



Il diritto nazionale al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico, tra primato e nuovi modelli di integrazione

Ilaria Anrò*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo scrutinio degli atti preparatori nazionali nel procedimento di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi. – 2.1. Il limite allo scrutinio da parte della CGUE: la giurisprudenza *Oleificio Borelli*. – 2.2. L'evoluzione della giurisprudenza della CGUE verso uno scrutinio pieno degli atti preparatori nazionali. – 2.3. Conseguenze e criticità del controllo degli atti nazionali *incidenter tantum* operato dalla CGUE. – 3. Antinomie e aporie nell'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nell'ambito del MVU. – 4. Nuovi interrogativi circa l'applicazione dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU: il caso *Corneli*. – 4.1. I nodi della sentenza *Corneli*, tra paradossi e profili di criticità. – 4.2. Il "ripensamento" del Tribunale nella giurisprudenza successiva a *Corneli*: i casi *Sber* e *BAWAG*. – 5. La cognizione del diritto nazionale da parte della CGUE. – 5.1. Il principio *iura novit curia* e la CGUE. – 5.2. Il conflitto tra obbligo di interpretare le norme nazionali alla luce della giurisprudenza dei giudici nazionali e obbligo di interpretazione conforme, tra tutela e limiti al primato. – 5.3. Un possibile rimedio: un rinvio pregiudiziale "all'indietro". – 6. Alcune riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Nell'ordinamento dell'Unione europea è possibile rinvenire, con una certa frequenza, il riferimento al diritto nazionale, ad integrazione e completamento delle norme dell'Unione. Molti sono gli esempi nel

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano.

diritto primario: dalla nozione di cittadinanza, che rinvia alla legge di ogni Stato membro per determinare chi è cittadino dell’Unione europea (artt. 9 TUE e 20 TFUE), alla decisione di recesso, adottata da ogni Stato «conformemente alle proprie norme costituzionali» (art. 50 TUE); dalle condizioni previste dal diritto nazionale per l’esercizio del diritto di stabilimento primario (art. 49 TFUE) al riferimento ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» quale parametro per l’accertamento della responsabilità extracontrattuale dell’Unione (art. 340, par. 2, TFUE).

Non si può poi dimenticare che gli stessi diritti fondamentali sono stati ricostruiti in quanto principi generali dell’Unione europea a partire dalle tradizioni costituzionali comuni (oltre che dai trattati internazionali a tutela dei diritti fondamentali) e che oggi sono presenti numerosi rinvii alle legislazioni statali nell’ambito della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Talvolta, poi, il diritto nazionale concorre alla definizione di clausole generali che si pongono come limite o eccezione all’applicazione del diritto dell’Unione europea, entro i confini previsti dal Trattato (è il caso dell’ordine pubblico o della pubblica sicurezza, ad esempio).

Anche nel diritto derivato è possibile osservare casi in cui l’atto delle istituzioni rinvia al diritto nazionale per completare il diritto dell’Unione europea, ad esempio, nel regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell’Unione europea¹.

Al tempo stesso, vi è una certa tensione verso il superamento del rinvio al diritto nazionale nella creazione di “nozioni autonome”, elaborate nell’ambito del diritto dell’Unione europea a partire da concetti che sono condivisi dagli ordinamenti nazionali, ma di cui è preclusa una lettura che non sia esclusivamente secondo l’ordinamento dell’Unione².

¹ Regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell’Unione europea. Non si ritiene di assimilare a questa ipotesi il rinvio al diritto nazionale effettuato dalle norme dei regolamenti in tema di diritto internazionale privato, essendo questo un rinvio che trova il suo fondamento nel funzionamento stesso delle norme di conflitto.

² Cfr. Corte giust. 18 gennaio 1983, 327/82, *Ekro*, punto 11: «Dalle esigenze tanto dell’applicazione uniforme del diritto comunitario, quanto del principio d’uguaglianza discende che una disposizione di diritto comunitario la quale non

La Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), nello svolgere il proprio compito di garante del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati, si trova frequentemente a confrontarsi con il diritto nazionale, sia processuale che sostanziale³. Ad esempio, il diritto nazionale viene "preso in considerazione"⁴ dalla Corte di giustizia (e in qualche modo vagliato) nell'ambito del rinvio pregiudiziale interpretativo (art. 267 TFUE) e nell'ambito della fase contenziosa della procedura di infrazione (art. 258 - 260 TFUE), pur essendo essa autentico interprete del solo diritto dell'Unione europea⁵.

Diversamente, il diritto nazionale viene direttamente applicato dalla CGUE per giudicare di controversie sorte in relazione ad un contratto stipulato dall'Unione europea ove venga scelto come diritto applicabile dalle parti (art. 272 TFUE). Se l'apprezzamento del diritto nazionale è effettuato dal Tribunale, peraltro, esso viene tendenzialmente inquadrato come questione di fatto, insuscettibile come tale di scrutinio da parte della Corte di giustizia, salvo i casi di manifesto snaturamento,

contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Comunità, ad un'interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa».

³ Cfr. P. MENGOZZI, *La Corte di giustizia dell'Unione e il diritto nazionale degli Stati membri*, in *DUE*, n. 1, 2016, p. 167 ss. In tema v. anche M. PREK, S. LEFEVRE, *The EU Courts as "national" courts: national law in the EU Judicial Process*, in *CMLR*, n. 2, 2017, p. 369 ss.; H. CHANTELOUP, *La prise en considération du droit national par le juge communautaire. Contribution à la comparaison des méthodes et solutions du droit communautaire et du droit international privé*, in *Rev. Crit. DIP*, n. 3, 2007, p. 539 ss.; P. PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *RIDC*, n. 2, 1980, p. 337 ss.

⁴ Cfr. ancora H. CHANTELOUP, *op. cit.*

⁵ Cfr. *ex multis*, Corte giust. 21 dicembre 1995, C-307/95, *Max Mara*, punto 5: «Va ricordato che la Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, non è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione delle norme nazionali. La competenza della Corte è limitata all'esame delle sole norme comunitarie (v., in particolare, sentenze 19 marzo 1964, causa 75/63, *Unger*, racc. pag. 349, e 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi*, racc. pag. I-3763)».

secondo un certo orientamento giurisprudenziale⁶, in verità non privo di pronunce di segno contrario⁷.

Nell’ambito dell’Unione bancaria, il diritto nazionale viene in rilievo secondo una nuova prospettiva. In particolare, nell’ambito del primo pilastro dell’Unione bancaria, il Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU), sono state sperimentate nuove forme di cooperazione tra la Banca Centrale Europea (BCE) e le autorità nazionali competenti, da un lato introducendo numerosi procedimenti composti e dall’altro lato prevedendo che detta istituzione possa applicare direttamente il diritto nazionale degli Stati membri⁸.

Il regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (nel seguito, il regolamento MVU) prevede, infatti, che la BCE instauri una collaborazione con le autorità nazionali competenti: in tale ambito, la BCE può, innanzitutto, adottare regolamenti, orientamenti o istruzioni generali, rivolti alle autorità nazionali, al fine di svolgere i compiti di vigilanza prudenziale ove è esclusivamente competente (art. 6, par. 5, lett. a)). Inoltre, la BCE può chiedere alle autorità nazionali competenti di esercitare i propri poteri «in virtù e in conformità alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, qualora il presente regolamento non attribuisca tali poteri alla BCE» (art. 9, par. 1, terzo comma).

Il regolamento MVU, inoltre, insieme alla direttiva 2013/36/UE sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale

⁶ Cfr. R. TORRESAN, *Evoluzione, funzionamento e ruolo del pourvoi nell’architettura giurisdizionale dell’Unione europea*, Tesi di dottorato, pp. 85-86. V. anche Corte giust. ord. 6 ottobre 2011, C-448/10 P e C-450/10 P, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni e a./Commissione*, punto 33; 21 dicembre 2011, C-320/09 P, *A2A/Commissione*, punto 125; 12 luglio 2012, C-181/11 P, *Cetarsa/Commissione*, punto 59; 3 aprile 2014, C-559/12 P, *Francia/Commissione*, punto 79; 21 dicembre 2016, C-524/14 P, *Commissione/Hansestadt Lübeck*, punto 20; 6 novembre 2018, da C-622/16 P a C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori/Commissione*, punto 107.

⁷ V. Corte giust. 10 luglio 2003, C-87/01 P, *Commissione/CCRE*, punti 56-64; 18 novembre 2010, C-317/09 P, *ArchiMEDES/Commissione*, punti 61-79.

⁸ Sulla genesi e le caratteristiche dell’Unione bancaria e in particolare del MVU si veda *ex multis* N. RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell’Unione bancaria*, Bari, 2018; R. D’AMBROSIO, *Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IX, 2016, p. 590 ss.

sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento⁹ e al regolamento della BCE che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del MVU (regolamento Quadro)¹⁰, prevede la collaborazione di BCE e autorità nazionali nel procedimento di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi, nonché nella gestione delle crisi.

Il regolamento MVU prevede, poi, che l'applicazione del diritto nazionale sia demandata alla BCE per il raggiungimento di obiettivi comuni: l'art. 4, par. 3, prevede, infatti, che «ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni». Si prevede, dunque, espressamente – per la prima volta nella storia dell'integrazione europea – che un'istituzione applichi direttamente il diritto nazionale per l'esecuzione di compiti alla stessa attribuiti dal diritto dell'Unione europea¹¹.

⁹ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE.

¹⁰ Regolamento (UE) 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate.

¹¹ Così L. BOUCON, D. JAROS, *The Application of National Law by the European Central Bank within the EU Banking Union's Single Supervisory Mechanism: a New Mode of European Integration?*, in *European Journal of Legal Studies*, 2018, p. 155 ss., spec. p. 166; F. ANNUNZIATA, *Developing Judicial Dialogue Between EU Courts: The Role of EU Banking Legislation*, in *San Diego Int'L L. J.*, n. 1, 2021, p. 21 ss., spec. p. 50. V. anche V. FERRARO, *I procedimenti amministrativi per la vigilanza prudenziale nei confronti delle imprese bancarie "significative". La natura del potere discrezionale esercitato dalle autorità coinvolte in tali procedimenti e la partecipazione dei soggetti interessati*, in *RIDPC*, n. 5, 2017, p. 1235 ss. Una norma analoga è prevista nella proposta di regolamento che istituisce l'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010, (UE) n. 1094/2010, (UE) n. 1095/2010, COM (2021) 421def, procedura 2021/240 COD, che all'art. 5, par. 6, prevede che «ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento, l'Autorità applica tutto il pertinente

Dunque, nell’ambito del MVU, ordinamento nazionale e dell’Unione europea si intrecciano dando vita a nuove forme di integrazione giuridica, secondo un’originale prospettiva di cooperazione per le rispettive istituzioni, allo scopo di raggiungere obiettivi comuni di sicurezza e stabilità degli enti creditizi. Il nuovo modello, sia pure non omogeneo, identifica un particolare rapporto tra la dimensione normativa e quella esecutiva nel sistema dell’Unione europea¹².

Tale nuovo modello di integrazione suscita, tuttavia, alcuni interrogativi, quando l’interazione con le autorità nazionali nella strutturazione di decisioni vincolanti o l’applicazione del diritto nazionale da parte della BCE sono sottoposte allo scrutinio della CGUE¹³, in particolare: *i*) quali sono i limiti della cognizione *incidenter tantum*, da parte del giudice dell’Unione, degli atti preparatori nazionali che concorrono alla formazione dell’atto comunitario, ma non sono di per sé impugnabili negli ordinamenti nazionali; *ii*) come risolvere eventuali antinomie tra diritto dell’Unione europea e diritto nazionale quando la BCE applica quest’ultimo nell’esecuzione dei propri compiti di vigilanza.

Nella consapevolezza della difficoltà di trovare risposte esaustive a tali interrogativi, che coinvolgono questioni ancora in parte *sub iudice*¹⁴, nel presente contributo verranno svolte alcune riflessioni a tal

diritto dell’Unione e, se tale diritto dell’Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell’Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, l’Autorità applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni». La procedura legislativa è tuttora in corso.

¹² In dottrina il MVU è stato definito «a Hybrid Mode of European Integration»: cfr. L. BOUCON, D. JAROS, *op. cit.*, spec. p. 181.

¹³ Sul tema v. anche V. DI BUCCI, *Quelques questions concernant le controle juridictionnel sur le mécanisme de surveillance unique*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 316 ss. Si veda anche il contributo di L. S. ROSSI, *Effective judicial review in the banking union*, in *Treading softly: how central banks are addressing current global challenges*, 2023, reperibile online, p. 286 ss.

¹⁴ I procedimenti aventi ad oggetto l’impugnazione delle sentenze Tribunale 11 maggio 2022, T-913/16, *Fininvest e Berlusconi/BCE* e Tribunale 12 ottobre 2022, T-502/19, *Corneli/BCE* sono attualmente pendenti (rispettivamente, C-512/22 P e C-513/22 P, *Fininvest e Berlusconi/BCE e a.*, ove le conclusioni dell’Avvocato generale sono attese per il 16 maggio 2024, e C-777/22 P, *BCE/Corneli* e C-789/22 P, *Commissione/Corneli*). Nelle more della decisione dell’impugnazione della sentenza

proposito, evidenziando la novità (e la problematicità) delle soluzioni proposte dal giudice dell'Unione europea.

2. *Lo scrutinio degli atti preparatori nazionali nel procedimento di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi*

I procedimenti composti¹⁵, ovvero quei procedimenti amministrativi che prevedono l'azione concorrente di istituzioni nazionali e dell'Unione europea, non rappresentano una novità nel panorama del diritto dell'Unione, essendo già previsti in ambito di fondi strutturali, politica agricola comune, organismi geneticamente modificati e nomina dei parlamentari europei, ma, come rilevato dall'Avvocato generale Sánchez-Bordona «nell'Unione bancaria si ricorre a tali procedimenti con molta più intensità e frequenza rispetto ad altri ambiti»¹⁶.

Si tratta di un fenomeno che si inserisce nell'evoluzione dell'attività amministrativa indiretta, ove l'Unione agisce tramite le autorità amministrative nazionali, svolgendo altresì un controllo delle stesse,

Corneli, inoltre, trattazione di un caso simile, ovvero la causa T- 612/20, *Malacalza*, è stata “rinviata” (quindi non formalmente sospesa) a data da destinarsi, sostanzialmente per “aspettare” le indicazioni della Corte di giustizia. Il 29 dicembre 2023 è stato depositato il ricorso *Alessio e a./BCE* (causa T-1192/23) mediante il quale i 78 ricorrenti hanno chiesto l'accertamento della responsabilità extracontrattuale della BCE e la condanna della stessa al risarcimento dei danni per l'adozione delle decisioni annullate con la sentenza *Corneli*; anche tale causa è attualmente pendente.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004; G. MASTRODONATO, *I procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, 2007; J. ZILLER, *Les concepts d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen*, in J. B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), *Traité de Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2014, p. 327 ss.; O. MIR, H. C. H. HOFMANN, J.-P. SCHNEIDER, J. ZILLER (dirs.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Union Europea*, Madrid, 2015; S. ALONSO DE LÉON, *Composite administrative procedures in the European Union*, Madrid, 2017; M. ELIANTONIO, *Judicial Review in an Integrated Administration: The Case of Composite Procedures*, in *Review of European Administrative Law*, n. 1, 2014, p. 65 ss.; W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative “composte”*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2, 2017, p. 327 ss.; B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, p. 335 ss., spec. p. 342.

¹⁶ Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona, del 27 giugno 2018, C-219/17, *Berlusconi e Fininvest s.p.a.*

tradizionalmente distinta dall’amministrazione diretta, ove le istituzioni e gli organi/organismi dell’Unione procedono senza intermediari. Al di là delle classificazioni relative alla tipologia di procedimenti (già ampiamente indagata da autorevole dottrina¹⁷), si assiste ad una costante evoluzione dei rapporti tra autorità nazionali ed europee, secondo modelli sempre più complessi e non omogenei, ove l’autorità europea svolge attività *lato sensu* amministrativa sulla scorta del diritto nazionale, che si presume (o si deve presumere) conforme al diritto europeo.

In tale contesto, inoltre, pare potersi osservare una certa evoluzione quanto all’intensità dello scrutinio da parte della CGUE circa gli atti risultanti da questo tipo di procedimenti, nel rispetto della ripartizione delle competenze tra autorità nazionali ed europee (sebbene non sia sempre facile tracciarne il confine), operando una distinzione netta tra le diverse tipologie di procedimenti composti in base all’autore dell’atto finale. Il procedimento di autorizzazione all’acquisizione o all’incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi viene esaminato dalla Corte di giustizia alla luce di tale contesto, cogliendo altresì l’occasione per evidenziare i criteri per la ripartizione delle competenze e lo spazio per lo scrutinio del giudice dell’Unione.

2.1. Il limite allo scrutinio da parte della CGUE: la giurisprudenza Oleificio Borelli

Nel *leading case* sul tema, *Oleificio Borelli*, si discuteva della legittimità di un atto della Commissione europea che aveva negato un contributo FEOGA a detta società sulla base di un parere negativo espresso dal Consiglio regionale della Liguria, di per sé non impugnabile secondo le norme procedurali italiane¹⁸. In tale occasione la Corte di giustizia, dopo aver ribadito che «la Corte non è competente a statuire sulla legittimità di un atto emanato da un’autorità nazionale», ha concluso nel senso che tale constatazione «non può essere infirmata dal fatto che l’atto di cui trattasi si inserisce nell’ambito di un *iter* decisionale comunitario, poiché dalla ripartizione delle competenze fra

¹⁷ Cfr. nota 15.

¹⁸ Corte giust. 3 dicembre 1992, C-97/91, *Oleificio Borelli/Commissione*.

le autorità nazionali e le istituzioni comunitarie effettuata nella materia considerata emerge chiaramente che l'atto emanato dall'autorità nazionale vincola l'organo decisionale comunitario e determina pertanto i termini dell'emananda decisione comunitaria»¹⁹.

Dunque, in tale occasione, la Corte affermava che le eventuali irregolarità di un atto nazionale non possono incidere sulla validità dell'atto finale delle istituzioni e che «è pertanto compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla legittimità dell'atto nazionale di cui trattasi conformemente alle modalità di controllo giurisdizionale applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa recare pregiudizio a terzi, e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere»²⁰.

Da un lato la Corte di giustizia ribadiva l'impossibilità di sottoporre al suo sindacato gli atti nazionali e dall'altro lato dettava chiare indicazioni quanto alla necessità di provvedere ad una tutela giurisdizionale nazionale effettiva, mostrando un certo "self-restraint" nei confronti dello scrutinio degli atti nazionali, ma non nei confronti dell'autonomia procedurale degli Stati membri²¹, indicando con precisione la necessità di consentire l'impugnabilità di tali atti a livello nazionale.

A tal proposito, l'Avvocato generale Misho, nelle sue conclusioni relative alla causa *Association Greenpeace France*, confermando la correttezza di questa impostazione, affermava che il giudice comunitario, che ha competenza esclusiva a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione, non potrebbe invece «formarsi un'opinione sull'esistenza di un'irregolarità ai sensi del diritto nazionale quando non ha alcuna competenza ad interpretare od applicare detto diritto nell'ambito delle competenze attribuitegli dagli artt. 173 del Trattato CE [oggi art. 263 TFUE] e 177 del Trattato [oggi art. 267 TFUE]»²².

¹⁹ *Ivi*, punti 9 e 10.

²⁰ *Ivi*, punto 13.

²¹ Sul tema dell'autonomia procedurale degli Stati membri v. D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009.

²² Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Mischo, del 25 novembre 1999, C-6/99, *Greenpeace France e a.*

2.2. *L’evoluzione della giurisprudenza della CGUE verso uno scrutinio pieno degli atti preparatori nazionali*

Questo orientamento è stato poi precisato, e in parte modificato, dalla Corte di giustizia negli anni successivi, valorizzando la responsabilità delle istituzioni dell’Unione europea, nei procedimenti composti c.d. *bottom up*, ove l’atto finale è adottato dall’Unione europea²³.

In *Svezia/Commissione* la questione verteva sul diniego opposto dalla Commissione europea all’accesso ad alcuni documenti, motivato sulla base di un parere in questo senso dello Stato membro coinvolto²⁴. La Corte di giustizia rilevava che il regolamento (CE) n. 1049/2001, ed in particolare gli artt. 4 e 5, che prevedono la possibilità per le istituzioni di opporre eccezioni alle richieste di accesso e che uno Stato membro può chiedere all’istituzione di non comunicare a terzi un documento che provenga da tale Stato senza il suo previo accordo, «non opera un riparto di competenze tra istituzioni europee e nazionali» ma delinea un processo decisionale che ha, come unico scopo, quello di determinare se l’accesso ad un documento debba essere rifiutato sulla base di una delle eccezioni specifiche; a detto processo decisionale partecipano sia l’istituzione comunitaria che lo Stato membro interessato. In tale caso «rientra nella competenza del giudice comunitario verificare, su domanda dell’interessato che si è visto opporre un rifiuto di accesso da parte dell’istituzione interpellata, se il rifiuto potesse validamente fondarsi sulle dette eccezioni, e ciò indipendentemente dal fatto che esso sia la conseguenza della valutazione di queste ultime effettuata dall’istituzione stessa oppure di quella compiuta dallo Stato membro in questione»²⁵. Dunque, la Corte considera che, stante la natura del procedimento composto in questione, non vi siano ostacoli ad uno scrutinio che investa indirettamente l’atto nazionale contenente le motivazioni del diniego di accesso.

²³ Tali procedimenti composti si distinguono da quelli c.d. *top down*, che hanno inizio a livello europeo e si concludono con un atto nazionale. Cfr. ancora B. G. MATTARELLA, *op. cit.*, spec. p. 343.

²⁴ Corte giust. 18 dicembre 2007, C-64/05 P, *Svezia/Commissione*.

²⁵ *Ivi*, punto 94.

La dottrina ha evidenziato che questo tipo di approccio, ove la CGUE accetta di vagliare gli atti nazionali preparatori rispetto ad un atto dell'Unione che risulta pertanto affetto da “*derivative illegality*” è legato a tre condizioni: *i*) l'imputabilità dell'atto finale alle istituzioni dell'Unione europea (nonostante l'intervento di quelle nazionali) e la mancata “correzione” del vizio prodottosi a livello nazionale nell'ambito della fase “comunitaria”; *ii*) la violazione della legalità “comunitaria” da parte dell'atto nazionale, potendo la CGUE esaminare solo i vizi derivanti dalla violazione di norme di diritto dell'Unione europea, in ossequio al riparto di competenze; *iii*) (con specifico riferimento alle violazioni della legalità comunitaria nell'ambito della procedura nazionale) la rilevanza dei vizi procedurali secondo gli standard di tutela dell'Unione europea²⁶.

Come sopra ricordato, nell'ambito della peculiare struttura del MVU, sono stati introdotti diversi procedimenti composti. La CGUE ha colto l'occasione per ribadire il proprio scrutinio pieno sugli atti nazionali che si inseriscono nel procedimento che ha portato all'adozione dell'atto dell'Unione.

La questione si è posta nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'acquisizione di una partecipazione qualificata di un ente creditizio disciplinata dalla direttiva 2013/36/UE in combinato disposto con il regolamento MVU e il regolamento Quadro MVU nel caso *Berlusconi e Fininvest*²⁷.

In tale occasione, ove la Corte si è pronunciata per la prima volta su questo tipo di procedimento composto, detta istituzione ha chiarito che il discrimine circa lo scrutinio degli atti nazionali che si inseriscono in un procedimento di questo tipo viene identificato secondo due assi cartesiani: *i*) il riparto di competenze tra Stati e istituzioni delineato dalle norme che descrivono detto procedimento, in ragione degli obiettivi perseguiti; *ii*) il margine di discrezionalità lasciato all'istituzione dell'Unione rispetto alla decisione preliminare nazionale.

Se, in base al riparto di competenze, l'autorità nazionale ha un potere esclusivo di adottare un atto che vincola l'istituzione eliminando

²⁶ Cfr. F. BRITO BASTOS, *Derivative Illegality in European Composite Administrative Procedures*, in *CMLR*, n. 1, 2018, p. 101 ss., spec. p. 119 ss.

²⁷ Corte giust. 19 dicembre 2018, C-219/17.

(o quasi) lo spazio discrezionale di questa, si produce una situazione nel solco della giurisprudenza *Oleificio Borrelli*, ove l’atto nazionale sfugge allo scrutinio della Corte e la tutela giurisdizionale deve essere assicurata dal giudice dello Stato. Se, invece, gli atti nazionali, all’interno del procedimento composto considerato, sono unicamente atti preparatori per l’adozione di una decisione vincolante da parte dell’istituzione, mantenendo questa un ampio potere discrezionale, allora si esce da un rigido riparto di competenze, ma si instaura quello che viene definito come un «meccanismo particolare di collaborazione fondato sulla competenza decisionale esclusiva dell’istituzione»²⁸. In questo caso allora, vi sarà la competenza esclusiva della CGUE per lo scrutinio dell’atto delle istituzioni, ma non solo: detto scrutinio potrà essere esteso «incidentalmente» anche agli atti preparatori nazionali²⁹.

Recentemente, anche l’Avvocato generale Kokott ha affermato chiaramente che «la competenza esclusiva dei giudici dell’Unione comprende anche il controllo (in via incidentale) di legittimità di taluni atti preparatori o proposte delle autorità nazionali coinvolte di natura tale da incidere sul contenuto della decisione finale della BCE»³⁰ in un caso, sempre nell’ambito del MVU, relativamente ad una decisione di revoca dell’autorizzazione all’accesso all’attività di ente creditizio.

Come rilevato da autorevole dottrina, la Corte di giustizia ha replicato tale orientamento anche nell’ambito del secondo pilastro dell’Unione bancaria, il Meccanismo di Risoluzione Unico³¹, nel caso *ICCREA Banca*³².

In generale, pare potersi ritenere che questo schema sia replicabile per ogni procedimento composto con le stesse caratteristiche ovvero quando si tratti di un meccanismo particolare di collaborazione fondato sulla competenza decisionale esclusiva dell’istituzione.

²⁸ *Ivi*, punto 48.

²⁹ *Ivi*, punto 58.

³⁰ Conclusioni dell’Avv. gen. Kokott, del 25 maggio 2023, C-750/21 P e C-256/22 P, *Pilatus Bank*.

³¹ Cfr. ancora L. S. ROSSI, *Effective judicial review in the banking union*, cit., spec. p. 290.

³² Corte giust. 3 dicembre 2019, C- 414/18.

2.3. *Conseguenze e criticità del controllo degli atti nazionali incidenter tantum operato dalla CGUE*

L'unicità del controllo giurisdizionale nei procedimenti composti enunciata dalla CGUE nei termini sopra riferiti si traduce nella competenza della stessa a sindacare – in via incidentale – gli eventuali vizi degli atti preparatori nazionali, spogliando – di fatto – di tale competenza il giudice dello Stato.

Nella sentenza *Berlusconi e Fininvest*, così come nella pronuncia *ICCREA*, la Corte riafferma la propria competenza a vagliare (sebbene *incidenter tantum*) gli atti preparatori nazionali, anche per evitare «valutazioni divergenti nell'ambito di uno stesso procedimento»³³ che potrebbero poi tradursi in una limitazione della competenza esclusiva della Corte a statuire sulla legittimità della decisione finale.

Si pone, quindi, innanzitutto la questione relativa agli strumenti del giudice dell'Unione per valutare i vizi degli atti preparatori nazionali e l'incidenza degli stessi sull'atto finale della BCE, ovvero per interpretare correttamente il diritto nazionale. Tale questione si pone anche nel caso dell'applicazione del diritto nazionale direttamente da parte della BCE nell'ambito del MVU e pertanto verrà esaminata nel seguito (v. par. 5).

In secondo luogo, da tale impostazione deriva la responsabilità della BCE per gli atti preparatori delle autorità nazionali: ove il vizio dell'atto nazionale incida su quello europeo tanto da causarne l'illegittimità (e dunque l'annullamento in sede di giurisdizione comunitaria), la BCE potrebbe quindi essere chiamata a risarcire l'eventuale danno ai sensi degli artt. 268 e 340, terzo comma, TFUE.

In tal caso, occorre valutare la possibilità per la BCE di agire a sua volta per il risarcimento del danno da parte dello Stato: il danno provocato dalla BCE, in ipotesi, ad un istituto bancario, potrebbe trovare la sua origine non tanto nell'atto di detta istituzione, quanto nei vizi dell'atto preparatorio nazionale. È possibile chiedersi, dunque, se la stessa BCE non possa agire per essere a sua volta tenuta indenne da tale responsabilità. Tale tipo di azione pare, tuttavia, difficilmente configurabile secondo i canoni che regolano attualmente l'azione di

³³ *Berlusconi e Fininvest*, sopra citata, punto 50.

responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell’Unione europea, per il cui esperimento è richiesta la violazione sufficientemente caratterizzata di una norma preordinata ad attribuire diritti ai singoli³⁴, in quanto non è scontato che l’atto nazionale possa ritenersi viziato per una violazione del diritto dell’Unione, potendo esserlo unicamente in virtù del diritto nazionale e che la BCE possa essere considerata soggetto leso al pari dei “singoli”. Ove tale strada non fosse percorribile, dovrebbe, quindi, trovarsi un rimedio all’interno del sistema nazionale, in ossequio al principio della leale collaborazione.

Pare, tuttavia, preferibile ritenere che il danno, anche ove provocato da un atto preparatorio dell’autorità nazionale rimanga in capo alla BCE, autorità con il potere esclusivo e discrezionale di decisione, nonché con la competenza tecnica di individuare eventuali errori negli atti preparatori nazionali. Del resto, come rilevato dall’Avvocato generale Sánchez-Bordona il «MVU è una struttura complessa, a più livelli, costituita dalla BCE e dalle ANC [autorità nazionali competenti], nella quale la BCE occupa una posizione fondamentale, assume la responsabilità del funzionamento del sistema e controlla tutti gli aspetti del meccanismo»³⁵.

Si potrebbe forse valutare la possibilità per la BCE di sollecitare una procedura di infrazione da parte della Commissione europea, ove la violazione dell’atto preparatorio nazionale possa essere configurata come una violazione del diritto dell’Unione europea, immaginando un nuovo ruolo per tale tipo di procedura, diretta ad un controllo più penetrante della legalità nel settore della vigilanza bancaria.

Infine, ci si può chiedere se il controllo *incidenter tantum* degli atti nazionali da parte della CGUE debba necessariamente essere limitato ai profili di legalità “comunitaria”³⁶, o non possa estendersi nel senso di consentire alla stessa anche uno scrutinio alla luce dei vizi derivanti dalla violazione del solo diritto nazionale. In dottrina è stato rilevato che il limite dello scrutinio degli atti nazionali con riferimento al solo

³⁴ Cfr. Corte giust. 4 luglio 2000, C-352/98 P, *Bergaderm e Goupil/Commissione*, punto 41.

³⁵ Cfr. conclusioni dell’Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona, *Berlusconi e Fininvest s.p.a.*, sopra citate, par. 104.

³⁶ Come sostenuto da F. BRITO BASTOS, *op. cit.*, spec. p. 127.

diritto dell'Unione è rimasto implicito, a partire dalla sentenza *Toepfer*³⁷ ed effettivamente anche nella recente sentenza *Berlusconi e Fininvest* si parla genericamente della competenza esclusiva degli organi giurisdizionali dell'Unione a valutare incidentalmente se gli atti preparatori nazionali presentino vizi che possano inficiare la legittimità della decisione della BCE³⁸. Se la CGUE può effettuare una cognizione degli atti nazionali al fine di rilevarne il contrasto con il diritto dell'Unione, non paiono esservi motivi per non estendere tale cognizione anche ai vizi che discendono dallo stesso diritto nazionale. Tale seconda opzione pare preferibile, anche per evitare lacune di tutela: ben potrebbe, infatti, un atto nazionale essere scevro da vizi "comunitari", ma affetto da vizi ai sensi del diritto nazionale e, nella misura in cui la cognizione dello stesso è sottratta al giudice nazionale in ossequio al principio di unicità del controllo giurisdizionale, trattandosi di atti preparatori rispetto ad un atto definitivo adottato discrezionalmente da un'istituzione dell'Unione, se non vi fosse il controllo della CGUE, tali vizi non potrebbero in alcun modo essere rilevati. In questo senso autorevole dottrina ha evidenziato che «le juge de l'Union devra contrôler, de façon incidente, le respect de toutes les règles nationales dont la violation est susceptible d'affecter la légalité de l'acte final de la BCE»³⁹.

Evidentemente, nell'ambito di tale cognizione, sarà necessario per il giudice dell'Unione avere a propria disposizione gli strumenti necessari per interpretare il diritto nazionale (su cui v. *infra*, par. 5).

3. Antinomie e aporie nell'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nell'ambito del MVU

Se l'interazione tra BCE e autorità nazionali nei procedimenti composti suscita non pochi interrogativi quando la BCE adotta un atto (soggetto a scrutinio giudiziale) sulla base di un atto nazionale, come illustrato nei precedenti paragrafi, tale interazione è ancora più

³⁷ *Ibidem*. Cfr. anche Corte giust. 1° luglio 1965, 106/63 e 107/63.

³⁸ *Berlusconi e Fininvest*, sopra citata, punto 57.

³⁹ V. DI BUCCI, *op. cit.*, spec. p. 322.

problematica quando è la stessa BCE ad applicare il diritto nazionale nell’esecuzione dei propri compiti di vigilanza.

Come sopra ricordato, l’art. 4, par. 3, del regolamento MVU prevede, infatti, che «ai fini dell’assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento e allo scopo di assicurare *standard* elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell’Unione e, se tale diritto dell’Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell’Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni».

Tale norma appare una novità dell’ordinamento dell’Unione europea: in questo caso, infatti, non si tratta di un mero rinvio al diritto nazionale per integrare una nozione comunitaria o per individuare un limite alla sua applicazione, ma si conferisce direttamente ad un’istituzione dell’Unione il potere (e dovere) di applicare il diritto nazionale.

Da un lato, tale norma appare coerente con il sistema in cui si è inserito il MVU, ove si può osservare una stratificazione della normativa applicabile composta da diritto dell’Unione europea e nazionale, talvolta fusi e reciprocamente integrati. Inoltre, la stessa BCE è affiancata dalle autorità nazionali nello svolgimento della vigilanza bancaria e per ogni “*significant institution*” è stabilita una unità funzionale mista che comprende personale proveniente dalla BCE e dalle autorità nazionali competenti (i c.d. *Joint Supervisory Teams*)⁴⁰, a dimostrazione della compenetrazione delle funzioni e degli ordinamenti.

Dall’altro lato, l’art. 4, par. 3, del regolamento MVU rivela non poche aporie e contraddizioni. In primo luogo, anche ove direttive e norma nazionale di recepimento non siano in contrasto, potrebbe in ogni caso verificarsi una non corretta applicazione della norma nazionale da parte della BCE. Tale applicazione comporterebbe l’illegittimità

⁴⁰ V. A. MAGLIARI, *I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del Single Supervisory Mechanism. Il caso dell’applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 3, 2016, p. 271 ss., spec. p. 282.

dell'atto della BCE per contrasto, *inter alia*, con lo stesso regolamento MVU⁴¹.

Le maggiori criticità nell'applicazione di questa norma, tuttavia, emergono quando il diritto nazionale non rappresenti un corretto recepimento della direttiva europea. In questo caso, infatti, la BCE, stando alla formulazione letterale dell'art. 4, par. 3, dovrebbe comunque applicare il diritto nazionale, in ipotesi incompatibile. Occorre, dunque, chiedersi quale sia il ruolo, in tale ipotesi, del principio di interpretazione conforme, il quale, come noto, impone a giudici e organi nazionali l'obbligo di interpretare, per quanto possibile, il proprio diritto interno in modo compatibile con il diritto dell'Unione europea⁴². Il limite dell'interpretazione conforme è rappresentato dai principi generali del diritto e dall'impossibilità di un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Nel caso specifico, occorre chiedersi come tale principio possa essere coordinato con il tenore letterale dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU e con la regola secondo la quale «la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali va valutata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali»⁴³, operazione che non appare scontata.

Ulteriori quesiti sorgono nel caso in cui, accertata l'impossibilità di procedere con un'interpretazione conforme e stante il contrasto tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale, si prospetti un'eventuale disapplicazione della normativa nazionale a favore dell'applicazione di una norma di quella direttiva (purché chiara, precisa e incondizionata). Se da un lato questa è la soluzione tipica dei casi di antinomie tra diritto nazionale e dell'Unione, dall'altro lato essa contrasta inevitabilmente con la lettera dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU che prevede l'applicazione del diritto nazionale *tout court*.

Non solo. Immaginare una disapplicazione della norma nazionale a favore dell'applicazione della norma della direttiva in questione (sempre, ovviamente, che ne abbia le caratteristiche) comporta ulteriori

⁴¹ Così notava F. ANNUNZIATA, *op. cit.*, spec. p. 52.

⁴² Corte giust. 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*, punto 8; 16 dicembre 1993, C-334/92, *Wagner Miret*, punto 20; 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, punto 26; 22 maggio 2003, C-462/99, *Connect Austria*, punto 38.

⁴³ Cfr. Tribunale 24 aprile 2018, da T-133/16 a T-136/16, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence/BCE*, punto 84.

problematiche ove tale direttiva possa essere applicata in pregiudizio di un soggetto privato. Si tratterebbe in questo caso di infrangere la regola del divieto di effetto diretto verticale “rovesciato” o “all’inverso” delle direttive (ovvero nei confronti o in pregiudizio dei privati)⁴⁴: sebbene la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia abbia messo in dubbio tale regola, in ragione della necessità di garantire il rispetto di un principio generale quale il divieto di abuso del diritto o le regole a tutela della concorrenza⁴⁵, al momento si tratta di pronunce isolate e tale conclusione non pare in ogni caso giustificabile per il solo fatto che l’autorità che invoca l’effetto pregiudizievole sia quella europea in luogo di quella nazionale.

Diversa – ma altrettanto problematica – è l’ipotesi in cui non vi sia alcun diritto nazionale applicabile, perché la direttiva rilevante non è stata trasposta nell’ordinamento interno. Anche in tal caso, l’applicazione *tout court* della norma comunitaria, quand’anche, in ipotesi, possibile, comporterebbe le criticità legate al contrasto con l’art. 4, par. 3, del regolamento MVU, e al divieto di effetto diretto verticale rovesciato.

Infine, occorre considerare il caso in cui il diritto nazionale sia applicato correttamente dalla BCE, ma risulti di per sé in contrasto con la costituzione dello Stato membro da cui proviene⁴⁶, suscitando

⁴⁴ Cfr. Corte giust. 26 febbraio 1986, 152/84, *Marshall*, punto 48; 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punti 70 ss. Sul divieto di effetto diretto verticale rovesciato v. anche L. S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell’Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia Insieme*, 3 febbraio 2021; D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 362.

⁴⁵ Così notano D. SARMIENTO, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Is Direct Effect Morphing into Something Different?*, in *EU Law Live*, 4 March 2024 a proposito dei casi Corte giust. 26 febbraio 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, *N Luxembourg 1*; 26 febbraio 2019, C-116/16 e C-117/16, *T Danmark*, ove la Corte ha di fatto consentito l’invocazione di una direttiva non trasposta da parte dello Stato nei confronti di un privato al fine di garantire l’applicazione del principio generale di divieto dell’abuso del diritto dell’Unione europea, nonché Corte giust. 21 dicembre 2023, C-66/22, *Infraestruturas de Portugal and Frutifer Indústrias Ferroviárias* ove la Corte ha ritenuto corretta l’esclusione da una gara di due concorrenti che avevano violato norme in tema di concorrenza sulla base di una direttiva non trasposta dallo Stato.

⁴⁶ Cfr. F. ANNUNZIATA, *op. cit.*, spec. p. 57: «The apex of the problems is reached when the relevant National Law that the ECB applied in its decision is challenged as being unconstitutional».

ulteriori criticità quanto al rapporto tra gli ordinamenti. In dottrina è stato sostenuto che ove il diritto nazionale preveda che il giudice avanti al quale pende la causa possa esaminare direttamente una questione di legittimità costituzionale, secondo un controllo diffuso, non vi sarebbero ragioni per ritenere che questa prerogativa non possa spettare anche alla CGUE⁴⁷. Nell'ipotesi di controllo accentrato vi sarebbero ovviamente maggiori criticità, salvo immaginare un'ipotesi di rinvio dalla Corte di giustizia alla stessa Corte costituzionale nazionale, sulla base del principio di leale collaborazione⁴⁸ (sul punto v. *amplius infra*).

4. Nuovi interrogativi nell'applicazione dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU: il caso Corneli

A più di dieci anni dalla pubblicazione del regolamento MVU, gli interrogativi legati all'applicazione dell'art. 4, par. 3, sono ancora attuali. Anzi, la recente applicazione di questa norma da parte del Tribunale ne solleva di nuovi. Il riferimento è al caso *Corneli*, oggetto della pronuncia del Tribunale del 12 ottobre 2022⁴⁹ (la cui impugnazione è attualmente pendente presso la Corte di giustizia⁵⁰).

Un'azionista di minoranza della Banca Carige, la sig.ra Corneli, si era rivolta al Tribunale per ottenere l'annullamento di alcune decisioni della BCE che avevano, *inter alia*, disposto l'amministrazione straordinaria dell'istituto. Nell'analisi del caso, al di là di alcune questioni relative alla legittimazione e all'interesse ad agire della ricorrente (la cui analisi esula dalle finalità del presente contributo) emergevano profili di divergenza tra le norme della direttiva 2014/59/UE, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi (la c.d. *Banking Recovery and Resolution Directive*,

⁴⁷ V. DI BUCCI, *op. cit.*, spec. p. 330.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Tribunale 12 ottobre 2022, T-502/19, *Corneli/BCE*.

⁵⁰ Cfr. Corte giust., C-777/22 P e C-789/22 P, *BCE e Commissione/Corneli*. Per i primi commenti v. D. SARMIENTO, *Setting the limits of implementation of national law by EU institutions: the Corneli v. ECB case (T-502/19)*, in *EU Law Live*, 24 October 2022; F. ANNUNZIATA, T. DE ARRUDA, *The Corneli case (T-502/19), Challenges and issues in the application of national law by the ECB and the EU Courts*, in *EU Law Live*, 18 February 2023.

BRRD)⁵¹, e la legislazione italiana adottata ai fini della trasposizione della stessa, ovvero gli artt. 69 *octiesdecies* e 70 del Testo Unico Bancario (TUB).

La BRRD prevede, agli artt. 28 e 29, degli strumenti di intervento da parte della BCE in situazioni di crisi dell’istituto bancario, graduati progressivamente in ragione della gravità della stessa. Tali norme sono state trasposte in Italia attraverso la modifica del TUB⁵². Le norme del TUB, così modificate, prevedono che la rimozione degli organi amministrativi o di controllo possa essere disposta in caso di «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie; o gravi irregolarità nell’amministrazione; o quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo» all’art. 69 *octiesdecies*, e che le misure – più gravi – dello scioglimento degli organi amministrativi o di controllo e l’instaurazione dell’amministrazione straordinaria sono previsti in caso di «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie di cui all’art. 69 *octiesdecies*, comma 1, lettera *b*); o gravi irregolarità nell’amministrazione di cui all’art. 69 *octiesdecies*, comma 1, lettera *b*); o quando sono previste gravi perdite del patrimonio», all’art. 70 TUB.

La ricorrente rimproverava alla BCE di aver erroneamente disposto l’amministrazione straordinaria di Banca Carige sulla base di un constatato «deterioramento della situazione della banca» (previsto dall’art. 69 *octiesdecies* come presupposto per le misure di “rimozione”), quando una misura così incisiva è consentita solo sulla base dei tassativi presupposti di cui all’art. 70 TUB. Dopo aver

⁵¹ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁵² Decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 181, Modifiche del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

analizzato tali norme, il Tribunale constatava effettivamente la violazione dell'art. 70 TUB da parte della BCE, avendo detta istituzione adottato una decisione di instaurazione di amministrazione straordinaria sulla base di un presupposto non contemplato da detta norma, ovvero il deterioramento della situazione della banca, previsto dalla legge italiana unicamente per soluzioni meno invasive⁵³.

Sia la BCE che la Commissione, però, affermavano che tale conclusione doveva essere superata in base ad una lettura dell'art. 70 TUB conforme all'art. 29 della direttiva BRRD, che lo stesso era diretto a trasporre. Una siffatta lettura della norma italiana avrebbe consentito – secondo le due istituzioni – la possibilità di disporre l'amministrazione straordinaria sulla base dei presupposti di cui all'art. 29, anche ove non espressamente richiamati dall'art. 70 TUB⁵⁴.

Secondo la BCE il conflitto doveva essere risolto alla luce dell'interpretazione del diritto nazionale in maniera conforme al diritto dell'UE, secondo un'impostazione “classica”. A tal proposito il Tribunale affermava di avere lo stesso obbligo di interpretazione conforme gravante sui giudici nazionali quando è chiamato ad applicare il diritto nazionale di trasposizione di una direttiva⁵⁵.

Il Tribunale ricordava altresì la regola ai sensi della quale «la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali va valutata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali»⁵⁶, secondo un'interpretazione che potremmo definire conforme “alla rovescia”. Secondo il Tribunale, tuttavia, la formulazione dell'art. 70 TUB era così chiara da non poter essere modificata in virtù di una interpretazione alla luce della direttiva: «l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale appena ricordato non può servire da fondamento ad un'interpretazione in contrasto con i termini utilizzati nella disposizione nazionale di recepimento di una direttiva»⁵⁷.

Il Tribunale respingeva, poi, anche l'argomento di Commissione e BCE secondo il quale la BCE era comunque tenuta ad applicare,

⁵³ *Corneli/BCE*, sopra citata, punto 100.

⁵⁴ *Ivi*, punto 102.

⁵⁵ *Ivi*, punto 103.

⁵⁶ *Ivi*, punto 104.

⁵⁷ *Ivi*, punto 106.

nell’esecuzione dei suoi compiti, non solo il diritto nazionale, ma anche quello dell’Unione europea e dunque la BRRD e ciò sarebbe stato sufficiente a consentirle di assoggettare ad amministrazione straordinaria la banca in caso di deterioramento significativo. Secondo il Tribunale, infatti, l’art. 4, par. 3, del regolamento MVU indica chiaramente che quando il diritto dell’Unione europea è composto da direttive, deve essere applicato il diritto nazionale di recepimento delle stesse in quanto detta «disposizione non può essere intesa come comprendente due fonti distinte di obblighi, vale a dire il diritto dell’Unione nel suo insieme, ivi comprese le direttive, al quale si dovrebbe aggiungere la legislazione nazionale che le recepisce»⁵⁸.

Secondo il ragionamento del Tribunale, tale interpretazione contrasterebbe con il tenore letterale dell’art. 288 TFUE, il quale prevede che le direttive vincolino solo gli Stati. Inoltre, opinare nel senso indicato da BCE e Commissione avrebbe come ulteriore conseguenza l’applicazione della direttiva in pregiudizio di un privato (quale era la ricorrente, nel caso di specie), in violazione della regola secondo la quale una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e non può pertanto essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti⁵⁹. In conclusione, il Tribunale affermava quindi che «non si può porre rimedio all’errore commesso dalla BCE nell’applicazione dell’articolo 70 del testo unico bancario con un’interpretazione libera dei testi normativi che consenta di rimodellare le condizioni per l’applicazione di disposizioni concepite in modo distinto nella direttiva 2014/59 e nel diritto nazionale»⁶⁰.

4.1. I nodi della sentenza *Corneli*, tra paradossi e profili di criticità

Il caso *Corneli* rende evidente che l’applicazione dell’art. 4, par. 3, del regolamento MVU può essere foriera di questioni particolarmente complesse quanto al rapporto tra ordinamento nazionale e dell’Unione europea: nel caso di specie, infatti, la BCE – secondo l’accertamento del Tribunale – ha errato nell’applicare una norma del diritto italiano

⁵⁸ *Ivi*, punto 112.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Corneli/BCE*, sopra citata, punto 113.

(l'art. 70 TUB), adottando una decisione di amministrazione straordinaria sulla base di una condizione (il deterioramento della situazione della banca) non prevista in tale norma (ma descritta quale presupposto per l'adozione di provvedimenti meno invasivi, secondo l'art. 69 *octiesdecies*) e nel corso del procedimento è stata prospettata altresì l'incompatibilità della norma italiana (erroneamente applicata dalla BCE) con la direttiva di cui rappresentava la trasposizione.

Si pone pertanto un doppio livello di criticità: da un lato, la BCE non avrebbe ben interpretato (e conseguentemente, applicato) il diritto italiano; dall'altro, detto diritto, quand'anche applicato correttamente, sarebbe (probabilmente) risultato in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Il Tribunale è chiaro nell'affermare, in ogni caso, che la BCE avrebbe dovuto applicare il diritto italiano, secondo le indicazioni dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, non potendo applicare in sua sostituzione le norme della direttiva, per via del divieto di effetto verticale rovesciato della stessa, o procedere ad un'interpretazione *contra legem* delle norme italiane di trasposizione.

La conseguenza di tale statuizione è il paradosso per cui la BCE risulta tenuta ad applicare il diritto nazionale in ossequio alla norma del regolamento MVU, quand'anche in contrasto con il diritto dell'Unione.

Un ulteriore paradosso si rivela considerando che, in un'ipotesi del genere, la Commissione avrebbe potuto (e potrebbe) avviare una procedura d'infrazione nei confronti dello Stato che ha (mal) trasposto la direttiva, creando un evidente cortocircuito. D'altro canto, alla Commissione la misura di recepimento fu notificata e l'*assessment* compiuto come di rito da parte della stessa non rilevò profili di incompatibilità.

In tale circostanza, dunque, il primato del diritto dell'Unione europea "cede il passo" all'affermazione del diritto nazionale: il Tribunale sembra essere obbligato a tale conclusione dalla lettera dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU e dalle regole circa l'interpretazione del diritto dell'Unione e del diritto interno.

Per quanto questa conclusione possa suscitare non poche perplessità, soprattutto ove venisse confermata da successive pronunce, essa sembra giustificabile in virtù del principio di specialità che pare informare la formulazione dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, ove

vi è una scelta precisa del legislatore dell’Unione verso l’applicazione della regola nazionale. In dottrina l’art. 4, par. 3, è stato qualificato come “norma di rinvio” mobile o formale, attraverso cui il legislatore dell’Unione non procede alla diretta determinazione della disciplina, ma la rimette ad altre fonti⁶¹. Del resto, tale norma è chiara nell’affermare che se il diritto dell’Unione è rappresentato da direttive, la BCE è tenuta ad applicare la legislazione nazionale, e ciò anche in virtù dell’art. 288, par. 3, TFUE ai sensi del quale le direttive sono indirizzate agli Stati (e non alle istituzioni), per definizione.

Tale conclusione pare discendere dalle stesse peculiarità del MVU, ove le norme nazionali ed europee e i compiti di istituzioni nazionali e comunitarie si integrano per il raggiungimento di obiettivi comuni. In un sistema così peculiare, dunque, è plausibile anche la creazione di nuovi limiti al primato.

In un tale contesto, non pare nemmeno scontato l’obbligo per il Tribunale (o la Corte) di procedere ad un’interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto dell’Unione europea. Del resto, detto principio è sempre stato enunciato con riferimento ai giudici nazionali: nella sentenza *Corneli*, infatti, il Tribunale afferma di avere lo stesso obbligo, ma non cita alcun riferimento a precedenti in questo senso. Tale obbligo non appare scontato nella misura in cui c’è una chiara opzione del legislatore verso l’applicazione del diritto nazionale, come quella dell’art. 4, par. 3, del regolamento MVU e vige in ogni caso la regola interpretativa secondo la quale la portata delle disposizioni nazionali va valutata alla luce dell’interpretazione dei giudici nazionali.

Resta il tema delle difficoltà legate all’interpretazione del diritto nazionale da parte del giudice dell’Unione. Per assurdo, il Tribunale pare trovarsi in una situazione peggiore rispetto a qualsiasi giudice nazionale, che di fronte ad un conflitto tra norma dell’Unione e nazionale come quello del caso *Corneli* avrebbe potuto sollevare un rinvio pregiudiziale o una questione di legittimità costituzionale, con l’obiettivo di non pregiudicare il primato. Il Tribunale avrebbe forse potuto proseguire nel proprio scrutinio circa la compatibilità della norma italiana con la direttiva, ma la questione viene lasciata sullo

⁶¹ Cfr. A. MAGLIARI, *Il Single Supervisory Mechanism e l’applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca Centrale Europea*, in *RIDPC*, n. 5, 2015, p. 1348 ss.

sfondo, probabilmente anche per ragioni di competenza, lasciando il compito (eventualmente) a Commissione europea e Corte di giustizia.

Come anticipato, la questione è attualmente sottoposta alla Corte di giustizia nell'ambito dell'impugnazione proposta dalla Commissione e dalla BCE avverso la sentenza del Tribunale.

Per quanto è dato di conoscere dall'estratto del ricorso pubblicato sul sito della Corte, la Commissione europea, tra le proprie censure⁶², indica che il Tribunale avrebbe violato l'art. 4, par. 3, del regolamento MVU e l'art. 70, primo comma, TUB perché «non avrebbe tenuto conto della necessità di procedere ad un'interpretazione sistematica, storica, teleologica e conforme alla Costituzione italiana e avrebbe omesso di considerare la giurisprudenza nazionale»⁶³. Inoltre, la Commissione denuncia anche la violazione dell'art. 288, terzo comma, TFUE nella misura in cui il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto che l'art. 70 TUB non potesse essere interpretato in maniera conforme all'art. 29 della BRRD. Secondo la Commissione, il Tribunale sarebbe venuto meno «al dovere che si impone al giudice di adoperarsi al meglio, nei limiti di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima»⁶⁴.

Anche la BCE nel proprio ricorso in appello indicava gli errori di diritto del Tribunale nell'aver disconosciuto l'interpretazione data dai giudici nazionali all'art. 70 TUB, nonché nel non aver preso «in considerazione il diritto nazionale nel suo insieme», perché da questo emergerebbe la chiara volontà del legislatore italiano «di recepire integralmente e correttamente» la BRRD⁶⁵. Secondo la BCE, inoltre, il

⁶² Nel caso *Corneli* erano state sollevate anche diverse eccezioni in ordine alla legittimazione e all'interesse ad agire di una singola azionista per l'impugnazione di decisioni della BCE, riproposte in sede di appello. L'analisi di tali questioni non è stata inserita in quanto non rileva ai fini del presente contributo.

⁶³ Cfr. impugnazione proposta il 22 dicembre 2022 dalla Commissione europea avverso la sentenza del Tribunale (Quarta Sezione ampliata), del 12 ottobre 2022, causa T-502/19, *Corneli/BCE*, causa C-789/22 P, estratto reperibile sul sito www.curia.europa.eu.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cfr. impugnazione proposta il 21 dicembre 2022 dalla Banca Centrale europea avverso la sentenza del Tribunale (Quarta Sezione ampliata), del 12 ottobre 2022, causa T-502/19, *Corneli/BCE*, causa C-777/22 P, estratto reperibile sul sito www.curia.europa.eu.

Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto non prendendo in considerazione «l’interpretazione contestuale e teleologica degli articoli 69 *octiesdecies* e 70 del Testo Unico Bancario allo scopo delle misure di intervento precoce, inclusa l’amministrazione straordinaria» e «ritenendo che l’interpretazione conforme dell’art. 70 del Testo Unico Bancario a fronte dell’articolo 29 della direttiva 2014/59/UE costituisca un’interpretazione *contra legem* della normativa italiana»⁶⁶.

La Corte di giustizia dovrebbe quindi pronunciarsi sul rapporto tra interpretazione conforme e interpretazione in base alla giurisprudenza nazionale e sull’apprezzamento del diritto nazionale da parte del Tribunale.

Non è detto che possa farlo. Al di là delle eccezioni sollevate da BCE e Commissione circa l’irricevibilità del ricorso *Corneli* per la presunta carenza di legittimazione ed interesse ad agire della ricorrente, non è scontato che la Corte di giustizia si pronunci sui motivi relativi all’interpretazione del diritto nazionale da parte del Tribunale.

In linea di principio, infatti, l’interpretazione del diritto nazionale operata dal Tribunale nel proprio giudizio è considerata una questione di fatto, di per sé esclusa dal controllo della Corte in sede di appello, a meno che non sia dimostrato un manifesto snaturamento dello stesso⁶⁷. Del resto, lo stesso art. 58 dello Statuto indica che l’impugnazione di una sentenza del Tribunale presso la Corte «può essere fondata su motivi relativi all’incompetenza del Tribunale, a vizi della procedura dinanzi al Tribunale recanti pregiudizio agli interessi della parte ricorrente, nonché alla *violazione del diritto dell’Unione* [nda: enfasi aggiunta] da parte del Tribunale», precisando dunque che l’unica violazione soggetta a scrutinio è quella del diritto dell’Unione, non nazionale. In dottrina è stato, tuttavia, sostenuto che, anche se in un caso simile gli appellanti lamentano una violazione di una norma specifica del diritto nazionale, in realtà la questione verte altresì sulla violazione di una disposizione relativa all’applicazione dei trattati ai sensi dell’art. 263, par. 2, TFUE, ovvero l’art. 4, par. 3, del regolamento MVU⁶⁸.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Cfr. ancora nota 7.

⁶⁸ Cfr. V. DI BUCCI, *op. cit.*, pp. 329 e 330.

In conclusione, si può affermare che, se l'applicazione del diritto nazionale da parte delle istituzioni, almeno nell'ambito del MVU, solleva importanti interrogativi quanto alla tenuta del principio del primato e alla coerenza del sistema, lo scrutinio da parte della CGUE in tali casi è altrettanto problematico.

4.2. Il “ripensamento” del Tribunale nella giurisprudenza successiva a Corneli: i casi Sber e BAWAG

Recentemente, il Tribunale è tornato a confrontarsi con l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nell'ambito delle due cause *Sber*⁶⁹ e *BAWAG*⁷⁰, non formalmente riunite, ma decise entrambi il 28 febbraio 2024 nello stesso senso.

I casi sono relativi all'impugnazione *ex art.* 263 TFUE di decisioni della BCE, da parte di enti creditizi austriaci, soggetti alla vigilanza prudenziale diretta della BCE, rispettivamente la Sber Vermögensverwaltungs (Sber) e la BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse (BAWAG). Le decisioni impugnate hanno ad oggetto l'applicazione di interessi di recupero per il superamento dei limiti alle grandi esposizioni previsto dall'art. 395, par. 1, del regolamento n. 575/2013. In particolare, la Sber lamentava, *inter alia*, che le decisioni adottate dalla BCE relativamente all'imposizione degli interessi di recupero rappresentassero una violazione del principio del *ne bis in idem*, essendo tale ente già stato sanzionato per il superamento dei limiti alle esposizioni da precedenti decisioni adottate dalla BCE ai sensi dell'art. 18, par. 1, del regolamento MVU. Inoltre, in entrambe le cause, gli enti lamentavano che la determinazione degli stessi fosse sproporzionata (nel caso Sber gli interessi di recupero erano stati quantificati dalla BCE in € 2.120.926,08⁷¹ e nel caso BAWAG in € 19.332.923,82⁷²). Per la determinazione di tali interessi di recupero, la BCE aveva fatto ricorso al diritto austriaco, ed in particolare agli artt. 97, par. 1, punto 2, e 99e

⁶⁹ Tribunale 28 febbraio 2024, T-647/21 e T-99/22.

⁷⁰ Tribunale 28 febbraio 2014, T-667/21.

⁷¹ *Sber*, sopra citata, punto 9.

⁷² *BAWAG*, sopra citata, punto 15.

del Bundesgesetz über das Bankwesen (BWG), ritenendo che tali norme non le lasciassero alcun margine di discrezionalità.

Si poneva, pertanto, nuovamente la questione dell’applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nell’esercizio dei suoi poteri di vigilanza, nonché dell’interpretazione del Tribunale. Con riferimento al motivo relativo alla violazione del principio di proporzionalità, in entrambi i casi, gli istituti ricorrenti lamentavano una violazione dell’art. 70 della direttiva 2013/36/UE del Parlamento e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, il quale prescrive di modulare le sanzioni o le misure amministrative, secondo una serie di criteri quali la gravità e la durata della violazione, il grado di responsabilità della persona fisica o giuridica responsabile, la capacità finanziaria della stessa, l’importanza dei profitti realizzati (e delle perdite evitate), le perdite subite dai terzi, il livello di cooperazione con l’autorità competente, le precedenti violazioni e le potenziali conseguenze sistemiche. L’art. 97, par. 1, punto del BWG, invece, prevederebbe un automatismo che impedirebbe di modulare l’importo degli interessi di recupero in base a tali circostanze.

La BCE sosteneva di aver applicato l’art. 97, par. 1, punto 2, del BWG secondo l’interpretazione data dagli stessi giudici austriaci⁷³, ai sensi della quale l’imposizione di interessi di recupero è automatica qualora siano soddisfatte le condizioni previste da tale disposizione.

È interessante notare che, in entrambe le cause, la Repubblica d’Austria è intervenuta confermando che l’interpretazione dell’art. 97, par. 1, punto 2, del BWG accolta dalla BCE coincideva con quella dei giudici austriaci.

Il Tribunale procedeva pertanto a verificare se la BCE avesse eseguito una corretta interpretazione dell’art. 97, par. 1, punto 2, del BWG considerando di non disporre di alcun margine di discrezionalità nel modulare gli interessi di recupero, una volta soddisfatte le sue condizioni, nonché sulla compatibilità della norma nazionale con la direttiva 2013/36⁷⁴.

⁷³ *Sber*, sopra citata, punto 55.

⁷⁴ Cfr. *Sber*, sopra citata, punto 57 e *BAWAG*, sopra citata, punto 53.

In primo luogo, il Tribunale ricorda che, secondo costante giurisprudenza, quando è in questione l'interpretazione di una disposizione di diritto nazionale «in linea di principio, si deve valutare la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali tenendo conto dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali»⁷⁵. A questo punto, il Tribunale introduce una sorta di presunzione: qualora l'interpretazione data dai giudici nazionali con riferimento ad una norma nazionale di recepimento di una direttiva sia nel senso della compatibilità con quest'ultima, tale interpretazione non può essere messa in discussione. Il Tribunale afferma, infatti, chiaramente che «in una siffatta ipotesi, le censure volte a rimettere in discussione la fondatezza dell'interpretazione fornita da detti giudici devono essere senz'altro respinte»⁷⁶. Secondo il ragionamento del Tribunale, tale «presunzione di fondatezza» dell'interpretazione data dai giudici nazionali non può valere, invece, quando questa non consenta di garantire la compatibilità del diritto nazionale con una direttiva. Di conseguenza, toccherebbe al Tribunale assicurare il rispetto del principio del primato, operare un'interpretazione del diritto nazionale per quanto possibile conforme alla direttiva, al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima⁷⁷. Tale affermazione suscita non poche perplessità e non paiono esservi precedenti in questo senso: l'obbligo di interpretazione conforme è sempre stato affermato con riferimento al giudice nazionale (ad eccezione del passaggio nel caso *Corneli*), tant'è che si cita a questo proposito la sentenza *Dominguez* (relativa ad un contesto nazionale)⁷⁸.

Sempre secondo il ragionamento del Tribunale, tale obbligo di interpretazione conforme si estenderebbe fino al punto di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata, se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi della direttiva. A sostegno di tale affermazione il Tribunale cita come precedente la sentenza *Dansk Industri*⁷⁹, facendo emergere le contraddizioni del proprio ragionamento: in tale caso, infatti, la Corte

⁷⁵ Cfr. *Sber*, sopra citata, punto 58 e *BAWAG*, sopra citata, punto 57.

⁷⁶ Cfr. *Sber*, sopra citata, punto 59 e *BAWAG*, sopra citata, punto 58.

⁷⁷ Cfr. *Sber*, sopra citata, punto 61 e *BAWAG*, sopra citata, punto 60.

⁷⁸ Corte giust. 24 gennaio 2012, C-282/10.

⁷⁹ Corte giust. 19 aprile 2016, C-441/14.

afferitava che «l’esigenza di un’interpretazione conforme include l’obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un’interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva», ma è chiaro che tale *overruling* non può essere compiuto dal Tribunale, che non ha alcuna competenza o possibilità di modificare la giurisprudenza nazionale.

Il Tribunale conclude poi il proprio ragionamento affermando di essere competente, al pari del giudice nazionale, a disapplicare le norme di diritto nazionale contrastanti con una direttiva⁸⁰. Il Tribunale però non si pronuncia sulle questioni lasciate aperte da *Corneli* a tal proposito, ovvero la possibilità di applicare una direttiva “in pregiudizio” di un privato, con un effetto verticale rovesciato, o in ipotesi la lacuna creata nel caso in cui non sia possibile procedere nemmeno in questo senso, per le caratteristiche delle norme della direttiva in questione.

Adempiendo al proprio obbligo di interpretazione conforme, il Tribunale procede ad interpretare l’art. 97 BWG in conformità alla direttiva 2013/36 e dunque escludendo che la stessa preveda un automatismo nell’imposizione degli interessi di recupero tale da eliminare ogni margine di discrezionalità della BCE, contrariamente a quanto sostenuto dai giudici austriaci, raggiungendo pertanto la conclusione che la BCE ha violato il principio di proporzionalità e annullando le relative decisioni impugnate.

In conclusione, si può quindi affermare che il ragionamento del Tribunale nei casi *Sber* e *BAWAG* rappresenti un “ripensamento” rispetto al caso *Corneli*, in cui il primato aveva ceduto il passo alla peculiarità del sistema di vigilanza unico, ma non risolve le aporie e le criticità emerse. Come sopra illustrato (e come approfondito nel successivo par. 5.2), la conclusione che gravi sul Tribunale l’obbligo di interpretazione conforme al pari dei giudici nazionali non è del tutto condivisibile e l’ipotesi di disapplicazione del diritto nazionale da parte del Tribunale lascia aperte le aporie relative all’eventuale applicazione delle norme delle direttive in pregiudizio dei singoli, in violazione del divieto di effetto verticale rovesciato.

⁸⁰ Cfr. *Sber*, sopra citata, punto 63 e *BAWAG*, sopra citata, punto 62.

Permangono, inoltre, tutte le criticità legate all'interpretazione del diritto nazionale da parte del giudice dell'Unione europea e agli strumenti a disposizione dello stesso per svolgere tale compito.

5. *La cognizione del diritto nazionale da parte della CGUE*

Sia nell'ambito dello scrutinio dell'atto nazionale adottato all'interno di un procedimento composto, per valutarne i profili di illiceità che potrebbero avere una ripercussione negativa sull'atto delle istituzioni, sia con riferimento al controllo circa l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nel contesto del MVU, risulta necessario individuare gli strumenti a disposizione della CGUE per procedere a tale cognizione.

5.1. *Il principio iura novit curia e la CGUE*

In primo luogo, occorre chiedersi se nell'ordinamento dell'Unione europea trovi applicazione il principio *iura novit curia*, ai sensi del quale il giudice si ritiene competente a conoscere e ad applicare le norme del diritto rilevanti nel caso di specie, ivi compreso il diritto straniero. Nell'ordinamento italiano, in virtù di detto principio, al giudice spetta anche il potere di applicare il diritto straniero, come indicato dall'art. 14 della legge 218/1995, ai sensi del quale «l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice».

I sistemi di *common law* ignorano o relativizzano il principio *iura novit curia*, in quanto «gli “*adversarial proceedings*” appaiono refrattari nei confronti di qualsiasi elemento, considerato “inquisitorio”, che possa influire sulla soluzione della causa e che non sia stato sollevato dalle parti»⁸¹, mentre negli ordinamenti di *civil law* tale principio è osservato, lasciando al giudice la libertà di intervenire sulle questioni di pura applicazione del diritto, anche in assenza di elementi forniti dalle parti⁸².

⁸¹ Cfr. le conclusioni dell'Avv. gen. Colomer, del 26 giugno 2001, C-480/99 P, *Plant*, par. 34.

⁸² Cfr. le conclusioni dell'Avv. gen. Colomer, dell'11 luglio 2002, C-466/00, *Kaba*, par. 92.

Il principio *iura novit curia* pare essere applicato anche nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione: anche la CGUE, infatti, ha il potere di riformulare i quesiti pregiudiziali e di utilizzare parametri normativi non indicati dalle parti o dal giudice nazionale⁸³. Non solo: la CGUE, nel prendere in considerazione e interpretare il diritto nazionale degli Stati membri nell’ambito del rinvio pregiudiziale e della procedura di infrazione, svolge un accertamento di detto diritto che senz’altro si fonda sulla prospettazione fatta dalle parti e dal giudice nazionale, il quale (nell’ambito del rinvio pregiudiziale) è tenuto nell’ambito della propria domanda, ad illustrare «il contenuto delle norme nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia»⁸⁴. Tuttavia, la giurisprudenza dimostra che l’accertamento del contenuto del diritto nazionale può essere effettuato anche d’ufficio dalla CGUE. Nell’ambito della procedura di infrazione, ad esempio, in un caso riguardante il Portogallo, detto Stato aveva sollevato un’eccezione di irricevibilità del ricorso della Commissione poiché detta istituzione non aveva allegato la legge portoghese ritenuta in contrasto con il diritto dell’Unione: la Corte però aveva respinto tale eccezione, sottolineando che «dal momento che detta normativa è pubblicata nel Diário da República e dunque pubblicamente accessibile, la Corte è in grado di verificare la veridicità delle affermazioni della Commissione quanto al contenuto delle disposizioni controverse»⁸⁵.

Dunque, il principio *iura novit curia* pare applicabile nell’ordinamento dell’Unione negli stessi termini dell’ordinamento italiano, consentendo quindi alla Corte non solo la possibilità di mutare la qualificazione giuridica dei fatti e considerare parametri normativi

⁸³ Cfr. *ex multis* Corte giust. 14 marzo 2017, C-157/15, *G4S Secure Solutions*, punto 33: «La circostanza che il giudice del rinvio abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto a talune disposizioni del diritto dell’Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possano essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni».

⁸⁴ Cfr. reg. proc. Corte di giustizia, art. 94, 26 novembre 2019 e raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale.

⁸⁵ Corte giust. 18 novembre 2010, C-458/08, *Commissione/Portogallo*, punto 52.

non indicati dalle parti, ma anche di accertare d'ufficio il contenuto del diritto nazionale rilevante nel caso di specie.

5.2. Il conflitto tra obbligo di interpretare le norme nazionali alla luce della giurisprudenza dei giudici nazionali e obbligo di interpretazione conforme, tra tutela e limiti al primato

Lo scrutinio del diritto nazionale solleva anche diverse questioni interpretative, allo stato di difficile soluzione, come dimostrato dai casi *Corneli*, *Sber* e *BAWAG*.

Come sopra ricordato, secondo un costante orientamento della CGUE «la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali va valutata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali»⁸⁶. In questo senso, la CGUE ha sempre valorizzato la giurisprudenza nazionale: in *Alpes Provence*, ad esempio, il Tribunale, per interpretare una norma della legge francese applicata dalla BCE ai sensi dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU e rilevante nell'ambito del giudizio di impugnazione di alcune decisioni della BCE, ha fatto riferimento ad una sentenza del *Conseil d'Etat* ritenuta sufficiente per stabilire la portata di tale norma. Tale regola di interpretazione deve, tuttavia, essere conciliata con il canone dell'interpretazione conforme, secondo il quale una norma nazionale deve essere interpretata in senso conforme al diritto dell'Unione europea⁸⁷.

Nel caso *Corneli*, il Tribunale affermava di dover procedere ad un'interpretazione conforme, ma ricordava i limiti di tale principio, ovvero i principi generali del diritto e il divieto di interpretazione *contra legem* e faceva applicazione di quest'ultima eccezione, ritenendo non possibile superare la lettera del TUB nel caso di specie; raggiunta tale conclusione, il Tribunale riteneva quindi che, in virtù dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, in caso di contrasto tra direttiva e diritto

⁸⁶ Cfr. Corte giust. 27 giugno 1996, C-240/95, *Schmit*, punto 14 e giurisprudenza citata; 16 settembre 2015, C-433/13, *Commissione/Slovenia*, punto 81 e giurisprudenza citata; Tribunale 24 aprile 2018, da T-133/16 a T-136/16, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence/BCE*, punto 84.

⁸⁷ Per una recente ricostruzione del principio di interpretazione conforme, v. A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in materia conforme al diritto dell'Unione*, in *EJ*, 28 maggio 2023.

nazionale di recepimento quest’ultimo dovesse “prevalere”, anche per evitare pregiudizi ai singoli derivanti da un’eventuale applicazione della direttiva in senso verticale alla rovescia.

In *Sber* e *BAWAG*, il Tribunale riteneva di essere tenuto ad effettuare un’interpretazione del diritto nazionale in senso conforme alla direttiva, al pari dei giudici nazionali e ricordava che il fondamento di tale obbligo dovesse essere individuato (sempre al pari di quanto accade per i giudici nazionali) nell’esigenza di tutelare il primato. Tale conclusione non appare condivisibile: se è necessario che i giudici nazionali procedano in questo senso per la tutela del sistema, non pare potersi dire altrettanto per il giudice dell’Unione, che storicamente ha individuato i limiti al primato, per il bilanciamento con e la garanzia di altri valori e interessi, come illustrato da autorevole dottrina⁸⁸, e dunque ben può procedere, ove lo richieda la peculiarità del sistema, diversamente, privilegiando l’applicazione del diritto nazionale. Nel caso di specie, è evidente che la specificità del sistema del MVU e dell’Unione bancaria, ove il diritto nazionale è fortemente integrato con quello dell’Unione europea, porti a ritenere che vi possa essere una scelta espressa del legislatore dell’Unione per l’applicazione del diritto nazionale, in virtù del principio di specialità, anche a scapito del primato.

Peraltro, se la CGUE ha già evidenziato che, in ossequio all’obbligo di interpretazione conforme, occorre cambiare la giurisprudenza nazionale, non potrà però essere il giudice dell’Unione a farlo: il cortocircuito è evidente in *Sber* e *BAWAG*, ove il Tribunale ricorda tale corollario del principio di interpretazione conforme, ma nel caso di specie è la sentenza dello stesso Tribunale a “superare” la sentenza dei giudici nazionali. Dunque, la regola dell’interpretazione conforme, pare travolgere il canone secondo cui nell’interpretazione delle norme nazionali, la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o

⁸⁸ Cfr. L. S. ROSSI, *Il principio del primato come “regola di coesione” dell’ordinamento dell’Unione europea*, in questa *Rivista*, fascicolo speciale n. 1, 2024 Atti del V Convegno nazionale AISDUE Padova, 4/5 novembre 2023, spec. par. 5, ove afferma che «in realtà il primato non è assoluto nemmeno per la Corte, che ha riconosciuto diversi limiti al principio, creando in via giurisprudenziale degli strumenti per garantire flessibilità al principio di fronte a valori importanti per gli Strati membri».

amministrative va valutata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali

L'affermazione dell'obbligo di interpretazione conforme per il giudice dell'Unione nei casi *Sber* e *BAWAG*, inoltre, non risolve i problemi e le aporie sorti in *Corneli*: in tali casi, il Tribunale indica che, ove detta interpretazione non sia possibile, sarà necessario procedere alla disapplicazione del diritto nazionale: questo significa che, ove ne abbia le caratteristiche, sarà possibile applicare una direttiva in pregiudizio dei singoli, secondo l'effetto diretto verticale rovesciato? Autorevole dottrina ha sostenuto che in tale caso la risposta dovrebbe essere affermativa, in ossequio all'obiettivo del regolamento MVU, ovvero l'applicazione del diritto dell'Unione europea⁸⁹.

La risposta sarà data probabilmente dalla Corte di giustizia nella sentenza che chiuderà l'impugnazione del caso *Corneli*.

5.3. *Un possibile rimedio: un rinvio pregiudiziale "all'indietro"*

Alla luce di quanto sopra, emerge chiaramente la difficoltà nell'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE e nell'interpretazione dello stesso da parte del giudice dell'Unione.

Si potrebbe, a tal proposito, immaginare una nuova prospettiva di dialogo tra le corti. Del resto, una maggiore apertura al dialogo tra giudice dell'Unione e corti nazionali, anche nel senso di consentire un confronto sul diritto interno, è già stata suggerita nell'ambito della proposta di istituire una sezione mista, composta da giudici della Corte di giustizia insieme a giudici delle Corti costituzionali, per risolvere questioni di competenza, avanzata dalla dottrina⁹⁰ e ripresa dal *paper* franco-tedesco sulle prospettive di riforma dell'Unione⁹¹. In dottrina, proprio con riferimento allo scrutinio circa l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nel contesto del MVU, è già stato proposto di istituire un «*renvoi prèjudiciel "renversé"*», ovvero dalla Corte di

⁸⁹ Cfr. V. DI BUCCI, *op. cit.*, p. 328.

⁹⁰ Cfr. J. H. H. WEILER, D. SARMIENTO, *The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice*, in *EU Law Live*, June 2020.

⁹¹ Cfr. Report of the Franco-German working group on EU institutional reform, Paris Berlin, 18 September 2023, spec. p. 28: «We recommend the creation of a “Joint Chamber of the Highest Courts and Tribunals of the EU”, structuring the dialogue between European and Member States’ courts».

giustizia alla Corte costituzionale nazionale, limitato all’ipotesi in cui la norma nazionale applicata dalla BCE susciti dei profili di legittimità costituzionale⁹². Il fondamento di tale meccanismo è stato ravvisato nel principio di leale cooperazione di cui all’art. 4, par. 3, TUE⁹³.

Ebbene, tale fondamento potrebbe ben servire anche per un meccanismo più ampio: in questo senso, si potrebbe dare vita, quale ausilio della Corte, ad un rinvio pregiudiziale “alla rovescia” o “all’indietro”, ovvero la possibilità per la Corte e/o per il Tribunale di richiedere alle giurisdizioni nazionali (verosimilmente, le più alte o forse solo la Corte costituzionale) la corretta interpretazione del diritto interno. Si tratterebbe, in fondo, di istituzionalizzare una cooperazione già sperimentata nell’ambito del rinvio pregiudiziale, ove la Corte può già chiedere chiarimenti e precisazioni al giudice nazionale⁹⁴, ed estenderla ad altri procedimenti. Del resto, già in passato il prof. Tesauro osservava che «gli apporti reciproci [tra ordinamento nazionale e dell’Unione] sono infatti inerenti al sistema. La considerazione del diritto degli Stati membri e più in generale di norme “altre” rispetto al diritto dell’Unione è infatti parte necessaria del modo di essere e di operare del giudice dell’Unione. [...] Si tratta [...] di un dialogo tra ordinamenti e fra giudici di diversi ordinamenti, con un continuo scambio di esperienze e di valori, che realizza la ricchezza vera del controllo giurisdizionale sull’armonia dell’intero sistema giuridico comunitario»⁹⁵.

6. Alcune riflessioni conclusive

Nel presente contributo, l’analisi è stata dedicata allo scrutinio da parte della CGUE circa l’interpretazione e l’applicazione del diritto nazionale da parte della BCE, in particolare nell’ambito di procedimenti composti quali quello per l’autorizzazione all’acquisizione o all’incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi, nonché ai

⁹² Cfr. V. DI BUCCI, *op. cit.*, p. 331.

⁹³ *Ivi*, p. 330.

⁹⁴ Cfr. raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale.

⁹⁵ G. TESAURO, *Art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, p. 196 ss., spec. p. 205.

fini dello svolgimento dei suoi compiti ai sensi dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU.

Sono state evidenziate le criticità legate alla cognizione *incidenter tantum* della validità degli atti nazionali da parte della CGUE, nonché circa l'interpretazione e applicazione del diritto nazionale da parte della BCE. In particolare, i casi *Corneli*, *Sber* e *BAWAG* hanno dimostrato la difficile conciliazione tra l'esigenza di rispettare la lettera dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, e dunque applicare il diritto nazionale di trasposizione delle direttive, e garantire il primato, quando tali fonti si pongano in situazione di contrasto non rimediabile attraverso l'interpretazione conforme. Inoltre, tale canone di interpretazione deve essere coordinato con la regola secondo la quale le norme di diritto nazionale devono essere interpretate alla luce della giurisprudenza dei giudici nazionali. A tal proposito, è stato sottolineato come non sia del tutto condivisibile la tesi secondo cui il Tribunale sarebbe tenuto ad effettuare un'interpretazione del diritto nazionale in senso conforme al diritto dell'Unione, essendo tale obbligo delineato per i giudici nazionali, ben potendo, al contrario, il giudice dell'Unione identificare (e in quale modo creare) limiti al primato.

In *Corneli* ha prevalso l'applicazione del diritto nazionale, in ossequio all'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, creando un nuovo "limite" al primato del diritto dell'Unione europea, ritenuto cedevole rispetto al primo per espressa scelta del legislatore dell'Unione. Come è stato illustrato tale opzione è da ritenere condivisibile alla luce delle specificità del sistema del MVU, ove diritto dell'Unione e nazionale si integrano reciprocamente e si stanno sperimentando nuove forme di cooperazione tra le istituzioni nazionali e dell'Unione. In *Sber* e *BAWAG* il Tribunale pare aver adottato un approccio più prudente e rispettoso del primato, che probabilmente sarà condiviso dalla Corte di giustizia nella sentenza sull'impugnazione di *Corneli*, attesa nei prossimi mesi. Ad oggi tale soluzione lascia tuttavia aperti i problemi relativi all'eventuale applicazione delle norme di una direttiva in pregiudizio di un singolo.

Tali questioni hanno evidenziato la necessità per la CGUE di trovare nuove soluzioni per l'interpretazione del diritto nazionale: un possibile strumento potrebbe essere un rinvio pregiudiziale "all'indietro", per consentire alla Corte di giustizia di avere lumi sull'interpretazione del

I. Anrò – Il diritto nazionale al vaglio della CGUE nell’ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico

diritto nazionale ed instaurare un dialogo costruttivo nell’obiettivo condiviso di creare un sistema di tutela completo.

ABSTRACT (ITA)

Nell'ordinamento dell'Unione europea è possibile rinvenire, con una certa frequenza, il riferimento al diritto nazionale, ad integrazione e completamento delle norme dell'Unione. Inoltre, la Corte di giustizia dell'Unione europea, nello svolgere il proprio compito di garante del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati, si trova frequentemente a confrontarsi con il diritto nazionale, sia processuale che sostanziale (ad esempio nell'ambito del rinvio pregiudiziale e della procedura di infrazione).

Nell'ambito dell'Unione bancaria, il diritto nazionale viene in rilievo secondo una nuova prospettiva. In particolare, nell'ambito del primo pilastro dell'Unione bancaria, il Meccanismo di Vigilanza Unico, sono state sperimentate nuove forme di cooperazione tra la Banca Centrale Europea e le autorità nazionali competenti, da un lato introducendo numerosi procedimenti composti e dall'altro lato prevedendo che detta istituzione possa applicare direttamente il diritto nazionale degli Stati membri.

L'analisi dell'applicazione del diritto nazionale da parte delle BCE nonché del successivo scrutinio da parte della CGUE, in tale contesto, consente di osservare un nuovo modello di integrazione, ove diritto nazionale e dell'Unione si affiancano nella realizzazione di obiettivi comuni, secondo logiche diverse rispetto alla tradizionale applicazione del primato e dell'interpretazione conforme.

Il presente contributo è dedicato allo studio di tale interazione tra diritto nazionale e dell'Unione europea, con particolare attenzione alle criticità derivanti dalla cognizione (benché *incidenter tantum*) degli atti nazionali da parte della CGUE, nonché circa l'interpretazione e l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE, ipotizzando nuove prospettive di dialogo tra giudice nazionale e dell'Unione europea.

ABSTRACT (ENG)

It is possible to find, with some frequency, reference to national law in the European Union legal order, to supplement and complement the European Union rules. Moreover, the Court of Justice of the European

Union, in carrying out its task of ensuring that the law is observed in the interpretation and application of the treaties, is frequently confronted with national law, both procedural and substantive (e.g., in the context of the preliminary ruling and of the infringement proceedings).

In the context of the Banking Union, national law comes to the fore in a new perspective. In particular, within the first pillar of the banking union, the Single Supervisory Mechanism, new forms of cooperation between the European Central Bank and the competent national authorities have been experimented with, on the one hand by introducing numerous compound procedures and, on the other hand, by providing that this institution can directly apply the national law of the Member States.

The analysis of the application of national law by the ECB, as well as the subsequent scrutiny by the CJEU in this context, makes it possible to observe a new model of integration, where national and Union law stand side by side in the realisation of common objectives according to different logics than the traditional application of primacy and consistent interpretation.

This contribution is devoted to the analysis of this interaction between national and EU law, with a particular focus on the critical issues arising from the CJEU’s (albeit incidental tantum) appreciation of national acts, as well as on the ECB’s interpretation and application of national law, hypothesising new perspectives of dialogue between national and EU courts.