

LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XXXIX

a cura di
GIORGIO CIAN
ALBERTO MAFFEI ALBERTI
PIERO SCHLESINGER

4/2016

> edicolaprofessionale.com/NLCC

Direzione:

G. Balena, M. Campobasso, M. Cian, G. De Cristofaro,
M. De Cristofaro, F. Delfini, G. Guerrieri, M. Meli,
S. Menchini, E. Minervini, S. Pagliantini, D. Sarti

Redattore capo:

A. Finessi

La nuova disciplina delle convivenze (l. n. 76/16)

I contratti di convivenza (l. n. 76/16)

**Il prestito vitalizio ipotecario (l. n. 44/15;
d.m. n. 226/15)**

**Tutela degli utenti e comunicazione elettronica
(Reg. UE n. 2015/2120)**

**Registro delle imprese ed altri strumenti
pubblicitari**

Ancora sulla “saga” dei derivati

**Concorrenza e *level playing field* europeo
nella gestione collettiva dei diritti d'autore
e connessi**

**Poteri di vigilanza della Banca d'Italia alla luce
delle nuove norme sulla crisi bancaria**



Wolters Kluwer

TANIA TOMASI (*)

Assegnista di ricerca nell'Università di Ferrara

I POTERI DI VIGILANZA DELLA BANCA D'ITALIA ALLA LUCE DELLE NUOVE NORME SULLA CRISI BANCARIA. RIFLESSIONI SULLA DISCIPLINA CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL CASO DELLA CASSA DI RISPARMIO DI FERRARA S.P.A.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo. – 3. Il sistema di vigilanza unico. – 4. Rapporti tra BCE e Banca d'Italia. – 5. Natura giuridica del rapporto tra BCE e Banca d'Italia. – 6. I poteri della Banca d'Italia nella gestione anticipata della crisi: le misure preparatorie (piani di risanamento, piani di risoluzione e misure di intervento precoce). – 7. I poteri di vigilanza della Banca d'Italia nelle procedure di gestione della crisi: le misure risanatorie (risoluzione e procedura di amministrazione straordinaria) e l'opzione liquidatoria (liquidazione coatta amministrativa). – 8. Prassi di vigilanza ai primi sintomi della crisi della banca. – 9. Spunti di riflessione sull'esercizio dei poteri di vigilanza nel caso CARIFE. – 10. *Quid iuris* per creditori non garantiti ed azionisti della "vecchia" Carife?

1. Premessa.

La disciplina nazionale sulla crisi bancaria negli ultimi anni è stata interessata da una penetrante e progressiva opera di adeguamento alla normativa europea, che ha introdotto importanti modifiche all'assetto regolamentare delle banche e delle imprese di investimento.

Questo processo si inserisce in un progetto di più ampia portata, volto a dare vita progressivamente ad un più solido ed efficace quadro normativo ed istituzionale europeo, che va sotto il nome di Unione bancaria⁽¹⁾,

(*) Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del Comitato per la valutazione scientifica.

(¹) Il riferimento è, in particolare, al *Single Supervisory Mechanism* e al complementare *Single Resolution Mechanism*, introdotti, rispettivamente, mediante: *i*) il reg. UE n. 1024/2013, che ha istituito, a partire dal 4 novembre 2014, un meccanismo di vigilanza unico, costituito dalla BCE e dalle autorità nazionali competenti dei paesi partecipanti. Cfr. il 6° *considerando* del citato regolamento, secondo cui: "In molti casi la stabilità di un ente creditizio è ancora strettamente legata allo stato membro in cui è stabilito. I dubbi sulla sostenibilità del debito pubblico, sulle prospettive di crescita economica e sulla solidità degli enti creditizi hanno alimentato tendenze di mercato che si rinforzano a vicenda, con possibili conseguenze in termini sia di rischi per la solidità di alcuni enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario nella zona euro e nell'Unione nel suo complesso, sia di imposizione di

nel quale la Banca Centrale Europea (nel prosieguo BCE), in veste di ente posto al vertice del sistema finanziario dell'Unione⁽²⁾, è supervisore, in forza delle nuove competenze assegnatele in merito alla vigilanza degli enti creditizi dell'Unione.

L'intento del legislatore è quello di contribuire alla correttezza ed alla solidità degli enti creditizi ed alla stabilità del sistema finanziario, per realizzare così una soluzione strutturale alle frammentazioni e alle distorsioni dei sistemi bancari dei singoli paesi membri che tuttora ostacolano la creazione di un effettivo mercato unico dei servizi finanziari.

Volendo anticipare alcune considerazioni che saranno meglio trattate successivamente, si può evidenziare, in via generale, che in questo scenario la disciplina dell'Unione europea, pur facendo pieno affidamento sulle capacità e sulla efficienza degli apparati di controllo domestici, che non vengono eliminati⁽³⁾, ha assegnato inequivocabilmente alla BCE compiti e responsabilità preminenti e sovraordinati a quelli delle autorità nazionali. A tale riguardo, emerge la necessità di un raccordo tra queste ultime e BCE, procedendo ad una rivisitazione e ad una riorganizzazione di diversi aspetti degli ordinamenti interni, nonché introducendo, se del caso, opportuni correttivi, volti ad adeguare la configurazione dei sistemi giuridici

pesanti oneri a carico delle finanze pubbliche già in difficoltà degli stati membri interessati". Per un approfondimento sul tema, v. ANGELINI, GRANDE e PANETTA, *The negative feedback loop between banks and sovereigns*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 213, Banca d'Italia, 2014, *passim*; ii) il reg. UE n. 806/2014, che ha introdotto, a partire dal 1 gennaio 2016, il meccanismo di risoluzione unico. È altresì prevista l'istituzione di un fondo di risoluzione unico per il finanziamento dei programmi di risoluzione (*Single Resolution Fund*) alimentato dai contributi degli intermediari dei paesi dell'area dell'euro con un piano di versamenti distribuito in 8 anni, senza utilizzo di denaro pubblico. Il sistema così delineato è formato dalle Autorità nazionali di risoluzione (*National Resolution Authority*) e dal Comitato di risoluzione unico (*Single Resolution Board*), un'agenzia europea per l'esercizio delle funzioni di risoluzione, nel cui *board* sono presenti anche i rappresentanti delle autorità nazionali.

(2) Cfr. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Roma, 2013, 73, p. 22 ss.; CAPRIGLIONE, *L'unione bancaria europea*, Torino, 2013, p. 37 ss., che ha evidenziato la "premessa logica della formula ordinatoria" che assegna alla BCE le nuove competenze riguardanti la vigilanza sugli enti creditizi dell'Unione bancaria, affermando che "la vigilanza unica trova compendio in un quadro disciplinare caratterizzato dall'orientamento del regolatore di non disperdere il patrimonio conoscitivo delle autorità nazionali di controllo; di fondo, si individua l'intento di ottimizzare l'attività fino ad oggi svolta da queste ultime. Il perseguimento della stabilità finanziaria viene incentrato, quindi, su processi cognitivi che tengano nel debito conto le condizioni degli intermediari sui quali si esercita la supervisione".

(3) In questo senso, CAPRIGLIONE, *L'unione bancaria europea*, cit., p. 65.

dei singoli paesi membri alla funzione partecipativa che sono chiamati ad esercitare a livello comunitario.

Tornando all'ordinamento bancario italiano e, nella specie, alla disciplina della crisi della banca, oggetto della presente analisi, si può evidenziare che il legislatore nazionale, nell'attuare l'obbiettivo di armonizzare a livello europeo la materia, ha introdotto norme ed istituti, allo stato parzialmente in fase elaborativa, che incidono significativamente sulle categorie nazionali. Infatti, la nuova disciplina fa propri concetti di derivazione europea che erano del tutto estranei alla impostazione della disciplina del testo unico bancario. Il tema è particolarmente rilevante, perché determina profonde ripercussioni anche sulla concezione del rapporto tra responsabilità e rischio di impresa nelle società bancarie ed in quelle di gruppo. Inoltre, lo stesso interessa direttamente le norme sul funzionamento della vigilanza nazionale e, dunque, principalmente, l'attività della Banca d'Italia⁽⁴⁾.

Proprio su quest'ultimo aspetto si svolgerà l'indagine che segue, nel tentativo di delineare questi poteri di vigilanza, nuovi o rivisitati, della autorità nazionale nel peculiare contesto della patologia bancaria.

Si precisa che si limiterà l'attenzione sulle banche individuali, non essendo intenzione di questa disamina affrontare il delicato tema dei gruppi bancari che, per importanza e complessità, meriterebbe riflessioni in una trattazione autonoma.

Prima di dar seguito all'indagine, non si può prescindere da un, seppure breve, inquadramento del tema nel contesto normativo di riferimento.

2. *Il quadro normativo.*

Seguendo l'impostazione sopra delineata, il ruolo principe è svolto dalla dir. 2014/59/UE *Bank Recovery and Resolution Directive*, nel prosieguo Direttiva BRRD⁽⁵⁾, che istituisce “un quadro armonizzato a

(4) Come noto, la Banca d'Italia, in qualità di banca centrale dello Stato italiano, a partire dal 1 giugno 1998 è entrata a far parte del Sistema Europeo di banche centrali (SEBC) a cui, unitamente alla BCE, è stata affidata, dal 1 gennaio 1999, la politica monetaria dell'Unione Economica e Monetaria (UEM) ed altre competenze prima spettanti alle banche centrali degli Stati membri. L'art. 19, comma 1°, l. n. 262/05, che ha introdotto *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, dispone che la Banca d'Italia “è parte integrante del Sistema Europeo di banche centrali ed agisce secondo gli indirizzi e le istituzioni della BCE”.

(5) La dir. 2014/59/UE, approvata in data 15 maggio 2014 dal Parlamento europeo e dal Consiglio, è parte di un “pacchetto normativo” complesso, che comprende altresì la dir.

livello comunitario in tema di risanamento e di risoluzione degli enti creditizi” (6).

Come è stato rilevato, si tratta del primo concreto tentativo di armonizzazione sul tema, volto, primariamente, ad evitare, o a ridurre al minimo, gli interventi pubblici di salvataggio delle banche che nella storia sono sempre stati utilizzati (7), ma che, più di recente, hanno implicato un aggravamento del debito di molti Stati membri, trasferendo così, in ultima istanza, il rischio dell’insolvenza bancaria sui contribuenti (8).

La disciplina dell’Unione si prefigge, dunque, una serie di obiettivi. Sotto questo profilo rileva, anzitutto, la necessità di affrontare il dissesto degli istituti di credito tempestivamente. Inoltre, come si evince dalla stessa lettera della norma, si vuole “garantire la continuità delle funzioni essenziali degli enti coinvolti, evitare effetti negativi sulla stabilità finanziaria, preservare l’integrità delle finanze pubbliche, nonché tutelare i depositanti e gli investitori c.d. protetti” (9).

2014/49/UE (c.d. *Deposit Guarantee Scheme Directive* o “DGSD”) sui sistemi di garanzia dei depositanti e il già menzionato reg. UE n. 806/2014, che istituisce il meccanismo di risoluzione unico nell’Unione Europea. Per una riflessione sul percorso che, partendo dai *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* elaborati dal *Financial Stability Board* (FSB) nell’ottobre 2011, ha condotto all’adozione della *Bank Recovery and Resolution Directive*, si rinvia a HAENTJENS, *Work of International Organizations on Bank Recovery and Resolution: An Overview*, in HAENTJENS e WESSELS (a cura di), *Bank Recovery and Resolution*, L’Aja, 2014, p. 3 ss.

(6) L’ambito di applicazione soggettivo della Direttiva BRRD è costituito da: “a) enti stabiliti nell’Unione; b) enti finanziari stabiliti nell’Unione come filiazioni di un ente creditizio o di un’impresa di investimento o di una società di cui alle lettere c) o d), soggetti alla vigilanza dell’impresa madre su base consolidata in conformità degli articoli da 6 a 17 del regolamento (UE) n. 575/2013; c) società di partecipazione finanziaria, società di partecipazione finanziaria mista e società di partecipazione mista stabilite nell’Unione; d) società di partecipazione finanziaria madri in uno Stato membro, società di partecipazione finanziaria madri nell’Unione, società di partecipazione finanziaria mista madri in uno Stato membro, società di partecipazione finanziaria mista madri nell’Unione; e) succursali di enti stabiliti o ubicati al di fuori dell’Unione secondo le specifiche condizioni previste nella presente direttiva” (cfr. art. 1, par. 1, Direttiva BRRD). Posto l’oggetto del presente lavoro, si limiteranno le considerazioni unicamente agli enti creditizi.

(7) VALIGNANI, *Manuale di diritto della banca*, Padova, 2006, p. 9 ss., che, in particolare, ha affermato che “la storia della banca in Italia è, per una parte non trascurabile, una storia di crisi”, richiamando a sua volta l’autore Mario Porzio, che nel suo manuale di diritto e legislazione bancaria ha preso le mosse dalla crisi della Banca di Sconto.

(8) Cfr. il 1° *considerando* della direttiva in oggetto.

(9) In particolare, l’obiettivo del legislatore comunitario è stato quello di dare attuazione ai principi in materia di risoluzione delle crisi bancarie elaborati nell’ottobre 2011 dal *Financial Stability Board* e sottoposti nel novembre 2011 ai capi di stato e di governo riuniti nel G-20 a Cannes. Ai fini del recepimento nella normativa interna degli stati membri, la Direttiva BRRD ha disposto che “gli stati membri adottino e pubblichino entro il 31 dicembre 2014 le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per

Traducendo questi obbiettivi in termini *law and economics*, il nuovo regime normativo si propone di ridurre al minimo i fenomeni di *moral hazard*, rafforzando così la disciplina di mercato, nonché contenendo gli incentivi all'assunzione di un livello eccessivo di rischio da parte di intermediari, azionisti e creditori.

In Italia il recepimento della disciplina comunitaria è avvenuto mediante la cd. "legge di delegazione europea 2014"⁽¹⁰⁾, che include, fra l'altro, i criteri di delega al Governo per l'attuazione della Direttiva BRRD. In forza della delega conferita, il Governo italiano ha approvato i dd.lgs. 16 novembre 2015, nn. 180⁽¹¹⁾ e 181⁽¹²⁾, in *G.U.* n. 267 del 16 novembre 2015⁽¹³⁾.

conformarsi alla presente direttiva. Essi comunichino immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni [...] ed applichino tali disposizioni a decorrere dal 1° gennaio 2015, salvo per quanto riguarda le disposizioni adottate per conformarsi al titolo IV, capo IV, sezione 5 [relative allo strumento del *bail-in*], da applicarsi al più tardi a decorrere dal 1° gennaio 2016" (art. 130, par. 1, Direttiva BRRD). Con particolare riferimento allo strumento del *bail-in*, l'art. 8, comma 1°, lett. b, l. n. 144/15 ha disposto che, nell'esercizio della delega, il Governo è tenuto a prevedere che lo strumento del *bail-in* "si applichi a partire dal 1° gennaio 2016, valutando inoltre l'opportunità di stabilire modalità applicative del *bail-in* coerenti con la forma societaria cooperativa".

⁽¹⁰⁾ Si tratta della l. 9 luglio 2015, n. 144, in *G.U.* n.176 del 31 luglio 2015 – Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2014.

⁽¹¹⁾ Cfr. d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 – Attuazione della dir. 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, cd. decreto BRRD, che ha istituito un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che ha modificato la dir. 82/891/CEE del Consiglio, e le dirr. 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 regg. UE nn. 1093/2010 e 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio. In particolare, il predetto decreto reca la disciplina in materia di predisposizione di piani di risoluzione, avvio e chiusura delle procedure di risoluzione, adozione delle misure di risoluzione, gestione della crisi di gruppi internazionali, poteri e funzioni dell'autorità di risoluzione nazionale e disciplina del fondo di risoluzione nazionale.

⁽¹²⁾ Cfr. d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181 - Modifiche del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (t.u.b.) e del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 (t.u.f.) in attuazione della dir. 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 dir. 82/891/CEE del Consiglio, e le dirr. 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 regg. UE nn. 1093/2010 e 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio. In particolare, il suddetto decreto modifica il t.u.b. per introdurre la disciplina dei piani di risanamento, del sostegno finanziario infragruppo, delle misure di intervento precoce, mentre l'amministrazione straordinaria delle banche viene allineata alla disciplina europea. Viene inoltre modificata la disciplina della liquidazione coatta amministrativa per adeguarla al nuovo quadro normativo previsto dalla Direttiva BRRD e apportare alcune innovazioni alla luce della prassi applicativa.

⁽¹³⁾ I testi dei decreti legislativi n. 180 e 181 sono stati adottati in esito ad un proce-

Si deve precisare che, anche a seguito dell'adozione di questi provvedimenti normativi, la disciplina nazionale non può ancora considerarsi completata, in quanto, in conformità a quanto previsto nella legge di delega⁽¹⁴⁾, il Decreto BRRD prevede l'intervento della Banca d'Italia per la definizione della disciplina di attuazione e dettaglio⁽¹⁵⁾.

Nella logica ricognitiva sopra anticipata, un'ulteriore preliminare notazione è doverosa e riguarda l'ambito del diritto della "crisi della banca".

Occorre infatti precisare che il termine "crisi" viene utilizzato in questa sede senza una connotazione tecnica puntuale, mancandone una definizione normativa non soltanto nel diritto bancario, ma anche, più in generale, nell'ordinamento⁽¹⁶⁾. Con questa locuzione, "crisi della banca",

dimento di pubblica consultazione avviato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento del Tesoro conclusosi in data 12 agosto 2015. Il testo dei documenti sottoposti a pubblica consultazione è disponibile sul sito Internet del Ministero al seguente link: http://www.dt.tesoro.it/it/consultazioni_pubbliche/consultazioni_pubbliche_online_storico/consultazione_pubblica_dirett_2014_59_ue.html.

⁽¹⁴⁾ L'art. 8, comma 1°, lett. e, l. n. 144/15 dispone che, nell'esercizio della delega, il Governo è tenuto a "prevedere, ove opportuno, il ricorso alla disciplina secondaria adottata dalla Banca d'Italia".

⁽¹⁵⁾ Da ultimo, si pone cronologicamente la Comunicazione Consob del 24 novembre 2015 n. 0090430, recante indicazioni circa gli obblighi gravanti sugli intermediari nella prestazione dei servizi ed attività di investimento, nonché nella prestazione dei servizi accessori.

⁽¹⁶⁾ È stato infatti rilevato che il termine "crisi", di recente acquisizione nella scienza e nella pratica giuridica, presenta molteplici profili di ambiguità. Sul tema, cfr., per una generale ricostruzione critica: GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986, *passim*; Id., *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, *passim*; GUATRI e VICARI, *Sistemi di impresa e capitalismi a confronto. Creazione di valore in diversi contesti*, Milano, 1994, *passim*; MIGLIETTA, *La gestione dell'impresa tra competizione e valore*, Milano, 1999, *passim*; DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 17 ss.; ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento*, Milano, 2003, p. 146 ss. Tra i giuristi che sottolineano il carattere prettamente economico, piuttosto che giuridico, del termine "crisi", cfr. SANDULLI, *La crisi economica dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 970 ss. Nella attuale legge fallimentare la situazione di crisi viene meramente indicata all'art. 160 l. fall. come condizione oggettiva per poter accedere alle soluzioni concordate di superamento della crisi d'impresa alternative al fallimento. L'apertura della procedura di fallimento ha invece come presupposto una fattispecie di crisi qualificata, che il diritto riconduce allo stato di insolvenza ai sensi dell'art. 5 l. fall., e cioè a quello "stato patologico" in cui le disfunzioni organizzative e gestionali, nonché gli squilibri di tipo economico e finanziario maturati all'interno dell'organizzazione, si manifestano all'esterno attraverso "l'incapacità di un regolare adempimento delle obbligazioni contratte". Per un confronto tra situazione di crisi e stato di insolvenza, v., in giurisprudenza, Cass. 28 giugno 1985, n. 3877, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 409 ss., che ha affermato che l'insolvenza "si identifica con uno stato di impotenza funzionale e non transitoria a soddisfare le obbligazioni contratte dall'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dall'esperienza economica, nella incapacità di produrre beni con margini di redditività tali da essere sufficienti per la copertura delle esigenze dell'impresa e tra queste, in primo luogo, l'estinzione dei debiti; nonché nella impossibilità di

che trova esplicita menzione, peraltro al plurale, nella rubrica dell'art. 17 del d.lgs. n. 180/2015, laddove vengono indicati i “*presupposti comuni alle procedure di gestione*”, appunto, “*delle crisi*”, si intende fare riferimento a quei presupposti oggettivi, oltremodo modificati dagli interventi del legislatore riformatore di cui si discute, che fanno scattare l'adozione di una delle nuove misure introdotte nel testo unico bancario (nel prosieguo t.u.b.), ovvero l'apertura di una procedura concorsuale risanatoria o liquidatoria. In questo senso, il perimetro che delimita la disciplina della crisi della banca è necessariamente più ampio rispetto a quello caratteristico della normativa previgente⁽¹⁷⁾. Infatti, secondo la formulazione pre-riforma, la gestione della situazione di patologia della banca entrava in gioco unicamente a partire dal momento in cui veniva verificata la presenza dei presupposti per l'accesso alla procedura di amministrazione straordinaria, e quindi, ai sensi dell'art. 70, comma 1°, t.u.b., nella formulazione previgente, dinanzi a: *i*) gravi irregolarità ovvero gravi violazioni di disposizioni di legge, amministrative o statutarie che regolano l'attività bancaria; *ii*)

ricorrere al credito in condizioni normali e senza essere costretti a ravvisare decurtazioni del patrimonio”. Nello stesso senso: Cass. 1° dicembre 2005, n. 26217, in *Massimario Giust. civ.*, 2005, p. 12; Cass. 30 settembre 2004, n. 19611, in *Massimario. Giur. it.*, 2004, p. 1481; Cass. 28 marzo 2001, n. 4455 in *Fallimento*, 2001, p. 621 ss. In dottrina: STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 121; BIONE, Sub Art. 5, in SCIALOJA e BRANCA (A CURA DI), *Commentario della legge fallimentare*, Bologna, 1974, p. 196 ss.; BONSIGNORI, *Fallimento*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. comm.*, V, Torino, 1990, p. 381; CARDINALI, *Fallimento*, in GHIA, PICCININNI e SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, I, p. 412 ss.; FERRARA e BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 139 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Fallimento (Presupposti)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 17 ss.; GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 23 ss. Per una ricostruzione dello stato di insolvenza e delle sue manifestazioni, v., *ex multis*, SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 26 ss.; SANDULLI, *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 34 ss.; SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, p. 15 ss.; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2015, p. 36 ss.; FIALE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 2015, p. 75 ss.; cfr., infine, la definizione riportata già da DE VINCENTIS, *Insolvenza colpevole*, in *Digesto it.*, XIII, Torino, 1902-1906, p. 1202.

Da ultimo, si evidenzia che l'esigenza di una definizione di “crisi di impresa” è particolarmente sentita dal legislatore, che ne ha prevista l'introduzione nello schema di disegno di legge delega del 25 novembre 2015 recante la “*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*”, elaborato dalla Commissione Rordorf. Sul tema, cfr. il testo del disegno di legge, che, ai sensi dell'art. 2, comma 1°, lett. c, del citato d.d.l., indica tra i criteri direttivi, quello di “introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'articolo 5, r.d. 16 marzo 1942, n. 267”.

⁽¹⁷⁾ Per una breve disamina dei presupposti di accesso alle procedure, rispettivamente, di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa di cui al t.u.b., cfr. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2014, p. 260 ss.

previsione di gravi perdite del patrimonio; *iii*) richiesta di scioglimento degli organi della banca con istanza motivata degli organi amministrativi o dell'assemblea straordinaria. Come noto, i presupposti per l'eventuale disposizione della gestione provvisoria, ovvero per l'accesso alla liquidazione coatta amministrativa, erano gli stessi indicati sopra, differendo, rispettivamente, sotto il profilo della sussistenza di ragioni di assoluta urgenza, nonché sotto l'aspetto quantitativo in termini di eccezionale gravità⁽¹⁸⁾.

La disciplina attuale, invece, interviene in un momento di gran lunga anticipato. Si può infatti sostenere che la prima situazione rilevante sia l'emersione di segnali di "*significativo deterioramento delle condizioni finanziarie o patrimoniali della banca*"⁽¹⁹⁾ che impone l'adozione di una misura gestoria, per lo più "interna" all'ente creditizio interessato e che viene identificata nel riesame e nella modifica della pianificazione dell'esercizio dell'attività bancaria, *ex art. 7, comma 4°, d.lgs. n. 180/15*, che disciplina i piani di risoluzione individuali.

L'anticipazione dell'intervento per riportare in equilibrio fisiologico la banca non si ravvisa solamente sul terreno dei rimedi interni. Invero, anche in relazione agli strumenti "esterni" di superamento delle criticità bancarie, il momento rilevante è precedente alla crisi conclamata, essendo identificato, ai sensi dell'art. 17 del citato decreto, nel "*dissesto*" o "*rischio dissesto*". L'intento è quindi quello di volere ricomprendere tutte quelle situazioni definite dagli autori in termini di "pre-crisi", ove si presentano meramente i sintomi di difficoltà non ancora esistenti.

Si aggiunge che il legislatore riformatore ha voluto introdurre una disciplina di gestione anche nelle ipotesi in cui si prevede che i segnali di una crisi si presenteranno nel prossimo futuro. Trova dunque spazio una diagnosi della crisi dell'ente creditizio che, in quanto tale, si articola nell'attività di rilevazione dei sintomi e di accertamento degli stessi, al fine di procedere alla scelta del rimedio più efficace ed efficiente. Ma vi è di più. Infatti, la disciplina sulla crisi della banca così riformata è stata pensata per trovare applicazione ancora prima, posto che è stato introdotto un

(18) Il riferimento è all'art. 76 t.u.b. vecchia formulazione, che attribuiva alla Banca d'Italia il potere di disporre, direttamente ed autonomamente, la gestione provvisoria dell'ente creditizio, qualora dinanzi ai presupposti di cui all'art. 70 t.u.b. sussistessero le menzionate ragioni di assoluta urgenza; nonché all'art. 80 t.u.b. nella formulazione previgente, che anch'esso richiamava i comuni presupposti di cui all'art. 70 t.u.b., condizionando l'apertura della liquidazione coatta amministrativa alla qualifica degli stessi in termini di eccezionale gravità.

(19) Cfr. art. 69 *quater* t.u.b.

meccanismo di allerta e prevenzione che deve essere adottato dagli istituti di credito nel corso della ordinaria e fisiologica attività d'impresa.

Tornando al presupposto oggettivo rilevante ai fini dell'applicazione delle procedure di gestione della crisi bancaria, è il comma 2° del citato art. 17 del d.lgs. n. 180/15 a delinearne il contenuto, disponendo che la banca è considerata in "dissesto" o a "rischio di dissesto" qualora sussista una o più delle seguenti situazioni: *a)* risultano irregolarità nell'amministrazione o violazioni di disposizioni legislative, regolamentarie o statutarie che regolano l'attività della banca di gravità tale che giustificherebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività; *b)* risultano perdite patrimoniali di eccezionale gravità, tali da privare la banca dell'intero patrimonio o di un importo significativo del patrimonio; *c)* le sue attività sono inferiori alle passività; *d)* essa non è in grado di pagare i propri debiti alla scadenza; *e)* elementi oggettivi indicano che una o più delle situazioni indicate nelle lettere *a)*, *b)*, *c)* e *d)* si realizzeranno nel prossimo futuro; *f)* è prevista l'erogazione di un sostegno finanziario pubblico straordinario a suo favore, ai sensi del successivo art. 18, per evitare o porre rimedio a una grave perturbazione dell'economia e preservare la stabilità finanziaria.

3. *Il sistema di vigilanza unico.*

Definito il quadro in cui si situa l'oggetto della presente disamina, si può ora continuare nell'analisi qui prospettata, addentrandosi quindi in una lettura della nuova architettura istituzionale della vigilanza sulla crisi bancaria⁽²⁰⁾, nonché della normativa secondaria di attuazione, che prevede un sistema complesso di ripartizione delle competenze tra BCE ed autorità nazionali.

A questo proposito, si procederà, dapprima, tentando di delineare i criteri utilizzati dal legislatore per individuare i poteri delle due autorità, BCE e Banca d'Italia, nella gestione della crisi degli enti creditizi, per poi porre l'attenzione sull'aspetto relativo alla natura del rapporto tra le due istituzioni.

Quanto al primo profilo, è sostenibile che il *discrimen* tra le funzioni della BCE e quelle della Banca d'Italia sia piuttosto complesso, in quanto definito mediante un criterio di ripartizione per così dire misto.

⁽²⁰⁾ La vigilanza unica trova disciplina nel reg. UE n. 1024/2013. In particolare, per quanto riguarda la ripartizione delle competenze tra livello europeo e livello domestico, il riferimento è all'art. 4 del citato regolamento.

Infatti, la competenza della BCE viene individuata, a volte sulla base della materia, a volte facendo riferimento alle dimensioni del soggetto vigilato. Nel tentativo di operare una classificazione, è possibile sostenere l'esistenza, in primo luogo, di materie di competenza esclusiva della BCE. Seguono poi materie "concorrenti", nell'ambito delle quali la competenza è attribuita alla BCE o alla autorità nazionale sulla base di criteri principalmente legati alle dimensioni dell'intermediario interessato. Sotto questo profilo, si distingue tra ente "di significativa rilevanza" e quello "meno rilevante". Qualora si tratti di un ente "*of significant relevance*" o di un ente che abbia richiesto l'assistenza finanziaria dello *European Stability Mechanism* (ESM), la competenza spetta alla BCE. Nel caso invece in cui si tratti di un ente "*less significant*", l'autorità competente è quella nazionale. Infine, si ravvisano materie di competenza esclusiva delle autorità nazionali.

Le materie di competenza esclusiva della BCE riguardano poteri che abbracciano profili particolarmente rilevanti e determinanti dell'azione di vigilanza, che hanno immediate ripercussioni sulla gestione della crisi bancaria. Anzitutto, rileva in capo alla BCE il potere decisionale relativo all'ingresso sul mercato e agli assetti proprietari di tutte le banche e, quindi, per quanto in questa sede più interessa, è accentrato in capo alla BCE il potere di revoca (così come quello di autorizzazione) all'esercizio dell'attività bancaria. In queste circostanze alla Banca d'Italia sono affidati importanti poteri istruttori.

Inoltre, la BCE può, sempre per qualsiasi ente creditizio, adottare misure specifiche dinanzi ad alcune anomalie. In particolare, la BCE può intervenire qualora le banche non rispettino i requisiti prudenziali o vi siano elementi nella situazione finanziaria e organizzativa della banca che non permettano una gestione solida e la copertura dei suoi rischi. Si tratta dei provvedimenti che vengono di norma individuati tra le misure di "*early intervention*". In queste ipotesi, tra i provvedimenti che la BCE può assumere, si segnalano, esemplarmente: l'applicazione di requisiti patrimoniali più stringenti di quelli ordinari, il divieto di distribuzione degli utili e il potere di rimuovere uno o più amministratori.

Tra le materie c.d. "concorrenti" rientrano quelle che prevedono compiti di ordinaria supervisione. Si tratta di poteri che afferiscono alla verifica del rispetto della disciplina prudenziale nelle componenti qualitative (organizzazione, governo societario, remunerazioni), in quelle quantitative (requisiti patrimoniali, concentrazione dei rischi, liquidità, *leverage*) e di informativa al pubblico; la conduzione del processo di revisione e valutazione prudenziale e degli stress test; la vigilanza su base consolidata e

quella supplementare sui conglomerati finanziari; i piani di risanamento e le misure di intervento precoce; alcuni compiti in materia di vigilanza macroprudenziale.

Questi poteri per le banche “*of significant relevance*” sono attribuiti alla BCE, che li esercita avvalendosi dei c.d. “*Joint Supervisory Teams*”, i cui membri sono selezionati prevalentemente dalla autorità nazionale. Ciò implica che la Banca d'Italia conserva un ruolo fondamentale, ai fini istruttori, anche con riferimento alle banche di rilevanza significativa.

Per gli istituti di credito “*less significant*”, i medesimi poteri spettano alla Banca d'Italia, che continua quindi a svolgere un'attività volta a verificare il rispetto di un insieme di regole armonizzate a livello europeo che incidono sull'intera attività e organizzazione degli enti creditizi. Tuttavia, anche quest'attività deve essere svolta seguendo le modalità stabilite in modo unitario dall'Autorità Bancaria Europea (EBA) ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ L'EBA è stata istituita con il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, n. 1093. Per una riflessione sulla ripartizione di competenze tra BCE e EBA, v., *ex multis*, DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca Centrale Europea e L'autorità Bancaria Europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 4, p. 1221 ss.; v. anche FERRAN e BABIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2013, p. 255 ss.; cfr. anche WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism or «SSM», Part One of the Banking Union*, in *NBB Working Paper Research series*, aprile 2014, n. 255. L'A. ha osservato: “in each of the 28 Member States, supervisors operate, on the basis of harmonised but far from identical regulations. The system results in considerable differences, both in supervisory strictness, authority and methodology, sometimes making the exchange of views and cooperation among supervisors quite difficult and differences of strictness, reliability or even sophistication. If all states followed comparable regulatory provisions this would certainly contribute to supporting confidence, but would still be imperfect as practices would continue to diverge: therefore, harmonised – or even better integrated – supervision may be equally or even more important than regulation. Harmonised regulation would not reduce the risk of regulatory arbitrage and of national bias, two forces that have undermined the quality of supervision, while producing considerable structural consequences in the European banking and financial system”.

Cfr., inoltre, PEREZ, *L'azione finanziaria europea nel tempo della crisi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, p. 1043 ss.; in argomento anche le considerazioni svolte da OCCHIENA, *La riforma della vigilanza finanziaria dell'Unione europea*, in *Dir. econ.*, 2010, p. 637 ss.; CIRAOLO, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari, dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria*, in *Dir. econ.*, 2011, p. 415 ss.; WYMEERSCH, *The Reforms of the Financial Supervisory System - An overview*, in *European Company and Financial Law Review*, 2010, 7, p. 240 ss.; PELLEGRINI, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo: funzioni e limiti della supervisione*, in *Riv. trim. dir. eur.*, 2012, p. 2 ss.; GUARRACINO, *Supervisione bancaria europea. Sistema delle fonti e modelli teorici*, Padova, 2012, p. 34 ss. Per la nozione, ormai nota, di «sistema comune» si rinvia, per tutti, a CHITI, *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale nella disciplina procedurale dei «sistemi comuni»*, in FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, p. 65 ss.; cfr., infine, ID., *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 57 ss.; CERULLI e IRELLI, *Dalle*

Infine, si deve evidenziare come la BCE, sentite le autorità nazionali, possa discrezionalmente decidere di avocare a sé la vigilanza diretta anche delle banche “*less significant*”, al fine di “*garantire l’applicazione coerente di standard di vigilanza elevati*” (22). La possibilità di esercitare tale potere condiziona di fatto i comportamenti degli enti creditizi meno rilevanti e pare perseguire l’ulteriore scopo di incentivare l’allineamento delle prassi di vigilanza da parte delle autorità nazionali dei diversi paesi membri (23).

4. Rapporti tra BCE e Banca d’Italia.

Come evidenziato nel paragrafo precedente, il criterio di ripartizione delle competenze tra BCE e autorità nazionale presenta elementi di criticità.

Per cercare di tracciare i confini tra i poteri dell’una e dell’altra, la BCE ha emanato il cd. *framework regulation*, che sviluppa e specifica le procedure di cooperazione tra la BCE stessa e l’autorità nazionale nell’ambito del meccanismo unico di vigilanza, assicurando in tal modo l’efficienza del nuovo sistema di vigilanza.

Risulta necessario, allora, passare ad una disanima di queste procedure, sempre limitandosi all’ambito qui preso in considerazione della gestione della crisi degli enti creditizi, al fine di analizzare le diverse modalità di collaborazione tra la BCE e la Banca d’Italia.

Per quanto concerne la vigilanza sugli enti “*of significant relevance*”, nonostante i poteri di ordinaria supervisione siano prerogativa della BCE, il “*framework*” ha previsto il coinvolgimento anche della autorità nazionale. Tale cooperazione si estrinseca nell’obbligo per la Banca d’Italia di scambiare informazioni con la BCE e di assisterla nella predisposizione

agenzie europee alle Autorità europee di vigilanza, in CHITI e NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo, Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012, *passim*. In termini più generali sull’argomento, si rinvia a TORCHIA, *La regolazione indipendente nell’ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, pp. 32 ss.

(22) In questi termini l’art. 6, par. 5, lett. *b*, del citato Regolamento.

(23) Per completare il quadro, si ricorda che le materie non ricomprese nel meccanismo unico di vigilanza (MUV) continuano ad essere di esclusiva prerogativa della autorità nazionale. Il riferimento è all’attività di supervisione in materie che non hanno attinenza con la vigilanza prudenziale in senso stretto e che l’art. 127, par. 6, del Tratt. UE, non avrebbe consentito di attribuire alla BCE. In particolare, in tema di: protezione dei consumatori, contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, servizi di pagamento, vigilanza sui soggetti non bancari, controlli sulle banche di paesi terzi che intendono operare nell’UE attraverso succursali o in regime di libera prestazione di servizi.

e nell'attuazione dei provvedimenti di vigilanza, seguendo le istruzioni fornite dalla BCE, che mantiene la piena responsabilità dei provvedimenti assunti.

Inoltre, come anticipato, nello svolgimento delle sue attività la BCE si avvale dei *Joint Supervisory Teams*, ovvero di gruppi di vigilanza congiunti costituiti anche da personale designato dalle autorità nazionali. Questi, in qualità di responsabili della vigilanza ordinaria sulle banche rilevanti, rappresentano il principale veicolo di cooperazione tra le autorità nazionali e la BCE e il primo interlocutore degli intermediari.

Quanto ai poteri di vigilanza sugli enti "*less significant*", rientranti, come si è già evidenziato, nella competenza della autorità nazionale, anche in questo caso, il legislatore ha attribuito alla BCE poteri che, di fatto, le permettono di ingerirsi nell'attività di supervisione di tali enti. Infatti, in primo luogo, la BCE è responsabile dell'implementazione degli standard tecnici dell'EBA a cui la Banca d'Italia deve uniformarsi per l'esercizio dei poteri di vigilanza. Inoltre, l'autorità domestica, al fine di consentire alla BCE di supervisionare il buon funzionamento del meccanismo unico di vigilanza, deve fornire a livello europeo informazioni e progetti di decisioni relativi a procedure che abbiano un impatto rilevante sull'ente, come, ad esempio, la procedura di rimozione dei membri del c.d.a. dell'ente. Infine, la Banca d'Italia è tenuta a presentare annualmente una relazione alla BCE sull'attività di vigilanza da esse svolta e ad informarla su ogni crisi rilevante capace di costringere l'ente a ricorrere ad un finanziamento da parte dell'Unione europea.

Tra gli altri poteri ricollegabili alla gestione della crisi degli enti creditizi si possono enunciare: i poteri di ispezione, quello di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e, più in generale, i poteri sanzionatori. Per tutti vale un obbligo di cooperazione tra Banca d'Italia e BCE che è sancito espressamente dal dettato normativo.

In particolare, quanto ai primi poteri menzionati, le ispezioni in loco sono condotte da gruppi i cui membri sono scelti tra il personale della BCE e altre persone da esse autorizzate. La BCE, da un lato, è tenuta a notificare preventivamente all'ente ispezionato i nominativi dei membri del gruppo ispettivo; dall'altro, deve dare comunicazione dell'ispezione anche alla Banca d'Italia prima di effettuare la notifica all'ente interessato. Qualora sia necessario per garantire l'efficacia dell'ispezione, la BCE può svolgere l'attività ispettiva senza previa notifica all'ente vigilato, ma dandone in ogni caso comunicazione all'autorità nazionale. Infine, qualora l'ente sottoposto a ispezione opponga resistenza, la Banca d'Italia è tenuta

a prestare al gruppo incaricato dalla BCE l'assistenza necessaria in conformità al diritto nazionale.

Per quanto riguarda il potere di revoca dell'autorizzazione all'esercizio della attività creditizia, la cooperazione tra Banca d'Italia e BCE si specifica nell'obbligo in capo alla prima di prestare assistenza nella preparazione e nell'attuazione di atti la cui adozione in forma definitiva spetta alla BCE. Infatti, la relativa procedura può essere avviata sia dalla autorità nazionale, sia dalla BCE. Nel primo caso, la procedura seguita, analogamente a quanto accade per il procedimento del rilascio dell'autorizzazione, ha inizio con una domanda rivolta all'autorità nazionale, la quale, verificata l'esistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge domestica, invia un "progetto di decisione" alla BCE, cui spetta il potere decisionale secondo una formula di silenzio assenso. Nella seconda ipotesi è previsto l'obbligo per la BCE di consultarsi preventivamente con la Banca d'Italia.

Quanto ai poteri sanzionatori, si evince a livello di Unione europea un sistema articolato di sanzioni amministrative, volte a tutelare il rispetto delle norme previste dal diritto dell'Unione da parte degli enti vigilati. Così, per esempio, la BCE può comminare sanzioni pecuniarie fino al doppio dei profitti ricavati o delle perdite evitate per effetto delle violazioni della normativa o comunque fino al 10% del fatturato complessivo annuo. In questo contesto, il potere sanzionatorio è suddiviso tra BCE ed autorità nazionali in modo peculiare. Infatti, la BCE si occupa solamente degli enti "*of significant relevance*" e può comminare sanzioni di natura pecuniaria per violazioni, dolose o colpose, di discipline europee immediatamente applicabili e, quindi, di regolamenti. Negli altri casi, la BCE può richiedere l'intervento della Banca d'Italia, che ha il potere di irrogare sanzioni sulla base delle discipline procedurali domestiche. È l'ipotesi, per esempio, delle sanzioni agli esponenti delle banche, delle sanzioni per violazione di norme non direttamente applicabili come le direttive, nonché delle sanzioni diverse da quelle pecuniarie.

Si possono infine riscontrare i cd. poteri di supervisione della gestione delle crisi bancarie, riconducibili alla vigilanza macro-prudenziale. Sul punto, il regolamento sul meccanismo unico di vigilanza ha introdotto nuovi strumenti, volti a prevenire ed a fronteggiare i rischi alla stabilità complessiva del sistema, in cui si ravvisa similmente una condivisione di poteri tra BCE ed autorità nazionali. Il riferimento è, ad esempio, alla possibilità di imporre agli enti creditizi di costituire riserve supplementari di capitale in aggiunta ai fondi propri ordinari, in modo tale da assicurare l'accumulo di una base di capitale sufficiente a coprire le perdite nelle fasi di crisi economica. La regola è che la competenza ad applicare simili

strumenti spetta alla Banca d'Italia. Tuttavia, vi è un temperamento, in quanto il *framework regulation* (24) prevede che l'autorità nazionale debba notificare, con almeno dieci giorni di anticipo, alla BCE l'intenzione di utilizzare tali misure. In questo caso, la BCE può sollevare, entro cinque giorni, un'obiezione, formulando un parere vincolante per la Banca d'Italia. Si aggiunge che la BCE può in ogni caso avocare a sé tale funzione, previo unicamente preavviso di almeno dieci giorni alla autorità nazionale. Anche in questa ipotesi inversa, si segue lo stesso procedimento per l'adozione della misura, che necessita della adesione da parte della Banca d'Italia.

5. Natura giuridica del rapporto tra BCE e Banca d'Italia.

Una volta delineate le modalità di interazione tra BCE e Banca d'Italia, si pone in rilievo una riflessione sulla natura giuridica di questo rapporto tra autorità comunitaria ed autorità nazionale. Il tema è particolarmente delicato per le dirette ripercussioni pratiche ad esso collegate, in quanto incide sull'imputazione degli atti adottati e, quindi, sulla relativa responsabilità.

Partendo dal ruolo della Banca d'Italia nell'ambito delle materie di competenza esclusiva della BCE, pare evidente come la stessa sia, di fatto, priva di autonomo potere decisionale. A questo proposito, si può parlare di esercizio di poteri che si esplicano, sostanzialmente, in una attività di assistenza non avente contenuto decisorio, equiparata a quella di uffici periferici ausiliari della BCE. Ne consegue che, in questo caso, gli atti adottati da Banca d'Italia devono essere considerati emanazione di un potere della BCE e vanno, pertanto, ad essa imputati, anche sul piano dell'impugnazione. Ciò non significa che sia completamente escluso qualsiasi margine di discrezionalità della autorità nazionale nei procedimenti di vigilanza di competenza della BCE. Sotto questo profilo, si può affermare che, in generale, nell'attività di vigilanza non pare possibile una distinzione netta fra attività istruttoria e attività decisionale. Il provvedimento finale è il frutto di un'attività e scelte che implicano un margine di discrezionalità

(24) Cfr. reg. UE n. 468/2014, "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 (Regolamento quadro sull'MVU)", in *G.U.U.E.* L 141 del 14 maggio 2014, p. 1 ss. V., anche reg. UE n. 1024/2013, "che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi", in *G.U.U.E.* L 287 del 29 ottobre 2013, p. 63 ss.

tecnica⁽²⁵⁾ nella fase istruttoria molto rilevante. Per queste ragioni è stato rilevato come l'accentramento della vigilanza nelle mani della BCE "non si configuri come una mera devoluzione di poteri, ma come un nuovo sistema di esercizio congiunto [seppure peculiare] dei poteri di vigilanza"⁽²⁶⁾.

Anche nell'ambito degli enti "less significant", che ricadono nella competenza esclusiva della vigilanza della Banca d'Italia, sono previsti una serie di penetranti poteri in capo alla BCE. Quest'ultima, come si è già accennato, può impartire regolamenti ed istruzioni, può richiedere informazioni e, soprattutto, può decidere di assoggettare alla propria vigilanza diretta una o più banche "less significant". Emerge, pertanto, che pure i poteri esercitati direttamente dalla Banca d'Italia sono soggetti a controllo preventivo, attraverso l'emanazione di regole e istruzioni per il loro esercizio, e successivo, considerato che la BCE può avocare a sé l'esercizio della vigilanza anche su questi soggetti.

Alla luce delle considerazioni svolte, si può constatare che il meccanismo di vigilanza unico rappresenta un modello di integrazione operativa ed organizzativa tra apparato nazionale ed europeo complesso, che si fonda su un dovere di cooperazione, in eguale misura, tra BCE e Banca d'Italia. Tuttavia, non si può negare come questo obbligo di cooperazione

⁽²⁵⁾ MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, settembre 2013, *passim*. Come noto, le scienze amministrativistiche distinguono la discrezionalità tecnica da quella amministrativa. In breve, e senza pretese di completezza, si può rilevare che il primo tipo di discrezionalità menzionato richiede l'uso e l'applicazione di determinate cognizioni tecniche, pure se l'esito di tali operazioni conduce a risultati opinabili. Ne consegue che il sindacato giudiziario può vertere sull'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo. A questo punto, secondo parte degli autori si tratterebbe di un sindacato intrinseco cd. debole, non essendo consentito al giudice sostituirsi alla p.a. In questo senso, cfr. Cons. Stato 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, III, c. 9 ss., con nota di TRAVI; di diverso avviso i sostenitori del sindacato intrinseco cd. forte, e quindi del prevalente potere giudiziale sulla valutazione della p.a., anche qualora questa sia risultata comunque attendibile e corretta. Così Cons. Stato 4 dicembre 2012, n. 6219, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 509 ss., con nota di DE ROSA. Per un approfondimento su tale distinzione, cfr. VILLATA e RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2007, p. 117 ss.; LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, p. 137 ss. Diversamente, il secondo tipo di discrezionalità, e cioè quella amministrativa, concerne l'esercizio del potere discrezionale di valutazione circa l'opportunità di compiere una scelta tra più opzioni disponibili, tutte ugualmente valide per l'ordinamento, purché in funzione del perseguimento di un determinato interesse o fascio di interessi, il cui apprezzamento è in ogni caso di competenza esclusiva della p.a.

⁽²⁶⁾ Cfr. BARBAGALLO, *L'unione bancaria europea*, intervento alla tavola rotonda organizzata dal NIFA (*New International Finance association*), in *Verso l'Europa Unita Gli obiettivi raggiunti, gli ostacoli da superare, le nuove sfide*, 6 maggio 2014, consultabile sul sito di Banca d'Italia.

sia quantomeno asimmetrico⁽²⁷⁾, dato che è soprattutto l'autorità nazionale a svolgere un'attività di assistenza e di supporto alla BCE nell'esercizio dei suoi compiti⁽²⁸⁾.

6. *I poteri della Banca d'Italia nella gestione anticipata della crisi: le misure preparatorie (piani di risanamento, piani di risoluzione e misure di intervento precoce).*

L'applicazione dei criteri di ripartizione sopra delineati tra le competenze della BCE e quelle della Banca d'Italia si specifica nelle singole discipline degli strumenti di gestione della crisi bancaria, delineando ulteriori peculiari poteri in capo alle due autorità.

Non è certo questa la sede per una disamina completa ed approfondita delle diverse procedure (vecchie, nuove e rivisitate) previste nel testo unico bancario rinnovato. Senza alcuna pretesa di completezza, si vuole unicamente evidenziare alcuni aspetti della normativa che si reputano particolarmente significativi nella indagine circa i poteri della Banca d'Italia ed esemplificativi di quel sistema di cooperazione tra autorità sovranazionale ed autorità domestica sopra menzionato.

A questo proposito, si può anzitutto rilevare che nella nuova disciplina della gestione della crisi alla Banca d'Italia vengono attribuiti poteri penetranti. Infatti, ai sensi della Direttiva BRRD, la Banca d'Italia riveste il ruolo della cd. autorità di risoluzione, cioè quella istituzione nazionale alla quale è affidata la conduzione e la vigilanza sulla (nuova) attività, preparatoria e continua, della gestione di una (possibile) crisi degli enti creditizi.

Al fine di comprendere la portata di questa affermazione, è necessaria una precisazione, richiamando un aspetto già evidenziato circa la definizione di "crisi" di una banca.

Come noto, nella disciplina nazionale pre-vigente, la crisi bancaria era affrontata sostanzialmente con due strumenti disciplinati dal t.u.b., ossia l'amministrazione straordinaria, eventualmente preceduta dalla gestione provvisoria, e la procedura di liquidazione coatta amministrativa. Tali

(27) Cfr. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, relazione al XX° Congresso Italo-Spagnolo dei professori di diritto amministrativo, in *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, Roma, 27 febbraio-1° marzo 2014, consultabile sul sito di Banca d'Italia.

(28) Cfr. BARBAGALLO, *op. ult. cit.*, pp. 4 ss., che ha rilevato come questo ruolo di vertice in capo alla BCE sia comprensibile non già per giustificare un indebolimento delle amministrazioni nazionali a vantaggio di quelle europee, ma trova la propria *ratio* nella evidenza che, pur in un contesto di integrazione di apparati, la responsabilità del funzionamento efficace e coerente del MVU è attribuita alla BCE.

procedure sono state pensate per intervenire in un momento in cui la banca si trova già in una grave situazione patologica.

La Direttiva BRRD scardina questa impostazione, anticipando i doveri gestori della (eventuale) crisi alla fase fisiologica dell'attività bancaria. A tal fine, nei periodi di ordinaria operatività della banca è imposta quella attività preparatoria di continuo monitoraggio e, si può dire, di prevenzione dei sintomi di una crisi. È in questa fase di gestione preventiva della crisi che la Banca d'Italia, in veste di autorità di risoluzione, svolge una funzione essenziale, coadiuvata dai singoli enti creditizi interessati. In particolare, secondo la nuova disciplina, le singole banche devono predisporre⁽²⁹⁾ un piano di risanamento ("*recovery plan*") individuale, contenente

⁽²⁹⁾ Cfr. art. 5, par. 2, Direttiva BRRD. Questo piano deve essere riesaminato periodicamente ed aggiornato, se del caso, con cadenza almeno annuale. Ai sensi del novellato art. 69 *quater*, comma 5°, t.u.b. "si procede comunque al riesame e all'eventuale aggiornamento del piano in caso di significativo mutamento della struttura giuridica o organizzativa della banca o della sua situazione patrimoniale o finanziaria".

L'Allegato A della Direttiva BRRD elenca le seguenti informazioni che devono essere inserite nei piani di risanamento:

- 1) una sintesi degli elementi fondamentali del piano e una sintesi della capacità globale di risanamento;
- 2) una sintesi delle modifiche sostanziali apportate all'ente dopo l'ultimo piano di risanamento;
- 3) un piano di comunicazione e informazione che delinea in che modo l'impresa intende gestire le eventuali reazioni potenzialmente negative del mercato;
- 4) una gamma di azioni sul capitale e sulla liquidità necessarie per mantenere o ripristinare la sostenibilità economica e la situazione finanziaria dell'ente;
- 5) una stima dei tempi necessari per l'esecuzione di ciascun aspetto sostanziale del piano;
- 6) una descrizione dettagliata degli eventuali impedimenti sostanziali all'esecuzione efficace e tempestiva del piano, tenuto conto anche dell'impatto sul resto del gruppo, sulla clientela e sulle controparti;
- 7) l'individuazione delle funzioni essenziali;
- 8) una descrizione dettagliata delle procedure per determinare il valore e la commerciabilità delle linee di business principali, delle operazioni e delle attività dell'ente;
- 9) una descrizione dettagliata delle modalità con cui la pianificazione del risanamento è integrata nella struttura di *governance* dell'ente, nonché delle politiche e procedure che disciplinano l'approvazione del piano di risanamento e l'identificazione delle persone responsabili della preparazione e dell'attuazione del piano all'interno dell'organizzazione;
- 10) dispositivi e misure per conservare o ripristinare i fondi propri dell'ente;
- 11) dispositivi e misure intesi a garantire che l'ente abbia un accesso adeguato a fonti di finanziamento di emergenza, comprese le potenziali fonti di liquidità, una valutazione delle garanzie reali disponibili e una valutazione della possibilità di trasferire liquidità tra entità del gruppo e linee di business, affinché l'ente possa continuare a svolgere le proprie funzioni e rispettare i propri obblighi allo loro scadenza;
- 12) dispositivi e misure intesi a ridurre il rischio e la leva finanziaria;
- 13) dispositivi e misure per ristrutturare le passività;
- 14) dispositivi e misure per ristrutturare le linee di business;

misure idonee a fronteggiare un deterioramento significativo della situazione patrimoniale e finanziaria della banca, piano che deve essere basato su assunzioni realistiche e relative a scenari che prevedano situazioni di crisi anche gravi.

Segnatamente, il piano di risanamento:

- non deve assumere come possibile l'accesso a forme di finanziamento pubblico straordinarie;

- comprende eventualmente un'analisi delle modalità e delle tempistiche con le quali, nelle situazioni contemplate dal piano, la banca può domandare il ricorso ai meccanismi previsti dalla BCE;

- identifica le attività che possono essere considerate idonee come garanzie;

- comprende sia condizioni e procedure atte a garantire la tempestività delle azioni di risanamento, sia “una vasta gamma di opzioni di risanamento” ⁽³⁰⁾;

- contempla una serie di scenari di grave stress macroeconomico e finanziario attinenti alla specifica situazione della banca e riconducibili ad eventi di natura sistemica e stress specifici per ogni ente creditizio.

I poteri della Banca d'Italia rilevano sotto il profilo del controllo di questa attività di programmazione e pianificazione volta ad evitare una crisi. Infatti, ai sensi dell'art. 5, paragrafo 9, della Direttiva BRRD, nonché del novellato art. 69 *quater*, comma 5, del TUB, il piano, dopo essere stato esaminato ed approvato dall'organo di amministrazione dei singoli istituti di credito, deve essere sottoposto alla *valutazione* della Banca d'Italia. Questo potere valutativo, che deve essere esercitato in conformità ai criteri indicati in sede comunitaria, si estrinseca sotto il profilo della completezza e dell'adeguatezza del piano sottoposto.

15) dispositivi e misure necessari per assicurare la continuità dell'accesso alle infrastrutture dei mercati finanziari;

16) dispositivi e misure necessari per assicurare la continuità del funzionamento dei processi operativi dell'ente, compresi infrastrutture e servizi informatici;

17) dispositivi preparatori per agevolare la vendita di attività o di linee di business in tempi adeguati per il ripristino della solidità finanziaria;

18) altre azioni o strategie di gestione intese a ripristinare la solidità finanziaria nonché effetti finanziari previsti di tali azioni o strategie;

19) misure preparatorie che l'ente ha attuato o intende attuare al fine di agevolare l'attuazione del piano di risanamento, comprese le misure necessarie per consentire una ricapitalizzazione tempestiva dell'ente;

20) un quadro degli indicatori nel quale siano identificati i punti in cui possano essere adottate le azioni opportune riportate nel piano.

⁽³⁰⁾ Cfr. art. 5, par. 6, Direttiva BRRD.

Un'ulteriore potere (ed anche dovere) della Banca d'Italia in veste di autorità di risoluzione è quello di elaborare preventivamente, in via generale, *piani di risoluzione* per ciascuna banca non sottoposta a vigilanza su base consolidata da attivare per gestire le situazioni di crisi⁽³¹⁾. Il piano prevede le modalità per l'applicazione alla banca delle misure e dei poteri da attivare in caso di risoluzione. Inoltre, all'interno del piano la Banca d'Italia deve identificare gli eventuali ostacoli rilevanti per la risoluzione e stabilire le modalità di intervento per superarli, in conformità alla disciplina di vigilanza comunitaria.

Infine, spettano alla Banca d'Italia ampi poteri di adozione di *misure di intervento precoce*⁽³²⁾. Sotto quest'ultimo profilo, ai primi segnali di deterioramento delle condizioni finanziarie o patrimoniali della banca, la Banca d'Italia può adottare strumenti di intervento rapido, al fine di evitare che il peggioramento della situazione finanziaria di un determinato ente sia tale da non lasciare alternative agli strumenti di risoluzione. Queste misure si diversificano in relazione alla più o meno gravità della situazione da fronteggiare. Così, in particolare, ai sensi dell'art. 69 *noviesdecies* t.u.b., la Banca d'Italia ha il potere di chiedere all'ente creditizio interessato di dare attuazione, anche parziale, al piano di risanamento adottato o di preparare un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni dei creditori secondo il piano di risanamento, ove applicabile. Ancora, l'autorità di vigilanza può imporre all'ente creditizio interessato di modificare la propria forma societaria. Inoltre, nell'esercizio delle suddette funzioni, la Banca d'Italia può richiedere l'aggiornamento del piano di risanamento, quando le condizioni che hanno condotto all'intervento divergono rispetto alle ipotesi contemplate, ovvero, fissare un termine per l'attuazione del piano e l'eliminazione delle cause che formano presupposto dell'intervento precoce. Nel caso in cui la situazione di dissesto sia particolarmente grave, queste misure di intervento rapido comprendono anche la possibilità di rimuovere i vertici della banca e di nominare amministratori straordinari, con il compito di affrontare le difficoltà finanziarie della banca medesima⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ Cfr. art. 7, d.lgs. n. 180/15.

⁽³²⁾ Cfr. Artt. 69 *octiesdecies* ss. t.u.b.

⁽³³⁾ In questa fattispecie, ex art. 69 *vicies semel*, comma 2°, t.u.b., la Banca d'Italia convoca l'assemblea dell'ente creditizio con all'ordine del giorno il rinnovo degli organi di amministrazione e controllo. Ai sensi dei successivi commi della richiamata disposizione, la Banca d'Italia può inoltre ordinare la rimozione di uno o più componenti dell'alta dirigenza della banca, nominandone di nuovi. Resta ferma la possibilità in ogni momento per Banca d'Italia di disporre l'amministrazione straordinaria, ai sensi dell'art. 70 t.u.b.

7. *I poteri di vigilanza della Banca d'Italia nelle procedure di gestione della crisi: le misure risanatorie (risoluzione e procedura di amministrazione straordinaria) e l'opzione liquidatoria (liquidazione coatta amministrativa).*

Ulteriori veri e propri poteri di gestione sono attribuiti alla Banca d'Italia in presenza di uno stato di dissesto, anche solamente prospettico (cd. rischio di dissesto).

Come già rilevato, il “dissesto” o il suo rischio sono ravvisabili in molteplici situazioni, tra loro eterogenee, che vanno dalle irregolarità nell'amministrazione o violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie (“*di gravità tale che giustificerebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività*”) alle perdite patrimoniali di eccezionale gravità. Sono altresì comprese nella nozione di “dissesto” le ipotesi di attività inferiori alle passività, nonché l'incapacità di “*pagare i propri debiti alla scadenza*”, ai sensi dell'art. 17, comma 2°, d.lgs. n. 180/15. Queste contingenze rilevano sia che esse siano in atto, sia allorché “*elementi oggettivi*” indichino che una o più delle dette situazioni “*si realizzeranno nel prossimo futuro*”. Viene in tal modo equiparato lo stato di effettivo “dissesto” al rischio, realisticamente valutato, in virtù di segnali “oggettivi”. A questo proposito, si è notato come l'estensione dei presupposti ampli ulteriormente il novero delle condizioni critiche, che determinano il (potenziale) “*dissesto*” bancario, estendendo così il potere della Banca d'Italia in misura di gran lunga superiore rispetto ai confini segnati dall'accertamento dei presupposti della liquidazione coatta amministrativa, procedura, quest'ultima, ormai riservata a situazioni di crisi irreversibile⁽³⁴⁾.

In queste ipotesi, accertate senza la necessità di un provvedimento giurisdizionale, spetta all'autorità di vigilanza domestica valutare la possibilità di utilizzare la procedura amministrativa di risanamento tradizionale, e cioè l'amministrazione straordinaria, ovvero se sussistano gli ulteriori

⁽³⁴⁾ Cfr. DI BRINA, *Il bail-in (L'influenza del diritto europeo sulle crisi bancarie e sul mercato del credito)*, contributo al VII° Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei professori Universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale” – “L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi”, Roma, 26-27 febbraio 2016, che ha affermato che la previsione di un'ampia gamma di criticità e, soprattutto, l'introduzione tra i presupposti del fattore “rischio” (come elemento probabilistico, sia pur desunto da indicazioni di carattere “oggettivo”) collocano la “risoluzione”, quale intervento di gestione e risanamento delle crisi bancarie, in una fase antecedente rispetto a quella dell'emersione non solo di un effettivo stato di “insolvenza” o di perdite (gravi o di eccezionale gravità), ma anche rispetto allo stato di semplice illiquidità o temporanea difficoltà o incapacità patrimoniale.

presupposti necessari per avviare la speciale procedura di risoluzione, o invece se optare per la liquidazione coatta amministrativa.

Diviene a questo punto opportuno porre l'attenzione, seppure brevemente, su ciascuno di questi tre strumenti di gestione della crisi bancaria.

Quanto alla prima ipotesi, si può constatare che l'apertura dell'amministrazione straordinaria non avviene più con decreto governativo, su proposta della Banca d'Italia, essendo quest'ultima a disporre l'avvio della procedura con proprio provvedimento.

A tale provvedimento sono ricollegati sempre i due effetti caratterizzanti la disciplina previgente, e cioè: *i*) il possibile scioglimento degli organi amministrativi e di controllo della banca; *ii*) la sospensione dell'assemblea e degli organi diversi dal consiglio di amministrazione e dal collegio sindacale (la sospensione comporta che tali organi rimangono in vita e sono convocabili solamente dal commissario straordinario).

Restano sostanzialmente invariati i poteri gestori dell'autorità di vigilanza nel corso della procedura. Ciò in quanto la volontà del legislatore riformatore è stata quella di dare attuazione al meccanismo unico di vigilanza anche nell'ambito di questo rimedio "tradizionale" di gestione della crisi bancaria. Pertanto, il ruolo ridimensionato è unicamente quello governativo.

In questo senso, si possono indicare alcuni esempi. Così, in caso di gravi irregolarità o di sospetto di gravi irregolarità, il titolare del potere di intervento, rispettivamente, necessario o eventuale, è la Banca d'Italia. Allo stesso modo, gli organi della procedura (commissari straordinari e comitato di sorveglianza) sono nominati dalla Banca d'Italia. Fino all'insediamento degli organi straordinari, la Banca d'Italia, per ragioni di urgenza, può nominare un commissario provvisorio, che viene scelto tra i propri funzionari e che assume i medesimi poteri dei commissari straordinari. Ancora, la Banca d'Italia ha la facoltà, eventualmente, di limitare i poteri dei commissari straordinari. Anche nelle ulteriori fasi della amministrazione straordinaria, come nella disciplina previgente, il tutto avviene sotto lo stretto controllo dell'autorità di vigilanza, che è preposta all'intera procedura, come si desume anche da una serie di poteri autorizzativi che la legge le riconosce per procedere al compimento di determinati atti: è il caso dell'azione di responsabilità dell'ente creditizio contro gli amministratori e i sindaci revocati, delle azioni civili contro i commissari straordinari o i membri del comitato di sorveglianza, della revoca o sostituzione dei commissari o dei membri del comitato di sorveglianza, dell'autorizzazione alla sospensione dei pagamenti e della restituzione di strumenti finanziari, della convocazione dell'assemblea da parte dei commissari. Infine, l'inci-

sivo potere di vigilanza permane anche negli adempimenti finali. Infatti, esaurita l'attività di risanamento, la chiusura della procedura è condizionata alla redazione del bilancio finale, che deve essere approvato dalla Banca d'Italia⁽³⁵⁾.

Dinanzi alla impossibilità di disporre l'amministrazione straordinaria o altra misura di intervento di tipo risanatorio di cui al testo unico bancario⁽³⁶⁾, si dà luogo alla liquidazione coatta amministrativa.

Circa la fase di apertura, a parte l'adeguamento alla disciplina europea dei presupposti di accesso, restano ferme le norme previgenti. Quindi, la procedura può essere aperta su richiesta motivata dell'organo amministrativo o dell'assemblea straordinaria dell'ente creditizio interessato, ovvero dei commissari straordinari o dei liquidatori. L'opportunità di aprire questa procedura deve essere valutata discrezionalmente dalla Banca d'Italia, a meno che non vi sia già stata la dichiarazione di insolvenza giudiziale, nel qual caso l'apertura della procedura è un atto dovuto. In questo contesto, l'unica differenza sostanziale operata dall'intervento riformatore è l'eliminazione del potere del ministero di revocare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, potere che, come si è già evidenziato, rientra nella competenza della Banca d'Italia.

Gli organi della procedura (i commissari liquidatori ed il comitato di sorveglianza) sono nominati dalla Banca d'Italia con provvedimento che viene pubblicato non più in gazzetta ufficiale, bensì sul sito web dell'autorità di vigilanza. Questo aspetto non fa che sottolineare la volontà legislativa di accentrare il controllo amministrativo, in attuazione del meccanismo unico di vigilanza, anche sotto il profilo informativo.

Le successive fasi della liquidazione coatta amministrativa restano scandite senza particolari modifiche da parte del legislatore riformatore

⁽³⁵⁾ Si precisa che la procedura di gestione provvisoria non trova più ragioni d'essere a seguito dell'intervento del legislatore riformatore, che ha abrogato l'art. 76 t.u.b. Sotto questo profilo, si può osservare che la funzione di intervento immediato dinanzi alla crisi tipica della gestione provvisoria confluisce oggi tra quelle funzioni proprie delle nuove misure di gestione anticipata della crisi bancaria che, per le loro caratteristiche intrinseche, si prefiggono di intervenire precocemente, evitando il verificarsi di quella "assoluta urgenza" che costituiva il presupposto di attivazione della abrogata procedura.

⁽³⁶⁾ L'art. 80, comma 1°, t.u.b., modificato ai sensi dell'art. 1, comma 23°, d.lgs. n. 181/15, dispone che: "Il Ministero dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia, può disporre con decreto la liquidazione coatta amministrativa delle banche, anche quando ne sia in corso l'amministrazione straordinaria ovvero la liquidazione secondo le norme ordinarie, se ricorrono i presupposti indicati all'art. 17 del decreto legislativo [di recepimento della direttiva 2014/59/UE], ma non quelli indicati nell'art. 20, comma 2°, del medesimo decreto per disporre la risoluzione".

sino al momento della liquidazione dell'attivo, dove è stato mantenuto il ruolo di vigilante in capo alla Banca d'Italia, che deve autorizzare le modalità di liquidazione. Si precisa che, nell'esercizio di questo potere, l'autorità di vigilanza domestica deve tenere conto della (nuova) opzione relativa alla possibilità di intervento dei sistemi di garanzia dei depositanti. Inoltre, è la Banca d'Italia a disporre la cancellazione di eventuali vincoli su beni iscritti in pubblici registri.

La chiusura, anche mediante concordato, della procedura rispecchia lo schema previgente e, dunque, spetta alla Banca d'Italia, destinataria delle relazioni conclusive degli organi della procedura, autorizzare, in ultima istanza, il deposito presso il tribunale della documentazione necessaria per ottenere il decreto giudiziale finale.

Da ultimo, si menziona l'art. 92 *bis* t.u.b., introdotto per l'ipotesi di procedura di liquidazione coatta amministrativa priva di risorse liquide o con risorse insufficienti, nell'ambito della quale viene riconosciuto un ulteriore potere in capo alla Banca d'Italia, che anticipa le spese prededucibili sorte in funzione della procedura.

In presenza dei presupposti di accesso all'amministrazione straordinaria o a strumenti alternativi di gestione anticipata della crisi, qualora non sia possibile "prospettare misure alternative" ⁽³⁷⁾, ex art. 17 d.lgs. n. 180/15, la Banca d'Italia, oltre alla possibilità sopra delineata di dare impulso alla l.c.a., ai sensi dell'art. 80, comma 1°, t.u.b., ha l'ulteriore opzione, rappresentata dalla procedura di risoluzione. Questa trova spazio, in particolare, quando la Banca d'Italia, in veste di autorità di risoluzione, ha accertato la sussistenza di uno o più interessi pubblici come identificati dall'art. 21 del citato decreto ⁽³⁸⁾. È in questo contesto che si inserisce il

⁽³⁷⁾ Per un approfondimento sulle alternative misure di "risanamento" ed una riflessione sul concetto di "risanamento", interpretato in una prospettiva sistematica, comparato, in particolare, con le disposizioni e le elaborazioni giurisprudenziali in tema di concordato preventivo, cfr. DONATI, *Il bail-in bancario: spunti per un nuovo diritto societario della crisi*, contributo al VII° Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei professori Universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale" – "L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi", Roma, 26-27 febbraio 2016. L'A., a sostegno della sua tesi circa l'avvicinamento del termine "risanamento bancario" a quello utilizzato nel contesto del concordato preventivo, ex artt. 160 ss. l.fall., ha richiamato la sentenza della Cass. 20 ottobre 2015, n. 21286, inedita, con la quale la Suprema Corte ha statuito che "il concordato preventivo è strumento volto alla *risoluzione* della crisi dell'impresa".

⁽³⁸⁾ Tali obbiettivi sono identificati nella stabilità finanziaria, nel contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche, nella tutela dei depositanti e degli investitori protetti da sistemi di garanzia o di indennizzo, nonché dei fondi e delle altre attività della clientela. Il tutto, avendo riguardo al mantenimento della continuità delle funzioni essenziali dell'ente

cd. meccanismo unico di risoluzione, cioè un sistema di coordinamento entro la cornice di regole armonizzate che, similmente al meccanismo unico di vigilanza e utilizzando gli stessi criteri, prevede una ripartizione di competenze tra la BCE (autorità di risoluzione dell'Unione, che opera mediante un proprio ufficio, il Comitato Unico di Risoluzione, cd. *Single Resolution Board*) e la Banca d'Italia (autorità di risoluzione nazionale). Pertanto, i poteri di vigilanza della Banca d'Italia in veste di autorità di risoluzione si esplicano nei confronti delle banche di dimensioni meno significative. Più precisamente, la decisione di applicare una misura di gestione della crisi risolutoria si basa su una valutazione "equa, prudente e realistica delle attività e delle passività" dell'ente creditizio interessato⁽³⁹⁾. Questa valutazione, che costituisce parte integrante della decisione circa lo strumento di risoluzione adottato, è effettuata da un esperto indipendente su incarico della Banca d'Italia⁽⁴⁰⁾.

Il provvedimento che dispone l'avvio della *resolution*, che contiene, in particolare, l'indicazione dei presupposti ed il programma di risoluzione, ex art. 32, comma 1°, d.lgs. n. 180/15, previamente approvato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, viene pubblicato in gazzetta ufficiale, sul sito della Banca d'Italia e su quello dell'ente sottoposto a risoluzione, nonché nel registro delle imprese e in eventuali altri mezzi di comunicazione indicati dall'autorità di vigilanza. Infine, tale provvedimento viene trasmesso alla BCE e agli altri enti del meccanismo unico di vigilanza, ai sensi del richiamato art. 32, comma 4°, d.lgs. n. 180/15. Eventuali modifiche del programma di risoluzione seguono lo stesso iter procedurale e di pubblicità.

Nel merito della disciplina, quando l'ente creditizio viene sottoposto a risoluzione, ha inizio un processo di ristrutturazione gestito interamente, appunto, dalla Banca d'Italia. A questo fine, i poteri attribuiti all'autorità di risoluzione mirano ad evitare interruzioni nella prestazione dei servizi essenziali offerti dalla banca, a ripristinare condizioni di sostenibilità economica della parte sana della banca e a liquidare le parti restanti. A questo fine, il legislatore ha previsto diversi strumenti di risoluzione, espressamente indicati nella Direttiva BRRD. Così, ad esempio, la Banca d'Italia può provvedere a trasferire i rapporti della banca in crisi a terzi o a veicoli

creditizio e tenendo conto altresì dell'esigenza di minimizzare i costi della risoluzione e di evitare, per quanto possibile, distruzione di valore.

⁽³⁹⁾ Cfr. art. 23 d.lgs. n. 180/15.

⁽⁴⁰⁾ In caso di urgenza, la stessa Banca d'Italia ha il potere di procedere in via autonoma alla valutazione, seppure questa debba definirsi provvisoria.

appositamente costituiti, con l'obiettivo di preservare la continuità delle funzioni essenziali (in questo caso si parla di *bridge bank*), ovvero gestire le procedure di realizzo delle attività deteriorate attraverso una società veicolo che ne esegua la liquidazione in tempi ragionevoli (*bad bank*). Infine occorre considerare le misure di *bail-in*, consistenti nell'imposizione di perdite a carico degli azionisti e dei creditori chirografari con un ordine di priorità secondo una serie di norme di contenuto molto complesso, che riguardano le finalità dello strumento, l'ambito di applicazione, la valutazione dell'importo del *bail-in*, il trattamento degli azionisti, la sequenza della riduzione e della conversione nel *bail-in*, gli effetti dello strumento e l'eliminazione di ostacoli procedurali al *bail-in*; peraltro misure di risanamento e piani di riorganizzazione aziendale possono essere adottate contestualmente allo strumento di *bail-in*, con l'obiettivo di evitare o contenere eventuali esigenze di sostegno pubblico, che potranno dunque verificarsi solo in casi eccezionali⁽⁴¹⁾. A questo proposito, gli autori hanno distinto un *bail-in* inteso nell'accezione più debole, che attribuisce alla Banca d'Italia un potere di svalutazione, da quello invece più forte o *bail-in* in senso stretto, che attribuisce alla Banca d'Italia un potere di conversione⁽⁴²⁾. Le

⁽⁴¹⁾ Cfr. ANTONIAZZI, *L'Unione Bancaria Europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 3-4, p. 717 ss.

⁽⁴²⁾ L'art. 3, comma 1°, n. 33 del reg. UE n. 806/2014 del 15 luglio 2014, che fissa "norme ed una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo unico di vigilanza europea", dispone che per "strumento del *bail-in*" si intende "il meccanismo per l'esercizio dei poteri di svalutazione e di conversione in relazione alle passività di un ente soggetto a risoluzione", la Direttiva BRRD lo riconduce ad un meccanismo "di svalutazione e di conversione". Sul punto, cfr. artt. 43 e 59 ss., e art. 63, par. 1, lett. da e a i.

Per un approfondimento sul *bail-in*, cfr. RULLI, *La vigilanza sul sistema finanziario europeo tra le riforme*, in LENER (a cura di), *Crisi dei mercati finanziari e corporate governance: poteri dei soci e tutela del risparmio*, in *Riv. Minerva bancaria*, 2014, p. 435 ss.; DONATI, *op. cit.*, *passim*, e in particolare la nt. 19, nella quale l'A., sulla scorta di precedenti interpretazioni, ha attribuito la "paternità" del termine *bail-in* ad un articolo apparso nel gennaio 2010 su *The Economist*. Sul punto, cfr. CALELLO e ERVIN, *From bail-out to bail-in*, in *The Economist*, 28 gennaio 2010, reperibile all'indirizzo www.economist.com/node/15392186. Tuttavia, è stato rilevato come tale termine fosse già in precedenza di comune utilizzo, nell'ambito delle crisi sovrane, per indicare i meccanismi di coinvolgimento dei creditori. In questo senso, cfr. RUBINI, *Bail-in, burden-sharing, private sector involvement (PSI) in crisis resolution and constructive engagement of the private sector. a primer: evolving definitions, doctrine, practice and case law*, 2000, reperibile all'indirizzo people.stern.nyu.edu/nroubini/papers/psipaper.pdf; cfr. anche EICHENGREEN e RUEHL, *The bail-in problem: systematic goals, ad hoc means*, in *Economic Systems*, 25, p. 3 ss. Per una nozione dello strumento in termini di "salvataggio", v. anche BOCCUZZI, *L'Unione bancaria europea*, Milano, 2015, p. 22 ss.

norme europee prevedono anche l'istituzione di un fondo unico per il finanziamento della risoluzione (*Single Resolution Fund*) alimentato dai contributi delle banche dei paesi dell'area 4 dell'Euro, senza utilizzo di denaro pubblico⁽⁴³⁾.

In tutte le diverse fasi, dalla scelta del rimedio di risoluzione alla sua esecuzione, emerge il potere direttivo della Banca d'Italia. Non è questa la sede per evidenziare nello specifico le singole misure, che peraltro hanno suscitato diversi interrogativi non ancora risolti tra gli interpreti.

A questo riguardo, l'art. 55, par. 3, Direttiva BRRD, ha demandato l'adozione di progetti di norme tecniche di dettaglio all'Autorità Bancaria Europea. Quest'ultima, in conformità a tale delega ed a seguito di specifico procedimento di consultazione, in data 3 luglio 2015⁽⁴⁴⁾ ha elaborato i "progetti di norme tecniche di regolamentazione" (*draft regulatory technical standards*)⁽⁴⁵⁾. Questi progetti risultano attualmente sottoposti alla Commissione, alla quale spetta il potere formale di adottare le suddette norme tecniche⁽⁴⁶⁾, che saranno poi immediatamente applicabili agli Stati membri dell'Unione Europea, senza necessità di ulteriori atti o provvedimenti di ratifica.

Anche l'art. 5, par. 10, della Direttiva BRRD demanda all'Autorità Bancaria Europea l'adozione di progetti di norme tecniche di dettaglio volte a precisare il contenuto dei piani di risanamento. Durante il processo legislativo, il mandato contenuto nella Direttiva BRRD è stato emendato e l'Autorità europea è stata incaricata di predisporre specifici orientamenti. Così, in data 18 luglio 2014, a seguito di pubblica consultazione, sono state pubblicate le *guidelines* sulla "serie di scenari da utilizzare nei piani di risanamento".⁽⁴⁷⁾

⁽⁴³⁾ Per un approfondimento su questi differenti strumenti è possibile consultare il sito <http://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2015/gestione-crisi-bancarie/index.html>.

⁽⁴⁴⁾ La consultazione è stata avviata dall'EBA in data 5 novembre 2014 e si è conclusa in data 5 febbraio 2015. Il testo sottoposto a pubblica consultazione può essere consultato sul sito Internet dell'Autorità al seguente *link* <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/882606/EBA-CP-2014-33+%28Draft>.

Le disposizioni attuative delle *Guidelines* prevedono che le autorità competenti e gli enti dovrebbero attenersi ai predetti orientamenti alla data che si verifica prima tra le seguenti: a) 1° gennaio 2015; b) la data alla quale lo Stato membro dell'autorità competente applica le disposizioni attuative dell'art. 5, par. 6, e dell'art. 7, par. 6, della Direttiva BRRD.

⁽⁴⁵⁾ Il testo di tale documento è disponibile sul sito Internet dell'Autorità al seguente *link* <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1132911/EBA-RTS-2015-06+RTS+on>.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. artt. 10 ss. reg. UE n. 1093/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, regolamento che ha istituito l'Autorità Bancaria Europea.

⁽⁴⁷⁾ Le suddette disposizioni della Direttiva BRRD prevedono, rispettivamente, che "Gli Stati membri prescrivono che i piani di risanamento comprendano le condizioni e

Un'ulteriore riflessione sul potere della Banca d'Italia in veste di autorità di risoluzione merita menzione. Invero, all'autorità di vigilanza domestica è rimessa la responsabilità di un'analisi *ex ante* avente ad oggetto la "ragionevole prospettazione" circa l'inadeguatezza di ogni misura diversa dalla risoluzione⁽⁴⁸⁾. Il provvedimento di risoluzione pare quindi inserirsi nell'ambito della discrezionalità tecnica dell'ente, come confermato dall'art. 95 del d.lgs. n. 180/2015, sulla tutela giurisdizionale, che rinvia alle modalità di impugnazione del processo amministrativo, ma con una sorta di "correttivi", che sembrano in qualche modo limitare la sindacabilità delle decisioni adottate dalla Banca d'Italia. Esempio in tal senso è il comma 3° della richiamata disposizione, che introduce una presunzione, seppure relativa, secondo cui la sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia è contraria all'interesse pubblico⁽⁴⁹⁾.

8. Prassi di vigilanza ai primi sintomi della crisi della banca.

Si conclude l'indagine in questa sede prospettata, segnalando una prassi, seguita dalla Banca d'Italia nel precedente assetto normativo, che si ritiene possa essere letta come espressione dei poteri dell'autorità di vigilanza domestica, dinanzi ai segnali o ai sintomi della crisi degli enti creditizi, adottata, appunto, per colmare la mancanza della previsione di quelle che ora sono le "misure anticipatorie" di gestione della crisi o altrimenti detti "strumenti precoci".

procedure atte a garantire la tempestività delle azioni di risanamento, così come una vasta gamma di opzioni di risanamento. Gli Stati membri prescrivono che i piani di risanamento contemplino una serie di scenari di grave stress macroeconomico e finanziario attinenti alla specifica situazione dell'ente e comprendenti eventi di natura sistemica e stress specifici per singole persone giuridiche e per i gruppi" (così l'art. 5, par. 6) e che "I piani di risanamento di gruppo comprendono una serie di opzioni di risanamento che illustrino le azioni adatte agli scenari previsti all'articolo 5, paragrafo 6" (così l'art. 7, par. 6).

⁽⁴⁸⁾ Cfr. RULLI, "Dissesto", "risoluzione" e capitale nelle banche in crisi, contributo al VII° Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei professori Universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale" – "L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi", Roma, 26-27 febbraio 2016.

⁽⁴⁹⁾ Sotto questo profilo, sono stati sollevati dubbi di costituzionalità della previsione in commento. Sul punto, cfr. RULLI, *op. ult. cit.*, p. 9, che ha ulteriormente rilevato, tra i connotati peculiari dell'impugnazione del provvedimento di risoluzione, che si esclude la possibilità per il giudice amministrativo di disporre consulenze tecniche. Inoltre, i successivi commi 3° e 4° dell'art. 95 del d.lgs. n. 180/15 introducono la facoltà, per il giudice, di:

- annullare i provvedimenti di risoluzione con efficacia *ex nunc*, lasciando impregiudicati gli atti amministrativi e i negozi posti in essere dalla Banca d'Italia o dai commissari speciali;

- disporre la sospensione del giudizio su istanza della Banca d'Italia per un periodo congruo al perseguimento degli obiettivi della risoluzione.

Questa considerazione emerge, in particolare, a seguito dell'intervento attuato dalla Banca d'Italia per gestire la crisi di quattro enti creditizi, culminato poi, in data 22 novembre 2015, nell'adozione della procedura di risoluzione, entrata in vigore proprio pochi giorni prima, il 16 novembre 2015⁽⁵⁰⁾.

In particolare, per tutti i quattro enti creditizi, in primo luogo, l'emersione dei segnali di una situazione problematica è avvenuta a seguito di una vigilanza di tipo ispettivo, disposta, oltre che in via ordinaria, anche per ragioni diverse, quali l'esito negativo di analisi "a distanza", eventi giudiziari, nonché informazioni esterne. A fronte delle serie criticità di vario tipo riscontrate (ad es., cattiva organizzazione, pratiche inadeguate o violazioni di norme e regolamenti nel valutare le richieste di credito), la Banca d'Italia ha provveduto ad effettuare una comunicazione formale al consiglio di amministrazione di ogni banca interessata. È la cd. "lettera di intervento", contestuale alla consegna del rapporto ispettivo, in cui sono stati elencati i provvedimenti correttivi da adottare, quali: misure di contenimento del rischio (limiti all'erogazione del credito e all'espansione territoriale, maggiori requisiti di capitale, etc.), richieste di sostituzione degli esponenti aziendali, di revisione del piano industriale, di aumento del capitale, di aggregazione con un'altra banca.

Poiché le misure correttive non sono state efficacemente attuate dalle banche interessate o comunque sono risultate insufficienti a superare le criticità, di fronte al rischio di un ulteriore peggioramento, la Banca d'Italia ha dato luogo ad una vigilanza ispettiva più incisiva, che ha consentito di verificare la sussistenza dei presupposti che la legge stabilisce per avviare la procedura di amministrazione straordinaria: previsione di gravi perdite patrimoniali e/o gravi irregolarità/violazioni normative. Di conse-

⁽⁵⁰⁾ Con i provvedimenti numero 553/2015, 554/2015, 555/2015 e 556/2015 del 21 novembre 2015, approvati dal Ministro dell'Economia e delle Finanze con decreti in data 22 novembre 2015, la Banca d'Italia ha disposto, ai sensi dell'art. 32 d.lgs. n. 180/15, l'avvio della risoluzione, rispettivamente: (i) della Banca delle Marche S.p.A., in amministrazione straordinaria; (ii) della Banca popolare dell'Etruria e del Lazio - società cooperativa, in amministrazione straordinaria; (iii) della Cassa di risparmio di Ferrara S.p.A., in amministrazione straordinaria; e (iv) della Cassa di risparmio della Provincia di Chieti S.p.A., in amministrazione straordinaria.

Con decisioni del 22 novembre 2015, la Commissione europea ha dichiarato: - la conformità di ciascuna delle predette procedure di risoluzione alla direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 in materia di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, nonché - la compatibilità dell'intervento del fondo nazionale di risoluzione istituito presso la Banca d'Italia, in data 18 novembre 2015, ai sensi dell'art. 78 d.lgs. n. 180/15, con i provvedimenti e la disciplina dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato.

guenza, la Banca d'Italia ha richiesto al Ministro dell'Economia e delle Finanze di disporre, con proprio decreto⁽⁵¹⁾, il commissariamento: il c.d.a. e il collegio sindacale di ciascun ente creditizio sono stati sciolti e sostituiti da commissari straordinari e da un comitato di sorveglianza appositamente nominati.

Alla luce di queste, seppur brevi e necessariamente generiche considerazioni, si può evidenziare che, con questo intervento, collocabile nella fase per così dire di "pre-adozione dello strumento" della amministrazione straordinaria, la Banca d'Italia ha ricostruito una sorta di "modello gestorio" della vigilanza per il monitoraggio delle criticità dei quattro istituti di credito interessati. Ci si potrebbe chiedere se lo stesso possa rappresentare una sorta di rimedio precursore della successiva disciplina attuativa della direttiva europea sul risanamento e la risoluzione delle banche o se, invece, sia con la stessa incompatibile. A questo proposito, utile potrebbe essere il riferimento, in particolare, alle nuove procedure di allerta e monitoraggio, nonché ai provvedimenti di risoluzione fatti propri dal legislatore nazionale con il d.lgs. n. 180/15 che, per la loro duttilità e eterogeneità di contenuti, pare non smentiscano la prassi dei poteri di vigilanza sopra evidenziata.

In conclusione, è sostenibile che tali interventi precoci siano avvenuti sulla base di una *valutazione* preventiva da parte di Banca d'Italia che non si discosta, per lo meno per la funzione ad essa sottesa, da quella valutazione di cui agli artt. 23 ss. d.lgs. n. 180/15 che deve essere posta a fondamento di un provvedimento di risoluzione.

Si può ulteriormente affermare che questa attività valutativa, esplicitazione senza dubbio del potere di vigilanza della Banca d'Italia, è continuata sino all'adozione del d.lgs. n. 180/15 e si è concretizzata anche nell'applicazione del criterio della "soluzione migliore" per azionisti e creditori dell'ente interessato rispetto alle "alternative concretamente praticabili" ai fini della scelta dello strumento più adatto ed efficace, criterio poi indicato esplicitamente nel decreto legislativo menzionato agli artt. 87-89. Infatti, la Banca d'Italia ha preso in esame tre diverse "alternative" soluzioni della crisi delle quattro banche, tutte, valutate come impraticabili: la prima, basata sull'intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD), in quanto incompatibile con la disciplina sugli aiuti di Stato dalla Commissione europea; la seconda, cioè l'apertura di una liqui-

⁽⁵¹⁾ Si è già detto che il potere decisorio circa l'apertura dell'amministrazione straordinaria secondo la disciplina previgente non era in capo alla Banca d'Italia, che aveva unicamente il potere di dare impulso al MEF.

dazione coatta amministrativa, non efficiente per le conseguenze estremamente penalizzanti ad essa collegate; la terza, fondata sull'intervento volontario da parte delle banche italiane, irrealizzabile per mancanza di adesioni degli enti creditizi nazionali.

La soluzione della risoluzione adottata il 22 novembre 2015 è quindi stata quella che, considerati i vincoli e le norme esistenti, l'Autorità di vigilanza ha ritenuto potesse consentire di minimizzare l'onere dell'intervento, salvaguardando al meglio i diritti dei depositanti e dei creditori, appunto, secondo quel criterio di comparazione rispetto alle alternative concretamente praticabili, pocanzi richiamato. La Banca d'Italia ha così disposto l'adozione di diversi strumenti di risoluzione, quali: la banca ponte (*bridge bank*), la società veicolo per la gestione di attività (*bad bank*), nonché il ricorso al fondo di risoluzione finanziato dalle banche, il cui intervento ha permesso di colmare le perdite non poste a carico di azionisti e creditori subordinati. Le perdite imposte agli azionisti e ai creditori subordinati ammontano, infatti, a circa euro 870 milioni, ma ulteriori perdite pari a circa euro 1.700 milioni sono state assorbite dal fondo di risoluzione. Questa manovra, secondo la Banca d'Italia, ha consentito di evitare il sacrificio di molti altri creditori, in particolare degli obbligazionisti e degli altri creditori non subordinati.

Più precisamente, con d.l. 22 novembre 2015, n. 183, i cui effetti sono stati fatti salvi dall'art. 1, comma 854°, l. 28 dicembre 2015, n. 208, in *G.U.* n. 302 del 30 dicembre 2015, s.o. n. 70 sono state costituite, con effetto dalla data di pubblicazione del decreto legge medesimo, avvenuta il 23 novembre 2015, quattro società per azioni bancarie denominate Nuova Cassa di risparmio di Ferrara S.p.A., Nuova Banca delle Marche S.p.A., Nuova Banca dell'Etruria e del Lazio S.p.A. e Nuova Cassa di risparmio di Chieti S.p.A., tutte con sede in Roma, via Nazionale 91, aventi per oggetto lo svolgimento dell'attività di "ente-ponte" ai sensi dell'art. 42 d.lgs. n. 180/15, con riguardo rispettivamente alla Cassa di risparmio di Ferrara S.p.A., alla Banca delle Marche S.p.A., alla Banca popolare dell'Etruria e del Lazio S.p.A. - Società cooperativa e alla Cassa di risparmio di Chieti S.p.A., in risoluzione, con l'obiettivo di mantenere la continuità delle funzioni essenziali precedentemente svolte dalle medesime banche e, al verificarsi di adeguate condizioni di mercato, cedere a terzi le partecipazioni al capitale o i diritti, le attività o le passività acquistate dalle banche in risoluzione, in conformità con le disposizioni del medesimo d.lgs. n. 180/15.

In particolare, con provvedimento della Banca d'Italia del 22 novembre 2015, a decorrere dal 23 novembre 2015, ciascun ente ponte è dive-

nuto cessionario, ai sensi dell'art. 43, comma 4°, d.lgs. n. 180/15, di tutti i diritti, le attività e le passività costituenti l'azienda bancaria della rispettiva banca in risoluzione, con l'esclusione delle passività, diverse dagli strumenti di capitale, come definiti dall'art. 1, lett. p, d.lgs. n. 180/15, in essere alla data del 23 novembre 2015, non computabili nei fondi propri, il cui diritto al rimborso del capitale è contrattualmente subordinato al soddisfacimento dei diritti di tutti i creditori non subordinati della rispettiva banca in risoluzione.

In conformità con le disposizioni del d.lgs. n. 180/15, l'intero capitale sociale di ciascun ente ponte è detenuto dal fondo nazionale di risoluzione, del quale la Banca d'Italia è gestore.

La Banca d'Italia ha così avviato una procedura competitiva nei confronti di potenziali acquirenti, a condizioni di mercato, al fine di massimizzare il prezzo di vendita, nel rispetto di quanto previsto dalle disposizioni nazionali ed europee applicabili e, in particolare, dal d.lgs. n. 180/15, fermo restando il necessario rispetto delle previsioni in materia di presupposti per il rilascio delle autorizzazioni all'acquisizione di partecipazioni rilevanti in banche e altri soggetti vigilati, ivi compresi quelli in materia di qualità del potenziale acquirente e di solidità finanziaria del progetto di acquisizione e fermo altresì restando che la Banca d'Italia si riserva la possibilità, con l'obiettivo di massimizzare il valore di realizzo della dismissione degli enti ponte, di avviare la cessione di attività, beni e rapporti giuridici, anche individuabili in blocco, di proprietà dei medesimi in modo distinto dalla cessione degli enti ponte, ivi incluse le partecipazioni detenute dagli enti ponte in Banca Federico del Vecchio S.p.A., Cassa di Risparmio di Loreto S.p.A., Oro Italia Trading S.p.A., BAP Assicurazioni S.p.A., BAP Vita e Previdenza S.p.A., Cedacri S.p.A. e CARIFE S.E.I. S.r.l. (le cd. "*non-core entities*").

In conclusione, si può constatare che il menzionato provvedimento di risoluzione costituisce la prima applicazione pratica del nuovo modello gestorio di soluzione della crisi bancaria. Per questo motivo, si ritiene opportuno svolgere alcune ulteriori considerazioni. Nella specie, nel prosieguo si è scelto di porre l'attenzione su uno dei quattro casi di risoluzione bancario, quello che ha interessato la realtà ferrarese.

9. *Spunti di riflessione sull'esercizio dei poteri di vigilanza nel caso CARIFE.*

I poteri di vigilanza della Banca d'Italia di cui si discute hanno trovato la loro prima esplicitazione presso la Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.a. (nel prosieguo Carife) nella primavera del 2009, quando una ispezione ha

fatto emergere, oltre a vari specifici problemi e irregolarità, l'insostenibilità di un programma di espansione territoriale troppo ambizioso e non attuato con la dovuta prudenza. In quell'occasione gli ispettori hanno espresso un giudizio intermedio, corrispondente a un "parzialmente sfavorevole" nella nuova scala (da 1 a 6) all'epoca in via di introduzione.

Successivamente all'ispezione, l'intervento dell'autorità di vigilanza ha dato l'impulso per la nomina di un nuovo direttore generale. A seguire, nell'aprile 2010, la Carife ha rinnovato sette degli undici membri del c.d.a., fra i quali il presidente e il vice presidente.

Dinanzi all'erosione continua del patrimonio di Carife, si evince un nuovo potere di intervento della Banca d'Italia, che nell'ottobre del 2010 ha richiesto all'ente creditizio di realizzare un aumento di capitale per 150 milioni.

In più occasioni nel 2011 e nel 2012 la Vigilanza è intervenuta per ribadire l'esigenza di razionalizzare il gruppo, nonché per richiedere rafforzamenti organizzativi e delle funzioni di controllo. In relazione ai ritardi nelle iniziative richieste e al peggioramento ulteriore della qualità del credito, la Banca d'Italia ha disposto nuovi accertamenti ispettivi.

Una ulteriore ispezione condotta dal settembre 2012 al febbraio 2013, inviata a causa della evidente insufficienza dell'azione correttiva posta in essere dalla banca sotto l'egida dell'autorità di vigilanza e del deteriorarsi della situazione, ha determinato un giudizio sfavorevole (6 su una scala da 1 a 6) e la constatazione di un elevato rischio di credito, di una compromissione della capacità di generare reddito e della insostenibilità della controllata Commercio & Finanza. L'accertamento ha altresì rilevato un patrimonio al di sotto dei minimi regolamentari. Alla Consob sono così stati forniti dati in merito alle maggiori rettifiche su crediti quantificate in esito agli accertamenti ispettivi.

A seguito delle conclusioni dell'ultima ispezione, il commissariamento è stato disposto il 27 maggio del 2013 per gravi irregolarità e gravi perdite del patrimonio⁽⁵²⁾. Quindi, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, su proposta della Banca d'Italia, ha decretato lo scioglimento degli organi con

(52) Si segnala che un primo procedimento sanzionatorio, avviato a seguito dell'ispezione del 2009, si è concluso nel 2010 con l'applicazione di sanzioni per un totale di 340.000 euro nei confronti di 14 esponenti. Per carenze accertate nel corso dell'ultima ispezione, nell'aprile 2014 sono state irrogate nei confronti di 15 esponenti della Cassa di Risparmio di Ferrara sanzioni pecuniarie per un ammontare complessivo pari a 1,1 milioni. A conclusione dell'ultima ispezione, alla procura di Ferrara è stata trasmessa copia del relativo rapporto; ai magistrati inquirenti era stata già inviata, nel giugno 2010, la documentazione concernente l'ispezione del 2009.

funzioni di amministratore e di controllo della Carife e la sottoposizione della stessa alla procedura di amministrazione straordinaria, ai sensi degli artt. 70, comma 1°, lett. *a e b*, e 98, t.u.b.⁽⁵³⁾.

Nella situazione patrimoniale ed economica intermedia, redatta, con l'applicazione di metodi civilistici e nella prospettiva della continuità aziendale, per il periodo 1/2/2013-31/3/2015, oggetto di revisione contabile, è emersa una perdita lorda di circa 376 milioni di euro, anche a seguito delle svalutazioni resesi necessarie nei comparti del credito e delle partecipazioni.

Conseguentemente, si è accertato un deficit di fondi propri, rispetto ai requisiti minimi di legge, che ha imposto il ricorso ad una ricapitalizzazione della banca. L'iniziativa possibile si è sostanziata nell'intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD): e a tal fine i commissari, all'esito della relativa delibera di FITD, hanno, con l'autorizzazione dell'autorità di vigilanza, convocato un'assemblea straordinaria di Carife che, sulla base della situazione patrimoniale al 31 marzo 2015, ha deliberato l'aumento di capitale riservato al FITD nella cifra necessaria per il ripristino dei *ratios* patrimoniali di vigilanza.

La delibera di aumento di capitale è stata sospensivamente condizionata, ai sensi di legge, e in virtù di conforme espressa deliberazione assembleare, all'autorizzazione da parte dei competenti organi di BCE. Inoltre, nell'ambito della delibera stessa si è dato altresì atto che alla data dell'assemblea non risultava "ancora attuata in Italia la direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014, che istituisce un nuovo quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento: ciò che ha indotto necessariamente i commissari straordinari ad articolare l'operazione in esame senza considerare le possibili incidenze della stessa, particolarmente innovative rispetto alla disciplina oggi vigente, e salvo ogni ulteriore e diversa rappresentazione che immediatamente si esporrà nelle sedi competenti, qualora, nelle more, ciò accadesse, con eventuali interferenze con quanto in questa sede illustrato e proposto".

Il competente organo di controllo bancario comunitario ha espresso orientamento sfavorevole a tale progetto, che pertanto non si è presentata percorribile. In sede di verifica operata dai commissari straordinari sulla situazione patrimoniale al 30 settembre 2015 di Carife è stato accertato un deficit patrimoniale pari a circa 24,5 milioni di euro: il deficit di fondi

⁽⁵³⁾ Più precisamente, con d.m. 27 maggio 2013, n. 151, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, su proposta formulata dalla Banca d'Italia con delibera n. 257 del 16 maggio 2013, ha disposto il suddetto scioglimento degli organi della *governance* di Carife.

propri individuale di Carife pari a 224 milioni di euro, il *deficit* di fondi propri consolidato pari a 263 milioni di euro.

La previsione per la fine anno 2015 ha dato atto di ulteriori perdite in corso di maturazione, stimate in 11,9 milioni di euro, per un complessivo deficit patrimoniale contabile di circa 36,4 milioni di euro.

Il capitale sociale, al momento dell'assunzione del provvedimento di risoluzione del 22 novembre 2015, si era, dunque, integralmente perduto. La situazione di comprensibile allarme derivata dalla situazione dell'istituto di credito ha comportato nei mesi di ottobre e novembre 2015 un aumento significativo di: prelievi da parte dei clienti, liquidazioni dei rapporti e dei conti correnti, richiesta di estinzione delle obbligazioni ordinarie. Tali circostanze hanno inciso negativamente sulla situazione di liquidità, oltre che patrimoniale, della banca.

Nelle more, come si è già precisato, è stato approvato il d.lgs. n. 180/15, attuativo della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

Con provvedimento del 21 novembre 2015, approvato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze con decreto del 22 novembre 2015, è stato disposto, ai sensi dell'art. 32 del citato d.lgs. n. 180/15, l'avvio della risoluzione della Carife. Ciò, in quanto è stata verificata la presenza dei presupposti di cui all'art. 17 d.lgs. n. 180/15, in quanto per la Carife in amministrazione straordinaria:

- si era verificata la situazione di dissesto;
- non sussistevano misure alternative di vigilanza ovvero di mercato, attuabili in tempi adeguati, per superare tale situazione;
- ricorreva l'interesse pubblico, atteso che la risoluzione era necessaria e proporzionata al perseguimento dei relativi obiettivi e che la procedura di liquidazione coatta amministrativa era inidonea a conseguirli nella medesima misura.

La risoluzione è stata attuata sulla base di un programma di risoluzione che si caratterizza per l'adozione, tra l'altro, della misura della riduzione integrale delle riserve e del capitale rappresentato da azioni, anche non computate nel capitale regolamentare, e del valore nominale degli elementi di classe 2, computabili nei fondi propri, ai sensi e per gli effetti dell'art. 27, comma 1°, lett. *b*, e dell'art. 52, comma 1°, lett. *a*, punti *i*) e *iii*), richiamato dall'art. 28, comma 3°, d.lgs. n. 180/15, al fine di assicurare la copertura di una parte delle perdite quantificate sulla base delle risultanze della valutazione provvisoria di cui ai commi 1° e 2° dell'art. 25 del medesimo decreto.

Tali risultanze costituiscono l'esito dell'applicazione alla fattispecie concreta delle metodiche peculiari previste in sede comunitaria per queste situazioni di risoluzione.

Esse hanno determinato l'individuazione di ulteriori perdite per complessivi 492,6 milioni di euro dalle quali, detratte le obbligazioni subordinate computabili, per 25,6 milioni di euro, si perviene ad un deficit complessivo lordo pari a 467 milioni di euro. Si aggiunge che, stante la permanenza delle obbligazioni subordinate non computabili nei fondi propri, pari a 34 milioni di euro circa, una volta considerate anche quest'ultime, per evidenti ragioni di rispetto della parità di trattamento di creditori tutti subordinati, il deficit patrimoniale diventa in conclusione riconducibile a circa 433 milioni di euro.

Con separato provvedimento la Banca d'Italia, in veste di autorità di risoluzione, ha altresì stabilito la cessione dell'azienda da parte della Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.A. in risoluzione, all'ente ponte "Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.A.", ai sensi dell'art. 43, comma 1°, lett. *b*, d.lgs. n. 180/15. Più precisamente, la decisione dell'autorità di vigilanza si è espressa in questi termini, disponendo: "la cessione di tutti i diritti, le attività e le passività costituenti l'azienda bancaria Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.a., in amministrazione straordinaria, con sede in Ferrara, posta in risoluzione con provvedimento della Banca d'Italia del 21 novembre 2015 – approvato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze con d. del 22 novembre 2015 – (ente in risoluzione) a favore della Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.a., con sede in Roma (ente ponte). Restano escluse dalla cessione dell'azienda soltanto le passività, diverse dagli strumenti di capitale, come definiti dall'art. 1, lettera *p*), del d.lgs. n. 180/2015, in essere alla data di efficacia della cessione, non computabili nei fondi propri, il cui diritto al rimborso del capitale è contrattualmente subordinato al soddisfacimento dei diritti di tutti i creditori non subordinati dell'ente in risoluzione. L'ente ponte succede, senza soluzione di continuità, all'ente in risoluzione nei diritti, nelle attività e nelle passività ceduti ai sensi dell'art. 43, comma 4°, del d.lgs. n. 180/2015. La cessione ha efficacia dalle ore 00.01 del giorno di costituzione dell'ente ponte".

Lo sbilancio di cessione, pari ad appunto a 433 milioni di euro, è stato coperto dal fondo di risoluzione, sempre istituito nelle more presso la Banca d'Italia, che si è così surrogato al credito altrimenti vantato dalla Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.a. per effetto della cessione.

Successivamente, con d.m. n. 566 del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 9 dicembre 2015, Carife in risoluzione è stata sottoposta alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'art. 38, com-

ma 3°, d.lgs. n. 180/15 e degli artt. 80 ss. t.u.b. Con provvedimento del successivo 14 dicembre, la BCE ha disposto, su proposta della Banca d'Italia, la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria nei confronti della stessa Carife, ai sensi degli artt. 4, par. 1, lett. *a*, e 14, par. 5, reg. UE n. 1024/2013, dell'art. 83 reg. UE n. 468/2014 della BCE, dell'art. 18, lett. *c*, *d*, e *e*, dir. 2013/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio (CRD IV), nonché dell'art. 38, comma 3°, d.lgs. n. 180/15 e dell'art. 14 t.u.b.

È dunque constatabile che la Carife in liquidazione coatta amministrativa non ha la titolarità di alcun elemento attivo, ed è invece esclusivamente titolare di passività costituite dal debito verso il Fondo di risoluzione sopra menzionato, provvisoriamente pari ad euro 433 milioni, dal debito residuo nei confronti di portatori di obbligazioni subordinate, per euro 34 milioni, oltre eventuali ratei di interessi, come risulta dalla situazione extra-contabile provvisoria predisposta all'atto dell'insediamento degli organi della procedura di l.c.a.

Stante la irreversibilità dell'ente creditizio da questo assetto e la definitiva incapacità, assente ogni forma di cespite attivo, di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, è stato dichiarato lo stato di insolvenza della banca in data 10 febbraio 2016.

Nel frattempo, la Banca d'Italia, con provvedimento del 26 gennaio 2016, ha disposto che i crediti in sofferenza risultanti dalla situazione contabile individuale di Carife al 30 settembre 2015, detenuti da Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.A. per effetto del provvedimento n. 1241120 del 22 novembre 2015 di cessione delle attività e passività, siano ceduti a REV – Gestione Crediti S.p.A., ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.lgs. n. 180/2015. Restano esclusi dalla cessione disposta e, in conformità al programma di risoluzione, sono oggetto di successivi trasferimenti alla REV – Gestione Crediti S.p.A.: (i) i crediti in sofferenza, risultanti dalla situazione contabile individuale di Carife al 30 settembre 2015, interessati da operazioni di cartolarizzazione; (ii) i crediti in sofferenza, risultanti dalla situazione contabile consolidata di Carife al 30 settembre 2015, di titolarità della controllata Commercio e Finanza Leasing & Factoring S.p.A. in amministrazione straordinaria, che saranno ceduti solo a seguito del trasferimento delle attività e passività di Commercio e Finanza Leasing & Factoring S.p.A. a Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.A.

La cessione è divenuta efficace dal 1° febbraio 2016.

Ponendo di nuovo l'attenzione specificamente sulla procedura di *resolution*, si può evidenziare che la risoluzione è stata attuata sulla base di un programma che ha previsto l'adozione delle misure di seguito indicate:

– la sottoposizione della Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.a., in amministrazione straordinaria, a risoluzione, ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. n. 180/15, con conseguente chiusura della procedura di amministrazione straordinaria in essere e cessazione degli incarichi dei commissari straordinari e del comitato di sorveglianza; la disposizione della permanenza in carica presso la banca in risoluzione dell'alta dirigenza;

– la nomina del commissario speciale e dei membri del comitato di sorveglianza della Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.a., in risoluzione, ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 180/15, i cui atti tengono luogo di quelli dei competenti organi sociali degli azionisti e dei titolari di altre partecipazioni, con conseguente sospensione dei diritti di voto in assemblea e degli altri diritti derivanti da partecipazioni che consentono di influire sulla banca;

– la riduzione integrale delle riserve e del capitale rappresentato da azioni, anche non computate nel capitale regolamentare, e del valore nominale degli elementi di classe 2, computabili nei fondi propri, ai sensi e per gli effetti dell'art. 27, comma 1°, lett. *b*, e dell'art. 52, comma 1°, lett. *a*, punti *i*) e *iii*), richiamato dall'art. 28, comma 3°, d.lgs. n. 180/15, al fine di assicurare la copertura di una parte delle perdite quantificate sulla base delle risultanze delle valutazioni provvisorie di cui all'art. 25 del medesimo decreto;

– l'adozione dello statuto della banca ponte (ente-ponte), con l'obiettivo di assicurare la continuità dei servizi creditizi e finanziari della banca in risoluzione e la sua collocazione sul mercato; l'approvazione della strategia e del profilo di rischio; la nomina dei componenti degli organi di amministrazione e controllo, l'approvazione dell'attribuzione delle deleghe e delle remunerazioni; l'individuazione delle eventuali restrizioni all'attività dell'ente ponte ai sensi dell'art. 42, comma 3°, lett. *c*, d.lgs. n. 180/15;

– la cessione dell'azienda da parte della Carife in risoluzione, all'ente ponte "Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.A.", ai sensi dell'art. 43, comma 1°, lett. *b*, d.lgs. n. 180/15, con esclusione dei debiti subordinati non computabili nei fondi propri emessi dalla banca in risoluzione; la detenzione del capitale sociale dell'ente ponte da parte della Banca d'Italia a valere sul patrimonio autonomo del fondo di risoluzione;

– la costituzione di una società veicolo per la gestione delle attività, ai sensi dell'art. 45 del d.lgs. n. 180/15, con capitale sociale detenuto dalla Banca d'Italia a valere sul patrimonio autonomo del fondo di risoluzione, l'approvazione dell'atto costitutivo e dello statuto della società, della strategia e del profilo di rischio; la nomina dei componenti degli organi di

amministrazione e controllo della società nonché l'approvazione dell'attribuzione delle deleghe e delle remunerazioni;

– la cessione alla società veicolo per la gestione delle attività delle sofferenze detenute dall'ente ponte, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 180/15;

– la sottoposizione della Carife in risoluzione, a liquidazione coatta amministrativa.

In tale contesto, il fondo di risoluzione nazionale, istituito dalla Banca d'Italia con provvedimento del 18 novembre 2015, ai sensi dell'art. 78 del d.lgs. n. 180/15, è intervenuto per:

a) sottoscrivere il capitale dell'ente ponte, assicurando il rispetto dei prescritti requisiti patrimoniali; b) fornire un contributo allo stesso ente ponte al fine di coprire il deficit di cessione;

c) sottoscrivere il capitale della società veicolo per la gestione delle attività, assicurando il rispetto dei prescritti requisiti patrimoniali;

d) fornire una garanzia per il credito vantato dall'ente ponte verso la società veicolo.

10. *Quid iuris per creditori non garantiti ed azionisti della "vecchia" Carife?*

Alla luce del complesso programma di risoluzione che si è cercato, seppure sommariamente, di delineare, un tema molto sentito è la tutela dei creditori subordinati e degli azionisti che hanno subito l'effetto dell'esecuzione di queste nuove regole e, in particolare, del *bail-in*.

Sotto questo profilo si possono svolgere alcune riflessioni.

In primo luogo, si tratta di capire se un rapporto bancario quale è, per esempio, quello che l'obbligazionista subordinato ha concluso con Carife prima dell'introduzione del *bail-in*, quando neppure veniva prospettata astrattamente la possibilità per l'istituto di credito di adottare una simile misura, possa subire le conseguenze, appunto, di una disciplina peggiorativa entrata in vigore successivamente. Pare infatti che mediante l'attuazione del programma di risoluzione della Carife sia stata attribuita alle norme interne di recepimento della disciplina comunitaria una efficacia retroattiva, con conseguenti dubbi di legittimità, per lo meno sotto il profilo della carenza di conoscenza e trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché di correttezza, per non dire di costituzionalità. Peraltro, se il provvedimento di risoluzione è di novembre 2015, l'operatività della falcidia del *bail-in* è prevista dal 1° gennaio 2016.

Seguendo comunque la strada percorsa dal legislatore, e quindi non ponendosi problemi temporali di applicabilità della nuova normativa sulla

gestione della crisi bancaria, l'unico strumento di tutela per il creditore, comune anche all'azionista, è, ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. n. 180/15, il diritto ad un indennizzo, a carico del fondo di risoluzione, che può essere concesso se "sulla base della valutazione di cui all'art. 88, risulti aver subito perdite maggiori di quelle che avrebbe subito in una l.c.a. o altra analoga procedura concorsuale". Applicando la normativa, si tratterebbe quindi di verificare se, al momento della valutazione della Banca d'Italia circa l'adozione del provvedimento di risoluzione, gli obbligazionisti non garantiti e gli azionisti che si sono visti azzerare il valore delle loro partecipazioni a seguito dell'applicazione del *bail-in*, avrebbero ottenuto una soddisfazione maggiore se fossero stati liquidati secondo la disciplina della l.c.a. Orbene, è di tutta evidenza che, riconducendo il momento della valutazione alla data dell'adozione del provvedimento di risoluzione di novembre 2015, nessun dubbio può permanere circa la possibilità per i possessori di partecipazioni o titoli subordinati di avere un'alternativa più vantaggiosa rispetto al programma risolutorio.

Quindi, nessun indennizzo troverebbe giustificazione.

Tuttavia, seguendo il ragionamento sin qui svolto, e cioè riconoscendo che nel caso della risoluzione di Carife, posto che la disciplina ha trovato un'applicazione "*sui generis*" rispetto al dettato normativo, entrando in gioco le nuove regole quando già da diversi anni la gestione della crisi e i poteri di vigilanza della Banca d'Italia erano in corso, non pare si possa obiettare che quella *valutazione* "equa, prudente e realistica delle attività e passività" e, quindi, circa le misure da adottare, sia stata compiuta dalla Banca d'Italia in epoca molto precedente a novembre 2015. In altri termini, pare potersi sostenere che il momento di applicazione del criterio che condiziona la possibilità di ottenere un indennizzo, *ex art.* 89 del d.lgs. n. 180/15, sia riconducibile per lo meno al provvedimento di apertura della amministrazione straordinaria. Ancora di più. Viene da chiedersi se, utilizzando la stessa convincente argomentazione, tale *dies a quo* possa essere retrodatato al vero primo intervento valutativo della Banca d'Italia che voleva essere risolutorio, ma che poi nei fatti non lo è stato, e cioè alla data del primo aumento di capitale di 150 milioni di euro nell'anno 2010. Se così fosse, si aprirebbero nuovi scenari per la tutela dei risparmiatori e degli azionisti della vecchia Carife.

Del resto, la *ratio* del sistema di "salvaguardia" di cui al d.lgs. n. 180/15 non può che essere quella di prevedere un "correttivo" che, insieme alle regole che garantiscono la conoscenza e la trasparenza, va a bilanciare il potere discrezionale della Banca d'Italia e del meccanismo unico di vigilanza, così riequilibrando i "costi" della gestione della crisi. Si aggiunge

che, se si precludesse questa strada, non si vede come si potrebbe sindacare l'operato dell'autorità di vigilanza in quel periodo di "limbo", tra l'adozione del primo provvedimento di gestione della crisi, *rectius* il menzionato aumento di capitale del 2010, e la formale decisione della messa in risoluzione del 22 novembre 2015. Questa fase, pertanto, non può che costituire parte integrante di quella valutazione dell'organo di vigilanza, adottata sulla scorta dell'operatività del meccanismo unico di vigilanza, che costituisce elemento imprescindibile della decisione di risoluzione.

In ogni caso, emerge un tema più generale, sul quale si ritiene opportuno svolgere le ulteriori considerazioni che seguono.

La situazione fattuale sopra descritta è quella di un potere di vigilanza che è intervenuto in modo incisivo nella gestione della crisi della Carife, imponendo l'adozione di misure interne all'ente creditizio: l'aumento di capitale, il cambio dei vertici della *governance* e il commissariamento sono solamente esempi di questo penetrante potere di controllo esercitato dalla Banca d'Italia e che viene confermato nel nuovo quadro normativo di recepimento della Direttiva BRRD, dove viene inserito nel più ampio scenario del meccanismo unico di vigilanza.

Si deve precisare che l'esperienza bancaria italiana ha da sempre conosciuto questo tipo di interventi da parte dell'autorità di vigilanza. La differenza rispetto al passato non sta nella condotta, ma va ricercata altrove, e cioè nelle conseguenze che la stessa comporta. Infatti, la storia bancaria nazionale ha messo in luce come in precedenza la gestione della crisi degli istituti di credito fosse espressione degli *interna corporis* del sistema creditizio stesso. Infatti, ogni esternalizzazione del controllo dell'autorità di vigilanza, dall'atto di intervento, alla scelta della strada da percorrere, all'attuazione dello strumento adottato, sino alle conseguenze in termini di costi e responsabilità, venivano sostenuti dal sistema finanziario, coadiuvato dai mezzi di volta in volta concessi dallo Stato⁽⁵⁴⁾.

(54) Per tutti, cfr. VALIGNANI, *Manuale di diritto della banca*, cit., p. 69 ss.; CERCONE, *L'importanza della prospettiva comparatistica nello studio della gestione dell'insolvenza: il caso delle crisi bancarie in Europa*, in BONFATTI e FALCONE (A CURA DI), *La legislazione concorsuale in Europa*, Milano, 2004, *passim*; BOCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998, *passim*; BONFATTI, *La liquidazione coatta delle banche e degli intermediari in strumenti finanziari*, Milano, 1998, *passim*. Per una disamina su alcune crisi bancarie, cfr., *ex multis*, VALIGNANI, *Crisi e risanamento del Banco di Napoli nella legislazione italiana e nelle decisioni comunitarie*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2000, *passim*; MINERVINI, *La crisi del Banco di Napoli e gli interventi della Fondazione*, in *Dieci anni dell'Istituto Banco di Napoli*, Quarto, 2001, *passim*; PANTALEONI, *La caduta della Società Generale di Credito Mobiliare Italiano*, a cura di Ercolani, Roma, 1998, *passim*; DRAMMATICO, *Sicilcassa: una morte annunciata*, Palermo, 1998, *passim*; BELLI e MACCARONE (a cura di), *Le crisi bancarie: il caso del Banco Ambrosiano*,

Allo stato attuale, la stessa condotta della Banca d'Italia, che esercita la stessa funzione di vigilanza, ha dirette conseguenze nei confronti di soggetti che non sono mai appartenuti al sistema bancario, *in primis*, azionisti e creditori non garantiti⁽⁵⁵⁾.

Milano, 1985, *passim*; ancora, sulle ricorrenti crisi del Banco di Roma nei primi decenni del novecento, cfr. DE STEFANI, *Baraonda bancaria*, Edizioni del Borghese, Milano, 1961, *passim*.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto, benché questa non sia la sede per una compiuta descrizione del composito sistema interventistico delineato con gli strumenti della *resolution*, si deve precisare che la normativa indica un ordine di priorità tra passività assoggettabili al *bail-in* fondato sulla logica della nuova regolazione, in base alla quale chi ha investito in strumenti finanziari rischiosi deve, prima degli altri, subire le conseguenze del dissesto dell'istituto di credito. Cfr. CAPRIGLIONE e CAPRIGLIONE e TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'Ue dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino, 2014, p. 210 ss., secondo i quali il regolatore europeo ha “preferito limitare gli effetti di una probabile *mala gestio* a coloro i quali (*in primis*) avrebbero dovuto identificare (*rectius*: minimizzare) le eventuali distorsioni operative che, per solito, precedono il manifestarsi della crisi dell'intermediario”. Pertanto, in prima battuta, soggiacciono alla procedura in discorso gli “strumenti del patrimonio di vigilanza” della banca. Soltanto nell'eventualità della loro insufficienza, l'autorità di risoluzione può applicare la misura in parola nei riguardi dei debiti subordinati non ricompresi nel capitale e, poi, nei confronti dei creditori *non garantiti*. È importante osservare, tuttavia, che, assorbita la quota dell'8% delle passività totali, può soccorrere in aiuto, a certe condizioni, per un ulteriore ammontare pari al 5% delle medesime, il fondo unico di risoluzione, ai sensi dell'art. 76 del reg. UE n. 806/2014. Cfr., per una riflessione sulla misura dell'8%, assunta come coerente con il livello di perdite sperimentate dalle banche in crisi a partire dalle esperienze del 2007, FORESTIERI, *L'unione bancaria europea e l'impatto sulle banche*, in *Banca impr. soc.*, 2014, 3, p. 496 ss. Va chiarito che il Comitato unico di risoluzione può utilizzare il menzionato fondo soltanto nella misura necessaria ad assicurare l'efficace applicazione degli strumenti di risoluzione e, dunque, non per assorbire direttamente le perdite. In ogni caso, alla luce della comunicazione della Commissione europea del 30 luglio 2013, relativa all'applicazione “delle norme in materia di aiuti di stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria”, visionabile sul sito della Commissione europea, “prima di concedere aiuti per la ristrutturazione a favore di una banca, gli stati membri dovranno [...] garantire che gli azionisti e i detentori di capitale subordinato di detta banca provvedano a fornire il necessario contributo”. Sul tema, v. anche SABATINI, *Schemi di d.lgs. relativi all'attuazione della direttiva 2014/59/UE, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi (Atto 208 e Atto 209)*, audizione del 27 ottobre 2015, presso il Senato della repubblica, VI^a Commissione, consultabile sul sito dell'ABI, p. 5 ss. Va, infine, evidenziato che i depositi delle persone fisiche e delle PMI superiori ad euro 100.000, come anche il fondo di garanzia dei depositi, verranno aggrediti soltanto in ultima istanza. Di contro, la Direttiva BRRD esclude talune passività dall'assoggettamento alla procedura in parola; ciò per il rischio di contagio sistemico che il loro utilizzo potrebbe produrre. Il riferimento è alle passività derivanti dalla partecipazione a sistemi di pagamento (con una durata residua inferiore a sette giorni), ovvero a quelle verso altri istituti di credito (con una scadenza originaria inferiore a sette giorni). A tale logica sembra ispirato, inoltre, l'esonero, dall'applicazione dello strumento in parola, delle passività garantite (inclusi i *covered bonds*). Inoltre, sono esclusi i debiti commerciali o quelli verso i dipendenti; ciò al fine di favorire la continuità delle funzioni essenziali dell'istituto in difficoltà; analoga sorte è prevista per i depositi protetti ovvero per quelli aventi ammontare inferiore ad euro 100.000 (ricongiungibili alla sfera di intervento del sistema di garanzia dei depositi). Per un

Con ciò non si vuole denunciare che così facendo il legislatore nazionale, avallato da quello europeo, abbia inteso anteporre l'interesse delle banche a quello dei risparmiatori, ponendo il primo al vertice della scala dei valori tutelati dall'ordinamento.

Infatti, il contesto in cui si inserisce il controllo fattuale della Banca d'Italia, nonché la nuova procedura di risoluzione e degli altri neo-strumenti di gestione della crisi dell'ente creditizio, è quello di un intervento legislativo che ha voluto così impedire agli Stati membri di utilizzare fondi pubblici per salvare gli istituti di credito e, quindi, in ultima istanza, che ha preso a cuore la tutela della categoria dei contribuenti⁽⁵⁶⁾. Inoltre, l'innegabile ed altrettanto lodevole pregio della soluzione adottata con la nuova disciplina è l'intento, che si rinviene già nel commissariamento e nella ricapitalizzazione di Carife, di evitare conseguenze ancor più drammatiche e drastiche per il sistema-Paese, quali perdite talmente gravi da prosciugare i conti correnti e, quindi, tali da coinvolgere anche i titolari di pretese non subordinate⁽⁵⁷⁾. Lo stesso articolo 21 del d.lgs. n. 180/15 indica tra gli obbiettivi della procedura di *resolution* la stabilità finanziaria ed il contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche. Si affianca poi la tutela dei depositanti e degli investitori protetti da sistemi di garanzia o di indennizzo, nonché dei fondi e delle altre attività della clientela.

È del tutto assente la tutela dei risparmiatori, degli azionisti in genere, e dei creditori non garantiti. E non poteva essere altrimenti. Anzi, ciò è perfettamente in linea con gli scopi istituzionali e le funzioni dell'ente di vigilanza domestica, nonché con il quadro dell'Unione europea.

La tutela del risparmio, infatti, non è compito del sistema di vigilanza bancaria, a nessun livello. Il controllo di vigilanza ed i poteri che ne sono esplicazione operano in parallelo, ma non toccano il risparmio, o non

inquadramento più generale, cfr. anche, JOOSEN, *Bail in mechanisms in the bank recovery and resolution directive*, in *Annual Conference 6/11/2014 – Netherlands association for comparative and international insolvency law*.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Federalismi.it*, 2016, 1, p. 4 ss., che ha sottolineato come il legislatore abbia così voluto evitare che le perdite bancarie vengano "socializzate", salvo i casi eccezionali indicati dalla normativa europea. Al riguardo, cfr. gli artt. 37, 18, comma 4°, lett. d, e 27, comma 9°, reg. UE n. 806/2014. Cfr. anche CAPRIGLIONE e TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'Ue dopo la crisi*, cit., p. 106 ss.; LEMMA, *The shadow banking system*, London, 2016, p. 156 ss.

⁽⁵⁷⁾ Il *favor* per la nuova normativa è sottolineato, con ampie riflessioni, alle quali si rinvia, da GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo unico di risoluzione*, traduzione italiana consultabile sul sito www.iusexplorer.it, p. 44 ss., di BUSCH e FERRARINI (a cura di), *Bail-in and the Financing of Resolution within the SRM Framework, European Banking Union*, Oxford, 2015.

dovrebbero farlo. Ciò in quanto la tutela degli investitori è affidata dal legislatore nazionale ad un altro sistema, presieduto da un altro ente, la Consob, autorità che si fa garante della efficienza, della trasparenza e dello sviluppo del mercato mobiliare.

Ebbene, il punto che si vuole evidenziare è che la prassi utilizzata con il modello gestorio di vigilanza adottato per Carife e le nuove norme sulla gestione della crisi bancaria di recepimento del meccanismo unico di vigilanza hanno creato un disallineamento: da un lato, hanno consentito ad un soggetto “terzo” rispetto al mercato del risparmio, e cioè all’autorità di vigilanza sull’attività bancaria, che, si ripete, non ha alcun potere in materia di tutela degli investitori, di assumere decisioni, quali, l’aumento di capitale, il commissariamento, prima dell’introduzione delle norme di matrice europea, la risoluzione ed il collegato meccanismo del *bail-in* e, quindi, l’azzeramento delle azioni e delle obbligazioni non garantite, poi, che impattano direttamente sui risparmiatori. Dall’altro lato, però, nessuna (necessariamente nuova) funzione è stata attribuita all’autorità di vigilanza per legittimare il suo intervento in un campo alla stessa esterno. Non vi è traccia, per esempio, di ulteriori nuovi elementi di valutazione che la Banca d’Italia deve prendere in considerazione nell’operare una scelta che si ripercuote sugli azionisti e sui creditori non garantiti. Si può allora pensare che questo punto di equilibrio possa essere raggiunto per altra via, riconoscendo ai risparmiatori stessi una “voce” diretta. Tuttavia, allo stato, nessun diritto di *voice*, né forte, come il diritto di voto circa la valutazione a fondamento del provvedimento di risoluzione, o di opposizione alla decisione prima che sia eseguita dalla Banca d’Italia, né debole, in termini, per esempio, di coinvolgimento anche solamente con un parere non vincolante, è previsto nel sistema per la categoria degli investitori. Non vi è traccia neanche di un loro rappresentante, né è riconosciuto loro un diritto di controllo sulla decisione relativa alla gestione della crisi bancaria. Ancora, neppure un diritto di informazione è stato pensato, posto che in relazione alle notizie e ai flussi informativi del circuito di vigilanza la Banca d’Italia può opporre il segreto, confermato dall’art. 5 del d.lgs. n. 180/15⁽⁵⁸⁾. Si aggiunge che il medesimo provvedimento normativo, discipli-

⁽⁵⁸⁾ Cfr. SCIARRONE e ALIBRANDI, *Prodotti “misti” e norme a tutela del cliente*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d’impresa*, Torino, 2014, p. 2420 ss., hanno evidenziato come in un quadro normativo nel quale le passività bancarie diverse dai depositi protetti presenteranno “grandi rischi del tutto sconosciuti in passato”, le Autorità europee richiedono “un rafforzamento di tutela per i creditori bancari, ritenendo l’informativa attuale del tutto inadeguata”.

nando la procedura per l'adozione dei provvedimenti di risoluzione, prevede alcune deroghe alle norme applicabili in via ordinaria in materia di pubblicità dei procedimenti amministrativi. Queste deroghe alla disciplina garantista sono giustificate dalla delicatezza della materia e dal carattere di urgenza delle misure da adottare, al fine, tra l'altro, di non pregiudicare gli obiettivi della risoluzione ed evitare reazioni ingiustificate che potrebbero minare la stabilità del sistema finanziario, coinvolgendo le banche sane. Si è già accennato poi agli strumenti per impugnare le decisioni della Banca d'Italia previsti sempre dal d.lgs. n. 180/15 e che attribuiscono un diritto ad un indennizzo ad azionisti e creditori, sulla base di quel criterio già ricordato secondo cui, in sostanza, nessuno deve tollerare perdite maggiori rispetto a quelle che avrebbe sostenuto se l'ente fosse stato liquidato con una procedura ordinaria di insolvenza. Tuttavia, si tratta di un'arma spuntata già per la sua stessa natura di rimedio *ex post*, per non parlare poi della difficoltosa *probatio* ricollegata ad un giudizio prognostico, da effettuarsi sulla base di informazioni delle quali non si ha la disponibilità, in un contesto di presunzioni *pro* autorità di vigilanza.

Insomma, il sistema così delineato non consente un'equilibrata ripartizione dei costi della crisi bancaria tra i vari soggetti coinvolti, *rectius*, tra azionisti e creditori non garantiti coinvolti unicamente come destinatari di scelte altrui, e cioè della decisione finale proveniente dal sistema di vigilanza bancario.

Si deve prendere atto che il legislatore nazionale, uniformandosi alla disciplina dell'Unione europea, ha scelto di distribuire i costi della crisi degli enti creditizi (anche) tra nuovi soggetti, che non erano mai entrati nel quadro del sistema di vigilanza. Tuttavia, se questi nuovi soggetti vengono chiamati a partecipare, devono entrare in gioco sin dal principio, non solamente nel finale e a partita chiusa, come una dei possibili esiti dell'esecuzione dell'intervento della Banca d'Italia.

Si deve altresì tenere conto che l'impianto disciplinare così delineato non può non influenzare, seppure indirettamente, le decisioni degli investitori⁽⁵⁹⁾. Il compito del regolatore nazionale, allora, in sede di regola-

(59) Per una prima riflessione sulle scelte di investimento a seguito del *bail-in* nella realtà italiana, cfr. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie*, op. cit., p. 10 ss., che ha sottolineato come i vincoli stringenti imposti dal legislatore sovranazionale, unitamente ai dati che confermano il buono stato della stragrande maggioranza degli istituti di credito nostrani, inducano ad escludere forti preoccupazioni e rischi in Italia. Se ne deduce che "la linea comportamentale di detenere presso più banche conti corrente di ammontare inferiore alla soglia *bail-inizzabile*, rappresenta una possibilità che, oltre ad essere, poco conveniente (in termini di costi), appare ingiustificata". Si aggiunge che, nono-

mentazione attuativa della normativa europea così recepita, implica necessariamente una delicata analisi di questo profilo, pena, il rischio di condizionare gli investimenti all'ordinamento maggiormente competitivo circa la convenienza rispetto al "sistema del *bail-in*", in spregio all'obiettivo primario dell'Unione europea volto a garantire un'effettiva armonizzazione delle discipline tra gli stati membri⁽⁶⁰⁾.

In altri termini, emerge una evidente interrelazione della normativa sulla crisi bancaria in esame con la disciplina preposta alle corrette scelte di investimento della clientela bancaria⁽⁶¹⁾. Collegamento che il legislatore nazionale deve per lo meno tenere in considerazione, peraltro approfittando anche di quell'autonomo ambito di operatività, seppure ben circoscritto, che la stessa Direttiva BRRD riconosce ai legislatori nazionali in sede attuativa⁽⁶²⁾. A questo riguardo, il tema si sposta sulla misura in cui sia possibile intervenire sul trattamento destinato ai soggetti coinvolti nel salvataggio delle banche.

In sintesi, alla luce delle considerazioni svolte, pare necessario ripensare il ruolo dei soggetti investitori, che forse dovrebbero, in primo luogo, essere rappresentati da un soggetto che già tutela loro a livello istituzionale, quale, per esempio, la Consob, e consentire loro di intervenire dal momento di quella valutazione della vigilanza che precede l'intervento

stante il conforto dei predetti dati, non deve escludersi, invece, l'eventualità che i risparmiatori, in prospettiva, *sentendosi* maggiormente protetti, preferiscano far confluire i propri risparmi in istituti creditizi di ampie dimensioni, penalizzando, per tale via, quelli piccoli. È appena il caso, poi, di ricordare che il *Financial Stability Board* ha pubblicato un documento di consultazione che prescrive un requisito di passività minimo (Tlac) che dovrebbero detenere le banche sistemiche per far fronte alle perdite. Cfr., anche, CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013, p. 109 ss.; PANETTA, *Indagine conoscitiva sul sistema bancario italiano nella prospettiva della vigilanza europea in riferimento all'esame degli Atti del Governo n. 208 e n. 209 relativi al risanamento e risoluzione degli enti creditizi e imprese di investimento*, Audizione del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia presso il Senato della Repubblica in data 29 ottobre 2015, p. 11 ss., consultabile sul sito ufficiale della Banca d'Italia.

⁽⁶⁰⁾ Questo obiettivo è espressamente indicato nel 4° *considerando* della Direttiva BRRD.

⁽⁶¹⁾ È di tutta evidenza, infatti, che una scelta di investimento consapevole non possa prescindere dalla conoscenza dei rischi connessi all'acquisto di strumenti finanziari potenzialmente suscettibili di poter essere assoggettati a procedura di risoluzione secondo le regole di *bail-in*. Sugli obblighi di correttezza e di trasparenza delle condotte degli intermediari nella prestazione dei servizi di investimento, cfr., *ex multis*, PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 547 ss. Al riguardo, cfr. la Comunicazione n. 0090430 del 24 novembre 2015 della Consob, consultabile sul sito ufficiale dell'Autorità.

⁽⁶²⁾ Il riferimento è all'art. 1, comma 2°, Direttiva BRRD.

della Banca d'Italia e prelude alla scelta dello strumento da adottare e poi da eseguire. Così facendo, peraltro, si eliminerebbero in via preventiva eventuali dubbi e responsabilità per errori di intervento, ovvero per una scelta del rimedio di salvataggio non adeguata o non legittima, o ancora per una non corretta esecuzione dello strumento adottato, con beneficio per l'efficienza del sistema complessivo, non solamente per le finanze pubbliche. Tutto questo, in linea con quel proposito, che pure si legge nella relazione di accompagnamento alla nuova disciplina⁽⁶³⁾, di tutelare anche gli azionisti ed i creditori.

⁽⁶³⁾ Il riferimento è alla relazione illustrativa ai più volte menzionati d.lgs. nn. 180 e 181 del 2015, consultabile sul sito della Camera dei deputati. Sul tema, cfr. anche ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie*, op. cit., p. 3 ss.; PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca impr. soc.*, 2015, 3, p. 339 ss.