentazione tecnico operativa dell'invio delle segnalazioni di operazioni sospette attraverso la definizione e dettaglio delle modalità e contenuto della segnalazione (articoli da 5 a 12). All'art. 14 precisa come il provvedimento verrà pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e che l'aggiornamento delle comunicazioni che riportano istruzioni operative sul contenuto della segnalazione, sul tracciato elettronico nonché sull'accesso e sull'utilizzo della procedura sono oggetto di pubblicazione e periodico aggiornamento sul sito della Banca d'Italia, sezione Unità di informazione finanziaria – da ciò deducendosi la non necessità di intervento di Organo Legislativo ovvero Autorità Amministrativa per rendere efficaci ed obbligatori detti aggiornamenti⁶⁶ -. Nel caso di specie, quindi, appaiono concorrere in un unico provvedimento due contenuti differenti per effetto nei confronti dei terzi spiegando, quello pertinenti gli indicatori di anomalia, efficacia amministrativa interna alla P.A. costituendo il documento formale presupposto per l'emanazione, da parte di un Organo (Ministero), di un Provvedimento efficace ed obbligatorio per i soggetti di esso destinatari in virtù di quanto previsto dalla Norma Legislativa delegante.

Un esempio domestico, pur non recente, è costituito dalle disposizioni rilasciate dalla Consob in materia di bilanci degli Emittenti strumenti finanziari quotati in un mercato regolamentare ovvero diffusi tra il pubblico; rileva anche a stessa difforme scelta dello strumento cui sia ricorso, Delibera in un caso e Comunicazione nell'altro cui, corrispondono contenuti ed effetti distinti.

Con Delibera n. 15519 del 27 luglio 2006⁶⁷, nei confronti delle società emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati italiani e delle società aventi strumenti finanziari diffusi tra il pubbli-

⁶⁶ Senza fare alcun riferimento agli Indicatori di Anomalia, pur presenti quale allegato del Provvedimento stesso.

⁶⁷ *Disposizioni in materia di schemi di bilancio da emanare in attuazione dell'art. 9, comma 3, del decreto legislativo n. 38 del 28 febbraio 2005.*

co, emanava disposizioni in materia di bilancio dell'impresa e di bilancio consolidato, in applicazione del provvedimento legislativo che attribuiva espressamente alla Consob il predisporre gli schemi di bilancio per determinati Emittenti⁶⁸. Evidenziando come nel primo capoverso della Delibera *“il bilancio dell'impresa e il bilancio consolidato... sono redatti in conformità dei principi contabili internazionali e secondo quanto di seguito indicato ...”*, nel restante corpo del Provvedimento si ritrovano espressioni quali: *“l'impresa deve riportare chiaramente ...”*, *“l'impresa può scegliere di utilizzare schemi di bilancio diversi ... l'utilizzo di una diversa rappresentazione deve, tuttavia, formare oggetto di apposita informativa ...”*, *“per le voci riportate ... deve esservi il rinvio”*, *“negli schemi di bilancio devono essere evidenziate ...”*, *“nelle note al bilancio deve essere fornita adeguata informativa ...”*, che denotano un contenuto voluto e finalizzato a produrre effetti vincolanti nei confronti dei destinatari – qui in forma del Provvedimento delegante che le attribuisce il relativo potere –.

Quanto ai soggetti, diversi da quelli previsti nella citata Delibera ricomprendendo anche gli emittenti con titoli negoziati sui mercati regolamentati nonché gli emittenti con strumenti finanziari diffusi, inclusi quelli bancari ed assicurativi, la Consob ha rilasciato la Comunicazione n. DEM/6064293 del 28 luglio 2006⁶⁹. Nel terzo capoverso iniziale, prima dell'elencazione descrittiva degli elementi costitutivi delle informazioni richieste si legge *“si invitano le società ... a fornire l'informativa di seguito riportata”* formulazione che apparrebbe non in linea con le espressioni presenti nell'esposizione dei vari elementi di dettaglio della normativa oggetto della Comunicazione quali, tra altre, *“devono fornire nelle note illustrative le seguenti informazioni”*, *“le informazioni ... devono essere accompagnate”*, *“le informazioni ... devono essere riportate”*, *“gli emittenti ... devono fornire”*, *“nelle note illustrative deve essere indicato”*; *“deve, inoltre, essere fornita una*

⁶⁸ Art. 9, comma 3, Decreto legislativo 28 febbraio 2005 n. 38 recante l'esercizio delle opzioni previste dall'art. 5 del regolamento (CE) n. 1606/2002 in materia di principi contabili internazionali, quanto alle società di cui alla lettera a) e b) del comma 1 dell'art. 2, diverse da quelle di cui alle lettere c) e d) del comma 1 dell'art. 2.

⁶⁹ *Informativa societaria degli emittenti quotati e degli emittenti aventi strumenti finanziari diffusi tra il pubblico di cui all'art. 116 del TUF – Richieste ai sensi dell'art. 114, comma 5, del D.Lgs. 58/98.*

descrizione"; *"devono riportare nel bilancio"*. La Comunicazione è stata emanata in applicazione di quanto previsto dall'art. 114 del T.U.F. il quale, nella versione in vigore in tal momento, prevedeva la facoltà della Consob di richiedere *"anche in via generale"* agli emittenti quotati ed i soggetti che li controllano, ai rispettivi componenti degli organi di amministrazione e controllo e ai dirigenti, nonché ai soggetti che detengono una partecipazione rilevante ai sensi dell'articolo 120 o che partecipano a un patto previsto dall'articolo 122, *"che siano resi pubblici, con le modalità da essa stabilite, notizie e documenti necessari per l'informazione del pubblico"*. La Comunicazione è da ricondursi all'ipotesi di richiesta *"in via generale"* in quanto rivolta alla generalità dei soggetti appartenenti a categorie definite - si consideri, inoltre, come il T.U.F. preveda che l'Autorità provveda direttamente a spese dell'eventuale soggetto inadempiente a detti obblighi informativi -. A tale proposito la natura vincolante delle disposizioni emanate ai sensi del 5° comma dell'art. 114 appare desumibile dalla previsione legislativa di una sanzione amministrativa pecuniaria per l'eventuale inadempimento⁷⁰, irrogabile alle società, enti ed associazioni in quanto *"tenuti a effettuare le comunicazioni previste"*. Si potrebbe argomentare come proprio da tale volontà del legislatore derivi la vincolatività della disposizione Consob - pur restano l'apparente incoerenza dello "invito" presente nel suo preambolo -.

7. Proporzionalità: diritto comunitario e domestico.

In ambito comunitario⁷¹ la previsione principe, in materia, è l'art. 5⁷² del Trattato sull'Unione Europea attraverso il quale, premettendosi

⁷⁰ Art. 193, primo comma T.U.F.

⁷¹ Un'analisi di diritto, ormai, non può prescindere da considerazioni e spunti di diritto comunitario anche con riferimento all'evoluzione legislativa e giurisprudenziale stante il tempo trascorso, dalla costituzione dell'Unione Europea e dall'avvio di una consistente, e significativa, regolamentazione normativa comunitaria, volta ad uniformare i comportamenti previsti e regolati dagli Ordinamenti dei vari Stati membri, non solo per principi ma anche per criteri / modalità / termini di applicazione delle singole disposizioni (secondo i criteri definiti a suo tempo dal comitato dei saggi presieduto da Alexandre Lamfalussy, approvate dal Consiglio europeo di Stoccolma del marzo 2001).

come la delimitazione delle competenze dell'Unione si fondi sul principio di attribuzione, il relativo esercizio, a sua volta, si fonda su quelli di sussidiarietà e proporzionalità intendendosi come, in virtù di quest'ultimo, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati e le proprie Istituzioni ne danno applicazione conformemente al relativo Protocollo (n. 2). In tale contesto è previsto come ogni progetto di atto legislativo debba essere accompagnato da una scheda che fornisca elementi che consentano di valutarne l'impatto finanziario e le conseguenze, quando si tratta di una direttiva, sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri (compresa quella regionale), tenendosi conto della necessità che gli oneri⁷³, sia finanziari che amministrativi, che ricadono sull'Unione, sui governi nazionali, sugli enti locali, sugli operatori economici e sui cittadini, siano il meno gravosi possibile e commisurati all'obiettivo da conseguire.

⁷² Il cui comma 1 recita “*La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità*”. Il successivo comma 4 prosegue “*In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati.*”

Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”.

⁷³ In ambito regolamentare domestico (di altro Stato membro – UK -) un'applicazione di detto principio appare quanto previsto dalla FSA, quando affermava “*Surveys of incremental compliance costs incurred by firms provide one of the pieces of evidence we need to help us to understand the proportionality of our regulation*”, nonché puntualizzando come “*in a departure from previous compliance cost surveys, the terms of reference specified that the study should include an assessment of the benefits of regulation, arising from improved mitigation of market failures or the removal of regulatory failures. The inclusion of this element in the study was important because we aim to understand the proportionality of our regulatory regime, not just the compliance costs*” (in *Taking forward the FSA's approach to studies of proportionality*, par. Background, n. 4 e *Latest survey of compliance costs* n. 17).

Si rammenta come le competenze della FSA (Financial Services Authority) siano state attribuite alla The Financial Conduct Authority (FCA) - www.fca.org.uk – ed alla The Prudential Regulation Authority (PRA) - bankofengland.co.uk, costituente quest'ultima parte della Bank of England.

Recentemente ne sono state ribadite la natura e le finalità dalla stessa Commissione Europea, in sede di proposta legislativa⁷⁴, precisando “*The proposal is designed to respect the principle of proportionality. The means it uses will be tailored to achieve the objective of ensuring the proper functioning of the single market. The future E.U. instruments should set common objectives and general rules, while having freedom to Member States to determine how to achieve those objectives*”. Pur attribuendo agli Stati membri la competenza che potremmo definire di “ultimo chilometro”, non viene rinunciato all’applicazione del principio di proporzionalità che, comunque pervade e sottende, in particolare, le *general rules* e gli stessi *common objectives*.

Ai fini che qui interessano assume rilevanza quanto previsto dall’art. 253 del Trattato il quale, con riferimento all’ipotesi in cui il tipo di atto da adottare non sia previsto dai trattati, dispone “*le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità*”.

La giurisprudenza comunitaria⁷⁵ ha avuto modo di precisare: “... emerge anche da una giurisprudenza costante a partire dalla sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann* (Racc. pag. 1891, punto 26), che l’obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l’obbligo loro imposto dall’art. 5 del Trattato CE, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l’adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri ivi compresi, nell’ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Come emerge dalle sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing* (Racc. pag. I-4135, punto 8), e 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret* (Racc. pag. I-6911, punto 20), nell’applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme introdotte espressamente per dare esecuzione a una direttiva, il giudice

⁷⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council “on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU”, pag. 16 *Proportionality* (22.11.2016, COM(2016) 723 final – 2016/0359 (COD)).

⁷⁵ Trasposizione delle direttive comunitarie: Corte di Giustizia CE, 17 dicembre 1998, n. C-2/97, IP.

nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva al fine di conseguire il risultato previsto dall'art. 189, terzo comma, del Trattato". Da quanto precede se ne deduce che lo stesso principio di proporzionalità⁷⁶ si pone a livello gerarchicamente preordinato al legislatore – sia nazionale che comunitario – in quanto principio operante a livello costituzionale, che condiziona sia gli atti comunitari di secondo livello sia le fonti nazionali di trasposizione, non divenendo e rimanendo elemento a se stante bensì presente, pur nelle varie sfaccettature assunte in ragione della materia di applicazione, e coordinato / integrato con gli altri principi ad esso correlati o con esso, caso per caso, applicabili.

Vari sono gli esempi di applicazione di detto principio⁷⁷ e non limitandoci, ma avendone come principale riferimento, all'attività Banca-

⁷⁶ Come richiamato in C. Malinconico (Trasposizione delle direttive comunitarie: Corte di Giustizia CE, 17 dicembre 1998, n. C-2/97, IP) nelle parti in cui precisa: "... emerge anche da una giurisprudenza costante a partire dalla sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann in Racc. pag. 1891*, punto 26, che l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del Trattato CE, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Come emerge dalle sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing in Racc. pag. I-4135*, punto 8, e 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret in Racc. pag. I-6911*, punto 20, nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme introdotte espressamente per dare esecuzione a una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva al fine di conseguire il risultato previsto dall'art. 189, terzo comma, del Trattato" e "Secondo una giurisprudenza costante, la Corte è competente, ai sensi dell'art. 177 del Trattato, ad interpretare il diritto comunitario qualora quest'ultimo non disciplini direttamente la situazione di cui è causa, ma il legislatore nazionale abbia deciso, all'atto della trasposizione in diritto nazionale delle disposizioni di una direttiva, di applicare lo stesso trattamento alle situazioni puramente interne e a quelle disciplinate dalla direttiva, di modo che ha modellato la sua normativa nazionale sul diritto comunitario (v., da ultimo, sentenza 17 luglio 1997, causa C-28/95, *Leur-Bloem*, in *Racc. pag. I-4161*, punto 34)".

⁷⁷ In tale contesto vengono considerati anche i documenti (relazioni, comunicazioni, Libri Verdi, etc.) predisposti / emessi dalla Commissione delle Comunità Europee.

Per un maggiore approfondimento si rinvia agli Atti del Convegno "Mini – conférence sur «Le principe de proportionnalité», tenutosi a Venezia il 30 maggio

ria come prevista e regolata dalla relativa “complessiva” Regolamentazione, si possono richiamare i seguenti:

- “Proportionality in Bank Regulation - A Report by the EBA Banking Stakeholder Group”⁷⁸, il quale assume rilievo, anche per la sua specificità rispetto agli argomenti qui trattati. In particolare viene sottolineato:

“In the process of striving for simpler, yet effective, rules, closer attention to the Principle of Proportionality may help policy makers to focus more clearly on the effectiveness and sustainability of new regulations. Proportionality is a vital part of effective legislation. [accezione, quest’ultima, che spiega effetti, quale logica conseguenza interpretativo applicativa, anche alle disposizioni non emanate da organi legislativi ma, in quanto delegate od in ragione di prerogative loro attribuite direttamente dalla Legge, da altre Autorità od Istituzioni] Disproportionate regulations may also have an impact on business models and may restrict some banks whose business models are of a particular type (for example, savings and small retail banks).

The Principle of Proportionality also contributes to the European Commission’s Better Regulation Agenda and its smart regulation agenda:

“The aim of smart regulation is to design and deliver regulation that respects the principles of subsidiarity and proportionality and is of the highest quality possible. ... Smart regulation requires that: (i) rules must be clear, easy to understand and unambigu-

2007, nell’ambito della 6^a riunione del “Conseil mixte sur la justice constitutionnelle” - Commission Européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) -, reperibile sul sito dell’istituzione www.venice.coe.int.

⁷⁸ Disponibile sul sito web dell’Autorità ove si indica espressamente come “Working Group on Proportionality set up by the EBA’s Banking Stakeholder Group and has been endorsed by all BSG Members”. Si rammenta come il BSG dell’EBA sia nominato dal Board of Bank Supervisors ed è composto da 30 membri in rappresentanza di stakeholders quali: Credit and Investment Institutions, Employees, Consumers, Users of Financial Services, Academics, and SMEs. Viene consultato dall’EBA con riferimento ad interventi relativi alla predisposizione di *regulatory technical standards* e termini di loro applicazione, nonché documenti di consultazione, linee guida, raccomandazioni da emanarsi da parte dell’EBA stessa. A quest’ultima infine, possono essere richiesti pareri ed indicazioni nelle materie di sua pertinenza.

*ous*⁷⁹; (ii) *rules must achieve their intended effect without causing unnecessary burdens on businesses, citizens or administrations (no ‘gold plating’)*; (iii) *where businesses and citizens need to comply with procedures, they should be able to do so swiftly and via electronic means*; (iv) *rules should guarantee that businesses and citizens find information and help and have access to fast and effective redress where needed*⁸⁰”.

- “Impact Assessment Guidelines”, della Commissione Europea, sull’analisi della sussidiarietà e proporzionalità, nel testo riveduto degli orientamenti in materia di valutazione d’impatto⁸¹, del 1° gennaio 2009, che propone domande esplicite⁸², basate sul protocollo n. 30 del Trattato (cfr. numerazione precedente quello di Li-

⁷⁹ Aspetto di tale ultima accezione, proprio fondandosi sulla realtà di buona parte della legislazione domestica, che appare ricondursi alla necessità di evitare che una previsione possa dare adito a varie e diverse interpretazioni e, soprattutto, come sia essenziale che “*anche la persona semplice*” la possa agevolmente comprendere.

⁸⁰ Richiamando *European Commission, Smart Regulation in the European Union* COM (2010) 543, par. 2., 2.1.

⁸¹ Relazione della Commissione sulla sussidiarietà e sulla proporzionalità, (15a relazione “Legiferare meglio”, 2007).

⁸² In particolare si richiama lo schema previsto (al paragrafo 7.2) denominato “Applying the proportionality principle” il quale prevede:

Scope of instrument

1. Does the option go beyond what is necessary to achieve the objective satisfactorily?
2. Is the scope of action limited to those aspects that Member States cannot achieve satisfactorily on their own, and where the Union can do better? (boundary test)
3. If the initiative creates a financial or administrative cost for the Union, national governments, regional or local authorities, economic operators or citizens, is this cost minimised and commensurate with the objective to be achieved?
4. Will the Community action leave as much scope for national decision as possible while achieving satisfactorily the objectives set?
5. While respecting Community law, are well-established national arrangements and special circumstances applying in individual Member States respected?

Nature of instrument

6. Is the form of Community action (choice of instrument) as simple as possible, and coherent with satisfactory achievement of the objective and effective enforcement?
7. Is there a solid justification for the choice of instrument - regulation, (framework) directive, or alternative regulatory methods such as co-regulation or self-regulation?

sbona), puntualizzandosi come debba essere tenuto conto che i problemi, oggetto di un intervento a livello UE, possono avere effetti diversi in ragione dei singoli Stati membri destinatari e delle zone dell'Unione⁸³ - queste ultime riconducibili a territori non necessariamente coincidenti con uno Stato ma potendo interessare territori appartenenti a più di uno di essi (si pensi all'attività cross border e l'applicazione, da parte di taluni Ordinamenti in sede di recepimento delle disposizioni esercitando la facoltà di adottare misure più favorevoli ad una determinata categoria) -;

- il Comitato Economico e Sociale Europeo⁸⁴ ha avuto modo di precisare come il principio di proporzionalità: (i) sia da intendersi riferito non già alle dimensioni dell'impresa, bensì alla natura e alla complessità dei rischi insiti nella sua attività⁸⁵, (ii) trovi applica-

⁸³ In tale ambito si richiama quanto espresso, sempre dalla Commissione, relativamente al procedimento, che presenta aspetti non meramente e solo formali, che viene applicato al suo interno: "The Criteria being applied by Commission services to determine the "proportionality" of an impact Assessment are mostly informal, responding to the nature of the proposal, the expected magnitude of the likely impacts, considerations of feasibility and political sensitivities. The appropriate depth and scope of the analysis is usually decided through discussion within the concerned unit and, in most cases, with the respective DGs IA support function, the Secretariat General, and/or the Inter-Service Steering Group" (Evaluation of the Commission's Impact Assessment System, Final Report, April 2007).

⁸⁴ Parere espresso in merito alla Proposta di Direttiva "relativa all'accesso alle attività di assicurazione e di riassicurazione e al loro esercizio – Solvibilità II", GU.CE. n. C 224\11 del 30 agosto 2008.

⁸⁵ Solo parzialmente discostandosi (richiamando comunque le dimensioni del destinatario delle norme, nel caso di specie in materia di regime remunerativo degli amministrazioni di società quotate), è stato indicato "The principles remain general in nature and provide guidance as to what is necessary to reach the objectives set. This could be reinforced by making clear that their application is subject to a proportionality test, depending on the size of a financial undertaking and the nature and complexity of its activities" (Commission staff working document, "Impact Assessment" SEC(2009) 580).

Applicazione di tale concetto appare la Raccomandazione n. 26, contenuta nel documento CEBS (Committee of European Banking Supervisors), n. 2008 147 del 18 settembre 2008, "Second part of CEBS's technical advice to the European Commission in liquidity risk management", che prevede "Under the proportionality principle, supervisory may consider their standardized regulatory approach (if they have one), as a key in the internal liquidity risk management of less sophisticated institution"; come si rileva l'elemento non è la dimensione quanto il livello di sofisticatezza che assumono i servizi offerti alla clientela. Già in un precedente documento

zione anche alla procedura di valutazione della vigilanza, le cui competenze devono essere esercitate dalle rispettive autorità tenendo conto della portata e della natura della complessità dei rischi insiti nelle attività delle singole imprese, per evitare un eccesso di vigilanza, in particolare nei confronti delle piccole e medie imprese di assicurazione, le quali sono esposte ad un basso livello di rischio. Risulterebbe legittimo ritenere quindi, in un'ottica di logica continuità tra le varie fasi dei processi che contribuiscono a costituire e sviluppare i mercati finanziario e creditizio, che i medesimi criteri debbano essere seguiti ed applicati anche dagli stessi intermediari al fine di evitare pericolose distonie e scoordinamenti tra le due diverse fasi (operativa / di controllo - sia interna che esterna - di vigilanza).

Quanto alla legislazione domestica:

- l'art. 23 della l. 28 dicembre 2005, n. 262⁸⁶ prevede che i provvedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap (dal 2013 IVASS) e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, con esclusione di quelli attinenti l'organizzazione inter-

“Guidelines on the implementation, validation and assessment of Advanced Measurement (AMA) and Internal Ratings Based (IRA) Approaches”, del 4 aprile 2006, aveva precisato come “In assessing compliance, supervisors should use the principle of proportionality in the sense that they would expect institution to have risk measurement and management systems whose complexity is commensurate with the complexity of their operations / business”. La medesima Istituzione precisa come le Guidelines predisposte “*In order to maintain a level playing field, these guidelines apply not only to large cross-border groups, but also to all other institutions. It is expected, however, that national supervisory authorities will take the principle of proportionality (proportional to nature, size, scale, and complexity of the institution)*” (in Electronic Guidebook, pag. 119). Si osservi come l'Autorità, in quest'ultimo passaggio, indichi espressamente i criteri che devono essere utilizzati per l'applicazione del principio di proporzionalità da utilizzarsi, attesa la formulazione utilizzata, concorrenti tra loro e non alternativi o facoltativi.

In altro documento il CEBS (Committee of European Banking Supervisors) aveva precedentemente espresso il seguente principio «there is no “one-size-which-fits-all”» (Guidelines on the application of the Supervisory Review Process under Pillar, 2 gennaio 2006, pag. 9). Si rammenta come il CEBS, costituito dalla Commissione Europea nel 2004, è stato sostituito a far data 1° gennaio 2011 dall'EBA la quale ha assunto le sue funzioni, compiti e responsabilità.

⁸⁶ “Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”.

na, “devono essere motivati”⁸⁷ con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono”. Il relativo contenuto deve tenere conto del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari provvedendo a consultare, a tale fine, gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori dei servizi finanziari e dei consumatori. Appare riconducibile all’applicazione del principio di proporzionalità, inteso in termini di suo mantenimento “on going” il loro dover provvedere a cadenza triennale ad una revisione⁸⁸ del contenuto degli atti di regolazione adottati, per adeguarli all’evoluzione delle condizioni di mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori;

- il Testo Unico Bancario nella parte in cui, con riferimento all’esercizio dell’attività di vigilanza svolta dalla Banca d’Italia⁸⁹, espressamente richiama tale principio:

⁸⁷ Appare quindi legittimo attribuire ad essa la natura di “momento dimostrativo” della corretta applicazione anche del principio di proporzionalità, attraverso l’indicazione dei criteri e principi adottati nell’ambito del processo logico seguito. Quanto precede come la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto, pur riconoscendo la “discrezionalità tecnica” della Banca d’Italia, di rivendicare a sé il diritto di sindacare “la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l’adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell’istruttoria, l’esistenza e l’esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione”, sul punto v. R. Costi e F. Vella “Banche, governo societario e funzioni di vigilanza”, in *Quaderni di ricerca giuridica*, n. 62).

⁸⁸ Disposizione questa che sottolinea il carattere di “divenire” di tale regolamentazione e, di conseguenza, delle modalità di svolgimento dei servizi e delle attività di investimento da parte degli intermediari con effetti, come ben comprensibile, sui sistemi organizzativi e strutturali sia sotto l’aspetto della regolamentazione, e relativa vigilanza, che applicativi. In tale contesto appare possibile distinguere in due diverse tipologie le norme interessate dalla disposizione:

(i) principi e criteri generali (presupposto) soggetti, nel tempo, a variazioni sostanziali minimali se non legate all’introduzione di nuove disposizioni legislative ovvero situazioni dei mercati, imprevedibili e di rilevante impatto (si pensi, in questo recente periodo, al fenomeno dei mutui sub-prime);

(ii) disposizioni e criteri, principalmente applicativi, oggetto di monitoraggio ed analisi continui con una specifica tempistica in ragione del loro contenuto e dell’influenza che, su di essi, fattori esterni possono spiegare.

⁸⁹ Ora nell’ambito dello SSM (Single Supervisory Mechanism).

a) all'art. 26 "*Esponenti aziendali*", comma 3, lettere b) ed e)⁹⁰ quanto alla graduazione dei requisiti di professionalità e indipendenza nonché la graduazione nella definizione dei limiti al cumulo di incarichi per gli esponenti delle banche;

b) all'art. 108 "*Vigilanza*", comma 6, nel disporre come nell'esercizio dei relativi compiti essa sia chiamata ad osservare criteri di proporzionalità, avuto riguardo alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli intermediari, nonché alla natura specifica dell'attività svolta;

c) all'art. 112bis "*Organismo per la tenuta dell'elenco dei confidi*" quanto alla definizione delle modalità di esecuzione delle previste azioni di controllo. Lo stesso dicasi per l'art. 128terdecies, con riferimento all'Organismo per la gestione degli elenchi degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

Per quanto invece attiene alla giurisprudenza domestica:

- è stato chiarito⁹¹ che la proporzionalità e l'adeguatezza⁹² non si misurano avendo riguardo esclusivamente al livello di dettaglio che connota una specifica normativa in quanto, se così fosse, si verificherebbe una identificazione non consentita tra materie concorrenti e materie trasversali di competenza esclusiva che, invece, ricevono dalla Costituzione una differente disciplina;
- con riferimento ai criteri utilizzati in ambito comunitario, è stato ritenuto⁹³ come per determinare la ricorrenza della proporzionalità

⁹⁰ Oltre che quanto alla successiva verifica, quale Autorità "sentita" dal Ministro dell'economia e delle Finanze in sede di emanazione del decreto previsto dallo stesso art. 26.

⁹¹ C. Cost, sentenza n. 401/2007, in materia di concorrenza ed appalti.

⁹² Tale principio, da taluni, viene ritenuto non isolabile dal primo in quanto "sarebbe fuorviante, poiché ognuno dei due principi vale a misurare l'esatta applicazione dell'altro", sottolineandosi come quello di proporzionalità porti ad una forte responsabilizzazione degli intermediari che sono chiamati in una certa misura a decidere, tenuto conto delle proprie caratteristiche, quali soluzioni organizzative adottare (G.D. Mosco, "*Funzioni aziendali di controllo*", cit., pag. 33). Pur condividendo tale impostazione appare legittimo ritenere che gli stessi operino, comunque, su due livelli e momenti di analisi distinti e non confondibili tra loro; in particolare il risultato dell'applicazione di uno non potrebbe soccorrere a "carenze" dell'altro, quasi a determinare un unico risultato, la cui "sufficienza" venga determinata dalla media dei due "risultati" dovendo, entrambi, rispondere quantomeno ai requisiti minimi applicabili al singolo specifico intermediario.

⁹³ Cass. 8 febbraio 2008, n. 3033, in materia di "trattamento fiscale di favore".

rispetto alle finalità di interesse generale che lo strumento cooperativo intende perseguire, occorra verificare se il relativo regime: (a) sia idoneo per realizzare il fine, (b) sia necessario, (c) sia proporzionato, e cioè non sia possibile conseguire il fine mediante una misura di tipo o intensità minore. Si osservi come, in questo caso, il parametro non venga identificato attraverso una valutazione di congruità, od una parametrizzazione tra distinti fattori / elementi / insieme di circostanze, quanto invece dall'impossibilità a ricorrere ad una misura o tipo di intensità minore lasciando intendere, peraltro, l'avvenuta esecuzione di un processo logico di analisi delle varie ipotesi applicative possibili e la determinazione della rispettiva graduazione di intensità⁹⁴;

- in materia di determinazione di una sanzione la Corte di Cassazione ha puntualizzato⁹⁵, *“con riferimento al principio di necessaria proporzionalità tra il fatto addebitato e sanzione”* come risulti idoneo, un inadempimento, a giustificare il licenziamento qualora corrisponda ad un comportamento che, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali e, quindi, detta proporzionalità debba fondarsi sull'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che, per le sue concrete modalità e per il contesto di riferimento, appaia suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il suo comportamento ai canoni di buona fede e correttezza. Concetti, questi, che appaiono applicabili non già limitatamente alla determinazione della misura della sanzione, nonché nella relativa fase di addebito, ma in particolare nell'intero processo di

⁹⁴ Sempre con riferimento all'ambito fiscale è stata sottolineata l'esigenza di una maggiore considerazione ed attenzione del principio della “c.d. «stretta» proporzionalità dell'azione amministrativa”, sia nella giurisprudenza di merito e di legittimità, sia nell'elaborazione dogmatica, molto spesso troppo distante dalle concrete situazioni e fattispecie in cui quel canone di civiltà giuridica e di buona amministrazione può trovare diffuso e risolutivo impiego (in tal senso C. Scalinci “Fermo veicoli, iscrizione ipotecaria - strumenti in genere di «induzione all'adempimento fiscale» - e dovere di agire secondo proporzionalità”, in *Giur. Merito* 2009, 3, 847).

⁹⁵ Sentenza n. 1486 del 22 giugno 2009 – avente ad oggetto materia giuslavoristica - che a sua volta richiama le precedenti n. 14551/2000 e 16260/2004.

- analisi e valutazione del comportamento del soggetto⁹⁶ (*mutatis mutandis*, appare legittimo quindi ritenere, dell'intermediario);
- il Consiglio di Stato⁹⁷, nel richiamare come risulti noto che il principio di proporzionalità di derivazione Europea, imponga all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto sia opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato, qualora siano coinvolti interessi diversi, risulta *"doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in reazione all'effettivo bilanciamento degli interessi"*. Da ciò la Corte fa derivare come la proporzionalità *"non debba essere considerata come un canone rigido ed imm modificabile"* ma si configuri *"quale regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa ed, in ultima analisi la rispondenza della stessa alla razionalità ed alla legalità"* derivandone come esso vada in definitiva inteso *"nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto"*⁹⁸, *non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale"*.

8. L'approccio della BCE – focus Le Guidelines in materia di NPL.

Si permette come, nella regolamentazione in parola, si assista ad un'applicazione del principio secondo quello che potremmo definire

⁹⁶ Si richiama all'attenzione, inoltre, l'accento posto dal Giudice sulla natura di deterrente, nei confronti dei terzi, che la sanzione viene ad assumere indicando come la proporzionalità non possa essere valutata solo in conformità alla funzione dissuasiva che la stessa sia destinata ad esercitare sul comportamento di terzi (nel caso di specie dipendenti), dal momento che il principio di proporzionalità implica un giudizio di adeguatezza eminentemente soggettivo, e cioè calibrato sulla gravità della colpa e sull'intensità della violazione della buona fede [con riferimento all'ambito contrattuale, per il caso di specie] che esprimono i fatti contestati.

⁹⁷ Sentenza n. 964 del 26 febbraio 2015, richiamando sua precedente n. 284 del 21 gennaio 2015; vedasi anche n. 397 del 23 dicembre 2016.

⁹⁸ Riferimento che, avuto riguardo alla materia in trattazione, potrebbe essere ricondotto alle tipologie / fattispecie / operazioni / rapporti previsti e regolati dalle singole Linee Guida od altri Provvedimenti assunti dalle pertinenti Autorità.

“doppio binario applicativo”, quale espressione di un differente nuovo approccio regolamentare che vede definire un’astina “elevata” per tutti i destinatari delle Disposizioni con un’un’ulteriore innalzamento / focalizzazione della soglia di attenzione in caso di alti livelli di NPL. La proporzionalità non troverebbe applicazione “a scendere” bensì a salire quale risultato incrementale di uno status oggettivo, in capo all’intermediario, da definirsi in ragione dell’impatto che una specifica tipologia di crediti è, tempo per tempo, presente nei suoi asset. Il riferimento non è in termini assoluti quanto relativistici sia alla dimensione del soggetto che all’impatto sul suo patrimonio secondo il principio “*no one-size-fits-all*”.

Nella Guida alla verifica dei requisiti⁹⁹ la BCE precisa come il principio di proporzionalità debba essere applicato a tutto il processo di verifica dei requisiti chiarendo come, con ciò, si intenda che il processo di vigilanza e l’applicazione dei criteri di idoneità “*dovrebbero essere commisurati alla dimensione dell’ente, alla natura, alla portata e alla complessità delle sue attività, nonché al particolare incarico da ricoprire*”. A tale canone applicativo viene posto un limite costituito dal non potersi determinare “*un abbassamento degli standard di idoneità, ma può risultare in un approccio differenziato nella procedura di valutazione o nell’applicazione dei relativi criteri (ad esempio in termini di livello o ambiti di conoscenza, competenze ed esperienza o in termini della disponibilità di tempo richiesta ai componenti dell’organo di amministrazione con funzione di gestione, di supervisione strategica e di controllo)*”. Si osservi come nel definire il livello minimo non superabile, che di per se stesso non viene identificato in termini oggettivo-concreti, vengono comunque forniti parametri indicativi di riferimento i quali, a loro volta, appaiono applicativi del principio di proporzionalità. In materia di esperienza¹⁰⁰, fermo come i componenti dell’organo di amministrazione dovrebbero possedere, come minimo, conoscenze tecniche di base nel settore bancario che consentano loro di comprendere le attività ed i rischi principali dell’ente, si chiarisce come il principio di proporzionalità sia connaturato al requisito stesso dell’esperienza in quanto il livello richiesto, di quest’ultima, dipende dalle caratteristiche principali della funzione

⁹⁹ Capitolo 3 “Principio 4”, pag. 8.

¹⁰⁰ Capitolo 4, par. 4.1, pag. 10.

specificata e dell'ente indicando, di conseguenza, che alla maggiore complessità di tali caratteristiche corrisponde un più elevato livello di esperienza richiesto.

Con riferimento all'onorabilità, entrando più nel merito, la Guida¹⁰¹ precisa come i componenti dell'organo di amministrazione “*soddisfanno sempre i relativi requisiti*”¹⁰² in modo da garantire la sana e prudente gestione dell'ente vigilato. A ciò, quale eccezione di quanto sopra richiamato, premettendo come un soggetto non possa che “*essere o meno in possesso dei requisiti di onorabilità*”, si precisa “*non è possibile applicare il principio di proporzionalità a questo requisito o alla sua verifica, che andrebbe condotta per tutte le tipologie di intermediari con le stesse modalità*”. La ratio di tale parziale “eccezione” viene chiarita dal prosieguo delle disposizioni nella parte in cui precisano come “*un esponente di nuova nomina sarà considerato in possesso dei requisiti di onorabilità in assenza di elementi che suggeriscano il contrario e in assenza di dubbi fondati sull'onorabilità del soggetto stesso*”; la scelta operata dal regolamentatore è di porre una “astina di riferimento” al livello massimo indipendentemente dagli elementi oggettivi e/o soggettivi relativi all'intermediario interessato. L'applicazione della proporzionalità – quale elemento dell'analisi relativistica che ne deriva e, comunque, con finalità maggiormente restrittive – potrebbe essere riconducibile al presupposto dell'obbligo di informativa¹⁰³, all'autorità competente, costituito dal sorgere di un “*qualsiasi dubbio*” sulla capacità da parte di un esponente nominato di assicurare¹⁰⁴ la sana e prudente gestione dell'ente creditizio, in ragione della sua condotta personale e/o professionale.

Avuto riferimento al Documento BCE in materia di NPL il principio viene richiamato:

¹⁰¹ Par. 4.2, pag. 13.

¹⁰² Da intendersi nel continuum e, quindi, escludendosi ogni cristallizzazione al momento dell'iniziale verifica – da qui l'obbligo, in capo al singolo interessato, di informare immediatamente ogni elemento di cui venga a conoscenza che ne possa pregiudicare la vigenza e/o validità –.

¹⁰³ In capo al soggetto vigilato e/o l'esponente in questione.

¹⁰⁴ Un aspetto dell'applicazione, pur limitata attese le premesse contenute nella Guida, della proporzionalità appare proprio il rapporto che deve ricorrere tra il contenuto, ovvero la ragione, del *dubbio* e la capacità, meglio dire i termini in cui questa potrebbe risultare pregiudicata, nell'ottica dell'assicurare una sana e prudente gestione.

- nell'indicare come l'Autorità si attenda che le banche aderiscano alle Linee guida con proporzionalità e opportuna urgenza, in funzione della portata e della gravità dei problemi che devono affrontare nel settore dei crediti deteriorati;
- quanto alla segmentazione del portafoglio (par. 3.3.2) come la sua effettuazione avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità e in considerazione della natura del portafoglio della banca, tenendo conto delle molteplici caratteristiche dei debitori. Dovrebbe essere mirata allo scopo tenendo conto come i diversi segmenti dovrebbero generalmente dare luogo a un diverso trattamento da parte delle unità dedicate agli NPL, oppure da parte di gruppi specializzati all'interno di tali unità, non quindi secondo un criterio omogeneo e standardizzata su base lineare ma definito ed applicato in ragione delle varie "tipologie" di appartenenza;
- il principio trova richiamo ed applicazione (par. 3.3.3 Risorse umane") nelle disposizioni in materia di organizzazione per la gestione degli NPL.

La premessa è l'obbligo per le banche (*devono disporre*) di dotarsi di un'organizzazione adeguata e proporzionata al proprio modello imprenditoriale – elemento, quest'ultimo, principale di riferimento non astratto bensì tempo per tempo effettivo applicato – tenendo conto dei rischi a cui sono esposte, inclusi quelli derivanti dagli NPL¹⁰⁵.

L'Autorità¹⁰⁶ si attende pertanto che sia previsto un livello proporzionato, oltre che adeguato, di risorse e di attenzione al recupero degli NPL nonché ai controlli interni sui relativi processi e, sempre anche in base ai criteri di proporzionalità dovrebbe provvedersi al relativo riesame, "*regolarmente*"¹⁰⁷, definendo, con regolarità nel continuum, il proprio "*fabbisogno di capacità*". A tale proposito l'Autorità fornisce alcuni parametri di riferimento applli-

¹⁰⁵ Accezione che parrebbe intendersi riferibile non già a quelli in essere quanto, anche, in visione prospettica in base all'esperienza maturata precedentemente ed a previsioni di mercato.

¹⁰⁶ Avuto riferimento agli "*enti con NPL elevati*".

¹⁰⁷ Qui da intendersi non solo secondo scadenze predeterminate ma, all'occorrenza, anche al verificarsi di circostanze / eventi / evoluzioni endogeni e/o esogeni che ne suggeriscano l'esecuzione anticipatamente rispetto alla prima successiva scadenza programmata.

- cativi del principio quale il numero di casi trattati per FTE: a) fare fronte in tempi rapidi a qualsiasi eventuale carenza di organico, b) “*data la natura straordinaria delle attività di recupero degli NPL*”¹⁰⁸, vengono considerati il ricorso a contratti a tempo determinato, esternalizzazioni *in house* (presso altre strutture della banca) ovvero a soggetti terzi così come a forme di joint venture. Nell’ipotesi di ricorso a società esterne, viene precisato, le banche dovrebbero disporre di esperti¹⁰⁹ dedicati allo stretto controllo e monitoraggio dell’efficacia e dell’efficienza delle relative attività;
- non vengono tralasciati neppure i Controlli di terzo livello (par. 3.4.3) dovendo trovare applicazione il principio anche nel definire la frequenza, il perimetro e la portata fermo come, per le banche con NPL elevati¹¹⁰, la maggior parte di quelli di conformità alle politiche e alle linee guida dovrebbe essere completata almeno su base annua e con maggiore frequenza laddove recenti verifiche di audit abbiano messo in luce irregolarità e debolezze significative¹¹¹;
 - con riferimento alla Cancellazione degli NPL (Write-off) il par. 6.7.1¹¹² indica come l’Autorità si attenda che ogni banca, tenuto conto del principio di proporzionalità, si doti di una politica in materia chiaramente definita ed approvata dall’organo di amministrazione. La formulazione appare ricondursi al rapporto con la Banca e non con gli NPL, sia singolarmente che per classi o complessivamente intesi, mentre la richiesta applicazione del principio su

¹⁰⁸ Accezione questa che, in un contesto domestico, ormai da vari anni forse andrebbe ricondotta, con riferimento alla complessità dei crediti, ad un concetto di eventualità piuttosto che di eccezionalità

¹⁰⁹ In un’ottica di continuità operativo – gestionale tali risorse possono identificarsi in personale “senior”, fino all’esternalizzazione, in servizio presso la relativa competente struttura cui attribuire anche compiti di reportistica ai competenti Organi e Funzioni.

¹¹⁰ Si può parlare di doppio binario (infra) applicativo del principio di proporzionalità, espressione di un differente nuovo approccio regolamentare che vede definire un’astina “elevata” per tutti i destinatari delle Disposizioni con un’un’ulteriore innalzamento in caso di alti livelli di NPL.

¹¹¹ Si osservi come uno dei parametri applicativi sia costituito dalle risultanze delle verifiche di audit le quali, in uno con gli elementi oggettivi che le hanno determinate, vanno anch’esse considerate in un contesto di proporzionalità in sede di trasposizione nelle determinazioni ed applicazioni che ne derivano.

¹¹² Pag. 92.

base NPL appare riconducibile a quanto contenuto, a tale proposito, nell'Allegato 5 in particolare ove si indica in materia di definizione della politica aziendale, da un lato, il ricorso ad un approccio per classi di esposizione/portafogli specifici, ossia condizioni/circostanze in cui effettuare le cancellazioni e, dall'altro, l'ammissibilità di un approccio caso per caso e relative procedure da seguire;

- l'Allegato 5 "*Politiche comunemente connesse alla gestione degli NPL*" precisa come anche secondo il principio di proporzionalità¹¹³ "*andrebbero disciplinati i seguenti aspetti*": Gestione degli arretrati¹¹⁴, Misure di concessione (Forbearance measures)¹¹⁵, Recupero crediti ed azioni esecutive, Classificazione degli NPL e accantonamenti, Cancellazione dei crediti (vedasi supra), Esposizioni problematiche nei confronti di più creditori bancari, Garanzie,

¹¹³ In uno con la strategia della banca (inclusa la strategia per gli NPL e il piano operativo, se rilevante).

¹¹⁴ Appare coerente ritenere, oltre alle specifiche indicazioni contenute nell'allegato, provvedervi tenendo conto anche della loro sostenibilità da parte della banca stessa in termini di tempistica dilatoria, acquisizione di opportune garanzie, impatto sul patrimonio (si pensi alle cosiddette perdite implicite).

¹¹⁵ In particolare quanto al processo da seguire per individuare e attuare la misura di concessione più appropriata al debitore distinguendosi: (a) per la clientela al dettaglio viene suggerita la rappresentazione di un albero decisionale b) per quella non al dettaglio, sebbene un approccio basato su di esso potrebbe non essere quello appropriato, la regolamentazione dovrebbe fornire al gestore indicazioni chiare su come valutare l'adequatezza di una misura di concessione per tale categoria di clientela. Come comprensibile e noto le variabili che intervengono nella gestione di un rapporto con la Clientela non al dettaglio sono molteplici e non sempre codificabili a priori, comportandosi la necessità di procedere caso per caso analizzando tutti gli elementi disponibili ed acquisibili – sul punto si rinvia (ante) a quanto previsto dalle stesse Guidance in materia di identificazione ed organizzazione delle strutture deputate alla gestione degli NPL -. Appare evidente come la personalizzazione, a livello di singola tipologia, in tale previsione assuma carattere di *proporzionalità applicativa*; in articolare il caso del settore alberghiero per la cui valutazione viene indicato di includere le tariffe medie per camera, il reddito per camera disponibile, l'indice di occupazione, il tempo medio di conversione degli esborsi in incassi, l'incidenza rispettiva di costi fissi e variabili sul totale di costi, investimenti di manutenzione ecc. – secondo il principio *no size fits all* che appare permeare larga parte delle previsioni contenute nella Guidance-.

Allerta precoce¹¹⁶ ed esposizioni sotto osservazione, Esternalizzazione ed attività di servicing degli NPL.

9. *L'approccio delle CAs domestiche*

Si riportano di seguito alcuni riferimenti presenti nella regolamentazione domestica:

- con riferimento ai procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali¹¹⁷ viene identificato un "duplice senso" in cui debba essere inteso il principio: a) nei contenuti degli atti normativi, che nel perseguimento delle finalità di vigilanza devono, per quanto possibile, tendere al contenimento dei costi a carico dei destinatari: tale fine è introdotto in particolare lo strumento dell'analisi d'impatto, con specifico riferimento all'analisi costi-benefici, b) nel processo di formazione della regolamentazione il cui livello di approfondimento in tutte le fasi – dall'analisi d'impatto alla consultazione fino alla successiva revisione periodica – è improntato a criteri di economicità ed efficienza della rilevanza dei rischi per le finalità di vigilanza;
- nelle disposizioni in materia di presidi organizzativi¹¹⁸ viene precisato che *"sono state predisposte tenendo conto degli assetti strutturali che presentano maggiore complessità per effetto dell'adeguamento alle prescrizioni della normativa di settore..."*

¹¹⁶ Di recente, anche in occasione degli Stress Test della BCE, grande attenzione è stata posta alla definizione ed identificazione dei cosiddetti Trigger Event, distinguendosi sia per tipologia di finanziamento / apertura di credito / facilitazione che per clientela ed evoluzione di quello che, ormai, potremmo anche definire mercato dell'escussione delle garanzie. Anche in detto ambito il principio di proporzionalità assume rilievo in termini non già assoluti ma da determinarsi ed aggiornarsi tempo per tempo nel continuum ed, in caso soprattutto di gestione degli NPL, secondo una valutazione evolutiva prospettica nella scelta della tipologia da acquisire.

¹¹⁷ Documento di consultazione del Regolamento di attuazione dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, 262, dell'ottobre 2009.

¹¹⁸ "Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, ai sensi dell'art. 7 comma 2 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231", del 10 marzo 2011, paragrafi Principio di Proporzionalità – Gli assetti organizzativi a salvaguardia dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, pag. 10 -11.

non vanno interpretate nel senso di imporre l'adozione di strutture più complesse di quelle in essere, mirando piuttosto ad assicurare la presenza di idonei presidi di contrasto al riciclaggio e al finanziamento al terrorismo". Si rilevi come, in questo caso, un elemento sostanziale per l'applicazione del principio è indicato, dall'Autorità, nel riferimento costituito dall'idoneità dei presidi da intendersi, quale deduzione, non già nella loro "mera" formale strutturazione in tool, processi e procedure quanto piuttosto, nel loro effettivo utilizzo, fruizione da parte dei vari soggetti interessati, ed efficacia.

Sempre tali disposizioni prevedono che non sia coerente con il principio di proporzionalità l'esternalizzazione della funzione antiriciclaggio da parte delle imprese che presentano significative dimensioni e complessità operativa¹¹⁹, ferma la possibilità di esternalizzare fasi specifiche degli adempimenti antiriciclaggio. In questo caso si osserva come la stessa deroga, restrittiva, trovi a sua volta applicazione attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità sia quanto alla identificazione delle dimensioni dell'intermediario sia al perimetro, e relativo contenuto, delle specifiche fasi esternalizzabili in termini che potrebbero essere definiti quale doppio combinato¹²⁰ binario applicativo;

- in applicazione di quanto disposto dal CICR¹²¹ la Banca d'Italia, nel redigere le disposizioni delle norme in materia di partecipazioni detenibili nelle Banche, deve applicare il principio di proporzionalità tenendo conto della tipologia dell'impresa vigilata interessata e del carattere specifico dell'attività svolta differenziando, ove necessario, tra banca, società finanziaria capogruppo, intermediario finanziario, istituto di pagamento o istituto di moneta elettronica. In tale caso viene anche esplicitata la finalità della richiesta applicazione, costituita dal *"tener conto dell'eventuale circostanza che il potenziale acquirente sia un'impresa già vigilata"*;
- le *Linee guida per l'impatto della regolamentazione*, contenute nella Circolare 277 del 20 luglio 2010, emanate dalla Banca

¹¹⁹ Paragrafo La Funzione Antiriciclaggio, n. 4 Esternalizzazione, pag. 18.

¹²⁰ In quanto né alternativo né congiuntamente facoltativo (infra).

¹²¹ Art. 13 "Proporzionalità e semplificazione amministrativa", del Decreto d'urgenza del Presidente del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio, n. 675 del 27 luglio 2011.

d'Italia, indicano come: a) si debba tenere conto, nella redazione e lettura dell'AIR, che tra le altre si configura come *"ispirato al principio di proporzionalità"* in quanto ne informa l'intera attività *"con riferimento sia ai contenuti della regolamentazione sia alle caratteristiche del processo informativo"*, b) richiamando l'art. 23, comma 2 della l. 262/2005 (supra), evidenzia come tale principio debba essere inteso *"come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari"*, c) con riferimento ai costi che un processo di consultazione comporta, avuto riferimento sia all'attività dei regolatori che dei soggetti coinvolti *"deve essere proporzionato agli obiettivi che si intende raggiungere; il principio di proporzionalità rimane dunque la principale guida per determinarne l'ampiezza"*. Quest'ultimo elemento evidenzia come il principio non solo trova applicazione sia all'Autorità che ai soggetti coinvolti ma, appare logica applicazione, nei medesimi termini per contenuti e modalità, ciascuno per quanto di competenza, assicurando così coerenza tra lo svolgimento dell'attività vigilata e vigilanza sulla stessa – avendosi riferimento alla seconda quale principale riferimento¹²² –

- l'art. 38 *"Criterio di proporzionalità"* del Regolamento Congiunto Banca d'Italia – Consob, adottato ai sensi dell'art. 6, comma 2.bis del T.U.F., con riferimento alle politiche e prassi di remunerazione ed incentivazione dispone che i Gestori devono elaborarle in coerenza con le proprie caratteristiche, la dimensione propria e quella degli OICVM e FIA gestiti, l'organizzazione interna, la natura, la portata e la complessità della loro attività. Si osservi come le due Autorità inseriscono un'elencazione dettagliata degli elementi cui deve farsi riferimento nell'ambito dell'applicazione, alla relativa fattispecie, del principio di proporzionalità.

¹²² In tal senso sono da intendersi, tra le altre, le Linee Guida predisposte dalla BCE in occasione degli stress test del marzo 2014 *"Asset Quality Review - Phase 2 Manual"* indirizzate alla varie CAs, per assicurare il level playing field anche in sede di svolgimento dell'Esercizio e messe a disposizione, sul proprio sito web, di tutti i restanti soggetti coinvolti (Banche direttamente vigilate dalla BCE stessa e dei consulenti sia suoi che degli intermediari).