LUISS

Dipartimento
di Giurisprudenza

Dottorato in Dottorato in Diritto e Impresa

Ciclo XXXIV

Crisi bancarie e interesse pubblico

Chiar.mo Prof. Gustavo Visentini

RELATORE

Giorgia Marra

CANDIDATO

Anno Accademico 2020/2021

INTRODUZIONE - L'INTERESSE PUBBLICO COME CRITERIO DELLA DISCIPLINA SPECIALE DELLE CRISI BANCARIE

1. Premessa: scopo ed organizzazione del lavoro……..5

2. Cenni sull'evoluzione della qualifica di attività bancaria dalla l. bancaria del 1936 alla crisi del 2007-'08……..8

3. L'attività ed il settore bancario dopo la crisi del 2007-'08……...18

3.1. In particolare: la specialità della crisi bancaria……..23

4. La natura dell'*attività* alla luce dell'Unione Bancaria..30

5. Inquadramento dell'attività bancaria nella Costituzione italiana…….37

6. Riflessi sulle posizioni soggettive di azionisti e creditori. In particolare, il diritto di proprietà nella Costituzione italiana e tra i diritti fondamentali dell'Unione……..47

CAPITOLO I - LE PECULIARITÀ DELLE FONTI E DELL'ARCHITETTURA ISTITUZIONALE DEL SECONDO PILASTRO: CONSEGUENZE SULL'IMPRESA BANCARIA.

1. La dimensione particolare delle fonti del secondo pilastro dell'Unione Bancaria e la loro incidenza sulle posizioni dei privati……..60

2. L'architettura istituzionale riformata……...73

3. Il livello europeo: il Comitato di risoluzione unico. Poteri e discrezionalità……75

4. Il livello nazionale: la Banca d'Italia. Poteri e discrezionalità…….85

CAPITOLO II - PREVENZIONE DELLA CRISI E DIRITTO SOCIETARIO.

1. Premessa: l'interesse pubblico nella pianificazione e prevenzione della crisi…….95

2. Efficacia giuridica dei piani di risanamento e vincoli sulla gestione d'impresa……...98

2.1. Poteri di rimozione di carenze o impedimenti al risanamento ed incidenza sull'organizzazione societaria…….106

2.2. Efficacia giuridica dei piani di risoluzione……..111

2.3. Determinazione e imposizione del requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili……114

2.4. La valutazione di risolvibilità. Profili discrezionali…….117

2.5. Rimozione degli impedimenti alla risolvibilità ed incidenza sull'organizzazione societaria……...119

3. Le misure di intervento precoce……..124

3.1. (*Segue*): i poteri di *removal* come alterazione del rapporto fiduciario tra assemblea e amministratori……..128

3.1.1. (*Segue*): problemi di coordinamento con il diritto societario comune……..133

4. L'amministrazione straordinaria e la nomina del commissario in temporaneo affiancamento. Presupposti e conseguenze sull'organizzazione societaria……...141

4.1. Inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. e denunzia alla Banca d'Italia. Ragioni e conseguenze del rimedio speciale rispetto all'impostazione generale…….151

CAPITOLO III - STRUMENTI DI RISOLUZIONE E DIRITTO SOCIETARIO.

1. Premessa: l'interesse pubblico nella gestione delle crisi……154

2. Il momento decisionale sull'avvio della risoluzione: l'allocazione della discrezionalità……..156

3. I presupposti della risoluzione e la discrezionalità delle AR…….164

3.1. (*Segue*): il dissesto e rischio di dissesto (FOLTF)……..165

3.2. (*Segue*): l'interesse pubblico alla risoluzione……170

3.3. (*Segue*): l'impossibilità di prospettare che altre misure siano in grado di evitare il dissesto o rischio di dissesto in tempi ragionevoli…….180

4. La valutazione dell'esperto indipendente e la discrezionalità delle Autorità di risoluzione nella selezione della procedura……...182

5. Gli strumenti di risoluzione. Premessa……...185

6. L'azione di risoluzione rispetto all'organizzazione della banca in risoluzione……...187

6.1. La vendita dell'attività d'impresa…….202

6.2. L'ente ponte……..208

6.3. La separazione delle attività……..221

6.4. Il *bail-in* ed il *write-down*……..226

7. La valutazione *ex post* e le salvaguardie. Il rimborso da valutazione *ex post* come indennizzo da espropriazione……236

8. La liquidazione coatta amministrativa italiana quale alternativa alla risoluzione. Cenni……...241

CAPITOLO IV - INCIDENZA SULL'ORGANIZZAZIONE DELLA SOCIETÀ E DELL'IMPRESA DEGLI INTERVENTI ESTERNI DI FINANZIAMENTO.

1. Premessa: l'interesse pubblico rispetto alle forme di finanziamento della crisi……247

2. Le contribuzioni obbligatorie ed i vincoli alla libertà d'impresa……...252

2.1. Il Fondo di risoluzione Unico ed i meccanismi di finanziamento della risoluzione…….255

2.2. I Sistemi di Garanzia dei Depositanti…….259

3. L'incidenza sull'organizzazione sociale……262

3.1. La partecipazione pubblica alle banche come conseguenza degli interventi finanziari di sostegno……...263

3.2. Interventi alternativi e preventivi dei DGS. Interventi dei Fondi di risoluzione……...271

CAPITOLO V - LA TUTELA GIURISDIZIONALE

1. Riflessi dell'interesse pubblico sulla tutela giurisdizionale nell'impostazione del legislatore europeo…….275

2. L'azione di annullamento ed il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa nel diritto europeo…….278

3. Sindacato quasi-giudiziale sulla discrezionalità amministrativa nel diritto europeo…….286

4. Sindacato del giudice nazionale e deroghe alla tutela giurisdizionale rispetto alle misure di gestione della crisi…….292

CONCLUSIONI……..304

BIBLIOGRAFIA…….306

ELENCO DELLE SIGLE……352

INTRODUZIONE
L'INTERESSE PUBBLICO COME CRITERIO DELLA DISCIPLINA SPECIALE DELLE CRISI BANCARIE

L'avvento dell'Unione Bancaria ha inciso significativamente sulla disciplina pubblicistica del settore, ponendo il quesito circa la possibilità di intendere nuovamente l'attività bancaria come «funzione di interesse pubblico», al pari di quanto previsto dalla legge bancaria del 1936-'38, superando l'impostazione privatistica posta dalla deregolamentazione.

..*

1. Premessa: scopo ed organizzazione del lavoro.

La disciplina della gestione delle crisi, e l'ordinamento bancario in generale, hanno subito una riforma di sistema a seguito della crisi finanziaria del 2007-'08. Lo scopo della ricerca è stato di ripercorrere la disciplina vigente per individuarne i principi fondamentali, per quanto risultanti, anche solo implicitamente, dalle fonti, e affrontando, di volta in volta, i principali interrogativi emergenti. Alcuni di essi possono essere risolti sulla base dalla legge e della (scarsa) casistica. Restano tuttavia ancora numerosi problemi cui solo la progressiva sedimentazione della prassi potrà fornire risposte.

L'analisi del nuovo quadro presenta una serie di difficoltà con cui l'interprete deve confrontarsi. In primo luogo, questi deve tener conto di una disciplina al contempo uniforme ed armonizzata, di volta in volta confrontandola ed integrandola, e di una mole di fonti particolari di *hard law* e *soft law*, anche di difficile collocamento tra le fonti tipiche dei Trattati, ed in progressivo ampliamento. Inoltre, la disciplina

armonizzata non di rado è attuata nel diritto italiano attraverso una trasposizione letterale delle norme europee, e non una «traduzione nel diritto interno», che ne lascia oscuro il significato.

La pratica è scarsa e non ha avuto modo di svilupparsi pienamente, sia per la strettezza dei tempi, sia per la cautela degli operatori e delle Autorità nell'azionare gli istituti. Basti pensare che al luglio 2020 la procedura di risoluzione era stata avviata solo per dieci banche europee, di cui solo una gestita dalle Autorità Europee e le altre solo sul piano nazionale[1]. È seguita nel 2022 la risoluzione di altre due banche di competenza del Comitato di Risoluzione Unico. Tra esse, non sono mancate applicazioni "atipiche", che, trovavano solo parziale rispondenza nel quadro riformato, anche a causa dell'entrata in vigore non contestuale, ma cadenzata in diverse fasi.

Per le stesse ragioni, la dottrina, costretta nel contingente, non ha ancora sondato a fondo numerosi temi, dovendosi limitare a letture prevalentemente esegetiche.

La giurisprudenza è sporadica; eterogenea per provenienza sia nazionale che europea; limitata, anche nel merito, dalle incertezze legate all'individuazione del giudice titolare di giurisdizione, e da altri problemi di coordinamento procedurale.

Il lavoro si incentra sul quadro implementato in Italia. Era in programma, nel corso del dottorato, un periodo di studio di sei mesi presso l'Università Humboldt di Berlino, che avrebbe consentito una comparazione con l'ordinamento tedesco, ma che a causa della pandemia non è stato possibile svolgere, rinviando tali approfondimenti ad un futuro sviluppo della ricerca.

---

[1] Financial Stability Institute, *Bank Failure Management in the European Banking Union: What's Wrong and How to fix it*, Occasional Paper No 15, July 2020, 5. In dottrina M. Arrigoni, *Verso la fine del bail-in? Una critica al regime europeo di gestione delle crisi bancarie*, in BIS, 2021, 1, 59 ss., 60.

La tesi è suddivisa in cinque capitoli, focalizzati su diversi aspetti della regolamentazione. Per ragioni di coerenza espositiva mi occuperò della disciplina di prevenzione e gestione della crisi (riferibile al secondo pilastro dell'Unione Bancaria), salvo gli opportuni riferimenti e confronti con la vigilanza e la garanzia dei depositi (rispettivamente, primo e terzo pilastro), strettamente interconnessi.

Il primo capitolo, si propone di fornire una ricostruzione critica delle fonti di diritto nazionali ed europee, della relativa portata pratica, e dei soggetti dell'architettura istituzionale competente per la gestione della crisi. Nell'economia del lavoro, costituisce una necessaria premessa per meglio comprendere le dinamiche successivamente esaminate e da cui emergono altresì principi di sistema.

Il secondo ed il terzo capitolo si riferiscono invece ad una più puntuale analisi dei procedimenti e dei poteri amministrativi che incidono sull'organizzazione e funzionamento della banca: nel secondo, di *pianificazione e prevenzione della crisi*; nel terzo, di *gestione della crisi*, al sopravvenire dello *stato di dissesto o rischio di dissesto*. In questa fase si colloca, non solo la possibilità di attivazione della procedura di insolvenza nazionale (in Italia, la liquidazione coatta amministrativa), ma anche della nuova procedura di *risoluzione*.

Il quarto si incentra su alcune forme di finanziamento «esterno» della crisi, caratterizzato da una profonda regolamentazione e una sottesa gerarchia, selezionate sulla base dell'incidenza sull'impresa, *ex ante*, nella fase di precostituzione delle provviste, ed *ex post*, a seguito dell'intervento.

Nel quinto, è analizzata infine la tutela giurisdizionale, che presenta, per le misure di gestione della crisi, un quadro parzialmente derogatorio, con limitazioni alla tutela, per esigenze di urgenza e di efficacia dell'azione amministrativa.

Dall'attività di sistemazione e di analisi è emerso il profondo rilievo dell'interesse pubblico nel sistema, al punto da suggerire di riconsiderare la qualificazione dell'attività bancaria come attività privata d'impresa, imposto dalla tendenza politica alla deregolamentazione, in favore di un'impostazione più vicina all'«originaria» legge bancaria del 1936–'38, «*funzione di interesse pubblico*»[2]. V'è in particolare da chiedersi, premessa la ricognizione delle categorie della Costituzione economica, se l'attività bancaria sia ancora da collocare nell'ambito dell'art. 41 Cost., oppure se sia divenuta più vicina al modello dell'art. 43 Cost. e come debba essere intesa, rispetto a tali categorie, la tutela del risparmio prevista dall'art. 47 Cost.

In questa introduzione si proverà a fornire, seppur in misura estremamente sintetica, data la complessità di ciascuna delle fasi, un quadro dell'evoluzione del diritto pubblico sul settore creditizio, sino ad un generale inquadramento del sistema vigente, da confrontare con le «categorie» costituzionali.

2. Cenni sull'evoluzione della qualifica di attività bancaria dalla l. bancaria del 1936 alla crisi del 2007-'08.

La storia della regolamentazione bancaria moderna ha presentato, per scelte politiche, un andamento «ciclico»: gli scenari di apertura e deregolamentazione, con prevalenza di disciplina privatistica e concorrenziale, sono stati messi in discussione dal sopravvenire di crisi

[2] Il problema è stato sollevato altresì in un recente studio. V. diffusamente, C. Brescia Morra, *Gli azionisti delle banche hanno ancora diritti soggettivi nell'era del bail-in?*, in Studi in onore di Gustavo Visentini, A. Nuzzo, A. Palazzolo (a cura di), Luiss University Press, Roma, 2020, con riguardo alla possibilità che i diritti dei soci di banca possano ancora essere inquadrati come interessi legittimi.

economiche, che hanno orientato il legislatore verso riforme di chiusura e pubblicizzazione dell'ordinamento bancario[3].

La regolamentazione bancaria sino agli anni Trenta del secolo scorso, anche definito «*periodo liberale*»[4], era improntata su «*forme del tutto embrionali di controllo pubblico*»[5], e dal trattamento dell'impresa bancaria al pari delle imprese industriali. Vigeva una scarna regolamentazione nel codice del commercio, con norme sporadiche a tutela di interessi pubblicistici (ad esempio, l'art. 171 del codice del commercio era posto a tutela del sistema monetario[6]). I decreti monetari e sulla tutela del risparmio del 1926 (l. 6 maggio 1926 n. 812; R.D.L. 7 settembre 1926, n. 1511; R.D.L. 6 novembre 1926, n. 1830), pur ponendosi come precursori della successiva riforma del 1936-'38, hanno mantenuto l'impianto prevalentemente privatistico in quanto

---

[3] Evidenzia il ruolo delle scelte politiche nell'individuazione del ruolo dello Stato rispetto al mercato, G. Santoni, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, relazione al convegno Meccanismo Unico di risoluzione: sfide e opportunità per il sistema bancario italiano, Dipartimento di Studi aziendali e giuridici dell'Università di Siena, 13 maggio 2016, disponibile al link https://www.disag.unisi.it/sites/st07/files/allegatiparagrafo/02-02-2021/santoni_g._la_nuova_disciplina_della_gestione_delle_crisi_bancarie_da_strumento_di_contrasto_a_generatore_di_sfiducia_sistemica.pdf, 3.

Sul momento della crisi quale punto di svolta nella legislazione bancaria, A. Antonucci, *Diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012, V ed., 1 – 2.

[4] M. Nigro, *I profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969, 9.

[5] Così E. Chiti, *Le architetture istituzionali della vigilanza finanziaria*, Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali, G. Napolitano (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2012, 160, da cui è tratto anche il virgolettato. La banca era regolata come impresa. Erano previsti alcuni obblighi specifici di trasparenza per i contratti da parte del codice del commercio. Sul punto, v. A. Antonucci, *Diritto delle banche*, cit., 2. Per un'evoluzione sul crescente controllo pubblico sino all'emanazione della l. bancaria del 1936, v. anche M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, Scritti giuridici in onore di Santi Romano, Cedam, Padova, 1939, 3 ss.

[6] La disposizione escludeva che le società emettessero titoli di obbligazioni al portatore o nominativi per somma eccedente al capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio, salvo garanzia di Stato.

maggiormente orientati alla tutela dei depositanti che di un generale interesse pubblicistico[7].

L'impostazione generale pubblicistica della legge bancaria del 1936-'38, ha costituito una scelta politica di risposta alle crisi degli anni Trenta, rispetto al sistema vigente, insufficiente per prevenirne gli effetti destruenti. Nella legge bancaria, l'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito era considerata «*funzione di interesse pubblico*» (art. 1, r.d.l. n. 375 del 12 marzo 1936, convertita in l.7 marzo 1938 n. 141, e r.d.l. 17 luglio 1937, n. 1400, convertito in l. 7 aprile 1938 n. 636, di seguito l. bancaria) e l'intero sistema era caratterizzato da un penetrante controllo autoritativo. Per richiamarne alcuni tratti fondamentali: l'autorizzazione amministrativa richiesta per l'avvio dell'attività delle sole aziende (non istituti) di credito (art. 28), era, come riconosciuto anche da studiosi autorevoli, provvedimento di natura concessoria[8], per l'ampia discrezionalità dell'autorità che poteva altresì modulare in termini quantitativi l'accesso al mercato[9]; le Autorità di vigilanza erano titolari di ampi poteri di controllo e ingerenza nell'attività bancaria, non limitati all'attività di polizia[10], ma di vigilanza «in positivo», orientata a

---

[7] Sul passaggio dalla «*tutela dei risparmiatori*» alla «*tutela del risparmio*», G. Ferri, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti un'attività bancaria*, in Banca e borsa, parte I, 1975, 1 ss., 4; G. Ferri, *La validità attuale della legge bancaria*, Riv. Dir. Comm., 1974, 5-6, 129 ss., 3; M. Nigro, *I profili pubblicistici del credito*, cit., 10 - 15, che identifica detto interesse nella «*conservazione del sistema bancario*».

[8] Lo rilevava già A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1969, X ed., 362, ove qualificata come «concessione costitutiva»; S. Baroncelli, *Sub art. 47 Cost*., in Commentario alla Costituzione, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Tomo I, Torino, 2006, 948, il quale evidenzia che fu in particolare la prassi applicativa a rafforzare il potere delle autorità di vigilanza di effettuare anche valutazioni di opportunità, compreso l'accesso al mercato.

[9] A. Antonucci, *Diritto delle banche*, cit., 13.

[10] V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in Riv. Soc., 1960, 1013 ss., 1019: definiva l'attività di polizia come «*interesse negativo, in quanto tende ad evitare che lo svolgimento di certe attività arrechi danni ai terzi, ma*

garantire il «*buon governo del credito*»[11]. Non era solo l'attività ad essere inquadrata nel settore pubblico, ma erano previsti soggetti di natura pubblica (ad es. istituti di credito di diritto pubblico) e la proprietà delle banche (anche private) era in larga parte di provenienza pubblica[12]. Si trattava, in sostanza, di una «nazionalizzazione».

Con l'introduzione della Costituzione del 1948, l'art. 47 ha reso la tutela del risparmio un dovere della Repubblica, pur con formulazione ampia, dalle finalità indefinite, ed invero oggetto di variegate letture da parte della dottrina[13].

In questo periodo, in cui dominava la concezione istituzionale della società per azioni, si sviluppava nella dottrina amministrativa, che già aveva proposto un inquadramento dell'attività bancaria come *servizio pubblico* di mediata riferibilità allo Stato[14], la teoria

---

diventa positivo. Si ritiene, cioè, che lo svolgimento di certe attività economiche corrisponda a un interesse pubblico e, poiché di solito l'attività economica è compiuta da soggetti privati, si verifica in tal caso l'ipotesi di attività private che sono di pubblico interesse». Sul passaggio dalla disciplina «in negativo» di «polizia dell'economia» ad una disciplina «in positivo» atta ad incanalare l'attività verso un fine (da cui l'espressione «funzione»), v. anche M.S. Giannini, *Istituti di Credito e servizi di interesse pubblico*, in Moneta e Credito, 1949, II, 105.

[11] Il sistema, anche al momento della crisi, rimaneva peraltro soggetto a procedure speciali e interventi di sostegno pubblico, secondo un approccio persistito fino alla crisi del 2008. Attenta dottrina ha suddiviso gli interventi in tre macro-categorie: gli interventi di *Emergency Liquidity Assistance*; altri interventi della Banca centrale (come il «*decreto Sindona*»); e l'ingresso dello Stato nel capitale. Sul punto v. C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, Bologna, Il Mulino, 2020, III ed., 265.

[12] A. Antonucci, *Diritto delle banche*, cit., 12 - 13. In proposito, M. Nigro, *I profili pubblicistici del credito*, cit., 36, distingueva, «*pubblicizzazione oggettiva*» e «*pubblicizzazione soggettiva*» dell'attività creditizia.

[13] S. Alvaro, D. Valente, *La tutela costituzionale del risparmio alla luce del diritto europeo*, in Banca Impresa Società, 2021, 1, 3 ss., 8, rilevano l'intento di «*confermare l'impostazione ed i principi della legge bancaria*», ed ove anche un *excursus* sui lavori preparatori. Già G. Ruta, *Lineamenti di legislazione bancaria*, Bancaria, Roma, 1965, 25; C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, cit., 65.

[14] M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione* creditizia, cit., 10 ss. Più di recente, sull'evoluzione dell'impostazione, v. G. Napolitano,

dell'orientamento settoriale o sezionale del credito, per spiegare l'ibridazione tra il pubblico e privato. L'ordinamento settoriale era così specificato: a) la funzionalizzazione dell'attività creditizia, basata, non solo ad evitare danni derivanti da «*una sregolata attività*», bensì sull'«*ottimo impiego del credito*»; b) «*attribuzione della cura della funzione creditizia ad una branca della Pubblica amministrazione*»; c) «[i]*nstaurazione del principio di distribuzione funzionale del credito*», inteso come separazione del credito a breve e a medio lungo termine; d) presenza di disposizioni a tutela dei privati, definito principio «*della sicurezza del risparmio*»[15]. Su altro versante, anche la dottrina commercialistica proponeva una ricostruzione pubblicistica dell'ordinamento del credito. Tra le conseguenze operative, le situazioni giuridiche soggettive del socio bancario erano state rilette come interessi legittimi[16]; ed il bilancio della banca era stato ritenuto non impugnabile davanti al G.O.[17].

La l. bancaria aveva peraltro introdotto la liquidazione coatta amministrativa[18], su cui, dopo l'avvento della Costituzione, si erano concentrate numerose contestazioni di legittimità, sia da parte della

---

L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito, in Giorn. Dir. Amm., 2009, 4, 429 ss. Già G. Ruta, *Lineamenti di legislazione bancaria*, cit., 63.

[15] M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, cit., 707 ss., 714 ss., successivamente ripreso in Id., *Istituti di Credito e servizi di interesse pubblico*, in Moneta e Credito, 1949, II, 105 ss.

[16] Come ricorda C. Brescia Morra, *Gli azionisti delle banche hanno ancora diritti soggettivi nell'era del bail-in?*, cit., 60.

[17] G. Ferri, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti un'attività bancaria*, cit., 12 ss.

[18] Relazione del Guardasigilli sul R.D. 1942, n. 267 affermava che «*scopo del Titolo V della presente legge è soprattutto quello di assicurare, anche nella liquidazione amministrativa, un minimo di controllo dell'autorità giudiziaria a tutela dei diritti soggettivi, sia del debitore che dei terzi, interferenti con essa*.». Sul punto, v. P. De Vecchis, *Appunti sulla costituzionalità della liquidazione coatta amministrativa con particolare riferimento alle aziende di credito*, in BBTC, 1976, I, 191 ss.

dottrina, sia da parte della giurisprudenza (quest'ultima su disposizioni particolari)[19]. La disciplina della crisi dell'intermediario era invero soggetta ad un regime speciale rispetto all'impresa industriale, con procedure *ad hoc* di natura amministrativa e non giudiziale (al pari del fallimento), di competenza delle Autorità di settore[20].

La liquidazione coatta amministrativa bancaria era una *species* di un *genus* di liquidazioni forzate nel vigore della legge fallimentare (Titolo V – artt. da 187 a 193 – R.D. 16 marzo 1942, n. 267)[21]. Ad ogni modo non si perdeva la specialità del sistema, e non erano sconosciuti alla prassi di interventi *ad hoc* di gestione della crisi[22].

In tale contesto, una importante sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite (Cass. Pen. SS.UU. 10 ottobre 1981[23]), per soluzione di un contrasto giurisprudenziale, in materia penale ha ritenuto sussistente la qualifica di incaricati di pubblico servizio (art. 358 c.p.) degli esercenti attività bancaria. La Corte non ha ritenuto sufficiente l'essenzialità dell'attività bancaria per il governo dell'economia[24], ma

---

[19] Per una ricognizione, v. P. De Vecchis, *Appunti sulla costituzionalità della liquidazione coatta amministrativa con particolare riferimento alle aziende di credito*, cit., 199 e 210 ss. V. anche, per la costituzionalità, L. Desiderio, *sub art. 80*, in Testo Unico Bancario. Commentario, M. Porzio, F. Belli, G. Losapio, M. Rispoli Farina, V. Santoro (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010, 680 ss. Ivi altresì argomentata la legittimità costituzionale della l.c.a.

[20] Ampiamente, C.M. Pratis, *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Giuffrè, Milano, 1972, 345 ss.

[21] P. De Vecchis, *Appunti sulla costituzionalità della liquidazione coatta amministrativa con particolare riferimento alle aziende di credito*, cit., 197.

[22] C.M. Pratis, *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, cit., 5.

[23] In Foro It., 12, II, 1981, 554, con nota di F. Capriglione.

[24] Ivi si legge «[s]*econdo questo primo approccio valutativo dell'essenzialità dello strumento bancario al governo dell'economia pubblica e privata del paese nelle forme programmatiche e controllate costituzionalmente previste (art. 41 Cost.) riuscirebbe difficile escludere che l'impresa bancaria come tale rientri nella categoria di quelle «che si riferiscono a servizi pubblici essenziali» per le quali a fini di utilità generale e per il loro carattere di preminente interesse generale la legge possa disporre la riserva originaria o il trasferimento espropriativo allo Stato o a enti pubblici secondo il disposto dell'art. 43 Cost. // Peraltro che la legge non si sia*

essenziale l'individuazione di un «*carattere obiettivo di pubblicità*» del servizio, indipendentemente dalla possibilità che la prestazione sia regolata dal diritto privato[25].

La Corte argomentava individuando numerosi indici funzionali a tale valutazione, tra cui possono citarsi i poteri attribuiti ad autorità pubbliche (Banca d'Italia e Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio - CICR); la presenza di un provvedimento per l'accesso all'attività bancaria che «*presenta profili funzionali che vanno ben oltre lo schema dell'atto autorizzatorio puramente ablativo o rimozionale di limiti posti all'esercizio di un diritto ed assume carattere di ammissione all'esercizio di un'attività controllata dallo Stato in ragione dell'interesse pubblico ad essa connaturata*»; i poteri di regolamento delle dimensioni dell'attività; la gestione della crisi in maniera diversa dalla crisi dell'impresa comune attraverso procedure amministrative di

---

avvalsa finora di codesti poteri ed abbia preferito attuare la tutela del risparmio e del credito cui la impegna l'art. 47 Cost. Mediante la creazione di un ordinamento settoriale […] *non significa che* […] *il servizio da essa resa al pubblico ed indirettamente o direttamente* […] *alla pubblica amministrazione debba rimanere confinato alla sfera del privato* [...]»

[25] Il principio sopra espresso è peraltro richiamato dalla citata Cass. Pen. SS.UU. 10 ottobre 1981: «*Dalla mancanza di criteri legali vincolanti per la determinazione della pubblicità dei servizi resi al pubblico mediante organizzazione di mezzi curata da soggetti privi di personalità giuridica pubblica, deriva la necessità di far ricorso a criteri sintomatici attinti dalla disciplina normativa che regola l'ammissione del soggetto privato all'erogazione del servizi e lo svolgimento del medesimo, avendo cura di stabilire, quando la pubblicità non derivi dal fatto che la legge lo riservi espressamente o implicitamente allo Stato o ad un ente pubblico, se da detta disciplina risulti attribuita ai pubblici poteri un'ingerenza di tale intensità e portata, circa l'iniziativa economica privata e l'esplicazione della libertà di impresa, da evidenziare nel servizio disciplinato, accanto alla tutela dell'interesse privato e dell'interesse della collettività, la rispondenza di esso ad interessi pubblici la cui immanenza dia ragione alla previsione degli incisivi interventi della pubblica autorità sull'esercizio del medesimo, comportando un implicito riconoscimento normativo della sua rilevanza pubblica*».

In dottrina, condivide l'impostazione dell'interesse pubblico in senso oggettivo, M. Nigro, *I profili pubblicistici del credito*, cit., 108 ss.

un interesse pubblico nel senso che «*la crisi dell'impresa determina l'inefficienza del servizio e che l'intervento dello Stato per amministrarlo provvisoriamente e, se del caso, eliminarlo, riflette l'interesse pubblico che il servizio tendeva a realizzare, atteggiandosi, per questo profilo, come servizio pubblico*». La sentenza si inseriva nel quadro successivo ai primi interventi europei orientati alla diversa impostazione privatistica e concorrenziale [v. *infra*, in questo paragrafo], ma descriveva in modo chiaro la tendenza degli ultimi cinquant'anni. Non si trattava ad ogni modo dell'unica manifestazione in tal senso. Ad esempio, il settore del credito è stato considerato servizio pubblico anche dal Consiglio di Stato in un parere 12 marzo 1998, n. 30/98, in connessione alla giurisdizione esclusiva del G.A., peraltro tutt'oggi vigente.

Con l'avvento ed il progressivo rafforzamento della CEE (oggi UE) si è passati ad un sistema improntato alla deregolamentazione e privatizzazione delle imprese bancarie, a vantaggio della libera concorrenza portata a livello del mercato europeo[26]. Con la prima e la seconda direttiva bancaria la CEE mirava ad assicurare la libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi: «*alla base della normativa comunitaria sussisteva un obiettivo "negativo" (l'eliminazione degli*

[26] Ci si riferisce in particolare alla Direttiva 77/780/CEE (cd. prima direttiva bancaria, attuata con il d.p.r. n. 350 del 1985) e la Direttiva 89/646/CEE (cd. seconda direttiva bancaria, attuata con d.lgs. n. 481 del 1992). Sull'evoluzione storica v. S. Baroncelli, *Sub art. 47 Cost.*, cit., 946 ss.

Anche la partecipazione del socio pubblico era intesa, nella giurisprudenza europea anteriore alla crisi, parificata a quello privato. In svariate pronunzie, la CGUE ha ritenuto disposizioni civilistiche (artt. 2449 e 2550) non compatibili con il Trattato, nella misura in cui attribuiscano al socio pubblico poteri sproporzionati. In argomento, v. V. Santoro, *Un tentativo di funzionalizzazione dell'impresa bancaria*, in BIS, 2010, 1, 3 ss., 7, sub note 10 e 11.

ostacoli alla libertà del Trattato)»[27]. Era seguita la tendenza alla deregolamentazione sviluppatasi a livello globale, per favorire lo sviluppo del mercato europeo, in concorrenza con quello americano[28]. L'indirizzo politico generale intendeva la banca un'attività d'impresa uguale alle altre, privata, e in regime di concorrenza[29]. A tal fine, la disciplina europea definiva l'«*ente creditizio*» come «*un'impresa*» (cfr. art. 1 Direttiva 77/780/CEE), e l'autorizzazione per accesso al mercato si limitava al controllo di legalità sulla presenza di requisiti obiettivi[30], divenendo «atto dovuto», secondo il modello della vigilanza in negativo di polizia [v. *supra*, § 2.].

Di pari passo, la tendenza si estrinsecava anche sotto ulteriori profili. Ad esempio, l'ordinamento comunitario promuoveva nuovamente la concezione contrattuale e la dimensione privata della società per azioni[31]; in materia di concorrenza, l'approccio *one size fits all* imponeva l'applicazione delle stesse norme previste per le imprese industriali, compresi gli aiuti di Stato[32].

---

[27] Sul punto, v. E.L. Camilli, *voce Autorità di vigilanza sul mercato finanziario: b) profili normativi*, in Enc. Dir., Annali V, 2012, da cui anche il virgolettato.

[28] Con confronto con la giurisprudenza comunitaria sulla circolazione di beni e servizi, G. Lo Schiavo, *The Role of Financial Stability in EU law and Policy*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2017, 147 ss.

[29] Cfr. considerando 4, Direttiva 77/780/CEE.

[30] A. Antonucci, *Diritto delle banche*, cit., 21.

[31] V. G. Visentini, *Dell'amministrazione della società per azioni*, Dike, Roma, 2016, p. XIX.

[32] Si applicavano gli Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà (da ultimo Comunicazione 2004/C-244/02). Sull'evoluzione dell'approccio agli aiuti di Stato v. anche A. Antonucci, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, in Studi sull'integrazione europea, 2018, XIII, 587 ss., 592; F. Ciraolo, *Il finanziamento «esterno» delle risoluzioni bancarie. Tra tecniche normative e diritto vivente*, Cedam, Milano, 2018, 241 ss. In dottrina, S. Amorosino, *La "costituzione economica": note esplicative di una nozione controversa*, in RTDE, 2014, 4, 217 ss., 231, osservava: «*Anche in questo caso la sopravvenienza della costituzione economica europea ha depotenziato le disposizioni dell'art. 42 in quanto,*

Il settore veniva progressivamente privatizzato anche in Italia, in diritto e nella pratica degli operatori. In tale contesto, veniva emanato il Testo Unico Bancario (d.lgs. n. 385 del 1. settembre 1993 - TUB), di svolta nel diritto italiano. Il TUB, tuttora vigente, espressamente definisce l'attività bancaria come «*attività d'impresa*» (art. 10 TUB), sebbene l'art. 2195 c.c. individuasse già, sin dalla sua formulazione originaria, l'attività bancaria nel novero delle imprese commerciali. Invero, ora come allora, l'impresa è una modalità di esercizio, è neutra rispetto alla natura pubblica dell'attività, ma la disciplina poteva ritenersi privatizzata[33].

Nel TUB del 1993, l'attività bancaria, pur d'impresa, resta attività riservata e soggetta a vigilanza delle Autorità preposte, secondo le finalità previste all'art. 5 TUB[34]. In coincidenza con la tendenza generale, anche la giurisprudenza penale già degli anni Ottanta, riaffermava la natura privata dell'attività bancaria (v. ad es. Cass. Pen. 6 maggio 1988 e Cass. Pen. 23 maggio 1987)[35].

---

nel contesto europeo, da un lato, le posizioni dominanti nel mercato sono sanzionate in quanto anticoncorrenziali e, dall'altro, le imprese pubbliche devono competere nei mercati alla pari delle altre, senza privilegi o aiuti di Stato». In giurisprudenza può citarsi il cd. caso Züchner (Sentenza della Corte relativa al procedimento 172/80 Züchner e Bayerische Vereinsbank AG relativa all'interpretazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE - cfr. punti 6 - 9), la Commissione europea, ne affermava la sottoponibilità alla disciplina sulla concorrenza (art. 90 par. 2, 85 e 86 del Trattato).

[33] Tra gli altri, F. Giorgianni, *Definizione di attività bancaria e analisi del linguaggio*, in Riv. Dir. Comm., 2005, 1, 897 ss. Ivi altri riferimenti.

[34] La formulazione del TUB ha costituito una forma di risposta ad un *revirement* della concezione pubblicistica dell'attività bancaria proposta dalla giurisprudenza penale [v. *supra*, in questo paragrafo]. A. Antonucci, *voce Banca*, in Digesto, 2012; Capriglione F., *sub art. 10*, cit.

[35] Massime in *Pluris* e richiamate da F. Capriglione, *sub art. 10*, Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, F. Capriglione (diretto da), Tomo I, Cedam, Padova, 2012, III ed. In particolare, nella Cass. 23 maggio 1987 è affermata espressamente la coerenza dell'art. 47 Cost. con i poteri pubblici ex l'art. 41. Per ulteriori riferimenti in giurisprudenza, v. anche G. Oppo, *sub art. 41 Cost.*, Codice commentato della banca. Disciplina generale, Tomo I, F. Capriglione, V. Mezzacapo (a cura di), Giuffrè, Milano, 1990.

Detta impostazione, effettivamente rispondente non solo alla definizione del TUB, ma coerente con il sistema nel tempo costruito e consolidato, ha perdurato, favorita dallo sviluppo dei mercati, dell'economia e globalizzazione, sino alla recente crisi finanziaria.

3. L'attività ed il settore bancario dopo la crisi del 2007-'08.

Come negli anni Trenta, una nuova svolta avviene con la crisi del 2007-2008, che ha spinto verso la ripresa delle linee della riforma 1936-'38, questa volta, su impulso europeo[36].

La Riforma europea si è basata sulle esperienze di svariati comitati e consessi politici e tecnici, di studio e soluzione delle nuove esigenze nel tempo emerse, tra cui il Comitato di Basilea (già con gli Accordi di Basilea II del 2004, e poi di Basilea III del 2010)[37]. Nell'ambito di tale dibattito, mosso anche da numerose dichiarazioni politiche di esponenti di organismi e istituzioni, il cd. rapporto de Larosière del 2009, prodotto da un gruppo di esperti all'uopo incaricato, aveva individuato, in sintesi, tra le cause della crisi: errori e mancanze da parte di intermediari, agenzie di *rating* e autorità i vigilanza nella valutazione e gestione dei rischi (in particolare rischio di credito); scarsa trasparenza dei mercati, anche di fronte ad una crescente

[36] Seppur dotata di un grado di sofisticazione superiore rispetto a quella degli anni Venti. Così E. Chiti, *Le architetture istituzionali della vigilanza finanziaria*, cit., 162.

[37] Per una ricognizione, tra gli altri, G. Lo Schiavo, *The Role of Financial Stability in EU law and Policy*, cit., 147 ss.; V. Calandra Buonaura, *L'attività degli intermediari finanziari nella regolamentazione sovranazionale*, in Rivista ODC, 2013, 1, 1 ss.; F. Salomoni, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e costituzione*, Cedam, Milano, 2019, 158 ss.; R.M. Lastra, *Multilevel Governance in Banking Regulation*, in The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019, 3 ss., 12 ss.

complessità dei prodotti; l'eccessiva fiducia nella capacità degli intermediari, in regime di piena (e «*feroce*») concorrenza, di gestire i rischi; carenze nei controlli societari interni e inadeguatezza della vigilanza, concentrata sulla situazione micro-prudenziale e non sui possibili fenomeni di contagio a livello macro-economico[38].

A causa dell'inadeguatezza del sistema di deregolamentazione a prevenire e gestire le crisi, la scelta politica è stata salvare le banche con eccezione alla concorrenza, tramite una pluralità di interventi pubblici di salvataggio[39]. La crisi ha portato invero ad una presa d'atto che l'attività finanziaria è diversa dalle altre e necessita di un controllo ulteriore e più profondo di quello di polizia, giustificando una deroga di sistema[40]. D'altra parte, i precedenti tentativi di introduzione di una disciplina europea unica si erano risolti in risultati più blandi (ad es. la

---

[38] Come affermato dallo stesso rapporto (par. 37), peraltro «[…] *La BCE è stata tra i primi a reagire rapidamente fornendo liquidità al mercato interbancario. In mancanza di un quadro comune di gestione delle crisi, gli Stati membri si sono trovati a dover far fronte ad una situazione molto difficile. Specialmente per gli istituti finanziari più grandi, essi hanno dovuto reagire rapidamente e pragmaticamente per evitarne il fallimento. Per ovvi motivi, questi interventi, data la rapidità degli eventi, non sono stati pienamente coordinati e hanno a volte causato effetti di ricaduta negativa su altri Stati membri*».

[39] Per una ricognizione, anche comparata, delle vicende v. G. Napolitano, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, cit., 428; Id., *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in Giorn. Dir. Amm., 2008, 11, 1083 ss.; V. Santoro, *Un tentativo di funzionalizzazione dell'impresa bancaria*, cit., *passim*, che sottolinea anche l'opacità degli interventi pubblici (spec. 10). L'A. richiama inoltre una diversa ipotesi di «*possibile funzionalizzazione dell'impresa bancaria*», per cui secondo alcuni «*si vuole che le banche diventino docile strumento di una politica dirigistica per cui lo Stato non avrebbe altrimenti i mezzi economici*». L'A. richiama il caso di impiego del settore bancario a fini di contenimento del debito pubblico nel d.l. n. 185/2008, ed accordo quadro attuativo (*Ivi*, spec. 11).

[40] E.L. Camilli, *voce Autorità di vigilanza sul mercato finanziario: b) profili normativi*, cit.: «*Non si tratta più infatti di garantire solamente le libertà del Trattato oppure di istituire un mercato interno degli strumenti finanziari, obiettivi che rimangono alla base delle direttive settoriali. Piuttosto il diritto europeo affianca a tali discipline un macro-obiettivo. La stabilità finanziaria di sistema o vigilanza macro-prudenziale* […]».

Direttiva CE/2001/24 in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi), non essendo riusciti a superare le resistenze nazionali, rispetto alla creazione di una disciplina unitaria e penetrante di diritto pubblico.

Dall'esperienza della crisi nasce dapprima il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), il cui fine primario è garantire l'adeguata attuazione delle norme applicabili al settore finanziario per preservare la stabilità finanziaria, creare fiducia e assicurare la protezione di clienti e consumatori (cfr. art. 2 par. 1 Regolamento UE/1093/2010), e si compone delle tre Autorità Europee di Vigilanza (AEV, ma spesso identificate con l'acronimo inglese ESAs – *European Supervisory Authorities*), e dal Comitato Europeo per il Rischio Sistemico (CERS)[41], interno alla BCE[42]. Delle ESAs, rileva maggiormente, e ci si occuperà dell'Autorità Bancaria Europea, di competenza per il segmento bancario[43]. In tale contesto, un organo *ad hoc*, interno alla BCE, è preposto alla vigilanza macroeconomica, che accentua il carattere di interesse pubblico dell'attività: in questa prospettiva il CERS diviene espressione istituzionale dell'interesse pubblico sotteso.

---

[41] Istituito con Regolamento 2010/1092/UE, modificato con Regolamento 2019/2176/UE.

[42] L'Autorità Bancaria Europea (ABE/EBA, istituita con Regolamento 2010/1093/UE); l'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (AESFM/ESMA, Regolamento 2010/1095/UE); l'Autorità Europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (AEAP/EIOPA, Regolamento 2010/1094/UE). Le tre Autorità sono state peraltro recentemente oggetto di riforma nel 2019.

[43] Gli obiettivi sono poi ulteriormente specificati dalla disciplina. Attenta dottrina ha evidenziato che la presenza di esigenze eterogenee e potenzialmente contrapposte, amplia la discrezionalità delle Autorità, nella relativa ponderazione, V. Santoro, *Una nuova architettura europea di vigilanza finanziaria?*, in BIS, 2018, 2, 193 ss., 196.

Numerosi interventi hanno poi portato alla formazione dell'Unione Bancaria, progetto privo di autonoma soggettività, anch'esso orientato al fine ultimo della stabilità, ed al rafforzamento dell'Unione Economica e Monetaria (UEM)[44]. Esso si articola su tre aree di disciplina (pilastri): la vigilanza, la gestione della crisi, la garanzia dei depositi. Si tratta, in particolare del *Meccanismo di Vigilanza Unico* (*Single Supervisory Mechanism*, per acronimo MVU o SSM); del *Meccanismo di Risoluzione Unico* (*Single Resolution Mechanism*, per acronimo MRU o SRM); e del Sistema Europeo di Garanzia dei Depositi (*European Deposit Insurance Scheme* - EDIS), oggi incompleto. Le resistenze dei singoli Stati membri hanno impedito il raggiungimento di una disciplina pienamente uniforme, ed il progetto, in parte non ancora attuato, è in continua evoluzione e tende verso un modello non ancora compiuto. Invero, il sistema ha già avuto a partire dalla sua introduzione, alcune prime sperimentazioni, che ne hanno evidenziato le carenze e incoerenze, nonché di prima riforma, il cd. Pacchetto bancario del 2019[45], ed il cd. Pacchetto bancario del 2021 (tuttora in elaborazione).

L'Unione Bancaria impone una penetrante regolamentazione pubblicistica, che coinvolge l'impresa bancaria, nonché, secondo alcune gradazioni, anche altre imprese finanziarie, secondo il modello della banca universale e della crescente integrazione tra l'ambito bancario e finanziario. Ad oggi, il modello prevede prima ripartizione

---

[44] L'intento era renderla «*basata su un quadro integrato per il settore finanziario, questioni di bilancio e politica economica*» («*based on integrated frameworks for the financial sector, for budgetary matters and for economic policy*» - Report dei 5 Presidenti, 26 giugno 2012.

[45] Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione e sulla revisione della direttiva 2014/59/UE (direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche) e del Regolamento (UE) n. 806/2014 (regolamento sul meccanismo di risoluzione unico) del 30 aprile 2019 COM (2019) 213 final, Report della Commissione 2019.

tra gli Stati membri cd. partecipanti, rispettivamente facenti parte di MVU e MRU (ossia gli Stati che hanno adottato la moneta unica o che hanno avviato una cooperazione stretta ex art. 7 SSMR), sottoposti a una regolamentazione in parte armonizzata tramite direttive e in parte uniforme tramite regolamenti; e gli altri Stati membri, sottoposti alla regolamentazione armonizzata ma non a quella uniforme. L'Italia rientra nella prima categoria e, come si vedrà, in diversi ambiti il legislatore ha ulteriormente ampliato i poteri dell'Autorità amministrativa rispetto al quadro «minimo» previsto dalla direttiva.

L'intero sistema è, invero, volto ad evitare fenomeni di crisi sistemica, tuttavia, la "cartina di tornasole" è nella regolamentazione della crisi. La vigilanza è funzionale ad assicurare «*la sicurezza e la solidità degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario*» (Considerando 65 SSMR; cfr. anche art. 1 par. 1 e Considerando 13, 17, 27) evitando la crisi ed è pensata per tener conto di uno specifico approccio alla gestione di quest'ultima, rendendola più semplice ed efficace. Il terzo pilastro svolge invece una funzione "accessoria", coadiuvando la disciplina della gestione della crisi. Ciò avviene tutelando i depositanti e la "fiducia" (evitando, ad esempio, fenomeni di corsa agli sportelli) nel sistema in caso di crisi dell'intermediario e dunque, indirettamente, la stabilità finanziaria, e, talvolta, diversamente partecipando al finanziamento[46].

[46] Sulla finalità di stabilità finanziaria nel primo e nel terzo pilastro, per tutti, R. D'Ambrosio, *La stabilità finanziaria tra gli obiettivi della legislazione dell'Unione su mercati finanziari, SEVIF e Unione Bancaria*, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 2017, 1469 ss., 1479 – 1480; 1486. Diversamente, O. Capolino, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, in Regole e mercato, Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11, Siena, 7-9 aprile 2016, 24, che sottolinea come la vigilanza e la gestione della crisi siano state tradizionalmente considerate, anche in giurisprudenza, un «*continuum*» i cui interventi si caratterizzano solo per crescente intensità, dove, dunque, la seconda è attività riconducibile comunque alla prima.

3.1. In particolare: la specialità della crisi bancaria.

La disciplina speciale si giustifica sulla base della diversa natura della crisi dell'impresa bancaria rispetto a quella delle imprese industriali[47]. Le ragioni sono variegate e ampiamente discusse. Tuttavia, possono in questa sede richiamarsi alcuni aspetti di rilievo, risultanti dalla crisi del 2008.

In primo luogo, l'immaterialità degli attivi che fisiologicamente si rinvengono nei bilanci delle banche ne determina una intrinseca volatilità, oltre che la suscettibilità di ridursi ad un dato numerale non corrispondente ad un ammontare reale di ricchezza. L'evidenza della crisi può emergere improvvisamente, rendendone difficile l'accertamento preventivo. Può richiamarsi l'esempio "visivo" dell'impresa industriale dove l'andamento negativo comporta l'accumularsi di merci invendute.

In secondo luogo, la fisiologica interconnessione tra le diverse società che operano nel settore bancario e, in generale, finanziario, è suscettibile di propagare la crisi anche ad altri intermediari (cfr. Considerando 3 BRRD), secondo il cd. effetto domino[48], anche di dimensione transfrontaliera[49]. È il caso, ad esempio, del fenomeno del cd. *too big to fail*, già conosciuto in precedenza, riemerso nella crisi con la vicenda dell'americana Lehman Brothers, evidenziando il

---

[47] In argomento v. A. De Aldisio, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, in BIS, 2015, 3, 391 ss.

[48] Cui si affianca anche il cd. contagio orizzontale (o contagio indiretto), inteso come «*reazione negativa dei partecipanti al mercato che determina una grave perturbazione del sistema finanziario* […]». V. G. Brancadoro, *Crisi sistemiche e rilevanza giuridica nelle discipline delle crisi d'impresa*, in Crisi d'Impresa e Insolvenza, 19 maggio 2019, 4, 24 - 25.

[49] V. tra gli altri, G. Santoni, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, cit., 3-4.

collegamento tra la dimensione micro e macro, tra il singolo intermediario e il sistema: una banca può essere troppo grande per essere lasciata fallire in quanto gli effetti si riverbererebbero sull'intero sistema[50]. La criticità assume caratteristiche differenti in ragione delle dimensioni e caratteristiche dell'intermediario, ma risulta, per stessa natura dell'attività, comunque presente[51].

Altro è il rischio di perdita di fiducia nel sistema bancario, che può indurre fenomeni come la corsa agli sportelli (*bank run*), con rischio per l'ordine pubblico. Inoltre, dalla crisi del sistema finanziario possono derivare conseguenze negative anche per l'economia reale nonché per i debiti sovrani, come dimostrato proprio nel contesto della crisi del 2008[52].

In generale, il rischio è la crisi sistemica, ossia «*una perturbazione del sistema finanziario che può avere gravi conseguenze negative per il mercato interno e l'economia reale*», poiché «*tutti i tipi di intermediari, mercati e infrastrutture finanziari sono in certa misura potenzialmente importanti per il sistema*» (art. 2 par. 1 n. 30 BRRD; cfr. anche Considerando 2 BRRD)[53].

---

[50] Con i corollari *too interconnected to fail*; *too complex to fail*; *too many to fail.* Così, G. Lo Schiavo, *The Role of Financial Stability in EU law and Policy*, cit., 67. In argomento, v., anche, tra gli altri, A. Admati, M. Hellwig, *The Bankers'New Clothes: What's Wrong With Banking and What to Do About It*, Princeton Press, 2013. Più di recente, S.T. Omarova, *The "Too Big to Fail" Problem*, in Minnesota Law Review, 2019, 2495 ss., 2504. Qualcuno, in proposito, ha peraltro «più o meno» ironicamente osservato anche «*too big to jail*», in relazione alla responsabilità. V. B.L. Garrett, *Too big to jail*, The Belknap Press of Harvard University Press, USA, 2014.

[51] Sui rischi di contagio e di crisi di fiducia, A. De Aldisio, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, in AGE, 2016, 2, 333, 335.

[52] G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali, Napolitano G. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2012, 383 ss.

[53] V. anche G.B. Portale, *Dalla "Pietra del vituperio" al "bail-in"*, in Riv. Dir. Comm., 2017, 1, 21 ss.

La rinnovata consapevolezza, questa volta maturata sul piano europeo, della specialità del settore bancario, si riflette nel nuovo sistema, nato come risposta emergenziale e nel tempo progressivamente consolidatosi[54]. Dai considerando della BRRD emerge che «*non sempre le procedure di insolvenza generalmente applicabili alle imprese sono adatte per gli enti in quanto, in alcuni casi, esse non possono garantire sufficiente rapidità di intervento, la prosecuzione delle funzioni essenziali degli enti e il mantenimento della stabilità finanziaria*» (Considerando 4 BRRD).

Con l'esperienza della crisi è dunque emersa nuovamente la necessità di un sistema che consenta il contemperamento dei due interessi contrapposti. Da una parte, evitare l'impiego "incontrollato" di risorse pubbliche indirettamente a carico dei contribuenti (spezzandone il «*circolo vizioso*») tramite interventi di *bail-out*[55]; evitare fenomeni di azzardo morale (*moral hazard*) assicurando la responsabilità dei gestori, ed eliminandone l'affidamento su un salvataggio pubblico; dall'altra, garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico alla stabilità finanziaria, che, se in alcuni casi non può prescindere da interventi esterni "pubblici", ne è comunque necessario il contenimento e la regolamentazione. La *ratio* ne indica quindi anche il limite: intervento pubblico in deroga alla concorrenza è previsto ma deve essere limitato e regolato, approccio che ha subito

[54] Peraltro, ritenuto allo stato irreversibile, nel senso che è impossibile un ritorno alle precedenti modalità di gestione della crisi. Sul punto, v. G. Santoni, *Tre interrogativi sull'operazione di salvataggio delle quattro banche*, in www.dirittobancario.it, 25 febbraio 2016.

[55] Suscettibili di generare a loro volta un problema di *free riding*: quando risorse beni o servizi non sono pagati da coloro che ne profittano, ne risentono gli altri consociati (*under-provision*). G. Lo Schiavo, *The Role of Financial Stability in EU law and Policy*, cit., 67.

peraltro un ulteriore "allargamento delle maglie" a seguito della pandemia Covid-19[56].

Dal sistema si traggono alcuni tratti cardine, approfonditi nel corso del lavoro, da distinguere tra aspetti *di principio* e *di tecnica*. Al primo gruppo appartengono:

a) *L'assistenza alla crisi è procedimentalizzata.* È approccio funzionale a differenziare l'assistenza e il recupero, ed evitare l'eccesso di *moral suasion* pubblica. La procedimentalizzazione consente l'emersione della situazione effettiva e la trasparenza nell'attuazione degli interventi pubblici.

b) *Il finanziamento della crisi presuppone l'impiego di risorse private*, invertendo il paradigma del *bail-out*, suscettibile anche di favorire fenomeni di *moral hazard*, tramite la *condivisione degli oneri* (*burden sharing*) da parte degli investitori. In questa sede intendo il *burden sharing* come principio generale, rinviando la più precisa definizione di *burden sharing* ai fini della disciplina sugli aiuti di Stato ed il rapporto con il *bail-in*.

c) *L' intervento pubblico è sottinteso come fondamentale, ma limitato e regolamentato*. Sono previste numerose modalità di intervento "esterno" di finanziamento della banca in crisi, anche pubblico. Il legislatore prende coscienza che l'intervento pubblico può essere necessario per ragioni di interesse pubblico, ma occorre regolarlo e contemperarlo con il supporto privato (interno, o di mercato). Il generale divieto degli aiuti di Stato, funzionale ad assicurare che tali

[56] Ampiamente, sulle conseguenze economiche e sulle scelte politiche legate alla pandemia, F. Capriglione, *Il Covid 19 e la faticosa ricerca di nuovi paradigmi operativi*, in Rivista di Diritto Bancario, Gennaio/Marzo 2021, 13 ss. Può citarsi la revisione della disciplina in materia di aiuti di Stato a seguito dell'emergenza Covid-19. È stato in particolare previsto un *temporary framework* (quadro temporaneo) con la Comunicazione della Commissione Europea (2020/C 91 I/01), di cui è stata da ultimo (il 30 settembre 2021) proposta una proroga sino al giugno 2022.

interventi non determinino alterazioni della concorrenza, tra privati e tra Stati[57], soffre eccezioni già in forza del Trattato (art. 107 ss. TFUE), regolate e specificate in via settoriale per l'ordinamento bancario a partire dalla crisi del 2007-'08 (*crisis communications*). La presenza di una disciplina «autonoma» conferma la specialità del sistema. La finanza non si presta ad essere un mercato, mosso dalla concorrenza, poiché prevale l'interesse pubblico sotteso[58].

Al secondo gruppo appartengono invece:

d) *Il baricentro dei poteri e delle competenze è portato a livello europeo*. L'obiettivo primario è spezzare il «*circolo vizioso tra emittenti sovrani, banche ed economia reale*»[59], allontanando la gestione della crisi dal piano prettamente statale. In tal modo è altresì favorito il coordinamento e l'omogeneità del mercato interno, nonché semplificata la gestione di crisi di intermediari operanti su base transfrontaliera.

e) *La competenza è amministrativa e non giurisdizionale* (cfr. Considerando 15 BRRD)[60]. Come anticipato, l'impostazione della gestione delle crisi anteriormente al 2008 non era armonizzata (se non

---

[57] A. Antonucci, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, cit., 587 ss.

[58] G. Visentini, *Metamorfosi di moneta e finanza nell'evoluzione del diritto: l'ordine UE*, Studi in onore di Paolo Montalenti, in corso di pubblicazione, e Archivio CERADI, al link https://archivioceradi.luiss.it/2021/11/29/metamorfosi-di-moneta-e-finanza-nellevoluzione-del-diritto-lordine-ue/.

[59] Risoluzione del Parlamento europeo del 20 novembre 2012 recante raccomandazioni alla Commissione sulla relazione dei presidenti del Consiglio europeo, della Commissione europea, della Banca centrale europea e dell'Eurogruppo dal titolo «Verso un'autentica Unione Economica e Monetaria» richiamata anche al Considerando 6 SRMR.

In dottrina, R. D'Ambrosio, *La stabilità finanziaria tra gli obiettivi della legislazione dell'Unione su mercati finanziari, SEVIF e Unione Bancaria*, cit., 1484.

[60] Sull'"amministrativizzazione" della procedura, diffusamente, S. Cassese, *A new framework of administrative arrangements for the protection of individual rights*, ECB legal conference, 2017.

per interventi limitati a situazioni transfrontaliere): ciascuno degli Stati europei era dotato di proprie procedure, profondamente diversificate. Basti pensare alla fondamentale distinzione tra procedure di natura amministrativa e giudiziale. L'azione amministrativa comprime la libertà d'impresa privata (art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), e/o il diritto di proprietà (art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), in relazione al tipo di intervento.

f) *Intervento con funzione di pianificazione e prevenzione*. L'azione amministrativa è prima di tutto orientata alla prevenzione della crisi, con strumenti di pianificazione, e strumenti di intervento preventivo. In dette fasi, tuttavia, «*gli azionisti manteng*[o]*no pienamente la responsabilità e il controllo dell'ente*», ad eccezione dell'amministrazione temporanea (Considerando 39 BRRD). Quanto ai primi, è pianificato sia il risanamento, che la risoluzione, dunque, diversi "stadi" di gravità della crisi, collegati a scenari e strumenti di intervento, diversi e graduati. Il risanamento è collegato a «*significativo deterioramento*» «*della situazione finanziaria*», mentre la risoluzione (o altre misure di gestione della crisi) al «*dissesto o rischio di dissesto*». L'intento di prevenire la crisi, secondo valutazioni prognostiche, giustifica il potere autoritativo di intervenire, secondo diverse tecniche, sull'organizzazione sociale dell'ente non in crisi, proponendo regole derogatorie rispetto all'impresa tradizionale. La prevenzione della crisi, intesa come monitoraggio e identificazione e rimozione preventiva sia degli impedimenti all'azione amministrativa al momento della crisi, e alla tempestiva emersione dei segnali di quest'ultima può tuttavia funzionare solo garantendo all'Autorità ampi poteri di vigilanza ed intervento. Ed è quanto avviene.

g) *Interventi di gestione della crisi.* L'attivazione delle misure (e, in generale, procedure) di gestione della crisi si basa sul presupposto "oggettivo" del *dissesto*, condizione diversa dall'insolvenza, che

comunque persiste nel sistema, con diversa *ratio* e conseguenze proprie. Il dissesto è, invero, più ampio, ed ulteriormente esteso dalla rilevanza del mero *rischio di dissesto*, basato su una valutazione prognostica dell'Autorità.

h) *L'interesse pubblico alla risoluzione* condiziona la scelta tra risoluzione e procedura nazionale di insolvenza (o altre misure meno incisive), ed attiene alla suscettibilità di individuare «strade» alternative alla risoluzione (che è in sostanza una ristrutturazione). Quest'ultima è residuale, da applicarsi solo quando i relativi obiettivi non possono essere diversamente perseguiti con i medesimi risultati.

i) *La crisi dell'intermediario bancario coinvolge la tutela del risparmio privato*, nella forma del deposito bancario (o forme assimilabili), e dei titolari, in larga parte non sofisticati. La tutela è garantita dai Sistemi di Garanzia dei Depositi (*Deposit Guarantee Schemes* – di seguito anche con acronimi SGD o DGS), tramite copertura entro i limiti quantitativi di legge. L'interesse alla tutela dei depositanti poteva essere perseguito anche nella visione deregolamentare, armonizzata, ma privata. Esso oggi è assorbito nell'interesse alla stabilità ed all'ordine pubblico. I DGS non mirano invero solo alla protezione di interessi privati, ma indirettamente alla stabilità del sistema finanziario e al mantenimento della fiducia (Considerando 3 Direttiva 2014/49/UE). Meno rilevante, ma comunque presente, è la garanzia degli investitori.

j) *La tutela giurisdizionale è limitata in ragione di esigenze di urgenza, ed è preferita una natura risarcitoria e non reale.* La giurisdizione è prevalentemente amministrativa (giurisdizione esclusiva), e sottoposta a numerose deroghe che ne limitano l'effettività, nella fase di gestione della crisi, per esigenze di celerità ed efficacia dell'azione amministrativa.

4. La natura dell'*attività* alla luce dell'Unione Bancaria.

Nella dottrina amministrativa, si è detto, l'attività bancaria era stata dapprima intesa dal Giannini come *servizio pubblico*, e, successivamente, ricondotta all'*ordinamento settoriale o sezionale* (v. *supra*, § 2.). La teoria dell'ordinamento settoriale, non è impostazione riproponibile oggi, se non in senso atecnico e intuitivo, perché basata sulla coincidenza tra pubblico e privato e sulla prevalenza di una concezione istituzionale su quella contrattuale della società per azioni in generale, proprie dell'ordinamento corporativo[61].

Nella dottrina commercialistica, il Ferri spiegava il contenuto della locuzione «*funzione di interesse pubblico*», impiegata dalla l. bancaria, prima della deregolamentazione argomentando «*se non significa ancora funzione pubblica, non significa neppure funzione esclusivamente privata e come tale nella piena disponibilità dei soci che la struttura organizzativa hanno creato*»[62], ma «[s]*e le parole hanno un significato funzione di pubblico interesse esprime un concetto diverso da funzione pubblica e sta appunto ad attestare la rilevanza sociale che assume in sé e per sé la funzione creditizia, rilevanza sociale che costituisce la premessa di quel sistema di controlli pubblici diretti appunto ad assicurarne la realizzazione*»[63].

---

[61] Sul ruolo dell'impresa nell'ordinamento corporativo, ampiamente, G. Zanobini, *Corso di diritto corporativo*, Milano, 1943, spec. 27 ss. La Carta del Lavoro del 21 aprile 1927, funzionalizzava anche l'organizzazione privata d'impresa all'interesse nazionale. V. anche G. Visentini, *Dell'amministrazione della società per azioni*, cit., XIX.

[62] G. Ferri, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti un'attività bancaria*, cit., 1.

[63] G. Ferri, *La validità attuale della legge bancaria*, cit., 129. Per una ricognizione della dottrina sulla nozione di *servizio pubblico* e sulle ricostruzioni proposte v. anche G. Ruta, *Lineamenti di legislazione bancaria*, cit., 65 - 70, il quale ne propone a sua volta una qualificazione come «*servizio di pubblica necessità*».

L'espressione «*funzione di interesse pubblico*» (peraltro ritenuta impropria dalla citata Cass. SS.UU.), pur non riconducibile direttamente alle categorie della dottrina pubblicistica[64], era comunque ben più forte di «*attività*» o «*servizio*» (pubblico o di interesse pubblico), e rievocava la «*funzione pubblica dello Stato*»: solo la funzione costituisce esercizio di potestà autoritative. Ad ogni modo essa presuppone che l'attività sia, come affermava il Giannini, «*giuridicamente,* […] *rivolta ad un fine*»[65].

Nella terminologia, la disciplina vigente non è lontana da tale impostazione, avendo enucleato le nozioni di «*interesse pubblico*» e di «*funzioni essenziali*» della banca. Queste ultime sono «*attività, servizi o operazioni la cui interruzione porterebbe verosimilmente* […] *all'interruzione di servizi essenziali per l'economia reale o potrebbe compromettere la stabilità finanziaria* […]» (dalla definizione di funzioni essenziali di cui all'art. 2, par. 1, n. 35 BRRD).

Su tali basi, con un più coraggioso passo avanti, si può sostenere che la legislazione prenda atto della *necessità* dell'attività bancaria per il buon funzionamento dei servizi essenziali dell'economia reale (non è un caso che, ad esempio, tra le funzioni essenziali, a determinate condizioni, vi siano i pagamenti v. *infra*, Capitolo III). In altri termini, le attività che la banca svolge sono strettamente connesse, se non strumentali al buon funzionamento dell'economia, ed è proprio per questo che le conseguenze della crisi si possono riverberare anche su altri settori, pubblici e privati.

Nella nuova disciplina, non v'è un'univoca definizione di interesse pubblico. La locuzione, si riferisce nel diritto positivo solo all'attivazione della procedura di «*risoluzione*» della banca che consiste

---

[64] Lo rileva Id., *Lineamenti di legislazione bancaria*, cit., 62.

[65] M.S. Giannini, *Istituti di Credito e servizi di interesse pubblico*, cit. 105, v. anche *supra*, in nota; v. anche G. Ruta, *Lineamenti di legislazione bancaria*, cit., 62.

nell'impossibilità di conseguire diversamente gli «*obiettivi della risoluzione*». Ciò non significa che non sia possibile enucleare anche una nozione più ampia di interesse pubblico sottesa all'intera disciplina. L'interesse generale, pur sintetizzandosi nel generale mantenimento della stabilità finanziaria, si trae dall'interesse specifico alla risoluzione, ossia, dagli obiettivi della risoluzione[66]. Questi ultimi, in sostanza, sono gli obiettivi dell'intero sistema, ossia: a) garantire la continuità delle funzioni essenziali; b) evitare gli effetti negativi sulla stabilità finanziaria; c) ridurre al minimo il sostegno finanziario pubblico straordinario; d) tutelare i depositanti e gli investitori; e) tutelare i fondi e le attività dei clienti. Nella legge, i medesimi obiettivi assumono pari posizione gerarchica, tuttavia, da un'analisi empirica, emergono proprio la prevalenza della «*garanzia delle funzioni essenziali*» e la «*protezione della stabilità finanziaria*» [v. *infra*, Capitolo III][67].

Assunte la presenza di un interesse pubblico, e l'essenzialità di alcune funzioni della banca, è necessario un passo avanti. Nella distinzione tra pubblico e privato, la natura pubblicistica di un'attività si trae, come affermava Giorgianni, non tanto dai «*fini*» perseguiti, bensì nella diversità di «*strumenti, norme e principi*» delle attività, intendendole ascrivibili alla sfera del diritto pubblico se *«assumano le forme della elargizione o della attribuzione autoritativa di beni e servizi da parte dei pubblici poteri ovvero la sottrazione alla sfera economica*

[66] Sull'identificabilità della stabilità finanziaria tra gli obiettivi di risoluzione e sulla generale funzionalizzazione del MRU a tal fine, R. D'Ambrosio, *La stabilità finanziaria tra gli obiettivi della legislazione dell'Unione su mercati finanziari, SEVIF e Unione Bancaria*, cit., 1483 – 1484.

[67] Resta ferma la difficoltà di enucleare una nozione unitaria di «stabilità finanziaria». Sul punto, tra gli altri, G. Lo Schiavo, *The Role of Financial Stability in EU law and Policy*, cit., 61 ss.

concorrenziale attraverso le c.d. riserve ed i monopoli pubblici»[68]. Invero, la sottrazione al privato dell'attività economica è eccezionale, quando misure diverse non garantiscono il perseguimento dell'interesse pubblico. A ben vedere, è la stessa metodologia adottata delle SS.UU. [v. *supra*, § 2.].

Diviene quindi rilevante l'analisi del grado di ingerenza dei poteri pubblici sull'iniziativa privata. Si è detto, ai fini di tale valutazione per il settore bancario, la regolazione della crisi è centrale, e su di essa si incentra il presente lavoro, ma possono citarsi altresì altri indici. Quanto ai poteri di vigilanza prudenziale, l'ampiezza delle clausole (ad es. «*sana e prudente gestione*» – art. 5 TUB[69]) e la discrezionalità, aprono al merito delle valutazioni. Esempio principale ne è l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, ma è discorso estensibile anche alle altre autorizzazioni su operazioni ritenute dal legislatore di rilievo (acquisto di partecipazioni qualificate; modificazioni di statuti; fusioni e scissioni)[70].

Per spiegare le peculiarità del fenomeno nel settore bancario, riconoscendo una maggiore ampiezza nelle valutazioni dell'autorità rispetto alle altre autorizzazioni, nella dottrina amministrativa, a fronte della distinzione tradizionale rispetto alla concessione, è stata proposta una distinzione tra «*autorizzazioni dichiarative*» e «*autorizzazioni*

---

[68] M. Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in Riv. Trim. Proc. Civ., 1961, 391 ss., 407.

[69] Su cui A. Antonucci, *Diritto delle banche*, cit., 56. V, anche TAR Lazio del 9 agosto 2005, n. 6157, ivi richiamata.

[70] Nel novero di condizioni richieste dall'art. 14 comma 1 TUB per l'autorizzazione all'esercizio di attività bancaria, sono state distinte alcune che richiedono un mero accertamento tecnico (sub a; a-bis e b); altre che presuppongono una maggior discrezionalità ed il concorso di una pluralità di elementi (cd. condizioni aperte e plurime), oltre al richiamo, al secondo comma della clausola «previsionale» della sana e prudente gestione. Così S. Amorosino, *sub art. 14*, in Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, F. Capriglione (a cura di), Cedam, Padova, 2018, 184 ss.

costitutive». Nelle seconde, non sussiste un diritto soggettivo in capo al privato bensì una mera *aspettativa legittima*, che diviene diritto soggettivo (che quindi solo allora è costituito) solo a seguito della valutazione *discrezionale* dell'Autorità[71].

Si pensi anche alla varietà ed ampiezza dei poteri di vigilanza informativi, ispettivi, e regolamentari, suscettibili di incidere sull'organizzazione e sulle scelte imprenditoriali[72]; o, ancora, al rilievo assunto dalla vigilanza cd. macro-prudenziale, che comprende il «*contenimento del rischio sistemico, ossia il rischio che il fallimento di un soggetto produca effetti negativi a catena sugli altri intermediari*»[73].

È infine interessante notare come ad oggi l'organizzazione bancaria non soffra solo interventi da parte delle Autorità, bensì anche del Governo, in relazione alla qualificazione delle «*infrastrutture finanziarie*» come «*infrastrutture critiche*» ai fini della disciplina sui *golden powers*, insieme a settori tradizionalmente considerati, con viarie declinazioni, di rilevanza pubblica (ad es. in quanto ricondotti dalla giurisprudenza all'art. 43 Cost. – v. *infra*, § 5.), anche quando

---

[71] Così M. Galateria, L. Stipo, *Manuale di diritto amministrativo. Vol. 1. Parte generale*, UTET, Torino, 1989, 277. Sulle diverse impostazioni, v. la ricognizione di R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, NelDiritto Editore, Roma-Molfetta, 2019, 877 - 878. Anche la Corte Costituzionale ha in alcune pronunzie accolto anche l'istituto delle autorizzazioni costitutive, che non presuppongono la sussistenza di un diritto soggettivo preesistente in capo al privato. Come la stessa Corte afferma, la distinzione (formale) tra autorizzazione e concessione non avrebbe più molta importanza. (Corte Cost. N. 112 del 26 marzo 1993 e Corte Cost. n. 153 del 1987, ivi richiamata).

Talvolta, anche in giurisprudenza è stato ritenuto compatibile un regime concessorio con l'art. 41 Cost. (v. Corte Cost. n. 112 del 26 marzo 1993).

[72] «*per accertare che* […] *si dotino di presidi di natura patrimoniale, organizzativa e di gestione di liquidità appropriati rispetto ai rischi assunti*» (Circolare 385 del 2013, Parte Prima. III.1.22.). Sul ruolo dello SREP (Processo di revisione e valutazione prudenziale), C. Brescia Morra, *Gli azionisti delle banche hanno ancora diritti soggettivi nell'era del bail-in?*, cit., 69.

[73] È riportata la definizione, concisa ed efficace, di A. Giannelli, P. Sfameni, *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Egea, Milano, 2020, III ed, 36.

esercitate da privati, quali, tra gli altri, l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni. Attualmente, la disciplina è prevalentemente concentrata nel Regolamento UE/2019/452[74] (art. 4 par. 1 lett. a), che ha esteso la disciplina alle cd. «*infrastrutture finanziarie*», ivi non definite, ma cui possono ritenersi comprese le banche[75]. Invero, il Regolamento «*non incide sulle regole dell'Unione per la valutazione prudenziale delle acquisizioni di partecipazioni qualificate nel settore finanziario, che costituisce una procedura distinta con obiettivo specifico*» (considerando 37)[76]. Come osservato, «*i golden powers mirano a tutelare interessi pubblici non necessariamente coincidenti con quelli protetti, in ambito settoriale, dalla regolamentazione bancaria e assicurativa*». In ogni caso «*i due plessi* […] *possono convivere*»[77].

Ulteriore, importante indice è la sottoposizione (in via prevalente[78]) alla giurisdizione esclusiva del G.A. (art. 133 c.p.a.),

---

[74] A seguito del Covid-19, il d.l. 8 aprile 2020 n. 23 «decreto liquidità» (artt. 15 ss.) ha ampliato poteri e specificato il perimetro.

[75] Per una discussione sulla possibilità di considerare le banche *significant* come «*infrastrutture critic*he», v. F. Annunziata, *Infrastrutture finanziarie e controllo degli investimenti esteri*, in Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti, G. Napolitano (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2019, 105 ss., 108.

[76] In Italia, la l. 4 dicembre 2017 n. 172 (conversione del d.l. 16 ottobre 2017 n. 148) ha anticipato l'azione dell'Unione, prevedendo l'applicazione dei *golden powers* alle «infrastrutture finanziarie» (art. 14). Sul punto, v. R. Lener, *Golden Powers e investimenti esteri diretti nelle infraastrutture finanziarie*, in RTDE, 2020, 2, 228 ss.

Sull'evoluzione dalla *golden share* ai *golden powers*, diffusamente, F. Riganti, *I golden powers italiani tra «vecchie» e nuove privatizzazioni e «nuova» disciplina emergenziale*, in NLCC, 2020, 4, 867 ss.

[77] A. Sacco Ginevri, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in Giur. Comm., 2021, 2, 282 ss., da cui si cita.

[78] Fanno ad esempio eccezione i giudizi avverso provvedimenti sanzionatori.

propria dei privati esercenti servizi pubblici[79], ed in generale, della sottrazione al G.O. della competenza sulle denunzie ex art. 2409 c.c.[80].

Peraltro, l'impiego del termine *impresa*, persistente nel diritto italiano ed europeo, non altera né esclude detta impostazione, che dipende dal quadro complessivo delle norme con interpretazione sistematica[81]. Invero, l'attività bancaria ad oggi intesa come attività imprenditoriale non esclude la natura pubblicistica dell'interesse di cui l'ente si fa portatore, anche in via indiretta o mediata: è possibile altresì l'esercizio di attività d'impresa da parte della Pubblica Amministrazione[82]. Per questo motivo, ciò non incide neppure sull'interesse sociale della banca. È invero condivisibile in proposito l'opinione che la banca persegue primariamente un interesse privato secondo il modello della società per azioni[83], che, coerentemente con la

---

[79] G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in Studi in onore di Giorgio Berti, Jovene, Napoli, 2005, II, 1695 ss., già in Dir. Amm., 2003, 801 ss., 1702.

[80] In giurisprudenza limitata ai casi relativi a pubblici servizi in cui vi è l'esercizio di poteri autoritativi. Così Corte Cost. n. 204 del 5 luglio 2004. P.M. Vipiana, *voce Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in Digesto, 1991, agg. 2011.

[81] Come trova riscontro nella giurisprudenza. La Cassazione ha in particolare affermato, sulla possibilità di confermare la natura di pubblico servizio dell'attività bancaria dopo l'avvento della prima direttiva bancaria, che «*la nozione di impresa non aiuta a risolvere il primo quesito, giacché impresa e pubblico sevizio non son certo concetti incompatibili e nulla si poppone a che un pubblico servizio (per il contenuto specifico delle operazioni tecniche in cui si articolar) sia esercitato nelle forme dell'impresa commerciale ex art. 2195 c.c.; così come mantiene il carattere di impressa la stessa attività esercitata da un ente pubblico (artt. 2093 e 22019, essendo la Costituzione economica (art. 41 Cost.) fondata sulla pluralità di soggetti – pubblici e privati – la cui attività è, per legge, indirizzata e coordinata a fini sociali*[…]» (così Cass. 13 novembre 1985, in Riv. Dir. Comm., 1987, 5 -8, 209 ss., con nota critica di A. Stagno D'Alcontres, ove altresì ampi riferimenti dottrinari sul dibattito).

[82] V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, cit., 1016: «*Numerosi sono, d'altro canto, i casi in cui è stata predisposta la creazione di una società al fine di conseguire finalità pubbliche specifiche. Precisamente, si ricorre alla creazione di un ente di questo tipo quando la cura di un interesse pubblico richieda l'esercizio di una impresa, dato che la società costituisce un'organizzazione meglio atta a tale scopo in quanto di solito lo siano gli organi amministrativi*».

[83] Per tutti, A. Sacco Ginevri, *Il problema dell'interesse sociale nelle banche*, in NGCC, 2017, 11, 1550 ss. ritiene che l'«*istituzionalizzazione» dell'interesse*

citata affermazione di Ferri, non è alterato, ma è limitato nella sua espressione, dall'interesse pubblico sotteso[84].

Dunque, viene da chiedersi se non sia opportuno un ripensamento nella collocazione di tale attività nel contesto delle categorie generali del diritto interno.

5. Inquadramento dell'attività bancaria nella Costituzione italiana.

È utile, poste tali premesse, un breve quadro delle norme di riferimento nella Costituzione economica italiana[85]. Lo scopo è fornire una ricostruzione dei precetti tale da renderli «categorie» con cui confrontare il paradigma del secondo pilastro, traendo spunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale.

L'art. 41 comma 1 Cost. garantisce la libertà di iniziativa economica privata[86], ed è considerato il fondamento della libertà di

---

sociale nelle banche sia più apparente che reale, in quanto, nella ponderazione dei diversi interessi, prevale sempre quello degli azionisti». Ciononostante, l'A. ha comunque rilevato che «*l'interesse sociale settoriale si stia progressivamente collocando in un'area di mezzo tra il perseguimento degli obiettivi alla base della teoria dello shareholder value in senso tradizionale e quelli sottesi alle tesi neo-istituzionalistiche* […] *conosciuta negli ordinamenti anglosassoni con il nome di "enlighted shareholder value"* […] *capace di riassumere in sé una moderna visione contrattualistica del fenomeno societario* […]». Così Id., *Il conflitto di interessi nella gestione delle banche*, Cacucci Editore, Bari, 2016, 40 – 41.

[84] Sul problema della riqualificazione di soggetti privati come pubblici, e sulla difficoltà di individuare un perimetro unitario, diffusamente, G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, cit., *passim*.

[85] Sul significato dell'espressione «*costituzione economica*», v. da ultimo, S. Amorosino, *La "costituzione economica": note esplicative di una nozione controversa*, cit., 217 ss.

[86] Il cui contenuto può estrinsecarsi in diverse situazioni giuridiche soggettive, quali diritti soggettivi e interessi legittimi. Pur alla luce di un ampio dibattito, può richiamarsi la definizione delle libertà come «valori» che costituiscono il *prius* necessario per l'esercizio delle situazioni giuridiche concrete (diritto soggettivo,

concorrenza[87], a seguito della spinta europea, in assenza di apposita previsione costituzionale[88]. È inoltre garanzia estesa non solo all'avvio dell'attività, ma, in generale, al suo intero svolgimento[89] (cui corrisponde l'art. 1322 c.c.)[90]. La disciplina è regolata dal diritto privato, l'incidenza del potere pubblico sui diritti soggettivi è limitata e protetta dalla riserva di legge e dal controllo da parte del G.O.[91].

La libertà di iniziativa economica è sottoposta ad una pluralità di limiti, graduati in ragione delle esigenze di diritto pubblico (art. 41 commi 2 e 3). Essa non può infatti svolgersi «*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla*

---

interesse legittimo, facoltà). A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997. V. anche *infra*, nel testo.

[87] Nel diritto europeo, sulla libertà di concorrenza v. art. 3 par. 3 TUE.

[88] In giurisprudenza Corte Cost. n. 46 del 1963 e Corte Cost. n. 97 del 1969. In parte anche più ampia secondo le sentenze Corte Cost. n. 223 del 1982 e Corte Cost. n. 241 del 1990. V. anche Corte Cost. n. 439 del 9 dicembre 1991. In dottrina, v. A. Lucarelli, *Sub art. 43 Cost*., Commentario alla Costituzione, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Tomo I, Torino, 2006, 889.

[89] Si è discusso se tale libertà sia limitata all'avvio o, in generale, all'intero esercizio. Sul punto, per il primo orientamento, v. A. Baldassarre, *Voce iniziativa economica privata*, in Enc. Dir., XXI, 1971; parrebbe aderire al secondo, supportato da numerosi richiami alla, seppur non univoca, giurisprudenza costituzionale, L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Torino, 2001, 191. V. anche A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, II ed.

[90] V. G. Visentini, *Dell'amministrazione della società per* azioni, cit., XXI.

[91] «*Le tecniche sono l'autonomia contrattuale, la responsabilità civile, il fallimento con l'obiettivo della liquidazione per la soddisfazione dei creditori*». Così G. Visentini, *Dell'amministrazione della società per azioni*, cit., p. 443. «*Non trattandosi dell'applicazione della legge in via contenziosa, la competenza giudiziaria non è coperta dalla riserva costituzionale della giurisdizione. Sono attività amministrative, che quando sono affidate all'esecutivo sono amministrazione pubblica del diritto privato. // Quindi esattamente negli stessi termini va impostato il problema quando all'autorità del tribunale è sostituita l'autorità amministrativa, con la missione di amministrazione pubblica del diritto privato; cioè quando il legislatore, nel predisporre l'intervento, ha voluto conservare l'ordinamento privato dei rapporti regolati, nell'interesse generale (politico)*.». Così Ivi, p. 445, ove è richiamato altresì G. Zanobini, *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, in Scritti vari di diritto pubblico, Giuffrè, Milano, 1955 ed in Riv. Dir. Pub., 1918.

dignità umana» (comma 2); si è detto, con riserva di legge (relativa[92]), è consentita la determinazione di programmi e controlli affinché l'attività economica, sia pubblica, che privata, «*possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*» (comma 3)[93].

Dalla giurisprudenza costituzionale, che non fornisce un criterio univoco[94], si evince che l'utilità generale ed i fini sociali devono risultare, anche implicitamente, dalla legge impositiva dei limiti[95]. È necessario che «*l'individuazione dell'utilità sociale* […] *non appaia arbitraria*», e che «*gli interventi del legislatore non perseguano l'individuata utilità sociale mediante misure palesemente incongrue*» (C. Cost. n. 270 del 2010[96]; C. Cost. n. 548 del 1990). Le limitazioni ex art. 41 possono incidere sulla concorrenza solo in via eccezionale, ossia quando «*siffatto intervento* […] *costituisca la sola misura in grado di*

---

[92] È infatti sufficiente che la legge indichi «*i principi e le direttrici all'interno dei quali deve svolgersi l'attività della Pubblica Amministrazione la quale, a sua volta, è soggetta al principio di legalità la cui osservanza può essere accertata nelle competenti sedi, anche giurisdizionale*» (Corte Cost. n. 388 del 30 luglio 1992).

[93] La riserva di legge prevista del terzo comma è applicata dalla giurisprudenza anche al secondo.

[94] Lo rileva altresì L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit.,182.

[95] Corte Cost., n. 63 dell'8 febbraio 1991: «*Costituisce principio ripetutamente affermato (da ultimo nella sent. N. 446 del 1988) quello secondo cui il potere della Corte "di giudicare in merito all'utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata concerne solo la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo"*». La Corte ha escluso l'illegittimità dell'obbligo di autorizzazione amministrativa da parte della Camera di commercio per l'attivazione di nuovi panifici.

[96] Relativa al caso Alitalia (impugnazione di un provvedimento che prescriveva «*misure comportamentali, per prevenire il rischio di imposizione di prezzi ed altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori*», a seguito di una concentrazione «*fissando un termine entro cui posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare*», come misure temporanee rispetto ad un'operazione di concentrazione di alcune società in amministrazione straordinaria – considerato legittimo per temporaneità ed eccezionalità delle misure); la seconda in materia di circolazione stradale (autotrasporti).

garantire al giusto la tutela di quegli interessi» (C. Cost. n. 270 del 2010)[97].

Nell'art. 41[98], ai limiti può corrispondere un regime autorizzatorio[99], che di regola presuppone (salvo quanto detto sulle

---

[97] Corte Cost., n. 63 dell'8 febbraio 1991, cit.: «*In numerose ipotesi la Corte ha operato questo riscontro ritenendo legittime discipline settoriali che in vario modo limitavano l'iniziativa economica privata in ragione del perseguimento di un'apprezzabile utilità sociale. Così con sent. n. 20 del 1980 (e prima ancora con la pronuncia n. 137 del 1971) la Corte ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità, in riferimento all'art. 41 Cost., della normativa contenente il divieto di produrre e mettere in commercio paste alimentari di farina integrale di grano duro, avendo identificato l'utilità sociale di tale limitazione dell'iniziativa economica privata nell'esigenza di protezione e valorizzazione della produzione tipicamente italiana, di grano duro. Altresì, sempre in riferimento all'art. 41 Cost., è stata ritenuta la legittimità della disciplina del controllo dei prezzi dei beni di largo consumo, tra cui il pane (con sent. N. 200 del 1975); del regime autorizzatorio che regola l'attività dei gestori di albergo e degli affittacamere (con sent. N. 144 del 1970); delle licenze di impianto ed esercizio dei magazzini di vendita di merci a prezzo unico (con sent. N. 97 del 1969): del regime di controllo delle vendite straordinarie o di liquidazione (con sent. N. 60 del 1965), della riserva ai Comuni della facoltà di istituire Centrali del latte (con sent. N. 11 dl 1960).*». V. anche Corte Cost., 16 dicembre 1958, n. 78 «*Nel terzo comma* [dell'art. 41]*, invero, la Corte ravvia la possibilità di norme idonee a delineare, da un pinto di vista della generale utilità, programmi diretti a stimolare, indirizzare, coordinare l'attività economica al fine di dare effettivo incremento alla produzione, agganciandosi eventualmente anche a nuove risorse offerte dal mercato internazionale, e di creare, come è auspicabile, una situazione tale che possa naturalmente determinare fruttuoso assorbimento di mano d'opera*.» richiamata da P. De Vecchis, *Appunti sulla costituzionalità della liquidazione coatta amministrativa con particolare riferimento alle aziende di credito*, cit., 208.

[98] Applicato in giurisprudenza al comma 2. Sul punto, v. L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., 192 ss.

[99] Tra le recenti ricognizioni e ricostruzioni sulla nozione di autorizzazione amministrativa in rapporto con la concessione v. *ex plurimis*, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, F. Fracchia (a cura di), Giuffrè, Milano, 2015, XVII ed., 322 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, III ed.; R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, cit., 877 ss.; A. Orsi Battaglini, *Voce autorizzazione amministrativa*, Digesto, 1987; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, II ed., 262 ss. Meno recente ma brillante in chiarezza, G. Guarino, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962, 240 - 241. Ivi è precisato che quando è prevista un'autorizzazione, il legislatore riconosce la natura sostanzialmente privata dell'attività, per la concessione, il carattere pubblico.

autorizzazioni costitutive – v. *supra*, § 4.) la preesistenza in capo al privato di un diritto soggettivo, e una valutazione di discrezionalità dell'amministrazione, non estesa agli interessi politici da soddisfare, ma limitata ad un controllo di sussistenza sui requisiti legali[100]. Resta ferma la riserva di legge[101].

Diverso è il modello previsto dall'art. 43 Cost., che ammette, a fini di utilità generale, la previsione con legge di una riserva allo Stato (ma anche enti pubblici o comunità di lavoratori o utenti), originaria o sopravvenuta, tramite espropriazione e con indennizzo, di «*determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale*».

In questo caso, la *riserva* in favore dello Stato non limita ma *esclude* la libertà di iniziativa economica del privato rispetto a singole imprese o categorie di imprese. L'intervento legislativo (riserva di legge) è richiesto per la sola «istituzione» della riserva, cui per il resto è connaturata da un'ampia discrezionalità dello Stato, nell'accordare la concessione e nell'esercizio di poteri di ingerenza nell'attività[102], fermo l'indennizzo in caso di espropriazione. In tal caso, il privato non è titolare, sino alla concessione, di un diritto soggettivo, di un mero interesse legittimo (pretensivo).

I presupposti giustificativi della riserva richiesti dall'art. 43 sono: a) il fine di utilità generale; b) che si tratti di imprese che si riferiscano

---

[100] Corte Cost. n. 1030 del 15 novembre 1988.

[101] La Corte Cost. 14 febbraio 1962 n. 4 afferma che l'art. 41 «*ha consentito l'apposizione di limiti al suo esercizio subordinandola però ad una duplice condizione: e cioè richiedendo, sotto l'aspetto sostanziale, che essi corrispondano all'utilità sociale, e sotto quello formale, che ne sia effettuata la disciplina per opera della legge*». La sentenza è richiamata da altresì P. De Vecchis, *Appunti sulla costituzionalità della liquidazione coatta amministrativa con particolare riferimento alle aziende di credito*, cit., 202.

[102] Corte Cost. n. 58 del 6 luglio 1965.

a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio; c) che abbiano carattere di preminente interesse generale. Se in giurisprudenza è stata affermata la tassatività dell'elenco[103], non emergono criteri univoci per identificare la sussistenza. Esemplificativamente, sono stati ritenuti settori legittimamente sottoposti al regime ex art. 43 l'attività radiotelevisiva (tra le altre Corte Cost. n. 59 del 1960; Corte Cost. n. 46 del 1961; Corte Cost. n. 58 del 6 luglio 1965[104]; Corte Cost. n. 225 del 9 luglio 1974; Corte Cost. n. 202 del 1976; Corte Cost. n. 153 del 13 maggio 1987[105]); l'industria elettrica (Corte Cost., n. 13 del 7 marzo 1964); la produzione e vendita del latte (Corte Cost. n. 11 del 23 marzo 1960); il servizio di poste e telegrafi (Corte Cost. n. 463 del 30 dicembre 1997; Corte Cost. n. 303 del 17 marzo 1988; Corte Cost. n. 1104 del 12 dicembre 1988[106]); l'estrazione di sale (Corte Cost. n. 257 del 23 giugno 1994)[107]; i consorzi per lo sviluppo industriale (Corte Cost. n. 243 del 6 luglio

---

[103] Cons. Stato, n. 7950 del 2006. L'argomento è stato comunque discusso in dottrina. Per una ricognizione degli ambiti di applicazione, v. A. Lucarelli, *Sub art. 43 Cost*., cit., 886 ss.

[104] Nella sentenza si legge altresì, con riferimento all'art. 43 Cost: «*Lo scopo essenziale della norma, attraverso la sottrazione al privato del potere di disposizione relativo alle suddette imprese, è la eliminazione della eventualità che il privato, col peso della propria impresa e naturalmente si tratta di imprese della massima dimensione -, possa direttamente e profondamente influire su interi settori economici, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a tale influenza sono connesse*».

L'attività, dopo alcune resistenze (Corte Cost. n. 148 del 14 luglio 1981), è stata successivamente ricondotta, caduto il monopolio, all'art. 41 Cost. Così Corte Cost. n. 112 del 26 marzo 1993. La sentenza intende altresì compatibile un regime concessorio con l'art. 41 Cost.

[105] Per le trasmissioni verso l'estero, sottoponibili anche a regime di autorizzazione e, dunque, non di concessione.

[106] Nell'ultima sentenza si specifica peraltro che anche i servizi pubblici essenziali prestati in regime ex art. 43 Cost., devono essere organizzati e gestiti in forma di impresa anche in condizioni di monopolio secondo criteri di economicità. Nello stesso senso Corte Cost. n. 303 del 17 marzo 1988 sempre sul servizio postale.

[107] È stato invece ritenuto non più sottoposto all'art. 43, salvo sopravvenienze legislative, il trasporto funebre. Così Cons. Stato n. 7950 del 27 dicembre 2006.

2011). Ad ogni modo, l'intervento dello Stato ex art. 43 assume carattere eccezionale rispetto all'art. 41, per il caso in cui la gestione privata non risulti sufficiente a garantire le finalità pubbliche[108]; esso deve essere gestito nel rispetto dei principi costituzionali (Corte Cost. n. 225 del 9 luglio 1974); e l'interesse pubblico che giustifica la riserva deve essere "attuale" (Corte Cost. n. 243 del 6 luglio 2011[109]).

D'altra parte, la norma non impone necessariamente la gestione pubblica delle imprese sottoposte a riserva, esercitabili da privati secondo varie tecniche, come la *concessione di pubblico servizio*[110].

La nozione di pubblico servizio è stata a lungo discussa. Cronologicamente, la prima ad affermarsi fu la cd. *teoria soggettiva*, che presupponeva l'imputabilità allo Stato (o altri enti pubblici) del servizio pubblico. Con l'adozione della Costituzione, la formulazione degli artt. 41 e 43 ha portato all'elaborazione della cd. *teoria oggettiva*, improntata invece alla natura e funzionalizzazione del servizio al soddisfacimento di un interesse pubblico "primario", che consentiva di estendere il servizio pubblico anche all'art. 41[111]. In dottrina e giurisprudenza, anche tale teoria è stata tuttavia superata, con un parziale ritorno alla teoria soggettiva, seppur "temperata". L'impostazione attualmente accolta afferma che, seppur il pubblico

---

[108] A. Lucarelli, *Sub art. 43 Cost*., cit., 900.

[109] Ove si affermava l'incostituzionalità della norma che disponeva il rinnovo automatico (senza valutazione dell'attualità dell'interesse pubblico) di piani regolatori relativi a consorzi per lo sviluppo industriale.

[110] M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 332.

[111] Secondo la costruzione di U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964, ristampa anastatica del 2014, *passim*, e spec. 152 ss. Su tale impostazione si è basata altresì la teorizzazione della SS.UU. cit. [v. *supra*, § 2.].

servizio debba essere originariamente riferibile allo Stato altri enti pubblici, esso è anche suscettibile di gestione da parte di privati[112].

La nozione di *impresa*, neutra, dunque, è compatibile sia con il 41 che con il 43, fermo che nel secondo caso non è garantita la libertà di iniziativa: lo Stato si riserva l'attività e assume l'iniziativa (gestendo direttamente o in concessione), oppure riservandosi l'iniziativa e lasciando operare le imprese presenti sul mercato, dunque, la riserva riguarda i poteri e non l'impresa.

Peraltro, il confine tra l'art. 41 e l'art. 43 quanto alla natura dell'intervento non risulta esplicitamente dalla, seppur ampia, giurisprudenza costituzionale, ma può essere da essa indirettamente ricavato sulla base di alcuni indici. In particolare, quale limite "superiore" all'azione ex art. 41, è necessario che «*l'intervento legislativo non sia tale da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative*» (Corte Cost. n. 548 del 19 dicembre 1990), anche quanto «*al dimensionamento e alla scelta del personale impiegato nell'azienda e al conseguente profilo di organizzazione interna di quest'ultima, che caratterizza il nucleo essenziale della libertà di iniziativa economica privata*» (Corte Cost. n. 356 del 28 luglio 1993[113]).

---

[112] Per una ricognizione, v. R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, cit., 239 – 240. V. anche F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, cit., 518 ss.

[113] Richiamata da L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., 183. Lo stesso Autore, partendo altresì dalla casistica della Corte, ha altresì esemplificato individuando un limite all'art. 41: «*la sottrazione alla disponibilità del legislatore del "nucleo essenziale" della libertà in questione, con un tendenziale allargamento della sfera di protezione dell'iniziativa agli elementi dell'attività (quali*

Dunque, se intendiamo l'art. 41 e l'art. 43 come categorie "contigue", il criterio discretivo giace nella presenza di limitazioni tali da far venir meno il nucleo essenziale della libertà funzionalizzandone l'esercizio al pubblico interesse. Ciò è una conseguenza del fatto che per l'art. 41, l'azione amministrativa è limitata alla verifica della conformità alla fattispecie legale, mentre nell'art. 43 l'azione amministrativa modula nel merito l'attività, configurando l'organizzazione e l'impresa caso per caso.

Norma di settore è invece l'art. 47 Cost., il quale afferma che «*La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina coordina e controlla l'esercizio del credito*» (comma 1). La tutela in via autonoma del risparmio non è propria anche del diritto europeo, che si limita a garantire la libertà di circolazione dei capitali (artt. 63 ss. TFUE)[114].

L'art. 47 è stato oggetto di numerosi dibattiti sia quanto alla generale portata nella Costituzione, sia quanto all'interpretazione[115]. Per quanto di interesse, in passato, esso è stato alternativamente considerato come riconducibile all'art. 41, pur non costituendone

---

la libertà di contrattare con chi meglio l'imprenditore ritenga, l'autonomia contrattuale […]*)*».

[114] Lo ricorda M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica*, Studi in onore di Gustavo Visentini, A. Nuzzo, A. Palazzolo (a cura di), Luiss University Press, Roma, 2020, 51.

[115] Per una ricognizione, v. S. Baroncelli, *Sub art. 47 Cost*., cit., *passim*; R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in BIS, 2018, 3, 394 ss., 398. L'A. esclude altresì che si tratti di un «*principio supremo*» della Costituzione. Ad esempio, La norma è stata tradizionalmente intesa come costituzionalizzazione e richiamo della l. bancaria del 1936, cui sono seguiti numerosi tentativi di interpretazione evolutiva dovuti ai profondi cambiamenti intervenuti nel settore [v. *infra*]. L'art. 47 è stato talvolta inteso in dottrina addirittura come principio conflittuale con la libertà d'impresa di emittenti ed intermediari finanziari. Sul punto, v. M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica*, cit., 52. Il risparmio è oggi inteso inoltre con riferimento alle attività della banca universale. Lo richiama, tra gli altri, R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, cit., 394-395 ove anche indicazione degli orientamenti contrari.

un'eccezione, ovvero, diversamente, norma eccezionale, che consentirebbe di non applicare le cautele ivi previste per le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata, in particolare della riserva di legge. Per il secondo orientamento, veniva a realizzarsi il cd. *ordinamento settoriale* (o *sezionale*) *del credito*, derogatorio rispetto all'art. 41 Cost. finanche alla riserva di legge[116], tale da non ricondurvi *tout court* l'art. 47[117]. Escludendo la riserva di legge «*viene legittimata la direzione del credito secondo il tipo organizzativo prescelto dal legislatore del 1936, e cioè effettuata prevalentemente mediante atti non legislativi, atti (di direzione; di alta amministrazione; amministrativi; normativi, anche, se si vuole) provenienti da soggetti del potere esecutivo in genere o di un'organizzazione ad hoc nell'ambito di tale potere*»[118].

Tuttavia, l'art. 47, oltre a non indicare espressamente i fini della tutela, è "neutro" rispetto alla distinzione tra artt. 41 e 43 Cost.[119], e ne può pertanto essere rivista la collocazione alla luce dell'evoluzione descritta[120]. Al di là del rilievo che vuole essere attribuito all'art. 47, il

---

[116] M. Nigro, *I profili pubblicistici del credito*, cit., 22.

[117] G. Ferri, *La validità attuale della legge bancaria*, cit., in estratto, 8.

[118] Così M. Nigro, *I profili pubblicistici del credito*, cit., 23.

[119] Affermava Id., *I profili pubblicistici del credito*, cit., 24: «*l'art. 47, se non menziona l'impresa privata, non menziona nemmeno l'impresa pubblica, il che significa che il costituente non si è posto in maniera particolare il problema della natura dell'impresa esercitante il credito. L'impresa privata del campo del credito trova, quindi, la sua disciplina costituzionale nei precetti generali degli artt. 41 e 43. Tale impresa sussiste fino a quando non si operi la collettivizzazione del settore sulla base dei presupposti precisati dall'art. 43*.».

[120] Oggi detti principi vanno contemperati con il dettato dell'art. 117 Cost., secondo cui «[l]*a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*» (comma 1). R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, cit., 398. Secondo la giurisprudenza comunitaria, peraltro, la teoria dei controlimiti (cfr. art. 11 Cost.) non varrebbe rispetto ai principi della costituzione economica. A. Antonucci, *Diritto delle banche*, cit., 17. Di diverso avviso, G. L. Carriero, *Crisi bancarie, tutela del*

riconoscimento della tutela del risparmio non è sufficiente a fornire un inquadramento dell'attività bancaria tra pubblico e privato, per cui è comunque necessario far riferimento agli artt. 41 e 43. Orbene, come si vedrà, le caratteristiche degli interventi pubblici potrebbero essere sufficienti per riconsiderare un inquadramento dell'attività bancaria sub art. 43 secondo i criteri di distinzione in precedenza citati.

6. Riflessi sulle posizioni soggettive di azionisti e creditori. In particolare, il diritto di proprietà nella Costituzione italiana e tra i diritti fondamentali dell'Unione.

L'impostazione sviluppata nei precedenti paragrafi implica una riflessione rispetto al rapporto tra *interesse pubblico* e *diritto di proprietà*[121]. Invero, se già nei considerando della disciplina europea (v., tra gli altri, considerando 13 BRRD e 121 SRMR), emerge la considerazione del legislatore europeo per i diritti fondamentali, nonché la consapevolezza di una possibile interferenza con essi, l'incidenza sul *diritto di proprietà* è la fattispecie maggiormente discussa e decantata da dottrina e giurisprudenza, europea e nazionale.

Il diritto fondamentale di proprietà trova riconoscimento sia sul piano europeo, nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei

---

risparmio, rischio sistemico, in AGE, 2016, 2, 369 ss., 373. In argomento v. anche F. Salomoni, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e costituzione*, cit., 334.

[121] V. tra gli altri, F. Salomoni, *Crisi bancarie e incostituzionalità del bail-in*, Percorsi costituzionali, 2017, 1, 285 ss., *passim*; G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in Corr. Giur., 2015, 12, 1485 ss., *passim*; H. De Vauplane, *Procedural aspects of the bail-in mechanism: conflict between public and private interests*, in Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, October 2012, 572 ss., 573 ss.; S. Gleeson, *Legal aspect of bank bail-ins, LSE Financial Markets Group Paper Series*, LSE-FMG-SP-2015, 1 ss., 21 ss.; P. De Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, in Giur. Comm., 2020, 5, 944 ss.; G.B. Portale, *Dalla "Pietra del vituperio" al "bail-in"*, cit., in estratto, 9 – 10.

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'art. 1 Primo Protocollo, che assorbe anche la libertà d'impresa[122], e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), che conferisce alle due fattispecie rilevanza separata (rispettivamente, art. 16 per la libertà d'impresa, garantita «*conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e alle prassi nazionali*» [v. *supra*, § 5.], e art. 17 per la proprietà); sia sul piano nazionale, nella Costituzione italiana (art. 42)[123]. Il contenuto delle due norme sovranazionali è sostanzialmente il medesimo (ai termini dell'art. 52 par. 3 della Carta di Nizza, il significato e la portata delle relative norme devono corrispondere a quelle della CEDU[124]) ed, in entrambi i casi, sono presupposte le istanze di natura pubblicistica (rispettivamente, *pubblico interesse*, e *pubblica utilità*)[125]. Invero, l'art. 17 della Carta, è composto, secondo dottrina e giurisprudenza, da tre parti, corrispondenti alla configurazione italiana: una generale norma di protezione del diritto fondamentale; l'espropriazione con indennizzo, fondata su un pubblico interesse; e un potere di limitazione (che non giunge a concretare una totale privazione) per interesse generale (in sostanza al pari del potere

---

[122] L'art. 6 TUE codifica la base giuridica per l'obbligatorietà alla Carta di Nizza (par. 1) e alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (par. 2).

[123] M. Gargantini, *Procedure di risoluzione bancaria: tutela della proprietà e dell'equo processo*, in I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato, F. Caggia, G. Resta (a cura di), RomaTrE-Press, Roma, 2019, 243.

[124] Sul punto, v. R. Morea, *La proprietà tra funzione sociale ex art. 42 Cost. e diritto di libertà fissato dalla CEDU. Una disarmonia di valori costituzionali ed europei*, in Diritto e processo amministrativo, 2019, 1, 161 ss., 222.

[125] L'art. 17 della Carta, comma 1 secondo periodo, prevede che «*Nessuna persona può essere privata del diritto di proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa*». Ad esso corrisponde l'art. 1 primo protocollo CEDU par. 1 secondo cui: «*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*».

conformativo italiano)[126]. L'espropriazione è identificabile peraltro anche in assenza di un formale provvedimento di esproprio, che tuttavia determini una soppressione dei diritti che avvenga in modo «*coatto, integrale, e definitivo*» (cd. espropriazione di fatto)[127].

La frizione tra diritto di proprietà e interesse pubblico del settore bancario è emersa anche con riferimento alla disciplina europea sul diritto societario, che indirettamente costituisce riflesso del diritto fondamentale. Secondo consolidata giurisprudenza CEDU, nel diritto di proprietà ex art. 1 del Protocollo, sono invero comprese le partecipazioni societarie, in quanto dotate di un valore economico e conferenti al titolare diritti economici ed amministrativi sulla società[128]. Anche la stessa revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria è stata intesa come suscettibile di interferire con il diritto di proprietà della banca[129]. Numerose sentenze hanno affrontato il tema della compressione del diritto di proprietà da parte delle misure di gestione della crisi, sia anteriormente all'entrata in vigore del MRU, che successivamente[130], ed alimentato il dibattito dottrinario sulla possibile

---

[126] Sentenza della Corte, 21 maggio 2019, Commissione c/ Ungheria, C-235/17, par. 72, ove ulteriori riferimenti in giurisprudenza; Sentenza della Corte (Prima Sezione), 5 maggio 2022, C-83/20, 38.

[127] Corte, 21 maggio 2019, Commissione c/ Ungheria, C-235/17, 81; Sentenza della Corte (Prima Sezione), 5 maggio 2022, C-83/20, par. 45.

[128] CEDU, Sentenza Olczak c. Polonia, 7 novembre 2002, par. 60; Sovtransavto Holding c. Ucraina, par. 91; Shesti Mai Engineering OOD et al. C. Bulgaria, par. 77. In dottrina v. F. Gallarati, *La tutela dei diritti di azionisti e creditori nell'Unione bancaria, tra Corti europee e Corti costituzionali nazionali*, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2018, 4, 1159 ss., 1180.

[129] CEDU, Capital Bank AD c/Bulgaria, par. 130. Sul punto, v. M. Lamandini, D. Ramos, J. Solana, *The european central bank (ECB) powers as a catalyst for change in EU law. Part 2: SSM, SRM, and fundamental rights*, in Columbia Journal of European Law, 23.2, 2017, 199 ss., 216 ss.

[130] Per un'approfondita ricognizione della citata giurisprudenza europea v. M. Lamandini, D. Ramos Munoz*, Minimum requirement for own capital and eligible liabilities (MREL)*, cit., 371 ss. In argomento, v. anche A. De Aldisio, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, cit., 360 – 361.

erosione di diritti fondamentali. Quanto alla soluzione fornita dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, può citarsi il Caso Grainger (Corte europea dei diritti dell'Uomo – Grainger e altri c/ Regno Unito del 10 luglio 2012), ove la Corte EDU ha affermato, tra l'altro, che, presupposta la prevalenza dell'interesse pubblico alla stabilità finanziaria rispetto al diritto di proprietà degli azionisti, la discrezionalità dell'Autorità può risultare *proporzionata* (ex art. 52) rispetto alle circostanze del caso (crisi finanziaria mondiale) anche nell'estremo caso di nazionalizzazione di un ente senza indennizzo per gli investitori[131]. Ancora, può richiamarsi la giurisprudenza *Albert and others v. Hungary* App no. 5294/14 (ECHR, 7 luglio 2020), relativa, in estrema sintesi e per quanto di interesse, ad alcuni azionisti che lamentavano la lesione del proprio diritto di proprietà, inteso come diritto di orientare la gestione societaria (come soci), per l'adesione delle banche ad un'organizzazione di controllo statale che imponeva specifiche norme societarie. Sebbene il caso esprima il rilievo del diritto fondamentale di proprietà anche con riferimento ai diritti di partecipazione alla società, la pronunzia non è dirimente in proposito poiché la Corte ha respinto il ricorso per ragioni di rito, escludendo il *locus standi* degli azionisti in quanto la relativa posizione non sarebbe stata direttamente incisa, ma, semmai, solo indirettamente[132]. Di interesse, pur non trattandosi di una giurisprudenza sovranazionale, è

[131] Un gruppo di azionisti della Northen Rock Plc aveva contestato l'esiguità del corrispettivo erogato sulla base del Banking Act del 2008, rispetto al prezzo di mercato. Sul punto, v. tra gli altri, M. Marcucci, *Crisi bancarie e diritti degli azionisti,* Diritto societario e crisi di impresa, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 162; T. Ariani, L. Giani, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in Riv. Dir. Soc., 2013, 4, 721 ss.; V. Santoro, *Bank Recovery and Resolution: An Italian Point of View*, in Open Review of Management, Banking and Finance, 2015, 1, 1 ss.

[132] Così osserva altresì N. Moloney, *Banking Union and the Charter of Fundamental Rights*, Judicial Review in the banking union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (a cura di), 2021, 209 ss., 214.

anche la pronunzia della Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*, G239/2014-27; G 98/2015-27; G 43/2015-16; G 44/2015-16; G 45/2015-15; 15/2015-15 - del 3 luglio 2015) sul caso della banca Hypo Alpe Adria Bank International AG, che ha affermato l'incostituzionalità dell'HaaSanG, per la disparità di trattamento tra i creditori in relazione alle diverse scadenze delle obbligazioni subordinate. Anche tale contesto, è stata ritenuta legittima la lesione dei diritti di proprietà, in quanto giustificata dall'interesse pubblico[133].

Analoga è la posizione della CGUE. Possono citarsi, il Caso Kotnik (sentenza della Corte, Grande Sezione, 19 luglio 2016, causa C-526/14)[134], il Caso Dowling (Sentenza della Corte Grande Sezione 8 novembre 2016, causa C-41/15)[135], il Caso Ledra (Sentenza della Corte

---

[133] In particolare, in relazione ad un'operazione di riorganizzazione (che aveva previsto anche la costituzione di un veicolo per la massimizzazione degli attivi non performanti), era stato imposto l'onere di concorrere alle perdite, ai soli possessori di obbligazioni subordinate, con scadenza anteriore al 30 giugno 2019, e non agli altri, appartenenti alla medesima classe. Al contempo, è dichiarata illegittima all'eliminazione di una garanzia pubblica affermando, in estrema sintesi, l'irragionevolezza e non proporzionalità rispetto ai fini della procedura. In argomento, v. G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi. Quale lezione da Vienna?*, cit., 1485, E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2017, 85; V. Santoro, I. Mecatti, *Write-down and Conversion of Capital Instruments*, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019, 349 ss., 357 – 358.

[134] La vicenda Kotnik riguarda un rinvio pregiudiziale nell'ambito di azioni proposte alla Corte costituzionale slovena relativi alle misure di azzeramento di azionisti e conversione di creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione da parte della Commissione alla concessione di aiuti di Stato. La sentenza analizza diversi profili; per quanto di interesse, le misure adottate non erano contrarie alla direttiva 2012/30, sebbene non approvate dall'assemblea dei soci, ed erano altresì proporzionate ad evitare pregiudizi alla stabilità finanziaria. Gli Stati non sono obbligati ad imporle, ma, diversamente, l'aiuto non potrà essere inteso limitato al minimo necessario secondo la Comunicazione sul settore bancario.

[135] Il caso Dowling ha ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale da parte di azionisti contro un'ordinanza ingiuntiva della Corte Suprema Irlandese per l'aumento di capitale con emissione di nuove azioni per un valore inferiore al loro valore nominale, senza approvazione dell'assemblea. In questo caso, la natura

Grande Sezione 20 settembre 2016 – cause riunite da C-8/15 P e C-10/15 P)[136], ed il Caso Chrysostomides (Sentenza del Tribunale del 13 luglio 2018 – Causa T-680/13)[137]. Nei diversi casi, è comune il riconoscimento di un interesse pubblico sotteso e collegato con il perseguimento della stabilità finanziaria, prevalente rispetto a quello privato alla proprietà. Invero, quanto emerge dalla giurisprudenza è proprio l'inquadramento delle limitazioni dei diritti di azionisti e creditori di banche in tale eccezione, esito del contemperamento tra due contrapposti interessi. Da ultimo, fornisce un utile contributo la recentissima sentenza della Corte sul caso BPC Lux 2 Sàrl e a.[138], con cui è stata dichiarata la compatibilità della normativa che ha regolato la risoluzione nei confronti del Banco Espírito Santo SA con il diritto di proprietà ex art. 17 della Carta. È ivi emerso proprio il tema della natura espropriativa dell'azione di risoluzione, che, nel caso di specie, si concretava nella svalutazione sostanziale del valore dell'ente, determinata dalla cessione coattiva di alcuni cespiti dalla banca in crisi

---

eccezionale, le finalità pubbliche di garantire la stabilità del sistema finanziario ha portato la Corte ad affermare che non ostano ad un simile provvedimento gli artt. 8 par. 1, 25 e 29 della seconda direttiva (77/91/CE).

[136] Nella pronunzia relativa al caso Ledra, i ricorrenti hanno proposto un'azione di responsabilità nei confronti della Commissione e della BCE per non aver vigilato sull'incompatibilità con il diritto dell'Unione del protocollo d'intesa stipulato con Cipro per un intervento da parte del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES). In proposito, la CGUE (adita in appello) ha annullato le ordinanze del Tribunale impugnate e deciso direttamente affermando, tra l'altro, che le restrizioni al diritto di proprietà tramite conversione di parte dei depositi non garantiti ed il congelamento di altri non sono compressioni al diritto di proprietà sproporzionate per il perseguimento di finalità pubbliche e sono dunque legittime.

[137] Si trattava di domanda di risarcimento da responsabilità extracontrattuale ex art. 268 TFUE per la decisione della BCE (consiglio direttivo) del 21 marzo 2013 sull'erogazione di liquidità di emergenza (ELA). Per quanto di interesse, i ricorrenti lamentavano la violazione del loro diritto di proprietà sui depositi, respinta dalla Corte che, seguendo il tracciato della sentenza Ledra ha evidenziato la natura non assoluta bensì suscettibile di restrizioni del diritto di proprietà.

[138] Sentenza della Corte (Prima Sezione), 5 maggio 2022, C-83/20.

ad un ente ponte, e sopportata dagli azionisti e creditori subordinati non ceduti (ricorrenti). La Corte non esclude che l'azione di risoluzione possa tradursi in un'espropriazione di fatto, precisando tuttavia che si tratta di una valutazione di competenza del giudice dello Stato Membro, in quanto il relativo accertamento resta questione interpretativa del diritto nazionale (par. 46 – 47).

Anche nel quadro costituzionale italiano, l'art. 42 funzionalizza il *diritto di proprietà* allo sviluppo produttivo e sociale, superando la più risalente impostazione assolutistica ed egoistica proposta dal codice del 1865[139]. Può dunque individuarsi una specularità rispetto all'endiadi art. 41 – art. 43 Cost., in quanto la libertà d'iniziativa privata è derivazione e complemento del diritto di proprietà. Nella Costituzione italiana, «*la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*» (comma 3), e può essere «*nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale*» (comma 4). Nel comma 2 si rinvengono dunque nuovamente gli elementi della conformazione alla funzione sociale; nel comma 3, invece, le garanzie sono legate al procedimento espropriativo[140]. Anche dottrina e

---

[139] R. Morea, *La proprietà tra funzione sociale ex art. 42 Cost. e diritto di libertà fissato dalla CEDU. Una disarmonia di valori costituzionali ed europei*, cit., 181; P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, VIII ed., 225.

[140] A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006, 104 – 105. Ivi, 82-83, si legge altresì: «*Dalla semplice interpretazione letterale della disposizione si desume, pertanto: una preferenza del testo costituzionale per una garanzia del diritto di proprietà che privilegi la proprietà pubblica anche dei beni economici; l'assenza di una valenza egoistica del diritto di proprietà privata e l'indefettibile collegamento della stessa al soddisfacimento di interessi pubblici; l'attribuzione alla legge del potere di disporre anche del contenuto del diritto, oltre che dei modi di acquisto e dei limiti, orientati prescrittivamente all'osservanza dell'interesse pubblico*».

giurisprudenza italiana, in particolare relativa a diritti su beni immobili, traggono dalla graduazione delle forme di compressione del diritto di proprietà tre diverse fattispecie: il potere conformativo in senso stretto (comma 2), l'espropriazione di fatto e l'espropriazione formale (comma 3)[141], in sostanziale coincidenza con l'approccio europeo. Al di là della prima e terza fattispecie, di più immediata rilevazione, l'esproprio del bene per pubblica utilità si ritiene sussistente non solo nelle ipotesi di effetto traslativo dei beni, ma altresì in caso di «*svuotamento di rilevante entità ed incisività del suo contenuto, pur rimanendo intatta l'appartenenza del diritto e la sottoposizione a tutti gli oneri, anche fiscali*» (C. Cost. n. 55 del 29 maggio 1968).

Anche nel quadro normativo italiano, l'incidenza sul diritto societario può rappresentare dunque una compressione del diritto di società, che può avvenire in termini di esercizio di un potere conformativo, o di un'espropriazione, formale, o di fatto. Ricorrendo alla concezione contrattuale, la posizione del socio è, nei rapporti tra privati, qualificabile come «*diritto soggettivo di partecipare alla società,* […] *diritto di partecipazione, che si atteggia come proprietà sul bene immateriale azione*»[142]. La natura dell'azione quale bene di

---

[141] Sul punto, di recente, R. Morea, *La proprietà tra funzione sociale ex art. 42 Cost. e diritto di libertà fissato dalla CEDU. Una disarmonia di valori costituzionali ed europei*, cit., 179, che evidenzia come tale distinzione risulta altresì nella giurisprudenza europea: tra le altre Corte EDU, 2 agosto 2001 Elia c. Italia. Ivi l'espropriazione non si riteneva sussistente in quanto le limitazioni apportate al diritto di proprietà non erano tali da far scomparire il diritto, essendo possibile esercitare il diritto di accesso al terreno, il dominio dello stesso e la possibilità di venderlo, anche se resa più difficoltosa.

[142] Diversamente, la posizione dell'azionista come *status socii* è frutto della costruzione dell'Ascarelli, che, secondo la concezione istituzionale della società per azioni, intende il socio come partecipante ad un'organizzazione che supera la dimensione meramente patrimoniale, sebbene tecnicamente distinta rispetto ad altri status conosciuti dalla scienza giuridica (ad es. lo *status* di cittadino). T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1936, III ed., 114 ss. In proposito, v. G. Visentini, *Le società*

secondo grado, consente sì di intendere il socio come proprietario della società, sebbene solo in termini economici[143]. È la partecipazione in quanto tale a costituire dunque diritto soggettivo, in quanto le facoltà che ne costituiscono il contenuto (di natura amministrativa e patrimoniale) divengono diritti autonomi solo quando si distaccano giuridicamente da essa[144]. Senza indugiare sulle teorie che ne hanno affrontato il rapporto, il diritto soggettivo, proprio dei rapporti tra privati, nell'impresa industriale quanto nell'impresa bancaria, coesiste, nei confronti dell'amministrazione, esercente poteri in grado di comprimerne il contenuto, con l'interesse legittimo (tutelato dalla Costituzione - artt. 24 e 103)[145]. La tutela giurisdizionale delle diverse situazioni soggettive è concentrata dinanzi al giudice amministrativo, titolare di giurisdizione esclusiva [art. 133 c.p.a. - v. *infra*, Capitolo V].

Anche nella giurisprudenza costituzionale, la posizione del socio è stata contestualizzata nel diritto di proprietà e rapportata all'interesse pubblico sotteso alla disciplina speciale bancaria. La questione, seppur nel contesto del primo pilastro, è stata affrontata dalla Corte cost. n. 99 del 15 maggio 2018, relativamente alla violazione, tra gli altri, dell'art. 42 Cost., in caso di compressione del diritto al rimborso delle azioni del socio recedente di banca popolare trasformanda in società per azioni. In

---

per azioni. Vol. III. Dispense per gli studenti, Cedam, Padova, 2012, 197 – 200, virgolettato nel testo a pag. 197. Per una ricognizione delle altre ricostruzioni che tradizionalmente riconducono la proprietà dei beni dell'impresa agli azionisti, v. S. Pescatore, Rossi G., *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, in Riv. Dir. Comm., 1968, 3 - 4, 163 ss.

[143] G. Visentini, *Le società per azioni. Vol. III. Dispense per gli studenti*, cit., 198, il quale osserva che già il codice del 1982 riconduceva allo schema della proprietà la titolarità dell'azione, così come oggi l'art. 2347 si riferisce alla comproprietà dell'azione.

[144] G. Visentini, *Le società per azioni. Vol. III. Dispense per gli studenti*, cit., 198.

[145] F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, cit., 160; M. Galateria, L. Stipo, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 81 ss.; M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2021, 76 ss.

proposito, la Corte, tra l'altro, ha riconfermato la presenza di un interesse pubblico suscettibile di giustificare la compressione dei diritti degli azionisti di società bancaria ed ha escluso la censura sotto il profilo della proporzionalità e del «*principio del minimo mezzo*», in quanto il legislatore non avrebbe optato per la più incisiva previsione dell'esclusione *tout court* del recesso[146].

Venendo invece alla giurisprudenza italiana in materia di crisi bancarie, relativamente al caso Carife, il TAR Lazio (sentenza del 7 gennaio 2017 n. 166), si è essenzialmente riportato alle osservazioni della CGUE nel caso Kotnik, affermando la legittimità costituzionale delle disposizioni, tenuto conto della fisiologica assunzione del rischio d'impresa degli investitori. Il TAR ha escluso pertanto la violazione dell'art. 47 Cost., e ha ritenuto insussistente una espropriazione ex art. 42 Cost. «*atteso che le azioni e le obbligazioni subordinate sono titoli di credito, la cui natura e funzione è quella di partecipare alle eventuali perdite della banca*»[147].

Può richiamarsi, nel medesimo orientamento, la pronunzia del Consiglio di Stato 18 gennaio 2019 n. 475 (appello della menzionata sentenza n. 166 del 2017), che ha respinto le censure di incostituzionalità, ex art. 42 e 47 Cost., della disciplina sulla risoluzione, esimendosi dal rimettere la questione dinanzi alla Corte Costituzionale[148]. Il G.A. ha ritenuto che la tutela del risparmio ex art.

---

[146] Anche la censura relativa alla violazione della riserva di legge (ex art. 42), attribuendo all'Autorità (Banca d'Italia) il potere di disciplinare le modalità di esclusione o limitazione del rimborso, è stata respinta sulla base dell'affermato esercizio del potere legislativo di introduzione della norma eccezionale rispetto al diritto comune.

[147] TAR Lazio, 7 gennaio 2017 n. 166, con nota di D. Rossano, *Di tutta l'erba un fascio: il caso Carife e delle altre tre banche*, in RTDE, 2017, 1, 1 ss. Analogamente, TAR Lazio n. 12888 del 30 dicembre 2016.

[148] Nella sentenza, anch'essa relativa alla risoluzione della Cassa di Risparmio di Ferrara, che respingeva l'appello relativamente ad un giudizio di impugnazione di

47 Cost. (intesa come investimento azionario) vada comunque bilanciata con altri principi di rango costituzionale, che la disciplina della risoluzione tutela[149]. Secondo la Corte non dovrebbe configurarsi un diritto all'indennizzo ex art. 42 Cost., in quanto non si verifica un'espropriazione, sia alla luce di detto bilanciamento, sia alla luce del fatto che sia gli azionisti che gli obbligazionisti subordinati con l'investimento assumono un rischio di perdita in caso di andamento negativo dell'impresa bancaria, a nulla rilevando la natura «forzosa» dell'azzeramento, in quanto essa rispetta il principio del *no creditor worse off* - NCWO [su cui v. *infra*, Capitolo III] ed è dunque pari a quanto ammonterebbe la perdita in caso di liquidazione.

La peculiarità di detta pronunzia è il diverso impiego delle disposizioni costituzionali. Invero, da una parte, l'art. 47 è richiamato non come base dell'ordinamento settoriale o come giustificazione di un regime speciale a tutela del pubblico risparmio, bensì come fondamento dei diritti degli investitori danneggiati. Al contrario, il fondamento di detta disciplina è individuato nell'art. 41, inteso come «*la stabilità del sistema bancario tutela la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost.*» in quanto la cessazione dell'operatività della banca potrebbe creare pregiudizi anche al sistema delle imprese, e nell'art. 36, per esigenze di tutela dei lavoratori e della loro retribuzione. Ad ogni modo, le conclusioni sono in sostanza sempre nel senso della legittimità

---

una serie di provvedimenti amministrativi, tra cui l'applicazione del *write-down*, da parte dell'azionista di maggioranza della banca azzerato. La pronunzia è stata ampiamente commentata da P. De Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, cit.

[149] Sono richiamati l'art. 36 Cost. quanto alla tutela del lavoro e della retribuzione, e l'art. 41 Cost. per la tutela della libertà di iniziativa economica in quanto una crisi bancaria è suscettibile di produrre effetti destruenti anche sul sistema delle imprese industriali. V. *infra*, nel testo.

della disciplina alla luce della prevalenza dell'interesse pubblico sul diritto di proprietà.

Quanto emerge, in linea generale, dagli orientamenti delle diverse corti, europee e nazionali, è una generale compatibilità del diritto di proprietà con limitazioni e compressioni derivanti dalla necessità di tutelare l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria. L'unico limite è la necessità e proporzionalità di dette misure (art. 52 della Carta dei diritti fondamentali[150]), il cui accertamento resta comunque all'autorità amministrativa, con la garanzia del sindacato giurisdizionale.

È comune, invero, la suscettibilità delle diverse libertà economiche di essere sottoposte a limitazioni. Tuttavia, seppur, sotto tale profilo, sia condivisibile l'impostazione fornita concordemente dalla giurisprudenza, è possibile formulare alcune osservazioni. Le Corti assumono l'esistenza di un *rischio d'impresa* che è già proprio della posizione del finanziatore (in particolare di rischio) nel diritto privato commerciale. Tuttavia, nel diritto bancario, è la natura stessa della procedura che consente interventi nell'ipotesi in cui la perdita non necessariamente è realizzata ma può ben essere potenziale e dunque, il rischio non si è concretato. La giustificazione del sistema è nell'interesse pubblico che giustifica il cambiamento di paradigma. Dunque, il sindacato di legittimità costituzionale, ad oggi comunque ampiamente discusso, è superabile, al di là dei richiami normativi e nella sostanza del bilanciamento di interessi, ricorrendo ad una diversa ricostruzione delle norme, in particolare, all'art. 43 Cost. Fa riflettere in questo senso che lo stesso Consiglio di Stato riporti l'art. 41 come

[150] Sul punto, v. anche N. Moloney, *Banking Union and the Charter of Fundamental Rights*, cit., 202. Sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza dell'Unione, diffusamente, D. Messineo, *Quattro osservazioni in tema di proporzionalità nella vigilanza bancaria*, in PA Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia, 521 ss.

libertà «*del sistema delle imprese*» che si servono della banca per incassi, pagamenti e crediti, di non soffrire danni in conseguenza dell'instabilità finanziaria di sistema, e non come libertà d'impresa quale base dell'attività bancaria.

Si mira ad evidenziare come numerosi elementi, relativi alla fase di prevenzione e gestione della crisi mostrano e sottendono una tale incidenza rispetto al modello di impresa (e alle posizioni dei soci) che, senza voler ricorrere alla teoria dell'ordinamento settoriale, può implicare uno sconfinamento nelle categorie ex art. 43 e 42 terzo comma Cost. Le misure amministrative suscettibili di compressione dei diritti dei privati sono numerose e variegate, e ne è necessaria di volta in volta una collocazione tra il mero esercizio di potere conformativo e l'espropriazione, di diritto o di fatto. Nella trattazione che segue, la ricognizione degli istituti e delle norme relative alla disciplina del secondo pilastro è selezionata secondo il criterio dell'incidenza rispetto all'organizzazione societaria e imprenditoriale di diritto comune[151].

[151] Nel lavoro, ci si soffermerà, per coerenza espositiva, sulla crisi del singolo intermediario, salvo alcuni richiami al gruppo. La scelta si fonda invero sull'intento di ricostruire piuttosto i rapporti interni alla singola società e le relative interazioni con i poteri amministrativi. Può tuttavia osservarsi che la disciplina particolare per la crisi del gruppo è basata su principi in parte distinti dalla gestione della crisi dell'intermediario singolo (art. 69 d.lgs. 180/2015) e sull'esigenza fondamentale del coordinamento tra autorità che richiede strumenti istituzionali. Il tema fondamentale, in particolare per i gruppi transfrontalieri, è arginare il rischio di cd. «*conflitto tra ordinamenti*». Espressione di M. Perassi, *SSM e SRM, due sistemi a confronto*, La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela, V. Troiano, G.M. Uda (a cura di), Cedam, Milano, 2018, 130. In argomento v. anche, A. Gardella, *La risoluzione dei gruppi finanziari cross-border nell'Unione Europea*, in Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia, n. 81, luglio 2016, 171 ss.

CAPITOLO I
LE PECULIARITÀ DELLE FONTI E DELL'ARCHITETTURA ISTITUZIONALE DEL SECONDO PILASTRO: CONSEGUENZE SULL'IMPRESA BANCARIA.

Il Meccanismo di Risoluzione Unico è un sistema composito di fonti e amministrazioni, in larga parte di matrice europea. L'analisi delle fonti, graduate secondo l'incidenza sulle posizioni dei privati, e dei soggetti pubblici coinvolti, è presupposto necessario per la comprensione delle procedure e dei poteri di intervento sull'impresa bancaria.

..*

1. La dimensione particolare delle fonti del secondo pilastro dell'Unione Bancaria e la loro incidenza sulle posizioni dei privati.

Il settore bancario si caratterizza per una peculiare conformazione del quadro di fonti del diritto, dovuto sia alla loro varietà, sia alla profonda integrazione tra il piano nazionale ed europeo. Ciascuna di esse, in ragione della natura giuridica, ha un diverso peso e una diversa incidenza sull'organizzazione e funzionamento dell'impresa bancaria e sulle posizioni giuridiche dei soggetti che a vario titolo vi partecipano. L'analisi che segue è dunque volta a fornirne una ricognizione evidenziandone le diverse modalità di interazione. Nella descrizione, si terrà conto, in primo luogo, della provenienza, distinguendo tra livello europeo e livello nazionale ed, in seconda battuta, della portata vincolante o meno delle fonti.

Quanto al primo gruppo, a livello europeo, l'impiego di diverse fonti è tipico, trova fondamento nel Trattato quale materia di competenza concorrente (ex art. 4 par. 2 lett. a TFUE), e risponde all'organizzazione istituzionale. Deve conformarsi, in quanto ordinamento derivato ai principi di attribuzione, proporzionalità e sussidiarietà (art. 5 TUE)[152]. La base giuridica è l'art. 114 TFUE, che non costituisce previsione *ad hoc*, ma ammette genericamente l'adozione, con procedura legislativa ordinaria, di misure per il «*riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*» (par. 1), pur non potendo essa essere applicata al settore fiscale (par. 2). L'impiego dell'art. 114 come base giuridica si spiega con esigenze di celerità nell'istituzione del Meccanismo, incompatibili con un intervento sul Trattato, e le conseguenze si riflettono sull'organizzazione istituzionale, di cui si tratterà nei paragrafi che seguono. Può anticiparsi che ad esso si affianca l'Accordo Intergovernativo (*Intergovernmental Agreement* – IGA) del 21 maggio 2014, nella forma di trattato

[152] Accanto al principio di attribuzione, rilevano il *principio di sussidiarietà*, relativo ai settori non di competenza esclusiva dell'Unione, dove quest'ultima può intervenire solo in quanto i medesimi obiettivi non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri (art. 5 par. 3 TUE); ed il *principio di proporzionalità*, secondo cui anche l'azione dell'Unione è limitata nelle forme e nei contenuti da quanto necessario per gli obiettivi dei Trattati (art. 5 par. 4 TUE). Sui principi di sussidiarietà e proporzionalità nell'Unione Bancaria v., *ex plurimis*, N. Ruccia, *Caratteri, limiti e prospettive nell'Unione Bancaria, in Collana di Studi sull'integrazione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2018, rispettivamente 22 – 24 e 24 – 25.

internazionale[153] e, dunque, basato sul principio di reciprocità[154], in quanto l'art. 114 era stato considerato non sufficiente per imporre agli Stati Membri una contribuzione al Fondo di Risoluzione Unico (per il limite posto dal par. 2). Si tratta ad oggi di fonti interdipendenti, come emerge dall'art. 9 IGA (cd. clausola *rebus sic stantibus*), che subordina la contribuzione e l'impiego del Fondo alla permanenza del Meccanismo di Risoluzione, tramite equivalenza o medesimi risultati di alcune disposizioni ivi previste[155]; nonché la sottoposizione delle controversie sull'interpretazione ed applicazione alla CGUE (par. 22). Detta configurazione è tuttavia transitoria: dall'Accordo risulta l'impegno politico a inserire il Fondo nel quadro giuridico dell'Unione entro dieci anni dall'entrata in vigore (art. 16 IGA).

La disciplina di diritto derivato cd. di livello 1, vincolante, si articola, come per il primo pilastro (ma non per il terzo)[156], in una

---

[153] Accordo ratificato in Italia con l. n. 188 del 26 novembre 2015. In argomento, v. L. Quaglia, *The politics of an asymmetric Banking Union*, EUI Working Papers, RSCAS 2017/48, 1 ss., 4 - 5; L. Lionello, *L'attuazione del progetto di Unione Bancaria Europea. Problematiche e prospettive di completamento*, in Dir. Comm. Int., 2017, 3, 650 ss.; G.S. Zavvos, S. Kaltsouni, *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union, legal foundation, governance structure and financing*, Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector, M. Haentjens, B. Wessels (edited by), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, 4 ss. In argomento, v. anche M. Perassi, *SSM e SRM, due sistemi a confronto*, cit., 129, il quale evidenzia la presenza di ragioni di natura politica legata alla necessità di procedimenti specifici all'unanimità de consensi per la modifica dei trattati.

[154] C.V. Grostos, *European Banking Union Within the System of European Banking and Monetary Law*, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019, 19 ss., 26.

[155] Richiamata da M. Di Pietropaolo, *voce Meccanismo di Risoluzione Unico*, cit., 654; M. Perassi, *SSM e SRM, due sistemi a confronto*, cit., 129 – 130. V. anche art. 66 e 67 SRMR.

[156] La previsione per il primo pilastro, oltre alla direttiva CRD, di due regolamenti il SSMR ed il CRR, riduce necessariamente lo spazio di discrezionalità agli Stati. Così A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione*, in BBTC, 2015, 5, 587 ss.

componente uniforme ed una armonizzata (entrambe ex art. 288 TFUE)[157]: la Direttiva UE/2014/59 ss.mm. (di seguito BRRD, attuata in Italia con i d.lgs. 180/2015 e 181/2015 modificativo del TUB), di armonizzazione minima (cfr. Considerando 10), ed il Regolamento UE/2014/806 ss.mm. (di seguito SRMR). È inoltre tuttora vigente la Direttiva CE/2001/24 in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, attuata in Italia con l. 3 febbraio 2003 e d.lgs. 9 luglio 2004 n. 197. Si tratta tuttavia di una disciplina che interviene in misura limitata in quanto, pur avendo aspirato ad una regolamentazione più organica della disciplina, si è esaurita nell'estensione del principio del mutuo (reciproco) riconoscimento ai provvedimenti di risanamento e alle procedure di liquidazione[158].

---

[157] Dette fonti, trascendendo l'Unione Bancaria in senso stretto, sono inoltre parti del cd. *Single Rulebook* (o *Codice Unico Europeo*), anch'esso un insieme eterogeneo e stratificato, rispondente al dichiarato intento del legislatore di creare un *set* unico di norme relativo al settore finanziario nell'Unione (S. Cappiello, *Le nuove fonti del diritto bancario europeo e il ruolo della European Banking Authority*, 2017, 1, 69 ss., *passim*). Non si tratta di unico atto normativo o di un testo consolidato, ma di un insieme di atti che hanno una diversa legittimazione, e che sottende il fine politico di una regolamentazione comune. È espressione coniata dal Consiglio Europeo (Conclusioni della Presidenza, 10 luglio 2009). Esso comprende il Regolamento CRR; la Direttiva CRD, la direttiva BRRD, la direttiva DGSD, la direttiva AMLD, la direttiva MCD, la direttiva PSD2, il Regolamento SECREG, il regolamento WTR, gli atti delegati ex art. 290 TFUE, i RTS ex art. 290 TFUE, gli ITS ex art. 291 TFUE, linee guida, raccomandazioni, opinioni, Q&AV. sito istituzionale EBA, all'indirizzo https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook/interactive-single-rulebook. In dottrina, v. A. Gardella, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, in M. P. Chiti, V. Santoro, L'Unione bancaria europea, Pacini giuridica, Pisa, 2016, 124 ss.; F. Salomoni, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e costituzione*, cit., 227. V. inoltre tra gli altri, Considerando 7 e 11 SSMR.

[158] In argomento v. E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, cit., 16; C.V. Grostos, *European Banking Union Within the System of European Banking and Monetary Law*, cit., 31.

Il rapporto tra le fonti di diritto armonizzato e uniforme è complesso e va specificato[159]. La BRRD e il SRMR hanno portata geografica diversa: la prima si applica a tutti gli Stati membri, il secondo solo agli Stati membri partecipanti, generando un diverso livello di integrazione[160]. Invero, al (MVU e) MRU partecipano solo gli Stati che abbiano adottato la moneta unica, o che abbiano avviato una cooperazione stretta ex art. 6 SSMR (e richiamato dall'art. 7 SRMR - cd. Stati Membri Partecipanti), tra cui, per quanto di interesse, rientra l'Italia. Per questi ultimi, le due fonti si trovano in posizione di parziale sovrapposizione e si pone il problema del raccordo. Alla diversa portata geografica risponde l'onnicomprensività della BRRD, ove si rinviene regolamentazione delle misure di prevenzione e gestione della crisi [per la distinzione v. *infra*, Capitolo III], nonché delle Autorità Nazionali di Risoluzione e dei relativi meccanismi di finanziamento. È impostazione coerente con il cd. *principio di autonomia istituzionale*, implicito nel sistema, secondo cui l'ordinamento europeo non può direttamente regolare l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni nazionali[161].

---

[159] Direttive e regolamenti, hanno natura normativa. Diverso è il caso di atti non normativi tra cui, ad esempio, le decisioni (che indichino i destinatari – art. 288 par. 4 TFUE) riconducibili, secondo le categorie del diritto italiano, ad *atti amministrativi* e su cui, in questa sede non ci si sofferma. In tal senso, per le decisioni della BCE, v. S. Antoniazzi, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, Torino, 2013, 77; per approfondimenti sulle decisioni 101 ss.

[160] Per tutti, M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in BBTC, 2015, 4, 423 ss., 428, ed in Scritti sull'Unione Bancaria, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 81, luglio 2016. Ivi altri riferimenti.

[161] In argomento, tra gli altri, A. Massera, M. Simoncini, F. Spagnuolo, *Note minime sul diritto amministrativo dell'integrazione europea*, Ciencia de la Legislacion, A.A. Martino (a cura di), La Ley, Montevideo, 2009; L. M. Diez Picazo, *Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione europea*, in Quaderni costituzionali, 2004, 4, 863 ss.; M. Lottini, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2017. A ciò si affianca il *principio di autonomia procedurale*, per cui ogni aspetto su cui la disciplina

D'altro canto, il SRMR ha un duplice contenuto, che tiene conto della coesistenza di competenze amministrative europee (Comitato di risoluzione unico) e nazionali (Autorità di Risoluzione Nazionali – ANR) su cui si tornerà in seguito [v. *infra*, § 4.]. Da una parte, il SRMR si occupa dei profili istituzionali e delle regole procedurali del Comitato e dei relativi rapporti con le ANR, che vanno completate (ad esempio, per la fase di esecuzione da parte della ANR) dalla Direttiva[162]. All'esigenza di munire il Comitato dei poteri necessari allo svolgimento delle funzioni cui è preposto e di regolarne i contenuti, risponde il regolamento, che ne fornisce la disciplina declinandone i poteri. Il Comitato, invero, al pari di altre agenzie dell'Unione, è istituito con fonte di diritto derivato. Dall'altra, il SRMR riproduce, con rinvii alla direttiva, alcune norme suscettibili di incidere sull'organizzazione della banca e sulle posizioni dei privati (ad es. relativamente agli strumenti di risoluzione). In questo aspetto si appunta la "duplicazione" delle norme di cui è necessario il coordinamento. In proposito, è sovente evidenziata l'esigenza di impiegare lo strumento legislativo del regolamento, direttamente applicabile, per assicurare una maggiore uniformità[163]. Più precisamente, il Comitato è soggetto alle relative disposizioni, nonché a quelle della BRRD (art. 5 par. 1 SRMR). Le Autorità Nazionali di Risoluzione (ANR), sia in quanto direttamente

europea non si esprima, gli Stati Membri possono autonomamente regolare la parte di competenza delle Autorità Nazionali anche nel contesto di procedimenti composti. V. S. Grünewald, *Judicial control of resolution planning measu*res, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 412 - 413, e F. Brito Bastos, *An Administrative Crack in the EU's Rule of Law: Composite Decision-making and Nonjusticiable National Law*, in EuConst, 2020, 16, 21.

[162] Sui rapporti tra le fonti di diritto sostanziale v. anche A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione*, cit.

[163] Per tutti, v. M. Di Pietropaolo, *voce Meccanismo di Risoluzione Unico*, cit., 652 – 653.

competenti in ragione del criterio soggettivo, «*esercitano i poteri loro conferiti dalla direttiva*», «*alle condizioni stabilite dalla normativa nazionale*», ed al contempo «*applicano le disposizioni relative al* […] *regolamento*» (art. 7 par. 3 comma 4 SRMR). Ciò detto, ed alla luce dei rapporti verticali tra piano europeo e nazionale (secondo procedimenti amministrativi *top-down* su cui si tornerà – v. *infra*, § 4.) le disposizioni in forza delle quali l'Autorità Nazionale di Risoluzione opera le scelte amministrative che incidono sull'organizzazione d'impresa e sulle posizioni dei privati sono primariamente le disposizioni nazionali di recepimento della direttiva, con cui lo Stato Membro le dota degli appositi poteri, e di cui è assicurata la coerenza transnazionale dall'esistenza delle norme del regolamento, che tuttavia prevale in caso di contrasto. Si legge invero nella Comunicazione della Commissione), del 2 dicembre 2020 (2020/C 417/02)[164]: «*oltre a conferire all'SRB un potere di risoluzione centralizzato, l'SRMR ha anche inteso adattare le norme e i principi della BRRD alle specificità del SRM e garantire che l'SRB e le autorità nazionali di risoluzione applichino le stesse norme sostanziali quando adottano decisioni a norma dell'SRMR. Tale approccio è enunciato ai considerando 18, 21, 23 e, in particolare, al considerando 28 dell'SRMR, la cui ultima frase stabilisce che «[i]n determinate circostanze le autorità nazionali di risoluzione dovrebbero assolvere i propri compiti sulla base e in conformità del presente regolamento, esercitando i poteri loro conferiti dalla normativa nazionale di recepimento della direttiva 2014/59/UE e in conformità di tale normativa, se e in quanto non incompatibili con il presente regolamento.» Tale approccio deriva anche dall'articolo 1, primo*

[164] Comunicazione della Commissione relativa all'interpretazione di talune disposizioni giuridiche del quadro riveduto per la risoluzione delle banche in risposta alle domande poste dalle autorità degli Stati membri (seconda Comunicazione della Commissione), del 2 dicembre 2020 (2020/C 417/02).

*comma, SRMR, secondo cui l'SRMR «stabilisce regole e una procedura uniformi per la risoluzione delle entità» rientranti nel suo ambito di applicazione. Pertanto, in caso divergenze tra l'SRMR e le norme nazionali che recepiscono la BRRD, l'SRMR deve prevalere per quanto riguarda le entità incluse nel suo ambito di applicazion*e […]».

Diverse osservazioni possono poi formularsi per quanto concerne le fonti del diritto su cui si basa l'azione amministrativa del Comitato. Invero, mentre per il primo pilastro il SSMR prevede espressamente che la BCE applichi «*tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive*» (art. 4 par. 3 SRMR), non è disposto analogamente per il Comitato. Sembrerebbe comunque principio implicito: si pensi al caso in cui gli Stati Membri partecipanti incarichino il Comitato di svolgere le funzioni di ANR in esercizio della facoltà di cui all'art. 7 SRMR. In tal caso questi non potrebbe che applicare la disciplina nazionale (come in effetti affermato dall'art. 5 SRMR)[165]. La differenza sta piuttosto nell'organizzazione istituzionale che, come si vedrà, presuppone che il Comitato indirizzi i propri atti alle ANR, a loro volta competenti per l'esecuzione secondo il diritto nazionale, ma sono ammesse, seppur circostanziate, eccezioni per cui si porrebbe il medesimo problema.

La disciplina pubblicistica risultante dalla direttiva prevale sul diritto societario nazionale armonizzato da altre direttive europee, pur trattandosi di fonti di pari grado. È la stessa BRRD a precisare la prevalenza rispetto alla direttiva 2012/30/UE e alla direttiva 2011/35/UE (peraltro oggi sostituite dalla direttiva UE/2017/1132 su

[165] Di contrario avviso, K. Lackhoff, *Procedural law requirements for conducting administrative procedures by the ECB and the SRB*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 153.

alcuni aspetti del diritto societario), alla direttiva 2004/25/CE sulle offerte pubbliche di acquisto, alla direttiva 2007/36/CE sui diritti degli azionisti nelle società quotate (Considerando 120 – 124 BRRD). La disciplina bancaria prevale per specialità, l'interesse pubblico sotteso giustifica la deroga, (sul cui merito si tornerà *infra*, Capitolo II e III). Le deroghe al diritto societario e alle tutele dei privati (ad es. giurisdizionale) sono dettagliate nella disciplina nazionale sulla base dei principi di diritto europeo. Nell'attuazione, la direttiva (art. 1 par. 2 BRRD) ammette che i legislatori nazionali adottino o mantengano disposizioni più rigorose o aggiuntive norme più stringenti rispetto a quelle europee, a condizione che siano di portata generale e non contrastino con queste ultime.

Ad ulteriore specificazione della disciplina prevista dagli *atti tipici di diritto derivato*[166] ex art. 288 TFUE, l'attività e gli obblighi degli intermediari sono fortemente condizionati da disposizioni esecutive e delegate (livello 2), in particolare, dai provvedimenti vincolanti adottati su proposta dell'Autorità Bancaria Europea (di seguito ABE o EBA, secondo l'acronimo inglese), organo normativo di vigilanza, attraverso atti delegati ed esecutivi della Commissione (art. 290 e 291 TFUE), ossia: le norme tecniche di regolamentazione (*Regulatory Technical Standards* – RTS; art. 10 Regolamento EBA - UE/1093/2010) delle ESAs emessi in forma di atti delegati ex art. 290 TFUE, norme tecniche di attuazione (*Implementing Technical Standards* – ITS; art. 15 Regolamento EBA) in forma di atti esecutivi ex art. 291 TFUE[167]. Le fonti normative vincolanti provenienti dalle

[166] R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2017, II ed., 160.

[167] La forma richiesta è quella del regolamento o della decisione (rispettivamente, art. 10 par. 4 e art. 15 par. 4 Regolamento EBA). Il coinvolgimento dell'EBA, quale soggetto tecnico, si fonda sulla dichiarazione 39 relativa all'art. 290 TFUE, sul coinvolgimento, da parte della Commissione, di esperti per l'elaborazione

agenzie dell'Unione (categoria diversa, come si vedrà, dalle *Istituzioni*) presuppongono il "passaggio" per un'istituzione o gli Stati, che ne assumono la responsabilità. Entrambe le fonti sono «*di carattere tecnico, non implicano decisioni strategiche o scelte politiche*», sono adottate tramite regolamento o decisione, dunque, di portata generale o particolare ma comunque *vincolanti* per i destinatari (rispettivamente, art. 12 par. 4 e art. 15 par. 4). Le prime, il cui «*contenuto è limitato dagli atti legislativi su cui si basano*» (art. 10 par. 1 comma 3); le seconde, il cui scopo «*è quello di determinare le condizioni di applicazione di tali atti*» (art. 15 par. 1)[168].

Il sistema finanziario si caratterizza inoltre per una proliferazione di fonti, «atipiche», in quanto diverse da quelle che trovano diretta collocazione nei Trattati[169], e che rappresentano anche un elemento indicativo dell'approccio di crescente «*ri-pubblicizzazione*» del settore bancario, intesa, tra l'altro, come fitto incremento della legislazione, nonché di stratificazione delle fonti stesse, che finiscono per incidere profondamente sugli assetti imprenditoriali[170].

---

di progetti di atti delegati nel settore dei servizi finanziari. ITS, RTS e linee guida rientrano nella regolamentazione cd. di livello 2. Sul punto v. A. Gardella, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, in M. P. Chiti, V. Santoro, L'Unione bancaria europea, Pacini giuridica, Pisa, 2016, 124.

[168] Ampiamente, sugli RTS e ITS, altresì S. Cappiello, *Le nuove fonti del diritto bancario europeo e il ruolo della European Banking Authority*, in Riv. Dir. Comm., 2017, 1, 69 ss.

[169] Nei Trattati, atti tipici di diritto derivato sono: direttive, regolamenti, decisioni e pareri (art. 288 ss. TFUE). V. R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit., 160.

[170] In argomento, v. S. Amorosino, *Il dibattito sulle normative del mercato bancario e la "dialettica circolare" tra le Corti europee e nazionali*, in Contratto e impresa, 2020, 2, 643 ss.; M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, cit, 427. La proliferazione delle fonti atipiche pone peraltro un problema di aggiramento delle procedure legislative. V. M. Lamandini, D. Ramos Munoz, *Banking Union's accountability system in practice: A health check-up to Europe's financial heart*, in European Law Journal, 2022, 1, 31 ss., in estratto, 29.

In questo contesto si innesta il generale problema della *soft law*, particolarmente copiosa e di rilievo nel settore bancario. Secondo le categorie generali, la *soft law* è priva di forza giuridica, e dunque, sanzione, nei confronti di privati, autorità e Istituzioni. Ne fanno parte i pareri dell'EBA (art. 16-bis Regolamento EBA) e le domande e risposte (Q&A - art. 16-ter Regolamento EBA). In questo caso, l'efficacia vincolante verso i soggetti privati e pubblici è di mero fatto (fatti giuridici), in quanto essi ne vengono condizionati formando una prassi, che non vincola il sindacato giudiziale sul comportamento. Ad esempio, nel testo delle Q&A, la stessa EBA precisa che esse non vincolano in alcun modo la Commissione, ad esempio nei procedimenti di infrazione, né tantomeno la CGUE, nel suo ruolo di interprete del diritto dell'Unione. Un ulteriore importante esempio attiene alla Comunicazione della Commissione sul settore bancario del 2013[171], oggetto, tra l'altro, del caso Kotnik[172], che ne ha escluso la capacità di produrre obblighi autonomi in capo agli Stati Membri. Essa è stata piuttosto intesa come una forma di autolimitazione delle proprie competenze da parte della Commissione. Pertanto, se, da un lato, è possibile per gli Stati di discostarsi dalle regole ivi previste (e che la Commissione avalli tali comportamenti in circostanze eccezionali), non può negarsi che essa produca comunque effetti, quantomeno di *moral suasion* nei confronti di questi ultimi[173]. La Comunicazione della Commissione, peraltro, imponendo obblighi di condivisione degli oneri

[171] Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1 agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (2013/C 216/01 - cd. Comunicazione sul settore bancario o *Banking Communication*), ultima di una serie di Comunicazioni legate alla crisi del 2008 (cd. *Crisis Communications*).

[172] Sentenza della Corte, Grande Sezione, 19 luglio 2016 (causa C 526/14).

[173] F. Salomoni, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e costituzione*, cit., 210 ss.

(*burden sharing*) entrava altresì in collisione con il diritto di proprietà di soci e creditori. Dunque, non sembra risolto il problema, anche istituzionale, di qualificazione di dette fonti, formalmente non vincolanti ma comunque suscettibili di produrre in fatto effetti giuridici[174].

Peraltro, alcune fonti generalmente qualificate di *soft law*, oltre a produrre i predetti effetti in fatto, non sono prive di effetti giuridici *ex lege*. È il caso degli orientamenti dell'ABE (adottati su iniziativa propria o delega da parte di fonti di livello 1)[175], particolarmente comuni e corposi in materia bancaria, e spesso impiegati per dettagliare e dare contenuto a regole aperte e clausole generali previste dalla disciplina vincolante[176]. Gli orientamenti non sono vincolanti i destinatari, che siano le Autorità nazionali o direttamente i privati (cfr. art. 16 par. 1). In proposito, la CGUE ha recentemente affermato (Sentenza della Corte Grande Sezione del 15 luglio 2021 - Conseil d'État – Fédération bancaire française (FBF) c/Autorité de contrôle prudentiel et de résolution - Causa C-911/19)[177] la non vincolatività degli orientamenti ABE verso le Autorità nazionali sia verso gli intermediari finanziari, da cui consegue la non impugnabilità ex art. 267

---

[174] Così osserva altresì F. Bassan, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, in Banca Impresa Società, 2017, 3, 383 ss., 398.

[175] S. Cappiello, *Le nuove fonti del diritto bancario europeo e il ruolo della European Banking Authority*, cit., 10.

[176] M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, cit., 428.

[177] Si trattava di orientamenti sui dispositivi di *governance* e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio. In proposito la Corte si è basata sia sul fondamento giuridico, che ne affermava la non vincolatività, ma ha altresì operato una valutazione sulle stesse previsioni, secondo un precedentemente orientamento della stessa, che richiede una valutazione casistica per accertare la vincolatività delle norme (sentenze 25 ottobre 2017 Romania c/Commissione, C-599/15 P, e del 20 febbraio 2018 Belgio c/Commissione, C-16/16 P) – [cfr. punto 58].

TFUE (bensì solo di rinvio pregiudiziale ex art. 263 TFUE)[178]. Ciononostante, i destinatari sono soggetti al principio *comply or explain* e l'attività di conformazione a *peer review* – cfr. art. 16 e 30 Regolamento EBA). La Decisione del Board of Appeal 14 giugno 2013, caso SV/Capital c/ EBA (par. 56) li ha ritenuti produttivi di effetti proprio in ragione degli obblighi di motivazione e verifica[179]. A tali obblighi sono peraltro tenute le Autorità europee, ivi comprese le Istituzioni, e nazionali del SSM (art. 4. par. 2 SSMR) e del SRM (art. 5 par. 2 SRMR) pur secondo un «*paradosso istituzionale*» che le assoggetta ad un'Autorità «*minore*»[180].

Il secondo gruppo di fonti, di competenza del legislatore nazionale, è in parte armonizzato ed in parte è del tutto riconducibile alla sovranità normativa nazionale. Basti pensare alle fonti di diritto comune (ad es. codice civile; legge sul procedimento amministrativo), e diritto speciale delle banche e della finanza, risultante dall'armonizzazione, prevalentemente mediante decreti legislativi. Oltre al TUB, come emendato, tra gli altri, dal d.lgs. 181 del 2015, larga parte del *corpus* di norme sulla gestione della crisi sono contenute nel d.lgs. 180 del 2015[181], peraltro associate, quantomeno in Italia, da

---

[178] In argomento v. F. Annunziata, *Atti delle Autorità e Istituzioni europee, tra soft law e controllo della Corte*, in www.dirittobancario.com, luglio 2021, *passim*.

[179] In proposito, v. M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, cit., 439; M. Van Rijsbergen*, On the Enforceability fo EU Agencies Soft Law at the National Level: the case of European Securities and Market Authority*, Utrecht Law Review, 2014, 10.5, 116 ss., 117.

[180] Così A. Gardella, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, cit., 130, che in proposito richiama la tecnica di *governance* «*name and shame*» per il caso in cui esse si rifiutino di conformarsi. Gli orientamenti EBA vincolano Istituzioni e Autorità parte del Meccanismo – cfr. Considerando 18 SRMR. Si rinvia per approfondimenti ad Ead., *L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, cit., 128.

[181] La separazione è giustificata dall'esigenza di non appesantire eccessivamente il TUB. Così O. Capolino, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, cit., 18.

proliferazione di misure di decretazione d'emergenza adottate mediante decreti-legge giustificati dalla natura emergenziale delle misure adottande[182]. Per l'incidenza di dette fonti si rinvia a quanto detto *supra*. Anche la disciplina nazionale di fonte primaria è affiancata da un ampio novero di fonti subordinate, di varia natura e diverso fondamento (ad es. circolari, comunicazioni, regolamenti, ecc.). In questa sede, ci si soffermerà solo marginalmente su di esse, in quanto di prevalente interesse per altri settori del diritto bancario.

2. L'architettura istituzionale riformata.

La ricostruzione dei poteri di natura amministrativa suscettibili di incidere sulla sull'impresa bancaria presuppone che essi siano collocati nel più ampio contesto delle relazioni istituzionali del secondo pilastro, come attualmente congegnato. Invero, come per le fonti, l'architettura istituzionale riformata costituisce un sistema complesso, frutto di compromesso tra le esigenze di armonizzazione e, di diversificate resistenze nazionali[183]. Per il Considerando 120 il SRM «*riunisce il Comitato, il Consiglio, la Commissione e le autorità di risoluzione degli Stati membri partecipanti*»: dunque, il Meccanismo non è persona

[182] Si pensi al d.l. 237/2016 relativo alla ricapitalizzazione precauzionale del Monte dei Paschi di Siena, al d.l. 1/2019, relativo al caso di Banca Carige, o ancora al d.l. 142/2019 contenente misure urgenti per il sostegno al sistema creditizio del Mezzogiorno, e, seppur non indicato nel provvedimento, adottato in relazione alla crisi della Banca Popolare di Bari. Sulla proliferazione della decretazione di emergenza, suscettibile di determinare un'alterazione del sistema delle fonti, v. L. R. Perfetti, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in Dir. Proc. Amm., 2019, 3, 1021 ss.

[183] Per una panoramica sui diversi profili che hanno costituito oggetto di dibattito in fase preparatoria per ciascuno dei tre pilastri, v., per tutti, L. Quaglia, *The politics of an asymmetric Banking Union*, cit., 3 ss.

giuridica (o soggetto), ma è una *rete* di Autorità[184], fermo il ruolo di altri soggetti, sia nazionali che europei, che partecipano attivamente nel contesto del meccanismo[185]. Nelle dichiarazioni di natura programmatica provenienti da istituzioni nazionali ed europee o loro esponenti emerge la provvisorietà del sistema e l'intento di giungere ad un pieno accentramento delle diverse funzioni (per quanto di interesse, legate alla gestione delle crisi), all'armonizzazione delle cd. procedure ordinarie di insolvenza che, come si vedrà, sono ad oggi ancora caratterizzate da importanti differenze[186], e all'istituzione dell'EDIS.

---

[184] M. Di Pietropaolo, *voce Meccanismo di Risoluzione Unico*, cit., 556. Come anche nel MVU, la BCE e le ANC degli Stati Membri Partecipanti (art. 2 par. 1 n. 9 SSMR).

[185] Il riferimento è, primariamente, alla Banca Centrale Europea (BCE), per la prevenzione della crisi, e ai soggetti del SEVIF, in particolare l'EBA ed il CERS. Per una ricognizione dei profili istituzionali si v. C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, cit., 139 ss. Di rilievo è anche l'EDIS (*European Deposit Insurance Scheme* - Proposta di Regolamento al fine di istituire un sistema europeo di assicurazione dei depositi (COM/2015/0596 final – 2015/0270 (COD)) ad oggi progetto incompiuto a causa di divergenze, sebbene in primo piano nell'agenda relativa al completamento dell'Unione Bancaria. Relazione dei cinque presidenti del 2015; Documento di riflessione sull'approfondimento dell'Unione Economica e Monetaria, del 2017; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul completamento dell'Unione Bancaria, dell'11 ottobre 2017 – COM (2017) 592 final. In dottrina, v. C. Brescia Morra, *The Third Pillar of the Banking Union and Its Troubled Implementation*, in The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019, 393 ss., spec. 396 ss.; L. Quaglia, *The politics of an asymmetric Banking Union*, cit., 6; G. Lo Schiavo, *The Role of Financial Stability in EU law and Policy*, cit., 183 ss. Sul completamento dell'UBE, v. G. Sciascia, *Completare l'unione bancaria, approfondire l'unione economica e monetaria: sentieri e paradigmi europei verso la stabilità finanziaria*, in DPCE online, 2019, 2, 1421 ss.

[186] Indirizzo di saluto di Ignazio Visco nel Workshop Online «*Il quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie in Europa. Come gestire la crisi delle banche piccole e medie?*», del 15 gennaio 2021.

Il modello di riferimento e confronto, sotto diversi profili, è quello statunitense. In argomento v. A. Gelpern, N. Veron, *An Effective Regime for non viable Banks: US Experience and Considerations for EU Reform. Bankin Union Scrutiny*, Study requested by the ECON committee, July 2019.

Il doppio livello implica la necessità di definizione dei rispettivi ruoli, poteri e discrezionalità rispetto alle imprese partecipanti al Meccanismo: il piano europeo, di regola, non prescinde da quello nazionale, in misura ben più marcata del primo pilastro. Invero, come si vedrà, pur alla luce di numerose forme di coordinamento e cooperazione, solo in casi sporadici l'attività del Comitato si esplica direttamente verso gli intermediari, rivolgendosi piuttosto alle ANR, per la relativa esecuzione.

3. Il livello europeo: il Comitato di risoluzione unico. Poteri e discrezionalità.

Il Comitato di risoluzione unico, istituito e regolato dal SRMR è il soggetto responsabile del funzionamento efficace e coerente del Meccanismo di Risoluzione Unico (cfr. art. 7 par. 1 SRMR). È agenzia e non Istituzione dell'Unione (art. 13 TUE - v. *infra*, nel paragrafo) e si configura come autorità prevalentemente tecnica[187]. La predisposizione di un'autorità amministrativa quale vertice e referente dell'intero sistema, consiste in una delle principali deroghe al sistema, rispetto alla regola delle procedure concorsuali, intesa a perseguire esigenze di celerità in quanto l'intervento delle corti potrebbe implicare costi, scoraggiare le ristrutturazioni ed aggravare la funzione giurisdizionale[188]. Come si vedrà meglio nel dettaglio delle procedure, l'Autorità amministrativa è dotata di amplissimi poteri ed assorbe

[187] Nella trattazione, uso il termine Istituzioni, con la maiuscola con riferimento ai soggetti di cui all'art. 13 TUE, per distinguerne il significato rispetto all'espressione di più comune impiego nel diritto italiano.

[188] S. Cassese, *A new framework of administrative arrangements for the protection of individual rights*, cit., 240 - 241.

altresì numerose valutazioni proprie, nel diritto comune, dell'Autorità Giudiziaria.

La struttura amministrativa del Comitato è composta da: a) una sessione plenaria; b) una sessione esecutiva; c) il presidente; d) un segretariato con funzione di supporto tecnico e amministrativo (art. 43 par. 5).

Il presidente ha funzioni di rappresentanza e istruttorie (art. 42 par. 3, art. 56 par. 2), e, insieme ad altri quattro membri a tempo pieno, costituiscono una componente «tecnica»: sono indipendenti dalle istituzioni politiche nazionali (art. 47 par. 2 e 3[189]) e selezionati con procedura di selezione aperta (art. 56 par. 4, Considerando 31 SRMR)[190]. Partecipano al Comitato anche rappresentanti delle ANR, a loro volta autorità amministrative, sebbene non necessariamente indipendenti dal potere politico (ex art. 3 BRRD, possono essere attribuiti poteri di AR anche ai ministeri competenti).

La sessione plenaria è composta dal presidente, quattro membri a tempo pieno, un membro per ciascuna ANR degli Stati membri partecipanti (art. 49), cui è attribuito un voto ciascuno. La sessione

---

[189] È nominato con la medesima procedura anche un vicepresidente. È stato rilevato in dottrina che dalla formulazione del SRMR potrebbe trarsi che il vicepresidente non sia un componente del Comitato, in quanto privo di autonomo diritto di voto salvo che si trovi a sostituire il presidente. Così D. Busch, *Governance of the Single Resolution Mechanism*, European Banking Union, D. Busch, G. Ferrarini (edited by), Oxford University Press, Oxford, 2020, II ed., 351 sub nota 59. Tuttavia, numerose disposizioni "parificano" quanto a requisiti e obblighi al presidente ed ai membri permanenti, quali, ad esempio, le modalità di nomina e di revoca, i requisiti di indipendenza, nonché l'assimilabilità ai fini della disciplina sul personale al vicepresidente della Corte di Giustizia. Ciò lascia supporre che la formulazione assunta a riferimento non assuma un significato dispositivo, non risultando sufficiente ad intendere il vicepresidente come un mero supplente esterno.

[190] Sentita la sessione plenaria del Comitato, la Commissione fornisce al Parlamento un elenco di candidati, informandone il Consiglio. Essa presenta una proposta per la nomina al Parlamento per l'approvazione, a seguito della quale, il Consiglio, a maggioranza qualificata, adotta una decisione di esecuzione per la nomina (art. 56 par. 6).

plenaria, la cui composizione riflette esigenze più ampio consenso, anche politico, delibera a maggioranza semplice (con prevalenza del voto del presidente in caso di parità) su un novero di fattispecie (art. 50) il cui contenuto è stato efficacemente riassunto in dottrina con l'espressione «*questioni di carattere generale e* […] *decisioni più significative riguardanti le risorse del fondo di risoluzione*»[191]. Sono previste eccezioni al computo dei voti, in particolare con riguardo all'impiego del Fondo di risoluzione, ponderati rispetto ai contributi dei diversi Stati (art. 52 par. 2 e 3). Partecipano inoltre, in qualità di osservatori permanenti senza voto, un rappresentante della Commissione e della BCE. Nel primo caso, emerge lo stretto collegamento con l'istituzione di primario riferimento del Comitato (Commissione), mentre, nel secondo, le esigenze di coordinamento con la vigilanza.

Diversamente, la sessione esecutiva ha composizione *variabile* (Considerando 34 SRMR), nonché più ristretta rispetto alla plenaria, in quanto vi partecipano, con diritto di voto, solo il presidente, i quattro membri a tempo pieno, nonché i rappresentanti delle ANR degli Stati membri partecipanti coinvolti (art. 53 par. 1, 2 e 3): prevale dunque la componente tecnica. È prevista, anche per la sessione esecutiva, la partecipazione di osservatori permanenti e osservatori aggiuntivi invitati *ad hoc*[192]. La sessione esecutiva ha una competenza generale residuale (art. 54 par. 1), nonché istruttoria rispetto all'attività della plenaria. Le competenze della sessione esecutiva sono per lo più relative a singoli intermediari, di cui l'esempio più importante è la

[191] Citazione tratta da A. De Aldisio, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, cit., 432.

[192] Ad esempio, un rappresentante dell'ABE, o ulteriori rappresentanti di ANR di Stati non partecipanti in caso di gruppi che abbiano succursali significative in Stati membri non partecipanti (art. 53 par. 1 comma 3 SRMR; Considerando 35).

predisposizione del programma di risoluzione[193]. Si giustifica con esigenze di celerità l'intervento della formazione più snella, comunque soggetta a temperamenti: per l'adozione del programma di risoluzione, su richiesta di almeno un membro della sessione plenaria, la decisione può essere attratta alla relativa competenza decisionale (art. 50 par. 2). Decisioni provvisorie possono essere inoltre assunte dalla sessione esecutiva «*a nome*» di quella plenaria (art. 54 par. 3), che deve essere tenuta informata delle relative decisioni in materia di risoluzione (art. 54 par. 4), applicabile al caso del par. 3. Sul piano di principio potrebbe affermarsi che la competenza sulle decisioni del Comitato in via generale spetti in via «primaria» alla sessione plenaria, salvo «delega» alla più ristretta (e tecnica) sessione esecutiva, per semplificazione e celerità. La ratifica potrebbe comportare una soluzione diversa, con il limite dell'immediata esecutività.

La modalità deliberativa della sessione esecutiva suggerisce un mero auspicio al raggiungimento di un accordo unanime, essendo sufficiente la maggioranza semplice dei membri permanenti, in caso di mancato raggiungimento dell'unanimità entro il termine stabilito dal presidente (art. 55). Questi ha voto determinante in caso di parità[194]. Sebbene sia possibile la presenza di soggetti politici (ministri), l'organizzazione del voto è suscettibile di mantenere il potere decisionale nelle mani di membri permanenti «tecnici», e, «*sempre nelle mani dell'autorità sovranazionale*»[195].

---

[193] Così osserva A. De Aldisio, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, cit., 432.

[194] Sulle modalità deliberative per le sessioni esecutiva e plenaria v. anche, rispettivamente, le Decisioni della sessione plenaria del 29 aprile 2015 (SRB/PS/2015/8) e (SRB/PS/2015/8).

[195] Con riferimento alle decisioni sulla crisi, M. Perassi, *SSM e SRM, due sistemi a confronto*, cit., 131; O. Capolino, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, in The Palgrave Handbook of European Banking Union

Gli atti del Comitato risentono inoltre del rapporto tra agenzie e Istituzioni. Gli organismi non riconducibili a queste ultime (art. 13 TUE)[196] non possono esercitare poteri discrezionali, ma solo di natura esecutiva, rispetto alle competenze delle Istituzioni, di cui queste ultime restano peraltro responsabili (caso Meroni - Sentenza 13 giugno 1958, cause C-9 e C-10/1956), nonché di atti aventi carattere normativo vincolanti per i giudici nazionali (caso Romano – Sentenza 14 maggio 1981, causa 98/80)[197]. In sostanza, le agenzie non hanno poteri di scelta politica: sono di regola autorità dalle competenze tecnico-esecutive rispetto all'istituzione di riferimento (di regola la Commissione).

Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019, 247 ss., 258 – 259.

[196] Il fenomeno delle agenzie in parte eredita la «caduta» della comitologia. Segnatamente, si tratta(va) di un sistema di co-decisione tra la Commissione e funzionari nazionali attraverso collegi amministrativi. In argomento, ampiamente, M. Savino, *La comitologia dopo Lisbona: alla ricerca dell'equilibrio perduto*, in Giorn. Dir. Amm., 2011, 1041 ss., 1041.

[197] Il tema, che si inserisce in un dibattito più ampio, è particolarmente complesso, per diverse ragioni: in primo luogo, per l'assenza di un'autonoma nozione e disciplina delle *agenzie*, che impone di aver riguardo, ai fini dell'individuazione di un modello, alla giurisprudenza dell'Unione; inoltre, per l'evoluzione che la stessa ha avuto nel corso degli anni, in particolare, con il Trattato di Lisbona (che ne ha dato spazio nei Trattati – cfr. artt. 15, 16, 228 TFUE); infine, la moltiplicazione delle agenzie, inevitabilmente, con caratteristiche diverse (cd. agenzificazione o *agencification*). Tradizionalmente le agenzie europee sono istituite con fonti di diritto derivato (ad es. regolamenti) e trovano fondamento nell'art. 352 TFUE (cd. *clausola di flessibilità*), fermo che oggi le basi giuridiche sono varie, come per il caso dell'art. 114 TFUE, e afferiscono anche a specifici settori. Per una ricostruzione sull'evoluzione del modello delle agenzie anche alla luce della giurisprudenza, v. M. Chamon, *The empowerment of Agencies under the Meroni Doctrine and Article 114 TFUE: comment on United Kingdom v. Parliament and Council (Short-selling) and the proposed Single Resolution Mechanism*, in European law review, 2014, 380; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit., 112 ss.; C. Franchini, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea*, Diritto amministrativo europeo, in M. P. Chiti (a cura di), Giuffrè, Milano, 2018, II ed.; G. Vosa, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri fra Stati e Unione Europea*, FrancoAngeli, Milano, 2020, 205 ss., sul caso Romano, spec. 217.

La giurisprudenza europea *Short-selling*[198] ha fornito un importante criterio di interpretazione per definire tali limiti. Nella pronunzia, i poteri di intervento d'urgenza dell'ESMA (secondo l'acronimo italiano AESFEM) sui mercati finanziari per regolare o vietare la vendita allo scoperto sono stati considerati non discrezionali e dunque compatibili con l'equilibrio dei poteri previsti dai Trattati, in quanto «*disciplinati in modo preciso e* […] *soggetti a un controllo giurisdizionale alla luce degli obiettivi stabiliti dall'autorità delegante*» (punto 53). La Corte in definitiva non ha scardinato il principio in precedenza posto, ma ha circoscritto la portata delle eccezioni quale stessa conferma del sistema[199], aprendo però la porta ad una futura espansione delle competenze delle agenzie europee.

Invero, al Comitato di Risoluzione Unico si affiancano due Istituzioni (Considerando 24 SRMR), ossia la Commissione Europea ed il Consiglio dell'Unione Europea (di seguito anche solo Consiglio).

---

[198] Sentenza della Corte, 22 gennaio 2014, causa C-270/12 (Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c/Parlamento europeo e Consiglio). Il caso atteneva al Regolamento UE/2012/236 del 14 marzo 2012 art. 28. In argomento, *ex multis*, M. Lamandini, *La vigilanza diretta dell'ESMA. Un modello per il futuro?*, in Giur. Comm., 2016, 4, 448 ss.; G. Vosa, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri fra Stati e Unione Europea*, cit., 300 ss.

[199] In argomento v. anche la Comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2008 SEC (2008)323 «*Il futuro delle agenzie europee*» che, pur evidenziando la necessità di rilanciare il dibattito in merito, alla luce del crescente impiego (e varietà) delle agenzie, distingue due categorie: le cd. *agenzie esecutive* e le cd. *agenzie di regolazione*. Le prime sarebbero funzionali alla gestione di programmi comunitari, con durata limitata nel tempo. Le seconde, qui di rilievo, organismi indipendenti con personalità giuridica. Con riguardo a tale seconda categoria, la Commissione osserva che «*alcune di esse possono adottare decisioni con effetto diretto*», «*non hanno il potere di adottare misure di tipo generale» ma «possono esclusivamente adottare, in condizioni ben definite e senza reale potere discrezionale, decisioni individuali in settori specifici in cui è richiesta particolare competenza tecnica*». Esse, inoltre, secondo la Comunicazione non possono esercitare funzioni espressamente riservate dal trattato alla Commissione (esemplificando la funzione di custode del diritto comunitario). A detto atto, di natura programmatica, è peraltro seguita l'emanazione di una serie di linee guida.

Nei Considerando del Regolamento si rinviene traccia della posizione di entrambe le Istituzioni con particolare riferimento all'adozione del *programma di risoluzione* [v. *infra*, Capitolo III], che può ritenersi il procedimento amministrativo di maggiore rilevanza nel Regolamento. La Commissione è competente per «*la valutazione degli aspetti discrezionali delle decisioni di risoluzione assunte dal Comitato*» (Considerando 24). Inoltre, tenuto conto del «*notevole impatto delle decisioni di risoluzione sulla stabilità finanziaria degli Stati membri*» sono attribuiti al Consiglio i poteri necessari per l'adozione di specifiche decisioni in materia di risoluzione: è dunque questi «*su proposta della Commissione, ad esercitare un controllo efficace sulla valutazione fatta dal Comitato*» per dette materie (Considerando 24 cit.)[200]. Il Consiglio introdurrebbe una componente politica in un procedimento gestito da organi espressione di competenze tecnico-amministrative (si è detto della sessione esecutiva del comitato), al punto da rendere il procedimento ibrido («*hybrid politicised decision making process*»)[201].

Occorre precisare che, nel diritto europeo manca una teoria della discrezionalità amministrativa[202], e l'espressione, in relazione alle competenze di Istituzioni e altri organismi, non può pertanto essere impiegata con il significato tecnico che la connota nel diritto italiano [v. *infra*, § 4.]. Non esistono, in altri termini, distinzioni nell'ambito

---

[200] Il Consiglio «*verifica in ultima istanza* […] *la conformità del piano di risoluzione all'interesse pubblico*». Così L. Galli, *Chi gestisce le crisi bancarie? La genesi di un nuovo soggetto*, in Dir. Econ., 2016, 3, 815 ss., 826.

[201] A H. Türk, *European Banking Union and its relation with European Union*, in The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019, 41 ss., 57.

[202] Sul punto, v. R. Caranta, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, Riv. Trim. Dir. Pubbl. 2000, 1, 81 ss.

della discrezionalità degli organi europei[203]. Al contrario, si contrappongono solo atti discrezionali e atti vincolati: l'atto discrezionale presuppone una libertà di scelta tra soluzioni alternative, quindi, una valutazione; all'atto vincolato non è sottesa alcuna scelta né valutazione (se non macroscopica).

Più recente dottrina ha rilevato, pur in assenza di una generale teoria della discrezionalità anche sul piano europeo, che la giurisprudenza, alla luce del ristretto margine di azione (solo tecnico-esecutivo) delle *agenzie*, abbia di fatto riconosciuto alcune distinzioni[204]. Invero, è stata distinta l'ipotesi di una discrezionalità tale da consentire una scelta tra diverse opzioni egualmente legittime, che presuppone una ponderazione di interessi, dall'ipotesi della mera applicazione di criteri tecnici per valutare la sussistenza delle condizioni di legge per procedere ad una determinata azione[205]. Orbene, quanto al Comitato di Risoluzione, come sarà meglio esposto nella trattazione che segue, la valutazione di risoluzione si connota per una necessaria discrezionalità, ed è libera nelle scelte, seppur orientate dal fine pubblico, ed è pertanto riconducibile proprio alla prima categoria

---

[203] M. Ioannidis, *The judicial review of discretion in the Banking Union: from 'soft' to 'hard(er)' look?,* Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 131; M. Eliantonio, *Deference to the Administration in Judicial Review: The European Union,* Deference to the Administration in Judicial Review, G. Zhu (edited by), Springeer International Publishing, Cham, 2019, 167.

[204] M. Prek, S. Lefèvre, *"Administrative discretion", "Power of appraisal" and "Margin of appraisal" in judicial review proceedings before the general court*, In Common Market Law Review, 2019, 56, 339 ss.

[205] V. tra le altre, Regno Unito c/ Parlamento e Consiglio (ESMA), Caso C-270/12, 424-425; 52-54; Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso Rica Food c/Commissione, Caso C-40/03 P e C-41/03 P, par. 45; Parere dell'Avvocato Generale Olanda c/Commissione, caso C-26/00. Par. 45. Per un'accurata ricognizione v. M. Prek, S. Lefèvre, *"Administrative discretion", "Power of appraisal" and "Margin of appraisal" in judicial review proceedings before the general court*, cit, spec. 346 e 351.

(più vicina, come si vedrà, alla discrezionalità amministrativa di diritto italiano – v. *infra*, § 4.). Ed, invero, le caratteristiche del Comitato hanno suscitato dibattiti circa la coerenza o lo «straripamento» rispetto alle caratteristiche delle *agenzie*. In effetti, esso è definito al Considerando 31 SRMR come «*un'agenzia atipica rispetto al modello di tutte le altre agenzie dell'Unione*»[206]. Il superamento dei confini della dottrina Meroni è compensato dal coinvolgimento delle due Istituzioni. È, in altri termini, istituzionalmente riconosciuto lo straripamento dal mero dato tecnico. Le decisioni di Commissione e Consiglio nel contesto del MRU vincolano il Comitato (art. 44 SRMR), ma non è previsto un potere di emendarle direttamente[207]. Il Comitato risponde al Consiglio ed alla Commissione, nonché al Parlamento europeo (Considerando 42 e art. 45). «*A fini di trasparenza e controllo democratico*» sono inoltre previsti diritti di informazione in favore dei parlamenti nazionali (Considerando 42, 43, art. 46)[208].

La valutazione discrezionale comprende una ponderazione dei diversi criteri con il *principio di proporzionalità*, che impone un limite all'azione dell'Unione a quanto necessario per il perseguimento degli obiettivi dei Trattati (art. 5 TUE). Il principio, oltre ad essere un caposaldo dell'azione europea previsto dal Trattato e, nel rapporto con i diritti fondamentali (tra cui il diritto di proprietà) dalla Carta art. 17 e

---

[206] In argomento, M. Macchia, *Il Single Resolution Board*, L'Unione bancaria europea, M. P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini giuridica, Pisa, 2016, 323. Ciò sia quanto alla discrezionalità, sia all'indipendenza del *board* e alla limitatezza dei poteri di Commissione e Consiglio, nonché alla posizione di vertice rispetto alle ANR. L. Galli, *Chi gestisce le crisi bancarie? La genesi di un nuovo soggetto*, cit., 833, evidenzia l'atipicità per il potere di emanare decisioni con diretta incidenza sui destinatari.

[207] Sul punto v. L. Lionello, *L'attuazione del progetto di Unione Bancaria Europea. Problematiche e prospettive di completamento*, cit.

[208] Sull'accountability, v. tra gli altri, R. Ibrido, *L'Unione bancaria europea: profili costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2017, 248 ss.

art. 52, è previsto dalla stessa disciplina (Considerando 45, 46, 49, 60, 77, 95, 114, 122, artt. 8, 10, 10-bis, 12-quater, 27, 39, 53, 70, SRMR)[209]. La circostanza che esso sia previsto dal SRMR (aggiungerei, solo da sporadiche disposizioni) non incide tuttavia sulla sua natura di principio sovraordinato[210]. La proporzionalità trova una sua propria configurazione nel regolamento e direttiva, parametrato al perseguimento dell'interesse pubblico ad essi sotteso[211].

La discrezionalità trova infine un proprio limite nell'obbligo di motivazione, previsto dall'art. 296 TFUE[212], applicabile sia alle Istituzioni che alle agenzie, per quanto ormai principio generale dell'Unione, e richiamato anch'esso da numerose norme particolari (artt. 10, 11, 20 SRMR)[213]. Invero, nella giurisprudenza europea, in particolare nei casi in cui sia attribuita alle Istituzioni un ampio potere discrezionale, il rispetto dell'obbligo di motivazione assume una rilevanza fondamentale per consentire agli interessati di conoscere le

---

[209] H.J. Binder, *Proportionality at the resolution stage: Calibration of resolution measures and the public interest test*, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990379, 10 e 11, distingue tra proporzionalità cd. «*entry level*» per la scelta della misura e «*implementation level*» con riferimento a disposizioni di dettaglio esecutive della misura prescelta.

[210] D.U. Galletta, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in Principi e regole dell'azione amministrativa, M.A. Sandulli, F. Aperio Bella (a cura di), Giuffrè, Milano, 2020, III ed, 107 ss., 109 ss.

[211] H.J. Binder, *Proportionality at the resolution stage: Calibration of resolution measures and the public interest test*, cit., 10 e 11, distingue tra proporzionalità cd. «*entry level*» per la scelta della misura e «*implementation level*» con riferimento a disposizioni di dettaglio esecutive della misura prescelta.

[212] M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2018, 196.

[213] Nello stesso senso si attestano gli obblighi di *disclosure*, emergenti più che altro dalla giurisprudenza della Commissione per i ricorsi del Comitato e dalla CGUE. V. M. Lamandini, D. Ramos Munos, *The administrative, quasi-judicial review of the decisions taken by the SRB. The cases decided so far by the Appeal Panel. Substantive and procedural issues*, in R. D'Ambrosio (a cura di), Law and practice of the Banking Union and of its governing institutions, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia n. 88, aprile 2020, 463 ss., 471 ss.

ragioni alla base dell'atto, ed alla Corte europea di esercitare il proprio sindacato [v. *infra*, Capitolo III][214].

4. Il livello nazionale: la Banca d'Italia. Poteri e discrezionalità.

La BRRD qualifica le ANR come «*autorità amministrative dotate di poteri pubblici*» (art. 3 par. 2 BRRD), pur lasciando ampio spazio agli Stati Membri nell'individuazione di detti soggetti (di natura tecnica o politica), per esigenze di armonizzazione minima, tarate su un perimetro di soggetti più ampio rispetto al MRU. Nell'ordinamento italiano, le funzioni di ANR (come di ANC) sono attribuite alla Banca d'Italia in continuità con la tradizione storico-istituzionale che già la vedeva competente per la gestione della crisi dell'impresa bancaria[215]. Alla Banca d'Italia è attribuita più ampia competenza, in seguito alla riforma del secondo pilastro, anche rispetto ad altri soggetti, comunque

---

[214] CGUE 11 dicembre 2018, Weiss e a. (C-493/17); CGUE 16 giugno 2015, Gauweiler e a. c/Deutscher Bundestag (C-62/14), par. 69 – 70; CGUE 21 novembre 1991, Technische Universität München (C-269/90), par. 26. Sulla motivazione degli atti di diritto europeo v., tra gli altri, B.G. Mattarella, *Procedimenti e atti amministrativi*, Diritto amministrativo europeo, M. P. Chiti (a cura di), Giuffrè, Milano, 2018, II ed., 335 ss., 366 ss.

[215] V. art. 3 d.lgs. 180/2015; già art. 3 d.lgs. 72/2015; art. 8 l. 9 luglio 2015. V. anche C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, cit., 273. Dunque, nel sistema dell'Unione Bancaria, il modello italiano si inquadra nell'organizzazione prevista in via eccezionale dall'art. 3 par. 3 BRRD, con riguardo, in particolare, alla separazione del personale. Sebbene in dottrina siano stati sollevati dubbi circa la rispondenza al grado di separatezza richiesto dal dato comunitario. Sul punto, v. M. Porzio, *La banca insolvente*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016, 413. È stata pertanto istituita, con Delibera 436/2015 del 22 settembre 2015 l'*Unità di risoluzione e gestione delle crisi* (anche solo con acronimo RGC) che opera su delega del Direttorio, secondo la medesima tecnica attraverso cui era stato in precedenza istituito il *Dipartimento di Vigilanza bancaria e finanziaria* (Delibera n. 99 del 10 febbraio 2009, modificata con Delibera n. 31 del 15 febbraio 2013, e Delibera n. 60 del 21 gennaio 2014).

coinvolti nella gestione, *in primis*, del Ministero dell'Economia e delle Finanze)[216].

Gli atti della Banca d'Italia, anche in qualità di AR, nei confronti dei soggetti non significativi o come esecuzione delle istruzioni del Comitato nei confronti di quelli significativi[217], sono atti amministrativi cui, salvo le eccezioni previste dal decreto, si applica la l. 241/1990 sul procedimento amministrativo (art. 3 comma 5 d.lgs. 180/2015); in particolare sono escluse le disposizioni a favore della partecipazione dei privati (ad es. art. 32 e 34 d.lgs. 180/2015 – v. *infra*, § 4.). La

[216] La Banca d'Italia non è l'unico soggetto pubblico sul piano nazionale cui sono attribuiti poteri nel contesto del MRU. Anche per persistenza di compiti tradizionali, nel tempo oggetto di compressione, è di rilievo l'intervento del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF; art. 4 d. lgs. 180/2015; Cfr. art. 4, 71, 72, 77, 84 d.lgs. 180/2015). Come osservato anche in dottrina «*sul piano nazionale, il peso politico della risoluzione degli istituti di credito ha reso necessario il coinvolgimento – quantomeno formale – dei soggetti espressione dell'indirizzo politico di maggioranza*» (v. anche Considerando 16 BRRD; L. Galli, *Chi gestisce le crisi bancarie? La genesi di un nuovo soggetto*, cit., 840). Come si vedrà, il MEF svolge, nel contesto della selezione della procedura di gestione della crisi, una funzione analoga a quella della Commissione e Consiglio per i soggetti e gruppi meno significativi (art. 3 par. 1 d.lgs. 180/2015; art. 3 par. 5 – 6 BRRD). È ribadita la necessità di definizione con la Banca d'Italia di modalità per lo scambio di informazioni (par. 2). Resta comunque preminente, anche per discrezionalità, il ruolo della Banca d'Italia.

[217] La competenza nel secondo pilastro è suddivisa sulla base di un criterio prevalentemente soggettivo, tra CRU e ANR, basato sulla significatività dei soggetti, analogamente (salvo per alcune differenze), al primo pilastro. Il Comitato è competente per i soggetti ed i gruppi cd. *significativi*, secondo la definizione fornita dall'art. (art. 7 SSMR), nonché per i gruppi transfrontalieri. In prospettiva, le ANR hanno una competenza ridotta per gli enti non significativi in quanto limitata ai casi in cui essi non facciano parte di gruppi considerati significativi o transfrontalieri, che sono attratti alla competenza europea (art. 7 par. 2, lett. a SRMR). Sulla significatività sono applicati gli indici di cui all'art. 6 par. 4 SSMR. Ad ogni modo, anche la dichiarazione di significatività è affidata ad un procedimento amministrativo (art. 39 Regolamento Quadro 468/2014). In proposito può richiamarsi anche la menzionata giurisprudenza L-Bank (Sentenza del Tribunale del 16 maggio 2017, causa T-122/15, e Sentenza della Corte del 9 maggio 2019, causa C-450/17 P - v. *supra*, § 2.). Il giudizio nasceva dall'impugnazione di una decisione della BCE (che seguiva già un parare della commissione interna per il riesame), che qualificava la banca ricorrente come significativa e pertanto sottoposta alla vigilanza diretta.

giurisprudenza ne ha tradizionalmente inteso gli atti, quale autorità amministrativa indipendente, come di discrezionalità tecnica[218], anche con riferimento alle funzioni svolte come AR[219].

È ampiamente nota l'articolazione, propria della tradizione giuridica italiana, tra *discrezionalità amministrativa cd. pura* e *discrezionalità amministrativa cd. tecnica*. Il dibattito dottrinale in proposito, risalente sin anche dagli inizi del XX, è stato ampio e variegato, sebbene alcuni principi, imposti da autorevoli ricostruzioni siano giunti sino al diritto amministrativo odierno[220]. Non è questa la sede per una puntuale ricognizione della vicenda, ma è utile un breve cenno alle categorie quale presupposto per la collocazione delle attività contemplate dalla disciplina bancaria, che saranno meglio analizzate nei Capitoli che seguono.

Nello spettro di possibili confini allo spazio lasciato all' azione amministrativa, si colloca, ad un estremo, l'*attività vincolata* (categoria conosciuta anche a livello europeo), ove «*tutti gli elementi da acquisire e valutare nell'adozione della decisione amministrativa sono prefigurati rigidamente ed esaustivamente dalla legge, l'autorità amministrativa essendo chiamata a verificare solo se sussistono in concreto i presupposti di esercizio del potere da essa stabiliti: riscontrata la sussistenza dei presupposti fattuali e normativi, l'Amministrazione è tenuta ad adottare il provvedimento previsto dalla legge, non essendole riconosciuta libertà di scelta tra più soluzioni*

[218] Già Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 2328, Tar Lazio, Sez. III, n. 623 del 16 gennaio 2014.

[219] TAR Lazio n. 166 del 7 gennaio 2017 (in Riv. Trim. Dir. Econ., 2017, 1,1); TAR Lazio n. 12888 del 30 dicembre 2016

[220] Per ampi riferimenti v., tra gli altri, E. Galanti, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 64, 2009, 7 ss.

amministrative possibili»[221]. Diversamente, ove la legge apra ad un margine di scelta nei comportamenti dell'Amministrazione, l'attività si configura come discrezionale, ulteriormente articolata tra discrezionalità amministrativa *pura* e discrezionalità *tecnica*. Numerose tesi si sono susseguite nel tempo sul contenuto e sui talvolta labili confini tra le due categorie, trattandosi di tema che da sempre ha suscitato un ampio dibattito e tuttora è oggetto di discussione. Secondo una autorevolmente riconosciuta impostazione, la discrezionalità amministrativa pura, «*l'ambito libero delle potestà amministrative in quanto siano funzionalizzate*» al perseguimento di un interesse pubblico «*primario*»[222]. Poiché, tuttavia, esso si accompagna generalmente ad interessi pubblici «*secondari*», la facoltà di scelta tra comportamenti sottende la ponderazione di detta pluralità di interessi[223].

La discrezionalità tecnica è, invece, basata non su una ponderazione di interessi, ma su conoscenze basate su scienze e discipline di natura tecnica e si estende anche ai *fatti complessi*, dove l'accertamento della sola sussistenza del fatto non è di immediato apprezzamento ma presuppone un certo margine di valutazione, e, di conseguenza, è opinabile[224].

---

[221] R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, cit., 779.

[222] M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, 264. Analogamente, secondo la definizione del P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1968, 19: «*la facoltà di scelta fra comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla «causa» del potere esecutivo*», che ha ad oggetto l'*an*, il *quid*, il *quomodo* e il quando del provvedimento

[223] M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 265; Id., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, richiamato altresì da R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 121 ss. Ivi, 72 ss. altresì per la distinzione tra atto discrezionale e vincolato.

[224] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 363.

Essa, tuttavia, non implica una facoltà di scelta tra una pluralità di comportamenti[225], o, come altresì affermato, è mero «*giudizio*» e non «*manifestazione di volontà*», di cui è *prius* logico[226]. Ad essa può pertanto seguire l'adozione di un atto "vincolato" ai presupposti risultanti dall'accertamento, ovvero una scelta tra diversi atti fondata su una ponderazione di interessi. Nulla dunque esclude che, nell'ambito del procedimento amministrativo, le due fattispecie concorrano, configurandosi la cd. *discrezionalità mista*[227]. Come è stato autorevolmente osservato, «*quali che siano le dimensioni dell'opinabilità, la c.d. discrezionalità tecnica non è mai discrezionalità amministrativa: è giudizio e manca la scelta. Questa semmai interverrà in un momento logicamente susseguente, allorché si dovrà decidere, p. es., se del progetto sbagliato occorre chiedere la correzione o il rifacimento o rifiutarlo o commettere la nuova progettazione ad altri: se all'impresa ma gestita è opportuno l'imporle di attenersi a ordini, sospenderle il credito agevolato, nominarle un commissario, sostituirne gli amministratori. Si vuol dire cioè che in molti casi la discrezionalità amministrativa si radica sui giudizi della discrezionalità tecnica ma resta da essa comunque distinta, ed è da essa solo relativamente condizionata: basti considerare le evenienze nelle quali il giudizio tecnico consiglierebbe una certa maniera di provvedere, e l'autorità decide invece di astenersi dall'intervenire o di adottare un provvedimento negativo, perché reputa preponderarti altri interessi, diversi da quelli di spettanza dell'autorità tecnica e da questa*

[225] M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 266.

[226] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 364. In alcune pronunzie, peraltro, la discrezionalità tecnica è stata intesa come parte dell'esercizio del potere discrezionale amministrativo. Per riferimenti, v. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 150.

[227] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 364.

non esaminati o non esaminabili»[228]. Il tema è di rilievo in quanto il limite dell'atto dovuto, legato al solo accertamento (anche tecnico, dunque, opinabile) dei presupposti è proprio dell'impostazione ex art. 41 Cost., rispetto alla natura discrezionale propria delle valutazioni ex art. 43 Cost. [v. *supra*, Introduzione].

Come si avrà modo di esaminare nell'analisi delle diverse fasi di prevenzione e gestione della crisi, oltre all'accertamento dei presupposti oggettivi che, certamente afferiscono alla categoria delle valutazioni giuridiche complesse (si pensi al caso si significativo deterioramento della situazione della banca, o, ancora, al caso di dissesto o rischio di dissesto), l'Autorità sceglie quale strada percorrere tra una pluralità di opzioni, ponderando i diversi interessi coinvolti (emblematico è il caso degli obiettivi della risoluzione – v. *infra*, Capitolo III).

Anche sul piano nazionale, la discrezionalità è modulata da *obblighi di motivazione*, previsti da alcune norme *ad hoc* (ad esempio, artt. 13-bis, 15, 16-quinquies, 16-sexies, 25, 44 d.lgs. 180/2015), nonché imposto alla Banca d'Italia da diverse norme generali, sia nella fase della risoluzione (art. 3 comma 5 d.lgs. 180/2015), sia nella fase precedente di prevenzione (art. 4 TUB), oltre che dalla legge sul procedimento amministrativo (art. 3, l. 241/1990), applicabile per richiamo, fondato sugli artt. 113 e 97 Cost. Analogamente, va rispettato il principio di proporzionalità, che non è proprio della tradizione giuridica italiana, ma di derivazione europea, e da tempo recepito del diritto amministrativo interno[229]. In proposito, si rinvengono anche qui sporadici richiami dalla legge speciale (ad esempio, artt. 13-bis, 15, 20,

---

[228] M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 268.

[229] Cfr. tra le altre, Cons. Stato, 22 maggio 2013, n. 694. In dottrina, D.U. Galletta, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in Principi e regole dell'azione amministrativa, cit., 110 ss.

49 d.lgs. 180/2015), che, tuttavia, non limitano la portata del principio generale.

Quanto detto va inoltre contestualizzato nell'ambito dei rapporti "verticali" intercorrenti tra il Comitato di Risoluzione e la Banca d'Italia. La competenza nel secondo pilastro è suddivisa sulla base di un criterio prevalentemente soggettivo, tra CRU e ANR, basato sulla significatività dei soggetti, analogamente (salvo per alcune differenze), al primo pilastro. I rapporti verticali per gli enti/gruppi significativi vanno inquadrati in procedimenti amministrativi cd. *composti*[230]. Nel sistema si rinvengono diversi modelli: procedimenti cd. *bottom-up*; procedimenti cd. *top-down*; e procedimenti cd. *misti* che combinano le due precedenti soluzioni[231].

Di regola, gli atti del Comitato non sono diretti ai singoli enti o imprese, bensì, alle ANR, competenti per l'attuazione, sotto la relativa sorveglianza secondo l'art. 29 SRMR. Oltre all'ipotesi fondamentale del programma di risoluzione, il citato art. 29 li definisce *istruzioni*. Ciò costituisce una differenza rispetto al primo pilastro, dove gli atti della BCE possono in principio essere diretti agli intermediari e i rapporti con le ANC sono impostati diversamente[232]. Anche in caso di competenza «esecutiva» delle ANR delle istruzioni del Comitato, non è esclusa in

---

[230] In argomento G. Della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti dell'UE*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 2004, 307; W. Giulietti, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, Diritto amministrativo, 2017, 2, 327 ss.; A. Magliari, *I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del Single Supervisory Mechanism. Il caso dell'applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE*, in Rivista di diritto bancario, 2016/2017.

[231] In argomento, *ex multis*, v. F. Brito Bastos, *Composite procedures: concept and distinction from other forms of multilevel administrative cooperation in the banking union*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (directed by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 111 ss.; v. anche V. Di Bucci, *Procedural and judicial implications of composite procedures in the banking union*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 119 ss.

[232] M. Perassi, *SSM e SRM, due sistemi a confronto*, cit., 132.

principio una discrezionalità da parte di queste ultime: è valutazione da effettuare caso per caso, su cui non può ritenersi ad oggi formata una prassi sufficiente per tutti i procedimenti previsti dal secondo pilastro, sebbene si tenda a ritenere comunque estremamente limitata la discrezionalità dell'ANR[233].

Eccezioni fondamentali, che confermano il principio, sono: il potere del Comitato di sostituirsi alle ANR (per gli enti non significativi) in caso di inerzia o comportamenti non conformi che possano arrecare pregiudizio agli obiettivi di risoluzione (art. 7 par. 4; Considerando 87); nonché è il potere del Comitato, quando l'ANR non abbia applicato o rispettato le sue decisioni (dunque, in caso di enti significativi), o le abbia attuate in maniera tale da mettere a rischio uno qualsiasi degli obiettivi di risoluzione o l'efficiente attuazione del programma di risoluzione di: effettuare cessioni; convertire gli strumenti di debito; adottare qualsiasi altra azione o provvedimento necessari per conformarsi alla decisione non rispettata (in quest'ultimo caso «*solo se la misura riduce significativamente il rischio per l'obiettivo di risoluzione o per l'attuazione del programma*»). La previsione esplicita e limita dunque i poteri di azione diretta del Comitato nei confronti dell'ente in risoluzione. Preventivamente all'assunzione diretta di dette misure, il Comitato deve inoltre comunicarle all'ANR, salvo circostanze eccezionali, almeno 24 ore prima della loro entrata in vigore (art. 29 par. 2 SRMR; Considerando 87). Alla lettera è una mera facoltà («*può*»), diversamente, gli atti dell'ANR possono intendersi ratificati. Ciò vale tuttavia solo nei limiti di quanto già consentito dal programma: il Comitato non è unico depositario della discrezionalità, e ne sarebbe altrimenti da ritenersi

[233] J.H. Binder, *Resolving a bank – judicial review with regard to the exercise of resolution powers*, Judicial Review in the Banking Union, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 375.

necessario un aggiornamento con coinvolgimento delle Istituzioni. Nel caso previsto invece all'art. 7 par. 4 SRMR, l'intervento del Comitato è giustificato dall'esigenza di «*un'applicazione coerente di standard elevati*» del SRMR, e si appunta nel potere di effettuare segnalazioni alle ANR nel caso in cui ritenga che un progetto di decisione non sia conforme al regolamento, e, se non trattata in modo adeguato, di «*esercitare direttamente tutti i poteri competenti*».

Resta sotteso un altro problema, legato ai limiti posti dal Trattato, ossia la possibilità o meno di considerare le ANR come organi europei, di rilievo per la comprensione dell'architettura e dei relativi equilibri. Sul punto la sentenza del Tribunale Ue nel caso *L-Bank*[234], ha affermato che l'attività delle ANC non è espressione di una competenza nazionale «primaria», ma attuazione decentrata di una competenza esclusiva della BCE (per le banche non significative - punto 72). È modello paragonabile al *decentramento amministrativo autarchico*, basato su autonomi interessi e potestà rispetto allo Stato[235]. Tale soluzione, affermata per il primo pilastro, è più incerta per il secondo. Le ragioni ostative potrebbero individuarsi, si è detto, nella diversa impostazione di sistema, risultante, congiuntamente, dalla base giuridica (art. 114 TFUE), e dall'organizzazione istituzionale di cui si è detto[236]; nella responsabilità del Comitato, quando competente, di rispondere di regola anche per i danni di queste ultime. Militerebbero per l'opposta soluzione la responsabilità del Comitato per il funzionamento efficace

[234] Sentenza del Tribunale (Quarta Sezione ampliata) del 16 maggio 2017 (Landeskreditbank Baden-Wüttemberg – Förderbank – Causa T-122/15), confermata dall'appello Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 8 maggio 2019.

[235] Per ampi riferimenti in dottrina, v. L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2007, 272 ss.

[236] Anche M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 35, rileva una fondamentale distinzione tra il primo e il secondo pilastro: l'uno *federale* ed il secondo *intergovernativo*.

e coerente del MRU (primo comma art. 7), che può intendersi espressione di un principio generale, la posizione gerarchicamente sovraordinata del Comitato ex art. 7 comma 4 SRMR, e la possibilità, seppur procedimentalizzata, per il Comitato di sostituirsi alle ANR in caso non si conformino "adeguatamente" alle sue istruzioni (art. 29). La soluzione al quesito richiede tuttavia una maggiore chiarezza nella configurazione dei poteri tra Stati e Unione, che è ancora in corso sul piano politico.

In conclusione, è di rilievo evidenziare che sono previste forme di cooperazione, tali che le attività sono in concreto svolte pressoché congiuntamente (considerando 89; artt. 30, 31 SRMR). Ciò avviene operativamente tramite i cd. gruppi interni di risoluzione (*Internal Resolution Teams* – IRT) cui partecipa personale del Comitato e delle ANR (art. 83 par. 3 SRMR e Cofra)[237]. La presenza di detti sistemi di coordinamento, come anche vale riguardo alla presenza di «rappresentanze incrociate» tra organi e Istituzioni, limita, ma non esclude la portata pratica delle allocazioni di potere: è funzionale al coordinamento, e, dunque, all'efficacia dell'azione, ma resta ferma l'individuazione del soggetto cui l'atto finale è riferibile e che pertanto assume la responsabilità all'esterno.

[237] Per disciplinare la cooperazione tra Comitato e ANR, è stato adottato il cd. *Cooperation Framework* (decisione del Comitato del 17 dicembre 2018 – SB/PS/2018/15 - COFRA).

CAPITOLO II
PREVENZIONE DELLA CRISI E DIRITTO SOCIETARIO.

Nella pianificazione e prevenzione della crisi i poteri dell'Autorità incidono significativamente sull'organizzazione e sulla gestione dell'impresa, già nella sua attività fisiologica, senza necessariamente implicarne lo spossessamento. La vigilanza prudenziale persegue il fine pubblico della stabilità finanziaria evitando la crisi del singolo intermediario e la relativa propagazione nel mercato.

..*

1. Premessa: l'interesse pubblico nella pianificazione e prevenzione della crisi.

La fase di prevenzione e pianificazione della crisi è la prima in cui si estrinseca la profonda incidenza dei poteri autoritativi. Essa è in principio diversa dalla fase di gestione della crisi in quanto, di regola, non si prevede lo spossessamento dell'impresa (Considerando 39 BRRD). Diversamente, nella fase di gestione, il paradigma è invertito: lo spossessamento diviene regola, con possibili eccezioni [v. *infra*, Capitolo III]. Operativamente, la disciplina europea distingue le «*misure di prevenzione della crisi*» e di «*gestione della crisi*» (art. 2 nn. 100 e 101 BRRD). Le prime sono di competenza dell'Autorità di vigilanza (di seguito anche solo AC), sebbene inserite nel quadro regolatorio della crisi.

È possibile, già nella fase di pianificazione e prevenzione, intravedere la perdita del nucleo centrale dell'attività d'impresa, in

quanto l'Autorità, con competenze ripartite tra vigilanza e risoluzione, può incidere sull'attività, dunque sulle scelte imprenditoriali, sull'organizzazione sociale ed ancora sulla forma societaria, fondamento dei diritti stessi dei soci nonché della disciplina applicabile. Invero, come è stato osservato, la novità è lo «*spostamento del baricentro d'intervento nella fase fisiologica dell'attività bancaria con poteri limitativi che si estendono al merito delle scelte strategiche di impresa, investendo l'attività, la struttura organizzativa e la forma societaria dell'ente.* // […] *Si attribuiscono, infatti, alle autorità competenze che hanno un immediato riflesso sulle caratteristiche stesse dell'attività bancaria come impresa-funzione.* // *Nell'esercizio dei poteri richiamati la vigilanza non fissa limiti esterni alla libertà di impresa, ma impone scelte di impresa. Muta cioè lo stile tipico della vigilanza fondato su parametri oggettivi, nel rispetto dei quali gli enti creditizi sono liberi nelle proprie scelte imprenditoriali*»[238].

Ciò già nella gestione fisiologica dell'impresa. Con il sopravvenire di indici o avvisaglie della crisi, anche futura, i poteri si ampliano progressivamente, sino, si è detto, allo spossessamento. La scelta dei diversi poteri è basata sul principio di proporzionalità ed, al contempo, non presuppone il preventivo esperimento di rimedi meno incisivi.

Poiché in questa fase non vi è, salvo casi estremi, un effettivo spossessamento dell'impresa, ad essere limitato è principalmente il diritto fondamentale di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (ciò emerge anche dal considerando 24 BRRD). Il diritto di proprietà, al contrario, non è inciso in termini espropriativi di perdita totale e definitiva del diritto, bensì nella perdita di alcune

[238] F. Sartori, *Il sistema bancario nella prospettiva dei nuovi meccanismi di finanziamento*, in RTDE, supp. 4, 2017, 1 ss., 9.

prerogative. La *ratio* è anche qui nell'interesse pubblico inteso, in via generale, alla stabilità finanziaria.

Quale limite, è richiesto il rispetto dell'art. 52 della Carta, il quale postula che «*Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione* […]». Ciò, oltre a limitare la discrezionalità dell'Autorità, è collegato ad adempimenti di procedimentalizzazione. Ad esempio, in diversi casi, le misure presuppongono una preventiva proposta da parte della banca sottoposta a valutazione dell'Autorità, che, in caso ne rilevi l'inadeguatezza, può diversamente disporre.

La distinzione con le misure del primo pilastro è piuttosto labile (lo dimostrano i numerosi rinvii e richiami). Si può forse individuare un criterio distintivo nelle finalità: nel primo caso, il mantenimento dello *status quo* (e, in generale, la garanzia della sana e prudente gestione secondo il diritto italiano), nel secondo la prevenzione di scenari di crisi prefigurati. Tuttavia, la vigilanza, come intesa nel primo pilastro, è sempre funzionale ad assicurare «*la sicurezza e la solidità degli enti creditizi*» (Considerando 17 SSMR) ed è pertanto anch'essa indirettamente strumentale alla gestione della crisi nella misura in cui si verifichi [v. *supra*, Introduzione][239].

Tra le misure di prevenzione, si distinguono strumenti *di pianificazione* e *di intervento*.

---

[239] Nel contesto dell'analisi sui rapporti ed interazioni tra EBA e BCE, svolge una ricognizione in materia di *stress test*, N. Moloney, *Technocratic and Centralised decision-making in the Banking Union's Single Supervisory Mechanism. Can Single Market and Banking Union Governance Effectively Co-exist in a Post-Brexit World?*, in S. Grundmann, H.W. Micklitz (edited by), *The European Banking Union and Constitution: Beacon for Advanced Integration or Death-Knell for Democracy?*, Hart Pub Ltd, Oxford, 2019.

Quanto ai primi, è pianificato sia il risanamento, che la risoluzione, dunque, diversi "stadi" di gravità della crisi, collegati a strumenti di intervento diversificati e graduati: il risanamento è al «*ripristino della situazione finanziaria dopo un significativo deterioramento della stessa*», mentre la risoluzione è basata sul «*dissesto o sul rischio di dissesto*»[240].

Quanto ai secondi, l'intento di prevenire la crisi, secondo valutazioni prognostiche, giustifica il potere autoritativo di intervenire sull'*organizzazione sociale* e sulle *scelte imprenditoriali* sia dell'ente che ha manifestato segnali di crisi (seppur non di dissesto o insolvenza), ma altresì dell'ente non in crisi, in deroga al quadro normativo dell'impresa comune.

La trattazione non ha pretese di esaustività sull'analisi delle singole misure essendo piuttosto orientata a individuare e descrivere il grado di incidenza dell'azione pubblica nella disciplina speciale, diverso rispetto all'impresa ordinaria[241].

2. Efficacia giuridica dei piani di risanamento e vincoli sulla gestione d'impresa.

I piani di risanamento costituiscono il primo strumento funzionale alla prevenzione della *crisi*[242]. Segnatamente, essi prevedono

---

[240] La graduazione è diversa da quella sugli aiuti di Stato, che ha riguardo alla «*crisi temporanea di liquidità*» e «*carenza di capitale*» (Comunicazione del 2013 sugli aiuti di Stato).

[241] Riconducibili alle misure di risanamento già previste ma modificate dalla direttiva CE/2001/24.

[242] Come è stato osservato, essi trovano un precedente nella l. n. 787 del 5 dicembre 1978 (E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, cit., 20; F. Sartori, *Il sistema bancario nella prospettiva dei nuovi meccanismi di finanziamento*, cit., 13); nella «pianificazione strategica» bancaria (L. Di Brina, D. Rossano, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, Manuale

«*l'adozione di misure volte al riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria in caso di suo significativo deterioramento*». Sono atto dell'ente, pur valutati dall'AC[243].

La costruzione deve tener conto di diversi profili: l'incidenza sulla gestione societaria derivante dalla previsione dell'obbligo di predisposizione; la vincolatività dei piani, ed i poteri, di rimozione di carenze o impedimenti al risanamento. Per questi ultimi, si rinvia al paragrafo che segue.

La condizione di significativo deterioramento della situazione patrimoniale e finanziaria è declinata in una fattispecie meno grave rispetto al *dissesto o rischio di dissesto*[244]. I piani prevedono infatti

---

di diritto bancario e finanziario, F. Capriglione (a cura di), Cedam, Milano, 2019; nei *living wills* di tradizione anglosassone (C. Russo, *Cosa sono e a cosa servono le living wills? Luci e ombre della futura regolamentazione*, in Banca Impresa Società, 2011, 3, 423 ss., *passim*; E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, cit., 21; L. Scipione, *La pianificazione del risanamento e della risoluzione*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016, 419 ss., 420 - 421) e negli *early redemption plans* previsti dal Dodd-Frank Act (E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, cit., 21; L. Scipione, *La pianificazione del risanamento e della risoluzione*, cit., 420 - 421). Sulle differenze con i piani ex art. 67 l. fall., ed i piani concordatari in continuità aziendale, F. Sartori, *Il sistema bancario nella prospettiva dei nuovi meccanismi di finanziamento*, cit., 14.

[243] Come anticipato, l'autorità di riferimento è l'AC (secondo la ripartizione di competenze del criterio soggettivo – art. 6 SSMR). Peraltro, la BCE è competente ad «*assolvere i compiti di vigilanza collegati ai piani di risanamento e alle misure di intervento precoce qualora un ente creditizio o gruppo nei cui confronti la BCE sia l'autorità di vigilanza su base consolidata non soddisfi o rischi di violare i requisiti prudenziali applicabili, nonché, solo nei casi previsti espressamente dal pertinente diritto dell'Unione per le autorità competenti, a cambiamenti strutturali richiesti agli enti creditizi per prevenire lo stress finanziario o il fallimento ad esclusione dei poteri di risoluzione*» (art. art. 4 par. 1 lett. i) SSMR). Sembrerebbe competenza aggiuntiva, legata a situazioni di particolare delicatezza, che non esclude la generale ripartizione di competenze. Va comunque ricordato che, la BCE in esecuzione dei propri compiti è chiamata ad applicare il diritto nazionale armonizzato (art. 4 par. 3 SSMR).

[244] M. Pellegrini, *Piani di risanamento e misure di early intervention*, in Federalismi.it, 17 gennaio 2018, 3, li intende come l'anello di congiunzione tra la vigilanza e gestione della crisi.

misure volte al «*riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria in caso di suo significativo deterioramento*» (art. 5 BRRD)[245]. Quest'ultima è definizione, opportunamente, più generica ed elastica rispetto al dissesto. Ciò si giustifica in quanto sono sufficienti meri indici della possibilità che la crisi vera e propria si potrebbe verificare in futuro. Essa è collegata ad elementi eterogenei, rendendo maggiormente discrezionale la valutazione dei presupposti di intervento [v. *infra*, § 3.][246]. I parametri di riferimento sono comunque forniti dai piani di risanamento: sono questi ultimi, in fatto, a ridurre la discrezionalità dell'Autorità[247].

---

[245] In giurisprudenza: «*I provvedimenti degli artt. 53-bis e 69-octiesdecies riguardano* […] *banche in condizioni economiche tali che possono autonomamente operare sul mercato, proprio al fine di evitare* […] *situazioni che possano condurre al dissesto o anche solo al pericolo di dissesto di cui all'art. 17*» (TAR Lazio n. 1627 del 1 febbraio 2017).

[246] Per tutti, F. Sartori, *Il sistema bancario nella prospettiva dei nuovi meccanismi di finanziamento*, cit., 6, evidenzia l'impiego non omogeneo dell'espressione «*significativo deterioramento*» con riferimento sia alla situazione patrimoniale, che economica, che finanziaria, in diversi contesti.

[247] Il contenuto dei piani è indicato già nella sezione A dell'allegato alla BRRD nonché nei provvedimenti di carattere generale e particolare della Banca d'Italia e della Commissione (art. 69-quater par. 3). In altri termini, la direttiva pone un contenuto minimo ulteriormente integrabile dalla Commissione e dagli Stati Membri (V. in particolare il Regolamento delegato UE/1075/2016 contenente norme tecniche di regolamentazione sul contenuto dei piani). Esso può riassumersi distinguendo una componente descrittiva delle caratteristiche dell'ente e delle relative attività e in una componente funzionale a individuale modalità di azione. Coerentemente con l'approccio del legislatore, che richiede un intervento, quantomeno in prima battuta, privato, a sostegno della situazione dell'ente, essi non presuppongono o contemplano l'accesso a misure di «*sostegno finanziario pubblico straordinario*».

La complessità dei piani ha portato la BCE all'elaborazione di *best practices*: possono citarsi in particolare i cd. *recovery playbook* e i cd. *dry run*. I primi potrebbero essere paragonati alla nota di sintesi del prospetto, a vantaggio dell'Autorità e della stessa *governance*, rendendo più facilmente fruibile il contenuto dei piani e l'assunzione delle decisioni; i secondi costituiscono delle simulazioni («*live simulation exercises*») su profili specifici oggetto del piano nell'ipotesi di una crisi, per testarne e «dimostrarne» l'efficacia. V. ECB, *Report on recovery plans*, July 2018. In argomento v. anche A. Mastroianni, A. De Bellis, *BRRD: il nuovo recovery playbook*, in www.dirittobancario.it, 28 maggio 2020.

La predisposizione dei piani di risanamento (artt. 69-ter ss. TUB, attuazione degli artt. 5 ss. BRRD[248]) costituisce un obbligo dello stesso ente, e, sotto questo profilo, la direttiva si discosta rispetto al diritto societario comune, suscitando peraltro critiche di cui di seguito si dirà.

Essi sono approvati dall'organo amministrativo, e sottoposti a valutazione ed aggiornamento periodico da parte dell'AC che ne verifica la completezza ed adeguatezza in conformità con il diritto dell'UE. Non è specificato chi debba predisporre il piano, in quanto anche la direttiva precisa che l'organo amministrativo «*esamina e approva*» (par. 9 art. 5)[249]. Può tuttavia ritenersi che siano coinvolte le diverse funzioni della banca[250], fermo che l'organo amministrativo, con l'approvazione, ne assume la responsabilità. È forte il collegamento con la disciplina del primo pilastro, cristallizzato dall'art. 5 par. 1 BRRD che riconduce i piani al novero dei dispositivi di *governance* di cui all'art. 74 CRD[251]: processi efficaci per l'identificazione, la gestione, la

---

[248] Regolamento delegato UE/1075/2016 contenente norme tecniche di regolamentazione sul contenuto dei piani; Regolamento delegato UE/2019/348 (che ha abrogato gli Orientamenti sull'applicazione di obblighi semplificati di cui all'articolo 4 paragrafo 5, della direttiva 2014/59/UE adottati dall'Autorità Bancaria Europea - EBA/GL/2015/16). In relazione a quest'ultimo v. anche il Provvedimento della Banca d'Italia del 1 settembre 2020 prot. N. 1119615/20. Quanto alle fonti di *soft law*, v. Orientamenti sull'elenco minimo degli indicatori qualitativi e quantitativi dei piani di risanamento (EBA/GL/2015/02); Orientamenti sulla serie di scenari da utilizzare nei piani di risanamento (EBA/GL/2014/06).

[249] In dottrina si intendono sviluppati dalla *governance*. In argomento, v. E. Ricciardiello, *sub art. 69-quater*, in Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019, 325.

[250] F. Sartori, *Il sistema bancario nella prospettiva dei nuovi meccanismi di finanziamento*, cit., 7, richiamando F. Ielpo, D. Varani, *I piani di risanamento: finalità e contenuti*, www.dirittobancario.it, luglio 2016, che richiama gli organi con funzione di supervisione strategica, di gestione, esecutiva e di controllo, nonché del *risk management*.

[251] V. Troiano, A. Sacco Ginevri, *The "preparation" function in the new banking legislative framework*, in Open Review of Management, Banking and Finance, 2016, 1. Gli AA. osservano che ciò è funzionale anche all'applicabilità della relativa disciplina. (compresi orientamenti ABE). In argomento anche L. Amorello,

sorveglianza e la segnalazione dei rischi ai quali sono o potrebbero essere esposti, ed adeguati meccanismi di controllo interno, ivi comprese valide procedure amministrative e contabili nonché politiche e prassi di remunerazione che riflettano e promuovano una sana ed efficace gestione del rischio[252].

Si tratta di un obbligo legale di *facere*. A tal proposito, è da condividersi che il mancato adempimento degli obblighi di predisposizione e aggiornamento dei piani potrebbe generare responsabilità per gli amministratori[253]. Deve però configurarsi un danno risarcibile, che potrebbe essere connesso, ad esempio, al pagamento di sanzioni da parte dell'ente (cfr. art. 144 TUB). Più difficile è la configurazione del nesso causale in caso, ad esempio, di predisposizione di un piano incompleto quanto a scenari di rischio. Non sono da escludere altre conseguenze, quali la configurabilità di gravi irregolarità nella gestione, o di giusta causa di revoca[254].

S. Huber, *Recovery planning: a new valuable corporate governance framework for credit institutions*, in Law and Economics Yearly Review, 2014, 3, 296 ss.

[252] Sul punto, ampiamente. M. Rispoli Farina, L. Scipione, *Recovery and resolution planning*, in The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019, 281.

[253] Sono state in particolare ipotizzate azioni di responsabilità da parte di organi di procedure di gestione della crisi successivamente avviate. V., tra gli altri, E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, cit., 19; F. Ciraolo, *Il finanziamento «esterno» delle risoluzioni bancarie. Tra tecniche normative e diritto vivente*, cit., 96 - 97, che, sotto altro profilo rileva il rischio di deresponsabilizzazione dell'organo amministrativo attribuendo in tal modo la responsabilità in capo all'autorità; F. Sartori, *Il sistema bancario nella prospettiva dei nuovi meccanismi di finanziamento*, cit., 10. L'A. richiama anche la problematica della configurabilità di una responsabilità per mancata previsione di un possibile evento patologico. Tuttavia, ciò non pare configurabile alla luce dei poteri di valutazione ed eventuale richiesta di integrazione dell'AC. Quest'ultima, rappresenta una sorta di garanzia della «*non migliorabilità dei piani*».

[254] Interessante notare come anche il TUSPP, art. 14 preveda il mancato adempimento degli obblighi di predisposizione di un piano di risanamento e dei conseguenti provvedimenti necessari come grave irregolarità ex art. 2409 c.c. Sull'inapplicabilità di detta previsione all'impresa bancaria, v. *infra*, § 4.1.

Altro profilo di rilievo ai fini dell'analisi attiene alla vincolatività dei piani per l'impresa che lo ha predisposto e per l'Autorità che lo ha positivamente valutato.

In primo luogo, piani di risanamento non sono vincolanti per l'Autorità in quanto, al ricorrere delle relative condizioni, essa ha la *facoltà* (e non l'obbligo), nel contesto dell'intervento precoce (cfr. art. 69-octiesdecies e art. 69-noviesdecies TUB, v. anche *infra*, § 3.), di richiederne l'attuazione, anche parziale, né per l'ente se non per quanto ne sia imposta l'attuazione da parte dell'AC[255].

Ciò non toglie che essi costituiscano un condizionamento ed un referente per la relativa azione. Invero, in caso di variazione delle condizioni, oltre che in costanza dei presupposti per l'intervento precoce, il piano di risanamento deve essere aggiornato (art. 69-noviesdecies – v. *infra*, § 3.). È inteso che l'aggiornamento valga per il futuro. L'Autorità è inoltre vincolata dall'obbligo di motivazione circa la scelta delle diverse misure.

Stessa valenza assumono nei confronti dell'ente che li ha predisposti. Al ricorrere delle circostanze richieste, anche la decisione, di iniziativa dell'ente, di adottare o astenersi dall'adottare una misura prevista dal piano, «*deve essere comunicata senza indugio*» alla Banca d'Italia (art. 69-octies TUB e art. 9 BRRD, quest'ultima sugli indicatori). È implicita la possibilità che l'AC, ove la banca non abbia ritenuto di agire, ne imponga comunque l'attuazione. Anche in tal caso, il vincolo giuridico è però imposto dal provvedimento amministrativo e non dal piano. Allo stesso modo, è possibile, ove la banca abbia

[255] Ritiene sussistente «*un carattere in qualche modo vincolante*» dei piani potendo essi rappresentare un elemento per l'esperimento di azioni di responsabilità F. Ciraolo, *Il finanziamento «esterno» delle risoluzioni bancarie. Tra tecniche normative e diritto vivente*, cit., 96.

ritenuto di agire, che, la Banca d'Italia richieda l'aggiornamento del piano, come forma di intervento precoce.

Suggerisce la non (piena) vincolatività anche la circostanza che essi debbano prevedere una «*vasta gamma di opzioni di risanamento*» (par. 6 art. 5 BRRD)[256].

La mancata produzione di effetti giuridici direttamente vincolanti è uno dei principali motivi per i quali ci si è chiesto se essi costituiscano più un costo che un'effettiva utilità per l'ente[257]. Tuttavia, oltre quanto osservato, potrebbe obiettarsi che la tenuta di siffatta documentazione di ricognizione e di pianificazione delle possibili azioni da intraprendere in caso di crisi costituisca in generale un dovere del buon imprenditore, in questo caso formalizzato ed inserito nel contesto della vigilanza prudenziale[258]. Ciò a maggior ragione tenuto conto

---

[256] Tra le opzioni di risanamento, è possibile richiamare, tra le più comuni, l'aumento di capitale regolamentare. Così rileva V. Troiano, *Interventi di rafforzamento patrimoniale e assetti proprietari*, in RTDE, 2017, 4 – supplemento, 41 ss., 44, il quale altresì richiama lo studio EBA, EBA *Recovery planning, Comparative Report on Recovery Options*, 2017.

[257] S. De Polis, *Unione Bancaria e gestione delle crisi: un modello di Banca in trasformazioni. Italia e UE a confronto*, Intervento all'Assiom Forex XII Pan European Banking Meeting, in www.bancaditalia.it, 3 ottobre 2014, 11, evidenzia che, anche in presenza dagli oneri organizzativi, i piani non si riducono ad un mero esercizio burocratico o formale, ma strumenti di fondamentale utilità nel contesto dell'impegno richiesto agli intermediari di «*prevenire con tempestività ed efficacia in presenza di segnali premonitori e adottare assetti che non siano di ostacolo, in caso di crisi conclamata, a mettere in atto soluzioni in grado di circoscrivere e aggredire i problemi, preservando la continuità delle funzioni critiche*».

[258] Propone analoga osservazione con riferimento ai programmi annuali di valutazione del rischio di crisi previsti tra le misure di prevenzione dall'art. 6 comma 2 TUSPP, G. D'Attorre, *La governance delle società pubbliche*, in Giur. Comm., 2020, 2, 262 ss.

Coerente con tale impostazione è la previsione di obblighi semplificati ed esenzioni (art. 69-decies TUB; art. 4 e Considerando 27 BRRD). In argomento, v. D. Varani, F. Ielpo, *I piani di risanamento semplificati: indicazioni operative*, in www.dirittobancario.it, Marzo 2017. In argomento, v. anche F. Sartori, *Il sistema bancario nella prospettiva dei nuovi meccanismi di finanziamento*, cit., 8, che richiama opportunamente il principio di proporzionalità. Nella procedura sull'applicazione di obblighi semplificati si verifica peraltro uno dei casi in cui

dell'approccio preventivo di recente sperimentato anche per le imprese industriali con l'introduzione del nuovo Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza (CCII – d.lgs. 14 del 2019), il quale ha, tra l'altro, modificato l'art. 2086 c.c., richiedendo l'istituzione di assetti adeguati anche alla «*rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale*»[259]. Esplicita previsione di sistemi di previsione e rilevazione dei rischi funzionali a procedere ad un intervento preventivo in caso di necessità, è invece prevista con i *programmi annuali di valutazione del rischio* di cui all'art. 6 comma 2 TUSPP, alla luce dei quali possono essere predisposti piani di risanamento (art. 14 comma 2 TUSPP)[260].

Dunque, sembrerebbe, in questo caso, la specialità della fattispecie ha imposto una esplicitazione di un dovere già *in nuce* alla buona gestione. Ciò che tuttavia rappresenta l'elemento di netta distinzione consiste nella sussistenza dei poteri di rimozione degli impedimenti al risanamento (e, si vedrà, alla risoluzione), di cui si dirà subito appresso.

---

l'azione del Comitato è rivolta direttamente alla banca. S. Grünewald, *Judicial control of resolution planning measu*res, cit., 405.

[259] V. tra gli altri, A. Guiotto, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in Il Fallimento, 2019, 4, 409 ss.; V. De Sensi, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in Rivista delle società, 2017, 2-3, 311 ss. Nella stessa direzione si muove la Direttiva UE/2019/1023 (cd. *Direttiva Insolvency*), che ha previsto sistemi di allerta per l'accesso a quadri di ristrutturazione preventiva. Sul punto v. M. Perrino, *Disciplina italiana dell'allerta e Direttiva Insolvency: un'agenda per il legislatore*, in Diritto della crisi, 31 agosto 2021, disponibile al link https://dirittodellacrisi.it/articolo/disciplina-italiana-dellallerta-e-direttiva-insolvency-unagenda-per-il-legislatore; N. Soldati, *La direttiva (UE) 2019/1023 e l'evoluzione delle procedure concorsuali nell'ottica della continuità aziendale e dell'emersione tempestiva della crisi dell'impresa*, in Dir. Comm. Int., 2020, 1, 217 ss.

[260] In argomento v. G. D'Attorre, *La governance delle società pubbliche*, cit.

2.1. Poteri di rimozione di carenze o impedimenti al risanamento ed incidenza sull'organizzazione societaria.

L'AC provvede ad una valutazione circa «*la completezza e adeguatezza del piano*» in conformità dei criteri previsti dal diritto dell'Unione (art. 69-sexies commi 1 e 2), o, più chiaramente, secondo la direttiva (art. 6 par. 2 e 3), la «*ragionevole probabilità*» che l'attuazione del piano e delle relative misure preservi o ripristini la situazione economica e finanziaria, nonché che detta attuazione sia rapida ed efficace, tenuto conto dell'adeguatezza del capitale e della struttura finanziaria alla luce della relativa organizzazione e profilo di rischio.

In caso di esito negativo della valutazione[261], perché emergono «*carenze o impedimenti al conseguimento delle finalità del piano*», sono attribuiti specifici poteri all'AC, ossia: a) richiedere la presentazione di un piano modificato; b) indicare modifiche specifiche da apportare al piano; c) ordinare modifiche da apportare all'*attività*, alla *struttura organizzativa* o alla *forma societaria* della banca o del gruppo[262], o ordinare altre misure necessarie per conseguire le finalità del piano (art. 69-sexies comma 3). La AC pone anche i termini per l'esecuzione.

La peculiarità di tali poteri consiste nel non realizzarsi necessariamente al momento del verificarsi delle condizioni del piano,

---

[261] Sulla valutazione, ampiamente, E. Ricciardiello, *sub art. 69-sexies*, in Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019, 325 ss., il quale evidenzia il passaggio da un potere di controllo non di mera legalità bensì di merito, spec. 325. V. anche Regolamento 1075/2016 cit.

[262] Che comporta anche delle differenze nel significato delle tre fattispecie, in relazione a che si tratti della banca o del gruppo. Sul punto, v. C.L. Appio, *sub art. 69-sexies*, in Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, F. Capriglione (a cura di), Cedam, Padova, 2018, 881.

ma, potenzialmente, nel contesto dell'attività fisiologica della banca, senza che sussistano dunque condizioni di crisi attuali, ma una mera valutazione prognostica della possibile sussistenza di ostacoli all'attuazione futura del piano.

L'obbligo incide dunque sulla libertà d'impresa di cui all'art. 16 della Carta, che risulta necessario ai fini dell'interesse pubblico alla stabilità finanziaria (considerando 24 BRRD). È riproposto tuttavia il cardine e limite a tale attività, individuato nel *principio di proporzionalità* e nel rispetto, in generale, dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [v. *supra*, Capitolo I]. Nella visione del legislatore europeo la limitazione alla libertà d'impresa è necessaria, tra l'altro, «*per evitare che essi crescano a dismisura o assumano rischi eccessivi senza vere la capacità di far fronte alle difficoltà e alle perdite e di ricostituire la base di capitale*» (considerando 24 cit.). È dunque richiamata la tematica del *too big to fail*, ma la compressione delle dimensioni d'impresa può travalicare il limite ordinario ex art. 41 [v. *supra*, Introduzione].

Dei tre poteri, i primi due, pur non vincolanti, non si caratterizzano per "attualità" essendo comunque collegati al contenuto del piano e della futura eventuale esecuzione. Nel primo caso, senza indicarne le modalità di modifica, ma rilevandone solo le carenze[263]. Ne secondo caso prevedendo misure specifiche. I provvedimenti dell'AC si rivolgono agli stessi organi chiamati alla predisposizione dei piani. Al contrario, il terzo consente un intervento "modificativo" anche non ricorrendo le condizioni per l'intervento precoce. Esso si presenta come un potere particolarmente incisivo per l'ampiezza della formula conclusiva, priva di limiti espressi, nonché per collocazione, che suggerisce che potrà trattarsi di "ordini" suscettibili di incidere sugli

[263] Condivisibilmente, C.L. Appio, *sub art. 69-sexies*, cit., 880.

assetti imprenditoriali[264] e, dunque, sul contenuto stesso dell'attività, e sulle modalità di gestione[265].

L'art. 69-sexies impiega l'ampia formulazione: «*ordinare modifiche da apportare all'attività, alla struttura organizzativa o alla forma societaria della banca o del gruppo bancario o ordinare altre misure necessarie per conseguire le finalità del piano*». I contenuti di tali poteri possono trarsi dalla BRRD (art. 6 par. 6): incidenza sull'«*attività*» potrà attenere alla variazione del profilo di rischio o di specifiche linee di *business*; l'incidenza sull'«*organizzazione*», sulla capitalizzazione o struttura di *governance*; sulla «*forma societaria*» richiederà la trasformazione (quest'ultima non prevista dalla direttiva, che comunque ammette misure supplementari previste dalla legislazione nazionale)[266].

Gli eventuali interventi inerenti all'organizzazione ed alla forma societaria potranno avere effetti giuridici diretti anche sui diritti dei soci (basti pensare, ad esempio, ai diversi criteri di allocazione dei diritti di voto tra cooperativa e s.p.a. nel diritto italiano - cfr. art. 30 primo comma TUB), o di fatto (ad es. effetti diluitivi), alterando in entrambi i casi il peso che essi assumono nel contesto dell'assemblea. Peraltro,

---

[264] E. Ricciardiello, *sub art. 69-sexies*, cit., 337 - 338.

[265] Ciò potrebbe trovare comunque un limite nella legalità (sostanziale) dell'azione amministrativa. Per tutti, sulla legalità «sostanziale», R. Guastini, *voce Legalità (principio di)*, in Digesto, 1994.

[266] C.L. Appio, *sub art. 69-sexies*, cit., 880 - 881, da cui le citazioni, intende: per «*attività*», le modalità di esercizio dell'attività di banca universale, che può attenere ad esempio ai rami di *business* e il profilo di rischio; per «*struttura organizzativa*», «*assetti organizzativi propri di un'azienda bancaria e, dunque, in primo luogo, all'articolazione dei sistemi organizzativi interni, con particolare (ma non esclusivo) riguardo alla distribuzione e alla regolamentazione delle divisioni e delle funzioni aziendali più direttamente coinvolte nella "gestione" del credito*» (nel contesto del gruppo, che tale valutazione potrà aver riguardo anche ai rapporti infragruppo); per «*forma societaria*», una trasformazione, da intendersi per il gruppo con riguardo alle singole entità, ma anche sull'organizzazione di gruppo nel suo insieme, se si pensa al caso del gruppo bancario cooperativo.

dalla trasformazione della società deriva una variazione dello statuto legale di quest'ultima, inerente, oltre alla posizione dei soci, a regole relative al capitale, e all'organizzazione sociale, in coerenza con lo scopo, mutualistico o capitalistico.

In tal caso, non è prevista l'esclusione del diritto di recesso, invece contemplata dall'art. 16 d.lgs. 180/2015 per i piani di risoluzione. La specialità dell'eccezione suggerirebbe di ritenerla di stretta interpretazione, sebbene non si veda la ragione di un diverso trattamento. In entrambi i casi, come anticipato, si tratta di interventi su un'impresa non in crisi, ma con finalità meramente prospettiche.

Sebbene non specificato nel diritto italiano, la BRRD impone un ordine nell'attuazione di tali misure. In primo luogo, è richiesto all'ente un parere prima di procedere alla richiesta formale di produrre un piano modificato (par. 5 commi 1 e 2 art. 6). In questo modo l'Autorità non compie direttamente scelte gestionali ma si limita ad approvarle. Solo allora, in caso di inadeguatezza delle misure, comunque sottoposta a valutazione discrezionale dell'autorità, può ingiungere di apportare modifiche specifiche (comma 6), con meccanismo analogo ai piani di risoluzione. V'è da chiedersi come debba essere intesa questa "estensione" dei poteri dell'AC nel diritto italiano. L'art. 1 par. 2 BRRD consente al legislatore di adottare o mantenere disposizioni più rigorose o aggiuntive rispetto alla direttiva purché di applicabilità generale e non in contrasto con la stessa e con gli altri atti dell'UE. La risposta è diversa in base a come si intenda l'espressione «*rigoroso*», in quanto tale è non solo l'incidenza dei poteri sulla banca, bensì anche la procedimentalizzazione, frutto del contemperamento degli interessi. La crescente incisività dei poteri, e il principio di proporzionalità impongono di ritenere che le misure invasive debbano essere applicate solo nel caso in cui non siano sufficienti quelle più «blande» (ad es. in caso di inottemperanza o inidoneità delle misure proposte dalla banca).

Ad ogni modo, tramite rinvio pregiudiziale la questione potrà essere posta all'esame della CGUE.

Sono inoltre richiamati (comma 4) i poteri di vigilanza di intervento, già previsti dagli artt. 53-bis e 67-ter: a) convocare di amministratori, sindaci e personale; b) ordinare la convocazione, rivolta agli organi competenti, degli organi collegiali delle banche, fissando l'ordine del giorno e proponendo l'assunzione di specifiche decisioni (intesa in dottrina attività di *moral suasion*)[267]; c) in caso di mancata ottemperanza al predetto ordine, procedere direttamente alla convocazione; d) emanare di provvedimenti specifici, individuali o generali a contenuto variegato [v. *infra*, nel paragrafo]; e) disporre la rimozione di uno o più esponenti aziendali quando la relativa permanenza pregiudichi la sana e prudente gestione, e salvo che non sia possibile pronunciare la decadenza ex art. 26; f) convocare amministratori, sindaci, personale dei soggetti a cui sono state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti. Sui poteri, in particolare su quelli di *removal*, si tornerà in seguito, nel contesto dell'intervento precoce [v. *supra*, § 3.1.].

Quanto invece ai poteri sub a), b) e c), pur non entrando nel merito delle decisioni di gestione, si tratta di previsioni che limitano i poteri degli amministratori (convocazione e fissazione dell'ordine del giorno; art. 2366 c.c.) ed i diritti degli di voice degli azionisti (convocazione art. 2367). V'è da chiedersi se gli azionisti possano poi deliberare diversamente da quanto proposto dall'Autorità. Ove così fosse la deroga risulterebbe solo sotto un profilo procedimentale; diversamente, ne sarebbe inficiata la competenza ed autonomia decisionale degli organi sociali. L'impostazione legislativa sembrerebbe suggerire una

[267] L. Donato, M. Cossa, *Giocare d'anticipo: crisi bancarie e interventi preventivi dell'Autorità di Vigilanza*, in BIS, 2011, 3, 339 ss., 349.

risposta negativa eventualmente lasciano solo competenze su profili esecutivi o di dettaglio.

Quanto all'ipotesi sub d), è prevista un'enumerazione esemplificativa, comprendente: i) la restrizione delle attività o della struttura territoriale; ii) il divieto di effettuare determinate operazioni, anche di natura societaria, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio, nonché, con riferimento a strumenti finanziari computabili nel patrimonio a fini di vigilanza, il divieto di pagare interessi; iii) la fissazione di limiti all'importo totale della parte variabile delle remunerazioni nella banca, quando sia necessario per il mantenimento di una solida base patrimoniale; iv) per le banche che beneficiano di eccezionali interventi di sostegno pubblico, possono inoltre essere fissati limiti alla remunerazione complessiva degli esponenti aziendali (art. 53-bis comma 1 lett. d). Anche in tal caso si comprimono le competenze dell'assemblea (o del consiglio di sorveglianza in caso di sistema dualistico), in particolare sulla distribuzione degli utili (art. 2433 c.c.) e remunerazione (art. 2389 c.c.).

2.2. Efficacia giuridica dei piani di risoluzione.

Più complessa è la ricostruzione dei piani di risoluzione[268]. Essi non costituiscono documentazione dell'azienda, bensì dell'AR, di cui, nella pratica, l'ente non acquisisce neppure piena conoscenza se non

[268] Sui profili procedurali, SRB, *Introduction to Resolution planning*, September 2016. In dottrina, S. Grünewald, *Judicial control of resolution planning measu*res, cit., 397 ss.

negli esiti al termine della procedura[269]. I piani di risoluzione non sono invero oggetto di *disclosure*[270].

Lo scopo dei piani di risoluzione è prevedere «*le modalità per l'applicazione alla banca delle misure e dei poteri da attivare in caso di risoluzione*» (art. 7 comma 2 d.lgs. 180/2015)[271] ed il contenuto è indicato all'art. 10 BRRD, non richiamate dal decreto[272]. La pianificazione della risoluzione guarda dunque al momento in cui l'ente «*soddisfa le condizioni per la risoluzione*» (dissesto o rischio di

---

[269] A differenza dei piani di risanamento, la predisposizione dei piani di risoluzione è competenza dell'AR, ossia, Comitato o BdI, in base alla menzionata ripartizione di competenze (art. 9 SRMR; in tema, per tutti, L. Scipione, *La pianificazione del risanamento e della risoluzione*, cit.). Nel caso in cui la competenza spetti al Comitato, si tratterà di procedimenti composti (S. Grünewald, *Judicial control of resolution planning measu*res, cit., 396, che evidenzia altresì che le misure possono non solo incidere profondamente sull'operatività ma anche comportare dei costi per l'ente). Il procedimento composto prevede una componente *bottom-up*, in quanto è prevista la possibilità che il Comitato richieda (e fornisca istruzioni) alle ANR per la predisposizione di *progetti di piani di risoluzione* (individuali o di gruppo – art. 8 par. 2 e 3), per quanto concerne le eventuali misure alternative funzionali alla rimozione di impedimenti alla risolvibilità, quando necessario, la competenza è attribuita dell'ANR (comb. disp. art. 10 par. 10 e 11 SRMR e art. 29 SRMR). È comunque previsto l'intervento dei *resolution teams*. Nell'elaborazione è sentita l'AC, nonché le ANR di competenza, per le ragioni di coordinamento più volte menzionate. Inoltre, è regolamentata in maniera puntuale la presentazione delle informazioni da parte degli enti (V. Regolamento di esecuzione UE/2018/1624 sulle procedure e i moduli e modelli standard per la presentazione di informazioni ai fini dei piani di risoluzione, che ha sostituito il precedente UE/2016/1066). Anch'essi sono soggetti ad aggiornamento periodico nonché in caso di «*mutamento significativo della struttura societaria o organizzativa, della attività o della situazione patrimoniale o finanziaria*» (art. 7 comma 4 d.lgs. 180/2015; art. 10 par. 6 BRRD).

[270] FSB, *Public disclosures on resolution planning and resolvability, Discussion paper for Public consultation*, 3 giugno 2019, 2; in dottrina, M. Bodellini, *Impediments to resolvability: critical issues and challenges ahead*, in Open Review of Management, Banking and Finance, 2019, 5, 48 ss., 57;

[271] Come per i piani di risanamento, anche per i piani di risoluzione ne è prevista la possibilità di predisposizione in forma semplificata (art. 11 d.lgs. 180/2015).

[272] L'allegato B BRRD, a differenza dell'allegato A per i piani di risanamento, contiene, sempre in via esemplificativa, informazioni che possono essere richieste agli enti («*almeno le seguenti informazioni*»).

dissesto), una situazione in principio diversa rispetto a quella prevista per i piani di risanamento ma comunque suscettibile di sovrapposizioni (v. *infra*, Capitolo III).

L'analisi può essere svolta parallelamente a quella che precede relativa ai piani di risanamento. In particolare, rilevano la vincolatività dei piani ed i poteri dell'AR di rimozione di impedimenti alla risoluzione [di cui *infra*, § 2.5.]. Diversamente, non rilevano profili legati all'incidenza degli obblighi di predisposizione dei piani, in quanto, come si è detto, si tratta di atto dell'AR. A tal proposito, sussistono a carico degli organi sociali dell'ente, solo obblighi di cooperazione e informazione (art. 9 d.lgs. 180/2015).

Quanto al secondo profilo, anche i piani di risoluzione non producono effetti giuridici vincolanti nei confronti dell'AR. Invero, anch'essi (come i piani di risanamento), prevedono una serie di opzioni per l'applicazione degli strumenti di risoluzione (art. 8 par. 5 SRMR)[273]; ed il Comitato "può" adottare le azioni di risoluzione ivi previste (par. 6). Inoltre, si prevede che in sede di adozione del programma di risoluzione «*il Comitato, il Consiglio e la Commissione tengono conto del piano di risoluzione* […]*, e vi si attengono, salvo che il Comitato ritenga, tenuto conto delle circostanze specifiche del caso, che il conseguimento degli obiettivi della risoluzione risulti più efficace se si adottano azioni non contemplate nel piano di risoluzione*» (art. 23 par. 3 SRMR). Anche da tale disposizione si trae la non piena vincolatività dei piani, potendosene l'Autorità discostare anche sulla base di una nuova valutazione delle modalità più efficaci, senza

[273] Nell'adozione di decisioni di risoluzione, le ANR «*tengono conto del piano di risoluzione* […] *e lo applicano, ameno che non ritengano, alla luce delle circostanze del caso, che gli obiettivi della risoluzione sarebbero conseguiti più efficacemente intraprendendo azioni non previste* […]»

presupporre dunque una variazione delle circostanze ivi previste. Resta fermo l'obbligo di motivazione.

La non vincolatività dei piani, che è fisiologica conseguenza della non attualità delle vicende prospettate induce a suggerire che in realità la funzione primaria di questi ultimi sia fornire un quadro tecnico all'autorità per valutare invece le misure di rimozione degli impedimenti. Nel piano di risoluzione è, invero, valutata la risolvibilità dell'ente, su cui ci si soffermerà in seguito [v. *infra*, § 2.5.]. Gli esiti di tale valutazione possono aprire la strada ad interventi diretti ed immediati indipendenti dalla sopravvenienza del dissesto o rischio di dissesto.

Anche in questo caso, è possibile rinvenire uno strumento vicino nella disciplina del TUSPP nei *piani di riordino e dismissione delle partecipazioni societarie* (annuali e straordinari). La predisposizione è un obbligo a carico dell'Amministrazione, sottoposto a sanzione amministrativa. Essi non sono funzionali alla gestione della crisi, bensì al riordino e razionalizzazione delle partecipazioni a loro volta funzionali al contenimento della spesa pubblica, ed è attività dell'amministrazione partecipante, ma, come i piani di risoluzione, possono condurre a mutamenti nell'organizzazione societaria[274].

2.3. Determinazione e imposizione del requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili.

In tale fase è di rilievo il procedimento composto di computo ed applicazione del *Requisito minimo di fondi propri e passività*

[274] Segnatamente, in caso di rilevazione di condizioni di cui al comma 2 nella revisione annuale ex art. 20, l'Amministrazione deve predisporre un piano di riassetto (razionalizzazione, fusione, soppressione anche tramite messa in liquidazione o cessione) e una relazione tecnica sulle modalità e tempi di attuazione di detto piano.

ammissibili (*Minimum Requirement of Eligible Liabilities* - MREL)[275]. Si tratta dell'obbligo di emissione di un certo ammontare di titoli suscettibili di essere sottoposti a *bail-in* (e *write-down*) onde assicurarne l'azionabilità se necessario [v. *infra*, Capitolo III].

Il MREL, già previsto dalla disciplina previgente, è stato oggetto della riforma apportata dal Pacchetto bancario del 2019, che nasce dalla necessità di evitare applicazioni frammentate del requisito analogo *Total Loss Absorbing Capacity* (TLAC), previsto dal *Financial Stability Board* (FSB) per le banche a rilevanza sistemica globale (*Globally Sistemically Important Financial Institutions* – G-SIBs). In questo modo, i requisiti vengono coordinati a livello europeo, attraverso una fonte di *hard law*[276].

Il MREL si applica a tutte le banche, indipendentemente dalla significatività, requisito è calcolato caso per caso dall'AR secondo le modalità previste dalla disciplina sia per entità singole sia per gruppi (art. 45 BRRD; art. 12 SRMR; Considerando 79 BRRD)[277]. Quando

---

[275] Per una più approfondita analisi critica dei profili tecnici, v. T.H. Tröger, *Why MREL won't help much. Minimum requiremets for bail-in capital as an insufficient remedy for defunct private sector involvement unde the European bank resolution framework*, in EBI Working Paper Series, 2017, 13; M. Lamandini, D. Ramos Munoz, *Minimum requirement for own capital and eligible liabilities (MREL)*, in The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, 2019, 321ss.; Id., *Minimum Requirement for Own Capital and Eligible Liabilities*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, edited by R. D'Ambrosio, n. 88, aprile 2020.

[276] Le previsioni del FSB erano considerate dalla Commissione *soft law*. In argomento v. S. Crosetti, *Verso la BRRD II. Analisi delle proposte di armonizzazione del requisito minimo di passività ammissibili con le indicazioni del Financial Stability Board in materia di Total Loss Absorbing Capacity*, in Amministrazione in cammino, 18 gennaio 2018, 1 ss., 15. V., tra le altre, di FSB, *Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIIBs, in Resolution Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet*, 9 November 2015; FSB, *Guiding Principles on the Internal Total Loss-absorbing Capacity of G-SIBs ('Internal TLAC')*, 6 July 2017.

[277] EBA, *Final Report Draft regulatory technical standards specifying the methodology to be used by resolution authority to estimate the requirement referred*

l'AR è il Comitato, la decisione è attuata dalle ANR, competenti anche al successivo monitoraggio del rispetto del requisito (art. 12 par. 5 SRMR)[278]. Anche detto profilo è d'interesse ai fini dell'analisi, rappresentando un'imposizione in grado di incidere sull'organizzazione imprenditoriale. In fatto, invece, seppur calcolato sulla base delle caratteristiche proprie dei diversi soggetti, l'imposizione del MREL anche ad enti di piccole dimensioni può comportare effetti negativi (ad esempio per difficoltà di collocamento da parte di società non quotate)[279].

La violazione può comportare l'esercizio di svariati poteri che incidono prevalentemente sull'impiego delle risorse della società, ma possono estendersi anche a profili organizzativi. Si tratta (alternativamente o cumulativamente) di: l'attivazione della procedura di rimozione di impedimenti alla risoluzione; ma anche poteri di vietare alcune distribuzioni, ossia remunerazione di strumenti di classe 1, pagamenti di strumenti di capitale aggiuntivo di classe 1, creare un'obbligazione di pagare una remunerazione variabile o benefici pensionistici discrezionali di pagare una remunerazione variabile se l'obbligazione di pagamento è stata creata in un momento in cui l'entità non soddisfaceva il requisito combinato di riserva di capitale; misure di intervento precoce; esercizio di poteri di vigilanza ex art. 104 CRD tra cui esigere che gli enti utilizzino l'utile netto per rafforzare i fondi

---

to in Article 104° of Directive 2013/36/EU and the combined buffer requirement for resolution entities at the resolution group consolidated level for the purpose of etting minimum requirements for own funds and eligible liabilities under Article 45c (4) of the BRRD, EBA/RTS/2020/14, 23 dicembre 2020.

[278] Sui profili procedurali, SRB, *Introduction to Resolution planning*, September 2016. In dottrina, ampiamente, S. Grünewald, *Judicial control of resolution planning measu*res, cit., 401.

[279] Indirizzo di saluto di Ignazio Visco, Workshop organizzato dalla Banca d'Italia «*Il quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie in Europa. Come gestire la crisi delle banche piccole e medie?*», 15 gennaio 2021.

propri, limitare o vietare distribuzioni o il pagamento di interessi ad azionisti, soci e detentori di strumenti di capitale aggiuntivo se il divieto non è un caso di *default*; applicazione di sanzioni amministrative; oltre che una possibile valutazione di dissesto o rischio di dissesto (art. 12-undecies SRMR)[280].

2.4. La valutazione di risolvibilità. Profili discrezionali.

Nell'elaborazione del piano, è svolta dall'AR la *valutazione di risolvibilità* (art. 7 comma 3 d.lgs. 180/2015; art. 8 par. 6 e 9 SRMR), funzionale ad accertare «*in che misura è possibile la risoluzione*», senza tener conto: di forme di sostegno finanziario pubblico straordinario, ad eccezione dei meccanismi di finanziamento della risoluzione; dell'ELA da parte della banca centrale; e dell'assistenza di liquidità a condizioni *non standard* (art. 12 comma 3 d.lgs. 180/2015).

Come anticipato, la valutazione non è vincolante, ma può dover essere nuovamente effettuata, ad es., ma non solo, in caso di variazione nel tempo delle condizioni. È richiamato nella produzione del Comitato, ad esempio, il caso di una crisi lenta e progressiva che abbia già determinato, prima del sopravvenire del dissesto o rischio di dissesto, di un venir meno dell'essenzialità delle funzioni, come in caso

[280] Senza potercisi, per ragioni di coerenza espositiva, soffermare sul dettaglio della disciplina, pare utile richiamare che la disciplina può essere riassunta come segue: gli artt. 12 e 12-bis costituiscono norme-quadro che individuano il ruolo delle autorità/Istituzioni coinvolte, in cui innestare le successive, di dettaglio, e fornire indicazioni interpretative; l'art. 12-ter esenta dall'applicazione gli istituti di credito ipotecario (che non sono peraltro ammessi alla raccolta dei depositi); gli artt. 12-quinquies e sexies riguardano la fase di determinazione; gli artt. 12-septies e octies riguardano le deroghe; gli artt. 12-novies e decies le deroghe per entità non soggette a risoluzione, questa volta non *ex lege*, ma a discrezione del Comitato; l'art. 12-undecies le conseguenze delle violazioni; l'art. 12-duodecies il regime transitorio.

di perdita di clientela[281]. Peraltro, essa, coerentemente con quanto detto in precedenza rispetto ai piani di risoluzione, non è portata a conoscenza degli enti e del pubblico[282].

Ai fini della valutazione «*una banca si intende risolvibile quando, anche in presenza di situazioni di instabilità finanziaria generalizzata o di eventi sistemici, essa può essere assoggettata a liquidazione coatta amministrativa o a risoluzione, minimizzando le conseguenze negative significative per il sistema finanziario italiano, di altri Stati membri o dell'Unione europea e nella prospettiva di assicurare la continuità delle funzioni essenziali*» (art. 12 comma 2 d.lgs., 180/2015; cfr. anche art. 15 BRRD; art. 10 SRMR)[283]. Come è stato già osservato in dottrina, si tratta di una valutazione «*tautologica*», che non fornisce contenuti sufficienti a definirne il contenuto[284].

Ai termini del Regolamento 2016/1075/UE essa si distingue in quattro fasi: a) valutazione della fattibilità e credibilità della liquidazione con procedura ordinaria di insolvenza; b) selezione di una strategia di risoluzione preferenziale; c) valutazione della fattibilità della strategia di risoluzione prescelta; d) valutazione della credibilità della medesima valutazione. Si tiene conto di diverse voci rispetto alle quali si valuta la sussistenza di ostacoli senza, tuttavia, indicare soglie

---

[281] SRB, *Public Interest Assessment: SRB Approach*, par. 24.

[282] M. Bodellini, W.P. De Groen, *Impediments to resolvability What is the status quo?*, In-Depth Analysis Requisted by the ECON Committee, December 2019, 16 ss.

[283] Secondo il Regolamento, la risoluzione è possibile quando è ritenuto «*fattibile e credibile liquidare l'entità con procedura ordinaria di insolvenza oppure procedere alla risoluzione* […] *evitando nel contempo quanto più possibile conseguenze negative significative, comprese situazioni di instabilità finanziaria più ampia o di eventi di livello sistemico, per i sistemi finanziari dello Stato membro in cui l'entità è situata o di altri Stati membri o dell'Unione e nella prospettiva di assicurare la continuità delle funzioni essenziali svolte dall'entità*» (art. 10 par. 3 SRMR). Per il gruppo cfr. par. 4 art. 10 SRMR.

[284] M. Bodellini, *Impediments to resolvabiliy: critical issues and challenges ahead*, cit., 49.

quantitative: struttura e operazioni; risorse finanziarie; informazioni; aspetti transfrontalieri; aspetti giuridici.

Già in tale momento è inoltre effettuata una prima valutazione dell'interesse pubblico, su cui ci si soffermerà maggiormente nel Capitolo III, dove viene indicata una preferenza tra l'impiego della procedura di liquidazione nazionale e la risoluzione (residuale). Dunque, la valutazione di risolvibilità si incentra prevalentemente sulle caratteristiche della procedura nazionale, nel confronto con la risoluzione. Nella decisione di risoluzione e nell'eventuale programma, al verificarsi della crisi, è assunta come base detta valutazione, precisata ed aggiornata alla luce delle condizioni dell'ente e del mercato[285]. Ne deriva che un primo gruppo di impedimenti alla risolvibilità è di natura normativa; cui si affianca un secondo gruppo collegati alle caratteristiche dell'ente[286].

2.5. Rimozione degli impedimenti alla risolvibilità ed incidenza sull'organizzazione societaria.

Il rilievo pratico della valutazione di risolvibilità attiene alla possibilità, qualora l'ente sia ritenuto non risolvibile per «*impedimenti sostanziali*», di esercitare poteri di *rimozione* di questi ultimi[287],

---

[285] SRB, *Public Interest Assessment: SRB Approach*, par. 6 – 20 – 21 – 22.

[286] M. Bodellini, *Impediments to resolvabiliy: critical issues and challenges ahead*, cit., 48.

[287] Emergono chiaramente la portata ed i limiti di principio di tali poteri nel considerando 46 SRMR: «*La pianificazione è essenziale ai fini dell'efficacia della risoluzione. Il Comitato dovrebbe pertanto avere il potere di imporre modifiche alla struttura e all'organizzazione dell'ente o gruppo per prendere le misure che sono necessarie e proporzionate per ridurre o eliminare gli impedienti materiali all'applicazione degli strumenti di risoluzione e garantire la possibilità di risoluzione delle entità interessate*». Quali limitazioni è ivi precisato «[…] *è opportuno limitare il margine di manovra del Comitato alle misure necessarie per semplificare la struttura e le operazioni dell'ente al solo fine di migliorare la possibilità di*

subordinato e limitato alla preventiva valutazione di inadeguatezza e conseguente mancata approvazione delle misure proposte dalla banca (artt. 14 e 15, come modificati dal d.lgs. 193/2021). In questo caso il decreto ha direttamente recepito la procedimentalizzazione.

Nella legge italiana i poteri sono divisi in due gruppi (art. 16 comma 1 e comma 2 d.lgs. 180/2015). Il criterio non trova una giustificazione legata alla disciplina europea dove i poteri sono raggruppati sub art. 17 par. 5 BRRD.

L'Autorità può (art. 16 d.lgs. 180/2015): a) «*modificare o adottare accordi di finanziamento infragruppo, o elaborare contratti di servizio, infragruppo o con terzi, per la prestazione di funzioni essenziali*»; b) «*limitare il livello massimo di esposizione ai rischi, individuali e aggregati*»; c) «*fornire informazioni rilevanti ai fini della risoluzione, anche su base periodica*»; d) «*cedere o dismettere determinati beni o rapporti giuridici*»; e) «*limitare, sospendere o cessare determinate attività, linee di business, vendita di prodotti, o astenersi da intraprenderne di nuovi*» (comma 1); nonché f) «*imporre modifiche alla forma giuridica o alla struttura operativa della banca o di società del gruppo* […]» escludendo anche il diritto di recesso ex art. 2437 c.c. nel caso «*per dare attuazione alle modifiche* [sia] *richiesto il conferimento dell'intera azienda bancaria a una società controllata*»; g) imporre a una società non finanziaria ex art. 65 comma 1 lett. h) TUB di costituire una finanziaria intermedia che controlli la banca; h) imporre di presentare un piano per il ripristino del MREL e, se del caso, del requisito combinato di riserva di capitale aggiuntivo; i) ordinare alla

---

risoluzione»; «[l]*e misure imposte a tale proposito dovrebbero essere inoltre conformi al diritto dell'Unione*»; ed ancora «[è] *opportuno che le misure non comportino discriminazioni, dirette o indirette, per motivi di nazionalità e siano giustificate dalla ragione superiore di applicarle nell'interesse pubblico della stabilità finanziaria*»; infine «*l'intervento dovrebbe limitarsi al minimo necessario per il conseguimento degli obiettivi prefissati*».

banca di emettere passività ammissibili o adottare altre misure per rispettare il requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili ex art. 50, anche attraverso trattative per modificare le clausole applicabili a passività già emesse al fine di consentirne la riduzione o conversione; j) imporre di modificare il profilo di durata degli strumenti di fondi propri, d'intesa con l'AC, e delle passività computabili per assicurare il rispetto del MREL (comma 2).

Dunque, anche in tal caso, si tratta di poteri di intervento che attengono sia a profili organizzativi della società (sub c), f), g), h), i)), sia al merito imprenditoriale (sub a), b), d), e), h), i), j))[288], su cui possono formularsi alcune osservazioni. Segnatamente, nel caso sub a) si possono imporre obblighi di supporto alle altre società del gruppo (reciproci o meno), che seguono la procedura regolata dagli artt. 69-duodecies ss. TUB[289], incidendo sui poteri gestione degli amministratori e di disposizione *durante societate* delle risorse della società da parte dei soci. Altrettanto può dirsi della fattispecie sub b), d) ed e), che limitano nel merito la gestione del *business*, di competenza degli organi di amministrazione.

---

[288] Suggerisce, con riferimento all'ampiezza di detti poteri, un possibile ritorno «*in grande, alla cd. vigilanza strutturale*», V. Santoro, *Prevenzione e risoluzione delle crisi bancarie*, in www.regolamentazionedeimercati.it, 5.

[289] Mi sono occupata del tema in G. Marra, *Gli accordi di sostegno finanziario di gruppo ex artt. 69-duodecies ss. t.u.b.: spunti critici e questioni aperte*, in Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale, 2020, 1, 231 ss., a cui sia consentito. V. inoltre, A. Sacco Ginevri, *L'incidenza degli accordi di sostegno finanziario infragruppo sull'evoluzione della struttura organizzativa bancaria*, in RTDE, 2016, 4, 77 ss.; S. Bonfatti, *La disciplina delle situazioni di crisi degli intermediari finanziari. Il quadro d'insieme e le misure preparatorie. In particolare, il sostegno finanziario di gruppo*, in Quaderni di Diritto Bancario, 2, 2020; E. Ricciardiello, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella direttiva 2014/59/UE*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016, 445 ss.; M. Lamandini, *Gli accordi di sostegno finanziario nel gruppo bancario, in La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, V. Troiano, G.M. Uda (a cura di), Cedam, Padova, 2018; C.L Appio, *Sugli accordi di sostegno finanziario infragruppo bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, 719 ss.

Il potere sub c), si concreta in un ampliamento degli obblighi di *disclosure* sono sensibilmente più ampi rispetto alle imprese di diritto comune, generalmente realizzate attraverso la pubblicazione nel registro delle imprese (v. ad es. 2428; 2435; 2497-bis ecc. c.c.), che si aggiungono alla vigilanza informativa (art. 51 TUB).

Nell'esercizio del potere sub f), in caso di conferimento dell'intera azienda bancaria ad una società controllata ai soci non spetta il diritto di recesso (esclusione automatica, non lasciata alla discrezionalità dell'AR). L'esercizio del potere è limitato dalla funzione, esplicitata dalla lettera, di assicurare che, in caso di risoluzione, le funzioni essenziali possano essere separate dalle altre (art. 16 par. 2 lett. a d.lgs. 180/2015). Tuttavia, ai termini dell'art. 2437, il trasferimento d'azienda non è contemplato tra le ipotesi legittimanti il diritto di recesso a seguito della riforma del 2003. La disposizione può essere letta come limite all'autonomia statutaria delle società non quotate di prevedere ulteriori cause di recesso ex comma 4; nonché intendendo il trasferimento dell'intera azienda bancaria come modifica implicita (o di fatto) dell'oggetto sociale. Nel diritto comune si porrebbe peraltro la tradizionale questione delle *competenze implicite* dell'assemblea di s.p.a. sugli interessi primordiali dei soci, per valutare la competenza di quest'ultima rispetto all'organo di amministrazione per le decisioni sulla cessione d'azienda[290], e con conseguenze sulla

[290] Per ampi riferimenti sui diversi orientamenti, v. G.B. Portale, N. De Luca, *Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*, in Riv. Dir. Comm., 2020, 1, 39 ss. Si sofferma sulla particolarità, a tali fini della cessione d'azienda, V. Calandra Buonaura, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Sezione IV, Tomo, 4.VI, Trattato di Diritto Commerciale, V. Buonocore (fondato da), R. Costi (diretto da), Giappichelli, Torino, 2019, 63, il quale, pur aderendo alla tesi della competenza degli amministratori, considera la cessione un atto di tale rilievo da tradursi in una modifica dell'oggetto sociale, di competenza dell'assemblea. L'unica eccezione sarebbe costituita dalla coesistenza della cessione

configurazione del diritto di recesso. In questo caso, invece, l'imposizione dell'Autorità sembra suggerire la competenza dell'organo amministrativo, in quanto l'intervento dei soci risulterebbe inutile, trattandosi di transazione imposta, che imporrebbe solo maggiori oneri se realizzata attraverso la convocazione dell'assemblea, sia in quanto è escluso il diritto di recesso. Gli amministratori resterebbero comunque incaricati (e responsabili) per le modalità di attuazione dell'ordine amministrativo. Il diritto di recesso è, come è noto, una delle principali prerogative del socio, quale contemperamento del principio maggioritario ed espressione della libertà contrattuale dell'investitore di rischio (alla luce della natura del contratto di società come contatto di durata). Esso, tuttavia trova nel caso dell'impresa bancaria deroghe che non si limitano alla disciplina della crisi. È noto il dibattito sorto attorno all'art. 28 comma 2-ter del TUB, introdotto dal d.lgs. 3 del 24 gennaio 2015, convertito in l. n. 33 del 24 marzo 2015 (*Riforma delle banche popolari*), relativo alla trasformazione delle banche popolari, dove, tuttavia, a differenza della fattispecie in oggetto era limitato il diritto di rimborso, comunque ritenuto legittimo in giurisprudenza[291]. Al contrario, in questo caso, dalla formulazione della

---

con l'acquisto di un'altra azienda che consenta di mantenere il medesimo oggetto sociale.

[291] V. anche Capitolo III. Senza pretese di esaustività, v. M. Speranzin, *Voce bail-in*, in Digesto commerciale, 2017; L. Boggio, *Proprietà azionaria e diritto societario speciale (bancario): limiti al rimborso*, in Giur. It., Novembre 2018, 2395 ss.; F. Fiordiponti, *Le aspettative restitutorie di azionisti e creditori ai tempi del bail-in*, in AGE, 2016, 2, 527 ss.; B. Inzitari, *La misura precauzionale della limitazione del rimborso della quota nella trasformazione delle banche popolari*, in Fallimenti e società.it, 2017, M. Lamandini, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte costituzionale*, in Le Società, 2017, 2, 140 ss.; M. Maugeri, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in Riv. Soc., 2016, 6, 991 ss.; Id., *Trasformazione delle popolari e limiti al rimborso delle azioni: frammenti di un diritto costituzionale delle società bancarie*, in Rivista ODC, 2018, 3, 1 ss. Id., *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in Riv. Soc., 2016, 6, 991 ss.; G. Romano, *Recesso e limiti al rimborso*

norma risulta chiara l'esclusione *in toto* del diritto che impone al socio la permanenza nella compagine. È opportuna la precisazione in quanto l'effetto è prodotto dalla delibera, pur imposta, che è iscritta.

Ancora, le ipotesi sub g), h), i) e j) possono comportare l'alterazione della compagine sociale, in termini di effetti diluitivi, o in relazione all'emissione di strumenti che contemplino specifiche prerogative in grado di alterare gli equilibri interni, o ancora, effetti sulle risorse a disposizione della società. Non è peraltro chiaro cosa si intenda per trattative e quale ruolo l'Autorità avrebbe nelle stesse.

3. Le misure di intervento precoce.

Le *misure di intervento precoce*, connesse sia con la fase di pianificazione del risanamento che con la crisi vera e propria, mirano a evitare uno stato di crisi irreversibile tale da non lasciare alternative alla risoluzione[292]. La competenza all'attivazione di misure di intervento precoce è di regola attribuita all'AC, salvo il potere dell'AR, comunque informato insieme alla Commissione delle misure adottate, di contattare potenziali acquirenti per preparare ugualmente la risoluzione (art. 13 SRMR). Diversamente, qualora competente, il Comitato può imporre all'ANR di predisporre un *programma preliminare di risoluzione* (art.

---

delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di capital maintenance e "principio" dl bail-in, in Riv. Soc., 2017, 1, 1 ss.; A. Cremone, *Recesso soci di banche popolari: tra legittimità costituzionale e scelte di politica economica (commento a C. cost. 15 maggio 2018 n. 99)*, in federalismi.it, 19 dicembre 2018; A. Sacco Ginevri, *Il recesso del socio nelle banche cooperative*, in NGCC, 2016, 11, 1502 ss.; A. Urbani, *Brevi considerazioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio nella riforma della disciplina delle banche popolari*, in Ricerche giuridiche, 2015, 4, 1, 1 ss. In generale, sul diritto di recesso, v. da ultimo, P. Piscitiello, *Recesso organizzativo e diritti patrimoniali del socio uscente dalla s.p.a.*, Giappichelli, Torino, 2018.

[292] L. Di Brina, D. Rossano, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, cit., 469. Inoltre, in proposito v. Considerando 40 BRRD.

13 cit.)[293]. La disciplina non fornisce indicazioni sul documento, che, tuttavia, non assume efficacia vincolante, ma rappresenta una traccia per la predisposizione del successivo programma, basato sulla valutazione dell'esperto [v. *infra*, Capitolo III].

La legge distingue due categorie di presupposti a cui sono abbinate altrettante categorie di interventi, che si pongono in parziale sovrapposizione[294]. La prima è il caso di violazione dei requisiti del Regolamento CRR; della Direttiva CRD (come attuata), o ancora del titolo II della Direttiva MIFID II, o degli artt. da 3 a 7, da 14 a 17, 24, 25, 26 Regolamento MIFIR[295], o comunque se ne preveda la violazione in ragione di un «*rapido deterioramento della situazione della banca o del gruppo*». Il rapido deterioramento è indice più ampio ed elastico rispetto alle specifiche violazioni, che sono comprese ed assorbite, in quanto è sufficiente che in ragione di quest'ultimo se ne preveda la violazione futura. Dunque, ad essere effettivamente rilevante per l'intervento precoce è proprio il significativo deterioramento.

Anche in questo caso, non solo i margini ampi dettati dalla natura prognostica della valutazione, oltre alla pluralità di interventi che sono

---

[293] Sotto un profilo delle fonti normative, è questo uno dei casi di non sovrapposizione tra BRRD e SRMR, in quanto la disciplina è essenzialmente contenuta nella prima. Il Regolamento si limita a cenni di coordinamento con il Comitato per l'attivazione di misure di competenza dell'AR (art. 13 SRMR).

[294] In argomento, v, anche EBA, *Orientamenti sulle condizioni che attivano il ricorso all'intervento precoce ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 4, della direttiva 2014/59/UE*, (EBA/GL/2015/03) del 29 luglio 2015. A questi fini rileva il Processo di Revisione e Valutazione Prudenziale (SREP). In argomento, e rispetto all'ampliamento dei poteri dell'AC dopo la crisi C. Brescia Morra, *Gli azionisti delle banche hanno ancora diritti soggettivi nell'era del bail-in?*, cit., 69 ss. V. anche art. 97 CRD, e *Orientamenti riveduti sulle procedure e sulle metodologie comuni per il processo di revisione e valutazione prudenziale (SREP) e sulle prove di stress di vigilanza che modificano l'orientamento ABE/GL/2014/13 del 19 dicembre 2014*, (ABE/GL/2018/03 del 19 luglio 2018), su cui di recente è stata svolta una consultazione per l'aggiornamento.

[295] Come specificati negli Orientamenti ABE sulle condizioni che attivano il ricorso alle misure di intervento precoce (EBA/GL/2015/03) del 29 luglio 2015.

lasciati alla scelta dell'Autorità, induce a costruire la valutazione di quest'ultima come caratterizzata da una componente tecnica e una componente di discrezionalità pura. In questi casi, possono essere disposte le misure di cui all'art. 69-noviesdecies ossia: a) imposta l'attuazione, anche parziale del piano di risanamento, fissandone un termine; b) nonché l'eliminazione delle cause che giustificano l'intervento precoce; c) richiedere l'aggiornamento del piano, o la preparazione di un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni creditori[296] secondo quanto previsto dal piano di risanamento ovvero, ancora, di modificare la forma societaria (comb. disp. comma 1 e 2). Dall'art. 69-vicies risulta altresì la possibilità di esercitare poteri di vigilanza informativi e ispettivi, nonché per procedere successivamente alla risoluzione o ad altre misure di gestione della crisi. A tal fine, restano necessari i presupposti ulteriori previsti dalla legge (ad es. accertamento del dissesto o rischio di dissesto – v. *infra*, Capitolo III). Operativamente, l'attuazione di misure connesse al piano può già in questa fase concretarsi nell'imposizione autoritativa di ristrutturazione dell'impresa.

La seconda ipotesi ricorre quando «*risultano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie*» o «*gravi irregolarità nell'amministrazione*» o ancora «*quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo*»[297]. In tal caso, gli strumenti a disposizione sono la

[296] Non è chiaro il generico riferimento legislativo. Sembrano tuttavia compresi gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall. In argomento, ampiamente, B. Inzitari, *La disciplina delle crisi nel testo unico bancario*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, n. 75, marzo 2014, 134 ss.

[297] Sulla distinzione tra *gravi violazioni* e *gravi irregolarità*, già anteriormente alla riforma, è stato suggerito in dottrina che le seconde costituiscano una categoria più ampia che può avere come conseguenza delle «*gravi difformità dalle regole di una gestione funzionale*» nell'attività, sebbene non a causa di violazioni di norme.

rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza (art. 69-vicies-semel)[298]. È inoltre specificato quale ulteriore requisito che gli interventi indicati dalla lett. a) dell'art. 69-octiesdecies [v. *supra*, nel paragrafo] o i poteri previsti dagli artt. 53-bis e 67-ter [v. *supra*, § 2.1.] non siano sufficienti a porre rimedio alla situazione[299].

Tale ultima previsione non è di semplice interpretazione letterale, sia per l'impiego della congiunzione disgiuntiva («*o*») sia per l'incertezza sulla situazione, in particolare per il richiamo al deterioramento significativo. La direttiva (art. 28), suggerisce che tali misure vadano intese in generale in via subordinata rispetto a quelle sub lett. a), realizzando una forma di gerarchia. In effetti, dalla pratica delle vicende di crisi, è di difficile configurazione una crisi di legalità non accompagnata da una situazione patrimoniale o finanziaria «patologica»[300].

Poiché i piani di risanamento sono stati già discussi, ci si concentrerà in seguito prevalentemente sulla seconda categoria di misure, i poteri di rimozione coattiva.

Così R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, V ed., 774, richiamato da M. Maltese, *sub art. 69-octiesdecies*, Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, F. Capriglione (a cura di), Cedam, Padova, 2018, 693, ove altri riferimenti.

[298] Per la nozione di alta dirigenza v. art. 69-bis comma 1 lett. a) TUB, il quale comprende «*il direttore generale, i vice-direttori generali e le cariche ad esse assimilate, i responsabili delle principali aree di affari e coloro che rispondono direttamente all'organo amministrativo*».

[299] Gli artt. 53-bis e 67-ter sono stati introdotti in attuazione dell'art. 104 CRD con il d.lgs. 15 maggio 2015 n. 72.

[300] L. Donato, M. Cossa, *Giocare d'anticipo: crisi bancarie e interventi preventivi dell'Autorità di Vigilanza*, cit., 342, richiama la generale connessione tra irregolarità di gestione e crisi di natura patrimoniale della banca.

3.1. (*Segue*): i poteri di *removal* come alterazione del rapporto fiduciario tra assemblea e amministratori.

Nel diritto comune societario, il rapporto intercorrente tra amministratori e assemblea è di natura fiduciaria. Ne derivano le competenze di quest'ultima relativamente alla nomina, alla revoca, e alla determinazione dei compensi dei gestori[301]. La competenza di revoca degli amministratori nominati è irrinunciabile ed inderogabile[302]. Una forma di alterazione si verifica ai sensi dell'art. 2449, che ammette la nomina e revoca di amministratori nominati da soci enti pubblici, ma non nei confronti dei membri dell'organo di amministrazione nominati dai soci «privati». Nel caso dell'impresa bancaria, invece, l'azione dell'Autorità, che non è parte della compagine sociale, interviene sul rapporto fiduciario tra amministratori e soci, determinando una contaminazione tra interesse privato dei soci e interesse pubblico, già nella fase di fisiologica gestione dell'impresa, attraverso i poteri (ablativi) di rimozione (*removal*) nel contesto dell'intervento precoce e di approvazione delle nuove nomine[303]. Invero, maggiore è l'incisività dei poteri, e maggiormente potrebbe

---

[301] Per tutti, G. Visentini, *Dell'amministrazione della società per azioni*, cit., *passim*, e spec. 42 ss.

[302] F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1985, 59; Id., *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, UTET, Milano, 2013, 48; G. Frè, *Sub art. 2383*, in Società per azioni. Artt. 2325 – 2461, Commentario del Codice Civile, A. Scialoja, G. Branca (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1982, 447.

[303] Sulla progressiva introduzione degli strumenti, ampiamente, L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, in RTDE, 2019, 1, 80 ss., 97 ss. Pur successivamente eliminato con l'art. 181/2015, il decreto di attuazione della CRD IV aveva introdotto già gli artt. 70-bis e 98-bis, una forma di rimozione collettiva. Sul punto, con osservazioni circa un «*improprio impiego*» della delega, A. Antonucci, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, in Banca Impresa Società, 2016, 1, 39 ss., 43 – 44.

ritenersi sussistente quella situazione di «*eterodirezione*», da taluni rilevata, in grado di condizionare sia la permanenza in carica degli organi, sia l'autonomia privata nella scelta dei nuovi[304].

I primi, previsti all'art. 69-vicies-semel vanno coordinati con altre disposizioni, rispettivamente, di maggiore e minore gravità, sia quanto ai presupposti che all'incidenza delle misure sul rapporto fiduciario. Le opzioni che si prospettano all'AC sono: a) la revoca ex art. 26 TUB, (per difetto di idoneità[305] o cumulo di incarichi); b) il *removal* individuale; c) il *removal* collettivo; d) la nomina di un commissario in temporaneo affiancamento; e) l'amministrazione straordinaria. È da comprendere il coordinamento tra i vari poteri, su alcuni dei quali ci si soffermerà diffusamente nei paragrafi che seguono.

Gli artt. 53-bis e 67-ter si occupano di *removal* individuale (sub lett. e), di uno o più esponenti aziendali[306]. Si tratta di poteri di vigilanza di intervento, esercitabili anche al di fuori dell'intervento precoce quando la permanenza in carica degli esponenti «*sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione*» (per l'enumerazione delle ulteriori misure, v. *supra*, § 2.1.)[307] e, dunque, sulla base di una valutazione *ex ante*

---

[304] L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 117.

[305] Cioè dotati di requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza; che soddisfano criteri di competenza e correttezza e dedichino sufficiente tempo all'incarico da garantire la sana e prudente gestione (comb. disp art. 26 comma 1 e 2 TUB).

[306] L'art. 26 cit. definisce esponenti aziendali come «*i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo*» presso la banca. Solo recentemente è stato emanato il decreto n. 169 del 23 novembre 2020 in G.U. del 15 dicembre 2020. In argomento v. anche Linee Guida EBA-ESMA sulla valutazione di idoneità dei membri dell'organo di gestione e dei titolari di "funzioni chiave", 2017 e BCE, *Guida alla verifica dei requisiti di professionalità e onorabilità*, 2017.

[307] Dunque, non limitate ad un «*semplice giudizio di "disvalore" dell'esponente interessato*» quanto piuttosto alla più grave situazione in cui si producano effetti negativi sulla sana e prudente gestione. Così F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali*

legata al possibile verificarsi di un pregiudizio e non necessariamente *ex post* rispetto ad una violazione[308], e sempre che non ricorrano gli estremi per la decadenza ex art. 26 TUB, salvo casi di urgenza[309]. Sembra intesa la competenza in via prioritaria del consiglio (comma 5)[310], salvo il potere di Banca d'Italia di intervenire qualora nell'ambito delle analisi compiute risultino le predette cause ed «*anche per ridurre al minimo gli oneri*» sulla banca (comma 6). In entrambi i casi, è richiamata la clausola generale della *sana e prudente gestione*.

La decadenza è prevista per i casi di inidoneità o violazione dei limiti al cumulo di incarichi; ed è pronunciata dall'organo di appartenenza (o dall'organo competente per la nomina in caso di soggetti non appartenenti a loro volta ad un organo) entro trenta giorni dalla nomina o dall'avvenuta conoscenza della circostanza legittimante in caso di sopravvenienza (comma 5). Dunque, si tratta di un novero di presupposti più puntualmente dettagliato, anche rispetto a quelli più ampi dell'art. 53-bis («*quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione*»)[311]. Dunque, salvo i casi in cui la Banca d'Italia intervenga con proprio provvedimento, la

---

di banche e intermediari, in Regole del mercato e mercato delle regole, Atti del convegno di Venezia, 13-14 novembre 2015, Milano, 2016, 528.

[308] G. Giordano, *sub art. 53-bis*, in Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019, 265, che ricorda anche che è esclusa la comunicazione di avvio del procedimento e la partecipazione allo stesso (richiamando Tar Lazio, 7 agosto 2018, n. 8868).

[309] Come attenta dottrina ha osservato la BRRD prevede sia un potere di *removal* collettivo che individuale. La scelta del legislatore, pur coordinandosi con i poteri previsti dalle predette norme, rappresenterebbe pertanto un'attuazione dell'art. 1 par. 2, che consente ai legislatori nazionali di attuare dette previsioni in maniera più restrittiva. Sul punto, v. A. Antonucci, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, cit., 46.

[310] F. Ciraolo, *La Banca d'Italia e il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, in BIS, 2016, 1, 51 ss., 58.

[311] In questo senso, Id., *La Banca d'Italia e il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, cit., 58.

decadenza svuota il rapporto fiduciario con l'assemblea, che è privata del potere di decisione, ma non altera la procedura.

Al contrario l'art. 69-vicies-semel si occupa di rimozione collettiva, ossia di tutti i componenti[312]. La rimozione collettiva è più grave e, quindi, residuale[313], fermo che quella individuale mantiene una più ampia base di azione (anche nel caso in cui i presupposti per l'intervento precoce non sussistano). La rimozione è diretta e non presuppone un passaggio per gli organi sociali, se non ai fini del rinnovo («*dispone la rimozione e ordina il rinnovo*» - art.69-vicies-semel; analogamente anche gli artt. 53-bis e 67-ter).

Le diverse azioni sono graduate in termini di gravità ed incisività sull'organizzazione societaria: l'Autorità deve pertanto effettuare una valutazione di proporzionalità nella selezione ed attuazione. La discrezionalità nella scelta della rimozione collettiva tra le varie misure, ampliata dai contorni sfumati[314], si risolve non solo nell'accertamento di presupposti preesistenti, quanto in una valutazione «prognostica» circa gli effetti della rimozione, che, per giustificare il provvedimento

---

[312] Si condivide l'opinione secondo cui, essendo prevista autonoma misura per il *removal* collettivo, il *removal* individuale (letteralmente di «*uno o più*» componenti), non include la rimozione di tutti i componenti, in quanto autonomamente regolato dal TUB. V. F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 530.

[313] In dottrina è stato osservato giustificarsi con motivi di opportunità, quali, limitare il rischio di contestazioni. A. Antonucci, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, cit., 42.

[314] F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 532; L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 108 evidenzia che, pur alla luce di una chiara gradualità sul piano del diritto, «*l'applicazione concreta ipotizzata dalla disciplina sembra ispirata a criteri più sfumati, ancorata non tanto ai presupposti quanto agli effetti attesi dall'adozione dell'una o dell'altra misura*». Sulla discrezionalità nella scelta v. altresì F. Ciraolo, *La Banca d'Italia e il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, cit., 72

meno invasivo, deve essere in grado di «*porre rimedio alla situazione*»[315].

La diversa collocazione normativa del *removal* individuale e collettivo potrebbe non determinare conseguenze sul piano operativo: la circostanza che essi siano congiuntamente regolati dalla direttiva suggerisce la possibilità di applicazione estensiva delle relative disposizioni coerenti con il dettato europeo, per quanto compatibili (ad esempio, alla decorrenza del termine - v. *infra*, § 3.1.1.).

È da segnalare un problema di coordinamento tra le misure previste, rispettivamente, sul piano europeo e nazionale[316]. Un potere di *removal* è invero attribuito dall'art. 16 par. 2 lett. m) SSMR (e Considerando 46) alla BCE. La previsione è tuttavia molto scarna e lascia aperti numerosi interrogativi, tra cui l'applicabilità alle sole banche *significant*, o a tutte le banche[317].

Sebbene dottrina maggioritaria affermi che il potere di *removal* di cui al TUB corrisponda a quello previsto dal citato art. 16[318], parrebbe che il SSMR attribuisca in generale i poteri su tutti gli enti,

---

[315] Così osserva F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 532.

[316] In argomento, v. A. Antonucci, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, cit., 41.

[317] In argomento, v. A. Antonucci, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, cit., 40 - 41, che rileva il mancato richiamo nell'ambito dei provvedimenti ex artt. 102-104 CRD. Limita altresì i poteri di *removal* previsti dal TUB per la Banca d'Italia alle sole banche *less significant*, L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 100.

[318] Ai fini dell'impiego delle misure di vigilanza e di intervento precoce su soggetti meno significativi ai sensi del TUB rilevano altresì gli artt. 97 ss. Regolamento 468/2014 della BCE che impongono obblighi informativi a carico dell'ANC nei confronti di quest'ultima. In proposito, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che gli obblighi informativi ex art. 97 e 98 Regolamento 468/2014 hanno una «*funzione meramente conoscitiva nell'interesse della BCE e non possono rilevare come vizi di legittimità del provvedimento finale*» (così TAR Lazio n. 1627 del 1 febbraio 2017).

successivamente articolati (lo si trae dal combinato disposto con l'art. 4 par. 1, anche richiamato per il tramite dell'art. 9). In altri termini, per le banche significative le due norme concorrono: la BCE applicherà anche il TUB secondo quanto previsto dal SSMR (art. 4 par. 3). Diversamente, sarebbe difficilmente giustificabile una disparità di trattamento.

3.1.1. (*Segue*): problemi di coordinamento con il diritto societario comune.

I poteri di rimozione incidono sull'organizzazione societaria e sui diritti dei soci alla «*conservazione della governance*» nonché degli amministratori, al punto che è stato affermato che i relativi diritti degradino a interessi legittimi[319]. Oltre a determinare, sul piano di principio, un'alterazione dei rapporti fiduciari tra assemblea e amministratori, generano inoltre importanti problemi di coordinamento con il diritto societario, per lacune della disciplina speciale, che devono essere colmate ricorrendo a principi e norme di diritto comune, nonché dall'autonomia statutaria dell'ente[320].

---

[319] Così L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 112, da cui si cita.

[320] Richiama il tema dell'incidenza delle previsioni statutarie F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 529, 532. In particolare, è applicabile lo statuto speciale delle società quotate, che prevede, tra l'altro, l'obbligatorietà del voto di lista (art. 147-ter TUF).

Il provvedimento fissa la data da cui decorrono gli effetti della rimozione[321]; è contenuto obbligatorio[322]. Dalla disposizione si può trarre che gli effetti possono non essere immediati (art. 69-vicies-semel, comma 2 TUB)[323]. Tuttavia, tale conclusione pone dubbi sulla circostanza che il provvedimento sia preferito (indirettamente) alla decadenza ex art. 26 (pronunciata entro trenta giorni dalla conoscenza dei presupposti) solo quando vi siano ragioni di *urgenza*.

L'effetto voluto dall'Autorità è la discontinuità nella gestione, che può generare, quale rischio principale, la paralisi della stessa. È invero aperto il problema dell'eventuale situazione di stallo generata dalla rimozione. Nel caso in cui essa sia parziale il rischio è limitato alla presenza di clausole statutarie del tipo *simul stabunt simul cadent* (art. 2386 comma 4 c.c.), per cui si potrebbe ugualmente verificare, seppur non d'imperio, ma per via contrattuale, la decadenza dell'intero organo[324]. Diversamente, non pare subire alterazioni l'istituto della cooptazione sino alla nuova assemblea (art. 2386 c.c.). Maggiori rischi

---

[321] Sul punto L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 112, rileva che il potere di iscrizione è l'unico a sopravvivere alla cessazione degli organi, in quanto necessario a perfezionare la decadenza nei confronti dei terzi.

[322] Sebbene sia stato ipotizzato in dottrina che la mancata indicazione attribuisca efficacia immediata. Così L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 106.

[323] È stato suggerito che essi possano altresì essere differiti o cadenzati (A. Blandini, *Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, in Riv. Trim. Dir. Econ., 2019, 1, 31 ss., 44; L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 109). In proposito, inoltre, F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 529, precisa che, in tal caso «*è probabile che si debba riconoscere al provvedimento natura ricettizia, e, pertanto, la rimozione dovrebbe essere efficace dal momento in cui il provvedimento stesso è giunto a conoscenza della società e dell'esponente*».

[324] L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenza nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 111.

possono verificarsi in caso di rimozione collettiva, nel qual caso, peraltro, detto istituto non potrebbe trovare applicazione in quanto postula la permanenza in carica della maggioranza degli amministratori nominata dall'assemblea (art. 2386 comma 1).

Una prima soluzione consiste nell'applicabilità del regime di *prorogatio* previsto dall'art. 2385 c.c.: la cessazione avrebbe effetto solo dal momento della ricostituzione del consiglio[325]. Ciò risulta, tuttavia, non solo contrario alla lettera della legge, ma anche ai fini degli obiettivi di «discontinuità» della gestione che ispirano l'azione dell'Autorità e l'urgenza che può connotarla. Diversamente, è stata condivisibilmente suggerita la competenza dei sindaci supplenti per gli atti di ordinaria amministrazione (art. 2386 comma 5 c.c.)[326]. Non sembra possibile, peraltro, che in caso di rimozione collettiva degli organi di amministrazione e controllo debbano essere coinvolti i sindaci supplenti. Questi ultimi, invero, oltre a non essere operativamente attivi, non sono neppure componenti dell'organo fintanto che non sostituiscano i membri ordinari (cfr. comb. disp art. 2397 e 2401 c.c.).

Nella pratica, il problema è stato risolto diversamente, nel caso del Credito di Romagna, dove è stata disposta la rimozione degli organi di amministrazione con efficacia differita sino all'insediamento dei nuovi e nomina di un commissario in temporaneo affiancamento per lo stesso periodo[327]. La soluzione è opportuna e coniuga i due diversi

---

[325] Contrario all'applicazione della *prorogatio*, una volta decorso il termine L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 109. Di diverso avviso, F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 532.

[326] L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenza nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 111 - 112, sub nota 26, per la convocazione dell'assemblea.

[327] Provvedimento della Banca d'Italia del 28 giugno 2016, e comunicato pubblicato in G.U. n. 187 dell'11 agosto 2016. In dottrina, ampiamente, F. Ciraolo, *Il*

interessi, ma è limitata ai casi in cui il provvedimento amministrativo regoli la gestione *medio tempore*. Il problema resta aperto e dunque persiste la necessità di una soluzione nel caso di silenzio dell'Amministrazione.

Il provvedimento convoca inoltre l'assemblea con all'ordine del giorno la nomina dei nuovi organi[328]. Ciò non è previsto espressamente con riferimento all'art. 53-bis, sebbene possa ritenersi esteso, alla luce del comune fondamento delle misure nella BRRD, che rimane silente sul punto rinviando al diritto nazionale. Anche non aderendo a tale soluzione, sembrerebbe che la nomina sia promossa dall'Autorità[329], e, pur in assenza dell'approvazione (come per l'intervento precoce), sia ipotizzabile che nella pratica avvengano scambi e coordinamenti, onde evitare ulteriori rimozioni.

Non è precisato, al pari dell'art. 2367 comma 2 c.c. per la convocazione da parte del Tribunale, il potere di indicare un soggetto che svolga le funzioni di presidente dell'assemblea convocata per la nomina dell'Autorità. In tal caso, sopperirà il diritto comune e statutario: la presidenza dell'assemblea spetta alla persona designata dallo statuto se non destinataria del provvedimento di rimozione o eletta ex art. 2371, per mancato richiamo o riproposizione del disposto dell'art. 2367 comma 3 c.c.[330].

---

removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a., in Rivista di diritto bancario, 2017, 2, 199 ss.; G. Boccuzzi, *Le crisi bancarie in Italia 2014-2020*, Bancaria Editrice, Roma, 2021.

[328] L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 113, evidenzia altresì che la contestualità dei provvedimenti è funzionale alla predetta esigenza di continuità aziendale.

[329] P. De Biasi, *La rimozione in via amministrativa degli esponenti aziendali: una anomalia del settore bancario o una crepa nel sistema?*, in Rivista della regolazione dei mercati, 2016, 1, 69 ss., 72.

[330] In questo senso, v. L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 114.

Nel caso in cui lo statuto della banca abbia previsto l'adozione del sistema dualistico, non è chiaro se la nomina abbia riguardo comunque all'assemblea dei soci, fermo che l'art. 2409-novies attribuisce il potere di nomina al consiglio di sorveglianza (ad eccezione dei primi, previsti dallo statuto). Analogo problema si presenta per il caso in cui la nomina non provenga dall'assemblea (ad es. nomine dirette da parte di titolari di strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346). Non è condivisibile ritenere che sia riportata all'assemblea la competenza di nomina ma che piuttosto essa spetti ai soggetti legalmente o statutariamente competenti[331].

In caso, tuttavia, di revoca anche del consiglio di sorveglianza, sarà necessaria prima la nomina di questi ultimi da parte dell'assemblea convocata dal provvedimento, e solo in un secondo momento, i nuovi componenti provvederanno alla nomina dei membri dell'organo di gestione[332].

La Banca d'Italia approva inoltre la nomina dei nuovi organi (o dell'alta dirigenza – art. 69-vicies-semel comma 4). L'AC non li nomina dunque direttamente, ma la scelta è, quantomeno in prima battuta, lasciata all'ente. Tuttavia, come è stato osservato, l'approvazione «*realizza comunque una qualche "intrusività" nella vita aziendale*», seppur «*assolutamente necessaria stante la gravità della situazione che ha condotto alla rimozione*». L'approvazione non dovrebbe basarsi solo sulla sussistenza dei generali presupposti per la nomina, ma, secondo alcuni, avere le caratteristiche che mancavano ai

[331] Coerentemente con gli orientamenti giurisprudenziali che negano in caso di competenza di nomina ex art. 2449 la sostituzione assembleare. In proposito v. App. Milano, 18 maggio 2001, in Giur. It., 2002, 123, con nota di S. Ambrosini.

[332] A. Blandini, *Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, cit., 38 ritiene difficile ritenere che in tali casi la competenza «*transiti*» all'assemblea.

precedenti componenti in misura da giustificare la rimozione[333]. Se così è, aumenta inevitabilmente la discrezionalità dell'AC, che, seppur non espressamente previsto dalle norme (salvo la decisione congiunta di applicazione di misure nel caso di gruppi ex art. 30 par. 4 BRRD), è comunque vincolata agli obblighi di motivazione in ragione dei principi generali[334]. La direttiva prevede un obbligo di motivazione solo con riguardo alla nomina di amministratore temporaneo (straordinario) e di un amministratore in temporaneo affiancamento nell'atto di nomina (art. 29 BRRD). Ciò non toglie che detta norma debba, nell'ordinamento italiano, ritenersi estesa altresì alle altre misure (art. 4 comma 3 TUB), e diritto europeo (art. 296 TFUE).

L'eventuale mancata approvazione potrebbe condurre ad una permanenza in carica (ove si accogliesse la soluzione della *prorogatio*) sino all'effettiva approvazione. Ciò potrebbe aprire ad abusi come un mantenimento surrettizio degli stessi da parte dell'assemblea dei soci, proponendo consapevolmente candidati di cui prevede una mancata approvazione[335].

Il problema è aperto in diritto, ma è più probabile che la situazione si risolva in fatto attraverso il ricorso a strumenti di vigilanza diversi, quali la nomina di un amministratore in temporaneo affiancamento [v. *supra*, nel paragrafo].

---

[333] A. Blandini, *Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, cit., 45, da cui anche i virgolettati (spec. 38 – 39).

[334] La revoca è da considerare per giusta causa e non attribuisce pertanto diritto al risarcimento ex art. 2383 c.c. Così A. Blandini, *Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, cit., 47; L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenza nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 112; A. Antonucci, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, cit., 47.

[335] F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 533.

Ad ogni modo, è verosimile che la nomina dei nuovi componenti presupponga consultazioni e scambi con l'AC onde evitare dinieghi ed i rischi sopra menzionati[336]. Inoltre, è possibile l'avvio in ogni momento dell'amministrazione straordinaria (comma 5), quale esito dell'impossibilità di individuazione di soggetti approvati[337].

Con i medesimi presupposti della rimozione collettiva (per richiamo al comma 1) è prevista la rimozione «*dei componenti dell'alta dirigenza*» della banca o della capogruppo. È categoria definita ex art. 69-bis come «*il direttore generale, i vice direttori generali e le altre cariche ad esse assimilate, i responsabili delle principali aree di affari e coloro che rispondono direttamente all'organo amministrativo*». Si tratta di un «*ordine*» di cui saranno destinatari gli organi dell'ente[338]. Essa rappresenta un ulteriore strumento da modulare secondo i criteri già individuati (*a fortiori* in quanto basato sui medesimi presupposti)[339]. Le conseguenze dell'ordine devono essere valutate sulla base del contenuto concreto del provvedimento, che potrà richiedere l'espunzione del dirigente dall'impresa o consentire che esso vi permanga svolgendo altre funzioni. Nella prima ipotesi, potrebbe configurarsi il venir meno dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione, con conseguente licenziamento, diversamente, ove

---

[336] Analogamente osservano A. Blandini, *Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, cit., 45, e L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenza nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 115.

[337] A. Blandini, *Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, cit., 46.

[338] Già L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 115.

[339] Sostiene l'autonomia della misura, e non «accessoria» rispetto alla rimozione dell'amministrazione, F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 534; A. Antonucci, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, cit., 46, lo intende come «*complemento della rimozione collettiva*».

l'interesse al mantenimento del rapporto permanga potrebbe ipotizzarsi l'esercizio dello *ius variandi* con il consenso del dirigente[340]. È situazione diversa rispetto alla rimozione degli amministratori, in quanto titolari di un rapporto di lavoro autonomo[341].

In conclusione, occorre rilevare che detti interventi non assumono valenza sanzionatoria. Conseguenza pratica sarebbe l'applicabilità della relativa procedura amministrativa, nonché rito speciale di impugnazione (art. 145 TUB)[342], ferma l'applicabilità invece della disciplina tipica sulle sanzioni per eventuali procedimenti ulteriori connessi con le vicende della banca[343].

4. L'amministrazione straordinaria e la nomina del commissario in temporaneo affiancamento. Presupposti e conseguenze sull'organizzazione societaria.

---

[340] Suggerisce che il provvedimento non determini una caducazione del rapporto di lavoro, bensì solo l'impossibilità di mantenimento della posizione apicale, con conseguente demansionamento, L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, cit., 104; A. Antonucci, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, cit., 48.; A. Blandini, *Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, cit., 34.

[341] Di recente la Corte di Cassazione SS.UU. (sentenza n. 1545 del 20 gennaio 2017) si è espressa dirimendo il pregresso contrasto giurisprudenziale operando detta qualificazione ai fini dell'applicabilità dei limiti di pignorabilità degli stipendi ex art. 545 c.p.c. comma 4.

[342] La dottrina si orienta ad ogni modo in senso negativo, A. Antonucci, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, cit., 47; A. Blandini, *Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, cit., 49. Di diverso avviso, parrebbe essere, invece, F. Ciraolo, *La Banca d'Italia e il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, cit., 62 - 70. I due paradigmi sono intesi paralleli in F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 535.

[343] TAR Lazio n. 1627 del 1 febbraio 2017.

Nell'ambito delle misure di prevenzione, l'*amministrazione straordinaria* (*amministrazione temporanea* nella direttiva[344]) costituisce l'intervento più invasivo, nonché, in sostanza, una prima forma di «*spossessamento dell'impresa*»: l'apertura della procedura implica lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo, la sospensione delle assemblee e degli altri organi sociali, e la nomina di commissari straordinari e di un comitato di sorveglianza.

Esula dagli scopi di questo lavoro una trattazione integrale della procedura. È utile piuttosto, al fine di collocare l'istituto nel quadro dei poteri suscettibili di incidere sull'organizzazione sociale, soffermarsi sui presupposti e l'accertamento dell'Autorità per l'attivazione della procedura, e sulla natura ed i poteri degli organi nominati[345].

L'accertamento dei presupposti e l'emissione del provvedimento sono oggi di competenza della sola AC, secondo il criterio soggettivo di ripartizione delle competenze[346], e sottratto dal 2015 al MEF[347].

---

[344] Sebbene l'amministrazione straordinaria costituisse già un istituto proprio dell'ordinamento italiano (la l. bancaria del 1936, aveva previsto una procedura amministrativa di gestione di crisi non irreversibili), essa è sopravvissuta alla riforma, ed è stata contestualizzata (con alcuni emendamenti) tra gli interventi preventivi funzionali ad evitare la risoluzione. Essa corrisponde, nella direttiva, alla cd. *amministrazione temporanea* (artt. 29 - 30 BRRD). La connotazione «tradizionale» dell'istituto, nonché il mantenimento, in larga parte, delle formulazioni previgenti, rende l'istituto stratificato, e connotato da dibattiti ancora aperti, ma anche, sotto diversi profili, già decantati dalla giurisprudenza. Ad es. ne escludono la natura sanzionatoria, TAR Puglia n. 282 del 18 agosto 1992; Cons. Giust. Amm. Sicilia, n. 145 del 19 marzo 2002; TAR Lazio n. 11688 del 3 dicembre 2018; TAR Lazio n. 7131 del 26 giugno 2018.

[345] La procedura concorre con altre. Può citarsi il caso, richiamato da G. Boccuzzi, *Il regime speciale della risoluzione bancaria: obiettivi e strumenti*, Cacucci Editore, Bari, 2018, della BCC di Paceco, dove è stata avviata altresì una procedura di amministrazione giudiziaria ex art. 321 codice antimafia.

[346] Ad esempio, è stato il Consiglio Direttivo della BCE a sottoporre ad amministrazione straordinaria Banca Carige con provvedimento del 2 gennaio 2019.

[347] Prima del d.lgs. 181/2015, l'amministrazione straordinaria era disposta con decreto del MEF su proposta della Banca d'Italia. In argomento, v. anche A. Castiello d'Antonio, *L'amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro*

L'amministrazione straordinaria condivide parte dei presupposti con l'intervento precoce: a) «*violazioni o irregolarità ex art. 69-octiesdecies comma 1 lett b)*»; b) «*gravi perdite del patrimonio*»; o ancora c) la richiesta «*con istanza motivata degli organi amministrativi o dall'assemblea straordinaria*» (art. 70).

Quanto al requisito sub a), si tratta in generale delle «*violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione*», per le quali si rinvia a quanto detto *supra*. Non è richiamato invece il «*significativo deterioramento*», e se ne è discussa in dottrina la possibilità di un richiamo implicito[348]. Il problema è risolto dalla direttiva, che ha riguardo in generale alla «*situazione*» (art. 29) cui la sostituzione dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione non è sufficiente per porre rimedio: pertanto, il riferimento al «*significativo deterioramento della situazione finanziaria*» è da ritenersi incluso (art. 28). Sotto questo profilo, l'amministrazione straordinaria costituisce un'alternativa all'intervento precoce quando, in presenza dei relativi presupposti, l'AC ritenga il primo non idoneo a risolvere la situazione. L'ipotesi sub b), più che porre dubbi di sovrapponibilità con l'intervento precoce, è stata oggetto di osservazioni relativamente al confine tra «*gravi perdite*» e perdite «*di eccezionale gravità*» (art. 17 comma 2 lett. b) d.lgs. 180/2015), presupposto per la dichiarazione di dissesto. Come si vedrà, anche nel caso di dissesto o rischio di dissesto, oltre alle più gravi misure di risoluzione o della liquidazione coatta, le Autorità (in questo caso anche di risoluzione), valutano la possibilità di attuare sia l'intervento precoce

---

normativo. Profili sistematici, in AGE, 2016, 2, 551 ss., 552 - 553. L'A. richiama altresì Cons. Stato, Sez. Quarta, 9 febbraio 2015, n. 657, che afferma il potere del MEF di discostarsi dalla proposta della Banca d'Italia, sulla base di un'autonoma istruttoria o valutazione critica della proposta stessa.

[348] In argomento, v. A. Castiello d'Antonio, *L'amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro normativo. Profili sistematici*, cit., 559.

che l'amministrazione straordinaria [v. *infra*, § 4.]. È valutazione che resterebbe nella discrezionalità dell'Autorità ma, come rilevato, non sono emersi problemi operativi in proposito[349]. Dunque, nelle prime due ipotesi, l'intervento dell'AC sottende una ponderazione degli interessi e la selezione tra una pluralità di misure, combinando un momento di discrezionalità tecnica e un momento di discrezionalità pura. Si è discusso in dottrina, già anteriormente alla riforma, circa la possibilità che l'istanza motivata sub c) dovesse presupporre o meno uno dei requisiti di cui sub a) e b)[350]. La lettera e, in particolare, la congiunzione disgiuntiva favoriscono la seconda opinione. Siffatta conclusione, tuttavia, lascerebbe all'Autorità il potere di spossessare l'impresa senza presupposti specifici, se non la volontà dei soci stessi di trasferirne la gestione in mano pubblica. È dunque evidente che anche tale previsione presuppone che i presupposti sub a) e b) sussistano e, quindi, che vi sia ragione per una gestione temporaneamente pubblica dell'impresa. Resta fermo che, anche in tal caso, l'attivazione della procedura non è atto dovuto per l'Autorità, ma resta nella sua discrezionalità[351], sottoposta al rispetto del principio di proporzionalità della misura. Nell'amministrazione straordinaria la comunicazione al destinatario avviene non all'avvio del procedimento, bensì all'esito (art. 73 comma 2 TUB), contrariamente ai principi

---

[349] Sul punto, v. G. Boccuzzi, *Il regime speciale della risoluzione bancaria: obiettivi e strumenti*, cit., 934.

[350] Sostiene tale soluzione, tra gli altri, A. Nigro, *sub art. 70*, Testo Unico Bancario. Commentario, M. Porzio, F. Belli, G. Losapio, M. Rispoli Farina, V. Santoro (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010, 626, che pone il requisito sul piano della mera «*legittimazione (a dare impulso al procedimento)*». Di diverso avviso R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 815.

[351] R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 815; M. Rossi, *sub art. 70*, Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019, 383; R. Cercone, *L'amministrazione straordinaria delle banche*, in Trattato delle procedure concorsuali, A. Jorio, B. Sassani (a cura di), Vol. V, Giuffrè, Milano, 2017, 1141 - 1142; M. Rossi, *sub art. 70*, cit., 383 – 384.

generali del diritto amministrativo. Le deroghe sono state ritenute legittime dalla giurisprudenza di costituzionale in quanto la compressione dell'interesse del privato all'informazione è subordinato all'interesse pubblico alla stabilità del mercato e salvaguardia del risparmio nel rispetto dell'art. 47 Cost.[352].

Quanto invece agli effetti, sono in questa sede di interesse quelli afferenti all'organizzazione societaria che, comunque, costituiscono la prevalenza; costituisce un'eccezione la sospensione dei pagamenti ex art. 74 TUB[353]. Si è detto, l'apertura dell'amministrazione straordinaria comporta lo spossessamento dell'impresa anche definita cd. *stato di quiescenza*[354] (cfr. Considerando 39 BRRD)[355]. In primo luogo, sono

---

[352] Sentenza della C. Cost. n. 363 del 18 gennaio 2005. Il tema è richiamato da B. Inzitari, *La disciplina della crisi nel Testo Unico Bancario*, cit., 126.

[353] Altro potere attribuito ai commissari attiene alla sospensione dei pagamenti, per un periodo limitato non superiore ad un mese, di «*passività di qualsiasi genere o restituzione degli strumenti finanziari ai clienti relativi ai servizi previsti dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*» (art. 74 TUB). Esso è esercitabile sentito il comitato di sorveglianza, previa approvazione dell'AC. La particolarità è che la sospensione impedisce atti di esecuzione forzata o cautelari sul patrimonio della banca o strumenti finanziari dei clienti, nonché l'iscrizione di ipoteche o acquisto di diritti di prelazione se non in forza di provvedimenti giudiziari esecutivi anteriori alla sospensione (comma 2). In proposito è stato evidenziato che essa non si limiti a perseguire la tradizionale funzione di non disperdere il patrimonio, tipica delle procedure fallimentari ordinarie (non implicando insolvenza), quanto piuttosto a consentire di individuare soluzioni di tutela dei depositanti. V. B. Inzitari, *La disciplina delle crisi nel testo unico bancario*, cit., 129. Da tale disposizione, intesa con carattere eccezionale, è stata altresì intesa una natura «*latamente concorsuale della procedura*», rispetto ad una generale funzione «*risanatoria*». In questi termini G. Boccuzzi, *Il regime speciale della risoluzione bancaria: obiettivi e strumenti*, cit., 84 ss. Altresì, con riguardo al tradizionale dibattito sulla funzione della procedura, v. M. Rossi, *sub art. 72*, Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019, 389 - 390.

[354] A. Nigro, *sub art. 70*, cit., 632; M. Rossi, *sub art. 70*, cit., 384.

[355] In argomento, U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, cit., 335 - 337, aveva inteso l'istituto in attuazione dell'art. 41 comma 2 Cost., nel quadro della nozione oggettiva di servizio pubblico. L'A. inoltre affermava che l'amministrazione straordinaria di enti creditizi non può ricondursi ad un'espropriazione ex art. 43 mancandone le garanzie fondamentali (indennizzo e riserva di legge).

sciolti gli organi di amministrazione e controllo (comma 1). Inoltre, le funzioni delle assemblee (dunque, "generale" - ordinaria e straordinaria - e speciali[356]) e degli ulteriori organi (ad es. assemblee degli obbligazionisti) sono sospese (comma 2), senza che i relativi poteri siano assunti da organi della procedura[357]. Non è principio assoluto, in quanto essi possono comunque essere convocati (ad esempio, per aumenti di capitale - art. 72 comma 6 e 77-bis), seppur in regime derogatorio. Con l'attuazione della BRRD, in materia di aumenti di capitale di banche sottoposte a misure di intervento precoce o amministrazione straordinaria (art. 77-bis), con intento di favore e semplificazione di tali operazioni, sono state introdotte deroghe sui termini di convocazione (comma 1), nonché sulla disciplina di società con azioni quotate per quanto concerne comunicazioni, pubblicità e termini (comma 2, che tuttavia esclude per l'amministrazione straordinaria la previsione sui termini e pubblicità). Infine, «*le disposizioni del codice civile, statutarie o convenzionali relative ai poteri di controllo dei titolari di partecipazioni non si applicano agli atti dei commissari*» (art. 72 par. 1-bis). Dunque, rispetto ai provvedimenti in precedenza esaminati, è la stessa AC a nominare un soggetto (uno o più), avviando una forma di «*gestione coattiva*» dell'impresa[358] funzionale al superamento della situazione di crisi in una prospettiva di *going concern*[359]. I soci perdono quindi, seppur

[356] M. Rossi, *sub art. 70*, cit., 384.

[357] A. Nigro, *sub art. 70*, cit., 632.

[358] Così, *ex plurimis*, A. Blandini, *Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, cit., 39; G. Boccuzzi, *Il regime speciale della risoluzione bancaria: obiettivi e strumenti*, cit., 86. In argomento, era stato comunque evidenziato (E. Silvestri, *voce Gestioni coattive*, in Enc. Dir., XVIII, 1969) la presenza di un interesse pubblico, perseguito anche mediante un interesse privato.

[359] Il *comitato di sorveglianza* svolge invece funzioni di controllo e consultive, queste ultime fornendo pareri (non vincolanti) ai commissari. È richiesto, per i relativi

temporaneamente, il potere di creare un rapporto fiduciario con il gestore. L'amministratore straordinario agisce nell'interesse dei soci, in forza di un vincolo imposto *ex lege*. È un dovere fiduciario ma non un rapporto di mandato.

La scelta del soggetto spetta all'Autorità ed atto «*altamente discrezionale*», sebbene limitata dalla sussistenza dei presupposti[360]: essi devono rispettare gli stessi requisiti di onorabilità di cui all'art. 26, previsti per i componenti «privati» della banca, ed è richiesta l'assenza di conflitti di interesse (art. 71 comma 6).

Il commissario è un organo necessario nell'amministrazione straordinaria, sebbene (al pari di quanto previsto per l'esperto indipendente) sia possibile la nomina in via *provvisoria* di un funzionario dell'AC (art. 71 comma 4). I suoi atti sono riferibili all'esercizio di poteri di diritto privato e sono imputati all'impresa. In particolare, il commissario straordinario può esercitare tutte le funzioni e i poteri normalmente spettanti agli amministratori secondo il diritto comune, secondo le ulteriori disposizioni di diritto speciale (si pensi alle società quotate) nonché dallo statuto. È la direttiva a prevedere che i poteri dell'amministratore temporaneo sono «*conformi al diritto societario applicabile*» (art. 29 par. 2 BRRD)[361]. La competenza può

---

componenti il rispetto di requisiti di professionalità e l'assenza di conflitti di interesse (cfr. art. 71 comma 6 TUB)[359]. Anch'essi sono nominati dall'AC, e possono essere «*in qualsiasi momento*» revocati o sostituiti, o, ancora, possono esserne modificati i poteri (art. 72 comma 2-bis). Anche ad essi possono estendersi le osservazioni formulate sulla natura dell'ufficio. Sul ruolo del comitato di sorveglianza, nella disciplina anteriforma, v., tra gli altri, R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 824. Più di recente, R. Cercone, *L'amministrazione straordinaria delle banche*, cit., 1154 ss.; M. Perrino, *Gli organi*, in AA.VV., La risoluzione bancaria, in Dir. Banc. Merc. Fin., 2018, 4, 685 ss., 700.

[360] R. Cercone, *L'amministrazione straordinaria delle banche*, cit., 1160; M. Rossi, *sub art. 71*, Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019, 387.

[361] Si tratta in generale dei poteri dell'organo di amministrazione. È tutt'oggi da intendersi in via eccezionale la previsione di competenze dell'assemblea. Sul

essere ridotta dal provvedimento di nomina (art. 72 comma 1 TUB); o ampliata, in quanto la Banca d'Italia può altresì attribuire loro, nel provvedimento che dispone l'amministrazione straordinaria, compiti «*ulteriori e diversi*», rispetto alle finalità perseguite *ex lege*: «*accertare a situazione aziendale, rimuovere le irregolarità e promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti e della sana e prudente gestione*» (art. 72 comma 1-bis TUB)[362].

Allo stesso tempo, è innegabile la presenza di un forte legame con l'AC, ed un rilievo pubblicistico dell'attività del commissario[363] (che, nell'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale – art. 72 comma 9-bis), comunque non tali, tuttavia, da consentire uno sconfinamento nell'ufficio pubblico o la creazione di un rapporto organico. Invero, l'AC è competente in via esclusiva alla nomina e revoca, che può avvenire «*in qualsiasi momento*» (art. 72 comma 2-bis TUB; art. 29 BRRD, par. 4)[364]. La presenza di un ampio potere di revoca è il principale elemento a supporto del rapporto con l'Autorità che è stato ricondotto al novero dei rapporti fiduciari[365]. È la Banca d'Italia a

---

punto, relativamente all'ordinamento anteriore alla riforma del 2015 e nel confronto con la l. bancaria, v. G. Desiderio, *Poteri e funzionamento degli organi straordinari*, in La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario a cura di P. Ferro-Luzzi, G. Castaldi, Giuffrè, Milano, 1996.

[362] Sulle differenze con i commissari liquidatori, v. M. Perrino, *Gli organi*, cit., 697.

[363] In argomento, R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 820 - 821, «*in ragione della funzione pubblica svolta dai commissari*» ritiene applicabili le norme che disciplinano i collegi amministrativi.

[364] In argomento v. altresì le Linee guida per la nomina degli organi nelle procedure di gestione delle crisi delle banche e degli altri intermediari sottoposti a vigilanza, del 25 luglio 2017.

[365] L. Desiderio, *sub art. 81*, in Testo Unico Bancario. Commentario, M. Porzio, F. Belli, G. Losapio, M. Rispoli Farina, V. Santoro (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010, 699.

determinare le indennità in base a criteri da essa stabiliti pur essendo a carico della banca sottoposta ad a.s., ma possono altresì essere anticipate dall'Autorità stessa (art. 71 comma 4). Inoltre, la Banca d'Italia può imporre che specifici atti dei commissari siano da essa autorizzati oppure che debbano essere rispettate cautele o limitazioni nella gestione (art. 72 comma 4). Dunque, se non si tratta di un rapporto organico, è possibile condividere l'opinione di chi intende comunque sussistente un rapporto fiduciario con l'Autorità, che, in tale posizione, si sostituisce ai soci (nei confronti dei quali resta il *dovere*, di cui *supra*).

La responsabilità è limitata al dolo o colpa grave, al pari di quanto previsto per l'Autorità, ed il suo personale (art. 3 par. 12 BRRD), nonché per gli organi di amministrazione e alta dirigenza dell'ente ponte [v. *infra*, Capitolo III], e per l'esperto indipendente. La previsione, come per quest'ultimo, proviene dalla BRRD («*Gli Stati membri possono limitare la responsabilità degli amministratori temporanei conformemente al diritto nazionale relativamente ad atti e omissioni nell'esercizio del loro mandato di amministratori temporanei a norma del paragrafo 3*» - art. 29 par. 9 BRRD)[366]. Essi sono al contempo «*personalmente responsabili dell'inosservanza delle prescrizioni della Banca d'Italia; queste non sono opponibili a terzi che non ne abbiano avuto conoscenza*»[367].

Il potere di revoca costituisce peraltro aspetto distintivo rispetto alla figura dell'esperto indipendente, con cui invece è per certi versi assimilato [v. *infra*, Capitolo III].

[366] È stata recentemente sollevata la questione di costituzionalità relativamente alla limitazione della responsabilità del commissario straordinario, seppur risolta dalla Corte con pronunzia di inammissibilità per insufficiente motivazione in punto di rilevanza (Corte Cost. 21 ottobre 2021, n. 248).

[367] Sul punto si legge in R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 823 - 824: «*Norma che mette bene in luce il fatto che l'amministrazione straordinaria si svolge sotto lo stretto controllo e la sostanziale direzione della Banca d'Italia*».

L'amministrazione straordinaria ha fisiologicamente natura temporanea, ma potenzialmente rinnovabile senza limiti tassativi (seppur subordinata alla persistenza dei presupposti). Invero, essa «*dura fino ad un anno*» e può essere prorogata per lo stesso periodo anche più di una volta, presupponendo di volta in volta un accertamento da parte dell'AC circa la permanenza dei presupposti (art. 70 par. 5 TUB). Si ripropone, dunque, il modello dell'apprensione dell'impresa da parte dei poteri pubblici, che è proprio, come si vedrà in seguito, anche della procedura di risoluzione. L'intento è la prosecuzione dell'impresa, la soluzione delle irregolarità e delle violazioni e la restituzione della stessa ai soci.

Una novità rispetto al regime previgente è la possibilità per l'AC (al solito individuata con criterio soggettivo) di nominare (uno o più) commissari in temporaneo affiancamento (art. 29 BRRD, attuato con art. 75-bis d.lgs. 180/2015)[368]. I presupposti sono i medesimi dell'amministrazione straordinaria, sebbene la misura sia meno invasiva della prima. Essa non implica la rimozione degli organi preesistenti ma l'affiancamento con soggetti di nuova nomina, che comunque condizionano l'operato dell'amministrazione "ordinaria"[369]. Sotto questo profilo, potrebbe individuarsi un'affinità con gli amministratori nominati ex art. 2449 c.c., i quali, tuttavia, fanno a tutti gli effetti parte dell'organo[370].

---

[368] Prende il posto della gestione provvisoria. F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 535.

[369] Così F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, cit., 535.

[370] Anche sotto tale profilo, è esemplificativo il caso del Credito di Romagna, dove, come anticipato, è stato applicato lo strumento dell'amministratore in temporaneo affiancamento.

La flessibilità dello strumento si appunta principalmente sulla discrezionalità dell'AC di attribuirne «*funzioni, doveri e poteri*» nel provvedimento di nomina. In via esemplificativa, è prevista altresì la possibilità di prevedere l'obbligo degli amministratori di consultare o richiedere una preventiva autorizzazione dei commissari per determinati atti o decisioni. In caso di nomina di amministratori in temporaneo affiancamento gli azionisti non dovrebbero perdere la disponibilità, nonché la responsabilità dell'affare (Considerando 39 BRRD)[371].

Dunque, la misura è di inferiore invasività nell'organizzazione societaria, ma altera ugualmente il rapporto fiduciario tra proprietà e gestione. Molto dipende dall'effettivo contenuto del provvedimento. Si può prendere a riferimento amministratore temporaneo nel caso del Credito di Romagna, a cui sono stati attribuiti "*le funzioni ed i poteri riconosciuti dallo Statuto della Banca all'Amministratore delegato e al Direttore generale, ai sensi dell'art. 75-bis del medesimo Testo unico*"[372]. Da ciò si deduce che anche l'amministratore in temporaneo affiancamento può assumere poteri sostitutivi rispetto all'organo di gestione della banca, e non necessariamente di coordinamento esterno. Restano ovviamente i problemi di coordinamento con tale organo, di cui esso potrebbe rappresentare un'articolazione. È al contempo da escludere l'attribuzione ai commissari in temporaneo affiancamento di poteri non attribuibili in forza delle ordinarie previsioni statutarie e, dunque, dell'autonomia privata. Invero il comma 2, che ammette che si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni relative ai commissari

[371] Con riferimento alla figura del precommissariamento o dei commissari di fatto già in precedenza impiegati in Italia v. L. Scipione, *La pianificazione del risanamento e della risoluzione*, in L'unione bancaria europea, cit., 442.

[372] GU Serie Generale n. 187 del 11 agosto 2016.

straordinari (cui come anticipato, possono essere attribuiti tutti i poteri di «diritto privato» dei corrispondenti organi secondo il diritto comune).

4.1. Inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. e denunzia alla Banca d'Italia. Ragioni e conseguenze del rimedio speciale rispetto all'impostazione generale.

Come è noto, nel diritto comune, il rimedio ex art. 2409 c.c. mira a tutelare, seppur come strumentale al perseguimento di interessi privati, un interesse generale di corretto funzionamento delle società e, dunque, del mercato[373], secondo un procedimento di volontaria giurisdizione[374].

La denunzia al tribunale di gravi irregolarità (art. 2409 c.c.) era in passato di discussa applicazione per le banche. In assenza di espressa esclusione, ne era stata ammessa l'applicazione in concorrenza con le misure amministrative speciali. Ciò in quanto, mentre l'art. 2409 c.c. sarebbe posto a tutela di interessi interni (ove, si è detto, l'interesse generale è strumentale), l'amministrazione straordinaria sarebbe posta a tutela di interessi di natura pubblicistica[375]. Anche in conseguenza del dibattito, il rimedio è oggi stato espressamente dichiarato inapplicabile

---

[373] In giurisprudenza, v. Cass. Civ. sez. I, 9 aprile 1994 n. 3341; in dottrina G. Visentini, *Dell'amministrazione della società per azioni*, cit., 454. V. anche, per l'interesse pubblico riguardo all'iniziativa del P.M., G.U. Tedeschi, *Il nuovo 2409*, in Contr. Impr., 2005, 2, 687 ss., 693.

[374] In giurisprudenza, v. Cass. Civ. sez. I, 16 giugno 2000 n. 8226; Cass. Civ. sez. I, 21 giugno 1999 n. 6241; Cass. Civ. sez. I, 20 novembre 1998 n. 11729; Cass. Civ. sez. I, 2 ottobre 1997 n. 9636; Cass. Civ. sez. I, 23 gennaio 1996 n. 498; in dottrina, G. Visentini, *Dell'amministrazione della società per azioni*, cit., 455.

[375] Tra gli altri, in favore v. Visentini, *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Autonomia privata e funzione*, Giuffrè, Milano, 1871, 125 ss.; contrario, G. Ferri, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti un'attività bancaria*, cit., 2 ss. Per ulteriori e ampi riferimenti in dottrina e giurisprudenza sul dibattito, v. R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 834, il quale propende per l'ammissibilità.

(art. 70 comma 7 TUB). Dottrina più recente, si è soffermata invece sulla legittimazione dell'Autorità amministrativa, individuando la *ratio* dell'eccezione alla regola generale nella necessità di evitare potenziali conflitti tra giurisdizione e amministrazione (vigilanza)[376].

Dunque, nel contesto della legislazione bancaria, in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità nella gestione potenzialmente dannose per la società o per il gruppo, di soggetti con funzioni di amministrazioni, la denunzia non è rivolta al tribunale, bensì alla Banca d'Italia, che è chiamata a pronunziarsi con provvedimento motivato (art. 70 comma 7 TUB).

Nel confronto con la disciplina ordinaria, e alla luce dell'attuale contesto dei poteri amministrativi, l'esclusione di un rimedio giurisdizionale in favore di un set di rimedi amministrativi in caso di gravi irregolarità costituisce un ulteriore indice di un orientamento pubblicistico di settore[377]. La competenza dell'AC, in luogo dell'autorità giudiziaria, è in questo contesto giustificata dall'interesse pubblico sotteso, e di cui essa si fa portatrice nella valutazione della denunzia. Dunque, se nel diritto comune, l'interesse pubblico è meramente strumentale all'interesse privato, nel diritto bancario, il primo finisce per prevalere ed assorbire il secondo, contestualizzandosi nell'attività di vigilanza. Peraltro, ad ulteriore conferma della specialità della società bancaria rispetto al diritto comune, può osservarsi che il rimedio non è invece escluso nella disciplina del TUSPP per le società a controllo pubblico, dove si prevede la legittimazione di ciascuna amministrazione socia indipendentemente dall'entità della partecipazione (art. 13).

---

[376] R. Cercone, *L'amministrazione straordinaria delle banche*, cit., 1094.
[377] R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 836.

I legittimati alla denunzia alla Banca d'Italia sono analoghi ma non coincidenti con quelli del c.c.: minoranze qualificate e membri dell'organo di controllo, ma è altresì prevista la possibilità per lo statuto di prevedere diverse soglie di partecipazione, ed è esclusa la legittimazione del pubblico ministero (art. 70 par. 7). La Banca d'Italia ha discrezionalità nel decidere se dar seguito o meno alla denuncia con provvedimenti, rispettivamente, di accoglimento o di rigetto[378].

È possibile, solo ex art. 132-bis TUB la denunzia al pubblico ministero e al tribunale in caso di abusiva attività bancaria (e altre attività riservate), pur con previsione della sola Banca d'Italia e dell'UIC quali legittimati attivi. È conseguenza dell'impostazione "formale" rispetto alla fattispecie della banca di fatto, non inclusa nel meccanismo di vigilanza. Anche in tal caso, tuttavia, la disciplina mostra ugualmente connotati specifici rispetto all'approccio del diritto comune, riconoscendo i rischi comunque connessi all'esercizio, seppur abusivo (dunque non autorizzato), dell'attività bancaria.

Non risulta dalla norma, ed è discusso in dottrina, il contenuto dei provvedimenti adottabili dalla Banca d'Italia e se essi debbano ritenersi coincidenti con quelli ex art. 2409 c.c.[379]. È incertezza che apre a ulteriori margini di discrezionalità.

---

[378] B. Inzitari, *La disciplina della crisi nel Testo Unico Bancario*, cit., 126.

[379] Favorevole a tale soluzione, R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 836. Diversamente, A. Nigro, *sub art. 70*, cit., 1171 sostiene che deve aversi riguardo ai poteri «speciali» previsti dal TUB.

CAPITOLO III
STRUMENTI DI RISOLUZIONE E DIRITTO SOCIETARIO.

Le Autorità hanno ampi poteri di azione per evitare o superare lo stato di dissesto o rischio di dissesto. Le posizioni di azionisti e creditori sono compresse anche in procedure non liquidatorie per il perseguimento dell'interesse pubblico alla stabilità finanziaria, suggerendo lo sconfinamento nell'espropriazione.

..*

1. Premessa: l'interesse pubblico nella gestione delle crisi.

Nell'impiego da parte delle AR delle «*misure di gestione della crisi*» (art. 2 par. 1 n. 102 BRRD)[380], che presuppongono lo stato di dissesto o rischio di dissesto [sulla definizione v. *infra*, § 3.1.], si manifestano i poteri più incisivi dell'Autorità. Anche questa volta può trattarsi di un'impresa non già "espunta dal mercato" ma ancora operante e di cui, non di rado, si vuol la prosecuzione dell'attività, o meglio, delle *funzioni essenziali*.

In effetti, rispetto alle procedure di insolvenza ordinarie dove è perseguito il contemperamento tra interesse dell'imprenditore in crisi e dei creditori, nella gestione della crisi dell'impresa bancaria, ai due

[380] Individuate dalla citata disposizione come: «*un'azione di risoluzione o la nomina di un amministratore speciale* […]»

contrapposti interessi privati se ne affianca un terzo, quello pubblico, prevalente rispetto ad entrambi[381].

L'invasività dei poteri ha spinto parte della dottrina a spiegarne gli effetti con l'espressione, seppur impiegata in maniera cauta, di «*espropriazione*»[382], o altresì di «*potere conformativo*»[383]. La configurazione porta l'interprete a domandarsi se la disciplina vigente non abbia, in fatto, invertito il paradigma riconoscendo all'impresa bancaria quella valenza pubblicistica che sottende, nel diritto italiano, le imprese operanti ex art. 43 Cost. (servizi pubblici essenziali). È invero in questa parte di disciplina che più che mai si ricorre a concetti quali «*interesse pubblico*» e «*funzioni essenziali*» su cui si tornerà oltre [v. *infra*, § 3.2.].

Diversi sono gli indici che si rinvengono in questa fase:

- La risoluzione, come la liquidazione coatta e l'amministrazione straordinaria, è una procedura di natura amministrativa[384], secondo

---

[381] Così H.J. Binder, *Proportionality at the resolution stage: Calibration of resolution measures and the public interest test*, cit., 8.

[382] R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, cit., 398; P. De Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, cit.; V. Santoro, *Prevenzione e "risoluzione" della crisi delle banche*, in www.regolamentazionedeimercati.it., 12; L. Stanghellini, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri. Atti del convegno tenutosi a Roma il 13 settembre 2013, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 75, 2014, *passim*; D. Rossano, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, UTET, Milano, 2017, 105; V. Santoro, *Bank Recovery and Resolution: An Italian Point of View*, cit., che evidenzia come poteri di analoga ampiezza sono forniti dalla legislazione Anti-Mafia (art. 41 par. 6 Codice Antimafia).

[383] M. Stella, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. "Banche Venete"*, Aracne editrice, Canterano, 2018, 39.

[384] G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, in Trattato delle procedure concorsuali, A. Jorio, B. Sassani (a cura di), Vol. V, Giuffrè, Milano, 2017, 931, e dei «*procedimenti amministrativi dell'autorità da cui promana e che ne dirige e coordina lo svolgimento*». S. Cassese,

l'inversione di tendenza adottata dal legislatore europeo, speciale rispetto alle altre procedure concorsuali di natura giudiziale.

- Seppur con gradazioni, sul versante dei diritti amministrativi, lo *spossessamento*, che consiste nella sospensione dei diritti di voto in assemblea e degli altri diritti amministrativi; nella decadenza degli organi di amministrazione e controllo, e dell'alta dirigenza, salvo diversamente disposto conformemente ai principi di risoluzione, anche solo *medio tempore*, è la regola. In particolare, con riguardo ai soci, lo spossessamento, oltre che con il possibile ricorso ai commissari speciali in sostituzione degli organi di governo, avviene anche attraverso numerose limitazioni dello *status socii* come risultante dallo statuto generale delle società di diritto comune.

- Alla perdita dei diritti amministrativi dei soci si affiancano diverse misure che incidono (modificandoli o estinguendoli) anche su diritti patrimoniali degli investitori, cui fa da contrappeso un controvalore che deve comunque risultare all'investitore, immobilizzato nei titoli, ovvero (anche in parte) monetizzato (principio del *no creditor worse off* – NCWO). È prevista la possibilità di rimborso se la diminuzione dei diritti patrimoniali supera la perdita (ammontare non distribuito) ipotizzata in quel momento la liquidazione, paragonabile ad una forma di indennizzo. Secondo le tradizionali categorie di diritto pubblico, se l'azione di risoluzione è una forma di espropriazione «*per motivi di interesse generale*», il rimborso ne è l'indennizzo (art. 42 comma 4 e 43 Cost.).

2. Il momento decisionale sull'avvio della risoluzione: l'allocazione della discrezionalità.

A new framework of administrative arrangements for the protection of individual rights, cit., 240 ss.

Il momento fondamentale della gestione della crisi, in cui maggiormente si esplica la discrezionalità dell'amministrazione, è quello di accertamento dei presupposti e selezione della procedura da attuarsi. È utile una breve ricognizione sul momento di definizione del procedimento nelle sue varie fasi per individuarne i soggetti coinvolti e l'allocazione della discrezionalità[385]. L'accertamento del presupposto del dissesto (o rischio) ha natura tecnica, cui si affianca la valutazione dell'interesse pubblico (o dell'adeguatezza degli altri strumenti) che implica una componente di opportunità. Si è detto, la discrezionalità della valutazione dell'Autorità (in quanto agenzia), sarebbe limitata ad attività tecnico-esecutive che non implicano scelte discrezionali amministrative o addirittura politiche. Tuttavia, è proprio la costituzione della rete di soggetti coinvolta nella procedura a dimostrare come tali scelte e discrezionalità siano necessarie.

In caso di significatività dell'ente, secondo il criterio soggettivo, è competente all'accertamento FOLTF è la BCE (diversamente, la Banca d'Italia – art. 19 commi 2 e 3 d.lgs. 180/2015)[386]. Quest'ultima procede di propria iniziativa o su segnalazione dell'organo amministrativo dell'ente (art. 18 SRMR; art. 19 d.lgs. 180/2015). Ad essa può sostituirsi il Comitato in sessione esecutiva, in via

[385] Dette attività si svolgono in un intervallo di tempo particolarmente ristretto, nel gergo definito *resolution week-end*, con il coinvolgimento di diversi soggetti, in relazione ai criteri di ripartizione delle competenze tra livello europeo e nazionale. Sul significato dell'espressione *resolution week-end*, v. L. Galli, *Chi gestisce le crisi bancarie? La genesi di un nuovo soggetto*, cit., 825. Nel ripercorrere la procedura, si avrà primario riguardo all'ordinamento europeo, in grado di determinare maggiori criticità.

[386] In assenza di specificazioni, delibera il Consiglio di vigilanza a maggioranza semplice, dunque, alla decisione partecipano anche le ANC.

subordinata[387], ma che in parte deroga al limite dell'assenza di poteri di iniziativa delle Agenzie europee[388]. La positiva valutazione FOLTF non vincola il Comitato ad avviare la risoluzione ma lo vincola all'avvio della procedura di accertamento[389]. Quest'ultimo è invero titolare con la BCE di una competenza concorrente, che ne legittima il potere di discostarsi dalle valutazioni di quest'ultima, adeguatamente motivando[390].

Il programma, se approvato dalla sessione esecutiva del Comitato, con il coinvolgimento di Commissione e Consiglio[391]: sottopone l'ente a risoluzione; determina l'applicazione degli strumenti di risoluzione e individua, in caso di applicazione del *bail-in*, le relative esclusioni [v. *infra*, § 6.4.] nonché l'eventuale ricorso al Fondo di risoluzione (par. 6). Esso ha valenza provvisoria, come istruttoria tecnica: per la Dottrina Meroni, è necessario l'intervento di

---

[387] Dopo aver informato l'AC di tale intenzione e ove questa non vi provveda entro tre giorni dal ricevimento.

[388] F. Bassan, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, cit., 398, rileva che per la dottrina Meroni il Comitato non dovrebbe avere l'iniziativa, oltre che non poter prendere decisioni finali.

[389] Così può trarsi dall'Ordinanza del Tribunale del 6 maggio 2019 - Ernests Bernis e a. c/BCE, con cui è stato dichiarato irricevibile il ricorso ex art. 263 TFUE per l'annullamento delle decisioni FOLTF della BCE relative all'ABLV Bank AS e alla controllata ABLV Bank Luxembourg SA [T-283/18 - par. 34-38] e l'appello Sentenza della Corte (Terza Sezione) 6 maggio 2021 – cause riunite C-551/19 P e C-552/19 P. Analogamente suggeriscono le norme sulla valutazione dell'esperto che «*orientano*» la valutazione del Comitato sull'accertamento della sussistenza dei *presupposti* (dunque, compreso il dissesto) per la risoluzione. Tuttavia, se è vero che il Comitato è chiamato alla valutazione di tutti i requisiti, da una parte, l'elasticità della nozione FOLTF, e, dall'altra, la possibilità per lo stesso Comitato di ritenere sufficienti misure diverse e meno incisive (come l'intervento precoce), svuota di portata pratica il problema.

[390] Così l'appello relativo al caso ABLV (Sentenza della Corte (Terza Sezione) 6 maggio 2021 – cause riunite C-551/19 P e C-552/19 P).

[391] Sul momento di scelta della procedura applicabile v. M. Perassi, *SSM e SRM, due sistemi a confronto*, cit., 131.

un'Istituzione per confermarne i contenuti discrezionali ed assumerne la responsabilità.

Il legislatore distingue, in primo luogo, per materia, l'intervento di Commissione e Consiglio: alla prima è attribuita una competenza generale e residuale sugli «*aspetti discrezionali del programma di risoluzione*»; quanto al secondo, la competenza è limitata a fattispecie in cui il legislatore ha ritenuto sussistente un «*notevole impatto delle decisioni di risoluzione sulla stabilità finanziaria degli Stati membri e sull'intera Unione nonché sulla sovranità di bilancio degli Stati membri*» (Considerando 24 SRMR): la valutazione sulla sussistenza dell'interesse pubblico e su modifiche significative dell'importo del Fondo rispetto a quanto previsto dal programma. Alla lettera, l'intervento del Consiglio è inoltre limitato sotto un profilo procedurale dal potere di iniziativa della Commissione: è quest'ultima a proporre al Consiglio di approvare o obiettare, nel primo caso, al programma stesso, nel secondo, ad una propria proposta di modifica (par. 7). Inoltre, il criterio di interpretazione linguistico tramite il confronto con altre traduzioni del Regolamento (in inglese, l'impiego del verbo modale «*may*», e «*kann*» in tedesco) conferma la «discrezionalità della Commissione». In altre parole, se la regola è che la Commissione decide se richiedere o meno l'intervento del Consiglio, in particolare con riferimento alla sussistenza dell'interesse pubblico, è quest'ultima ad essere la «*depositaria politica*» della valutazione, anche poiché la decisione non potrebbe diversamente essere rimessa al Consiglio.

Operativamente, l'intervento del Consiglio è declinato diversamente in base all'oggetto della sua valutazione[392]. Entro 12 ore, la Commissione può proporre al Consiglio: a) di *obiettare* al

[392] In dottrina, l'intervento del Consiglio è stato associato alle ipotesi in cui si verifichi un «*effetto redistributivo*» delle risorse. Così O. Capolino, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, cit., 17.

programma in quanto esso non soddisfa il requisito dell'interesse pubblico; b) di *approvare o obiettare* ad una modifica significativa dell'intervento del Fondo prevista dal programma. V'è da chiedersi, operativamente, se la differenza di formulazione incida sulle dinamiche della valutazione. Anche qui impiegando l'argomento interpretativo linguistico si nota che nella traduzione francese, la differenza tra le due ipotesi è più marcata: nel primo caso «*d'emettre objections*» in relazione all'interesse pubblico; e «*d'approuver ou de refuser una modification*». Alla luce di ciò potrebbe argomentarsi che, nel caso dell'interesse pubblico, la valutazione è atto della Commissione, anche quando intervenga il Consiglio.

Dunque, in sintesi, il Comitato trasmette immediatamente alla Commissione il programma adottato. Quest'ultima, entro 24 ore, lo approva o obietta per quanto concerne gli aspetti di sua competenza o, ancora, entro 12 ore, effettua la proposta al Consiglio.

Il programma di risoluzione entra in vigore se il Consiglio o la Commissione non hanno espresso obiezioni entro 24 ore dalla trasmissione secondo un meccanismo di silenzio assenso[393]. In caso di obiezioni invece, il Comitato deve provvedere entro 8 ore alla modifica del programma (par. 7 comma 5). Ancora, se ritenuto non sussistente l'interesse pubblico, è avviata la procedura nazionale di liquidazione (comma 8). In ogni caso, le decisioni della Commissione e del Consiglio vincolano il Comitato (art. 44 SRMR).

Altro aspetto in cui si esplica la discrezionalità delle Istituzioni europee attiene al caso in cui nel programma sono previsti interventi esterni di rilievo ai fini della disciplina sugli aiuti di Stato. La Commissione è chiamata invero alla valutazione prevista all'art. 107

[393] La brevità del termine suggerisce tuttavia che la Dottrina Meroni resti su un piano meramente formale. In questi termini O. Capolino, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, cit., 22.

TFUE e ripresa dall'art. 19 SRMR. In tale valutazione sono compresi gli aiuti del Fondo di risoluzione. Essa agisce ove tale esigenza risulti espressamente dal programma (come nel caso del Fondo), ma può anche avviare la procedura di propria iniziativa «*se ritiene che le azioni di risoluzione potrebbero costituire aiuti di Stato*» (art. 19 par. 2).

Anche in caso di esito negativo della valutazione, il Comitato deve presentare un programma emendato. In casi eccezionali, è possibile, su domanda dello Stato membro, l'intervento del Consiglio che può dichiarare all'unanimità l'intervento compatibile con il mercato interno (art. 19 par. 10 SRMR)[394]. In caso di mancata delibera del Consiglio entro sette giorni, la competenza torna alla Commissione.

Un secondo limite è costituito dalla necessità di esecuzione da parte delle ANR. Invero, il programma di risoluzione è provvedimento indirizzato all'ANR, che è competente all'esecuzione ed all'esercizio dei poteri di risoluzione (art. 18 par. 9 e art. 29 SRMR). In questa fase si manifesta la natura di procedimento composto secondo il modello *top-down*. Nell'esecuzione, le ANR applicano le norme nazionali in quanto compatibili con quelle europee.

Costituisce un'eccezione (che conferma il principio) il caso di intervento diretto del Comitato, sebbene limitato ai casi di inerzia o se l'azione dell'ANR sia tale da mettere a rischio gli obiettivi della risoluzione (art. 29 par. 2)[395]. In tal caso, in poteri del Comitato sono individuati in ordini di: cessione ad altro soggetto di diritti, attività o

---

[394] È da evidenziare che, mentre con riferimento alle competenze di cui sopra il Consiglio delibera a maggioranza semplice, per la valutazione sugli aiuti di Stato è richiesta l'unanimità. La *ratio* pare legata all'eccezionalità delle condizioni, che possono implicare la deroga alle regole di concorrenza e l'erogazione dell'aiuto, e riportare la questione sul piano politico.

[395] È fattispecie non ancora verificatasi nella prassi. Sul punto v. J.H. Binder, *Resolving a bank – judicial review vith regard to the exercise of resolution powers*, Judicial Review in the Banking Union, in C. Zilioli, K.P. Wojcik, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 374.

passività; conversione di tutti gli strumenti di debito (che prevedono la corrispondente clausola); adozione di altro provvedimento necessario. L'ultimo caso «*solo se la misura riduce significativamente il rischio per l'obiettivo della risoluzione in questione o per l'attuazione efficiente del programma*». Come anticipato [v. *supra*, Capitolo I], il Comitato sembra avere solo una facoltà di intervento, non svincolata da una modifica del programma con coinvolgimento delle Istituzioni qualora esso non sia rispettato[396]. È un'ipotesi limitata e circostanziata: è richiesta una preventiva comunicazione all'AR (almeno 24 ore prima dell'entrata in vigore, salvo circostanze eccezionali); la descrizione dettagliata delle misure, motivazione, data di entrata in vigore. Resta ferma la sovra-ordinazione «gerarchica» del Comitato, i cui provvedimenti prevalgono su quelli delle AR non conformi.

Nei limiti di quanto detto, sorge il problema dell'ampiezza della discrezionalità operativamente lasciata all'ANR: molto dipende dalla precisione del programma di risoluzione, nonché dal grado di partecipazione dell'ANR all'attività di redazione del Comitato. Invero, tramite i gruppi interni di risoluzione [v. *supra*, Capitolo I] il programma è redatto in stretto coordinamento con le ANR, sebbene la responsabilità di quest'ultimo sia assunta dal Comitato. In proposito, è emblematico il caso del Banco Popular, particolarmente dettagliato, al punto da non lasciare alcuna discrezionalità all'ANR[397]. In quest'ottica, sembrerebbe che l'intero sistema, organizzato secondo procedimenti composti del tipo *top-down* mirerebbe ad accentrare i profili discrezionali a livello europeo e che, dunque, in sostanza alle ANR residuerebbe solo una competenza esecutiva.

---

[396] La medesima procedura è applicata anche in caso di modifiche *in fieri* al programma di risoluzione (art. 23 ult. comma SRMR).

[397] J.H. Binder, *Resolving a bank – judicial review with regard to the exercise of resolution powers*, cit., 375.

Nel caso delle banche meno significative e negli altri casi in cui la competenza resta all'ANR, il programma è predisposto dalla Banca d'Italia (*Unità di risoluzione*), dopo la dichiarazione FOLTF (*Dipartimento di vigilanza*). Invero, l'interesse pubblico, l'elemento distintivo tra risoluzione e liquidazione coatta amministrativa, non è collegato alla significatività dell'ente[398]. Il programma è contenuto necessario del provvedimento di avvio della risoluzione, per la cui efficacia è necessaria l'approvazione del MEF (art. 32 par. 1 e 2 d.lgs. 180/2015). Nel caso di banche non significative, dunque, la posizione del MEF è paragonabile a quella di Commissione e Consiglio, in quanto organo politico chiamato ad approvare le scelte tecniche dell'Autorità[399].

Non è invece chiaro dalla disciplina il coordinamento tra il programma di risoluzione e l'avvio della risoluzione da parte della Banca d'Italia. L'indicazione del programma di risoluzione quale parte integrante del provvedimento di avvio della risoluzione (art. 32 d.lgs. 180/2015) rappresenta il punto di coordinamento, anche nell'ipotesi in cui sia il Comitato competente per la relativa predisposizione. In tal caso, dato che l'approvazione del MEF è richiesta con riferimento al provvedimento di avvio, parrebbe comunque imprescindibile.

Ove le condizioni del caso lo richiedano, resta di competenza esclusiva delle Istituzioni europee la valutazione in materia di aiuti di Stato (artt. 107 ss. TFUE).

L'apertura della risoluzione è espressamente disciplinata solo dalla disciplina armonizzata (art. 32 d.lgs. 180/2015), che esclude l'applicazione delle disposizioni sulla partecipazione nel procedimento

---

[398] L. Scipione, *L'affaire "popolari venete" e il modello italico di gestione delle crisi bancarie. Ricadute applicative e profili di incoerenza sistemica*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2018, 2 - 3, 569 ss.

[399] C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, cit., 274.

amministrativo ex l. 241 del 1990 (Capo III – artt. 7 – 13 del codice). Si tratta, in particolare, della comunicazione di avvio del procedimento; dell'intervento nel procedimento; dei diritti dei partecipanti al procedimento (del diritto di prendere visione di atti e presentare memorie scritte e documenti con obbligo dell'amministrazione di valutarle); comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza prima della formale adozione di un provvedimento negativo; accordi con gli interessati integrativi o sostitutivi del provvedimento; provvedimenti attribuiti di vantaggi economici e limiti di applicazione alle norme sulla partecipazione. Dunque, anche l'interesse del privato alla partecipazione al procedimento cede dinanzi all'efficacia dell'azione amministrativa, giustificando la deroga dei principi generali.

3. I presupposti della risoluzione e la discrezionalità delle AR.

I presupposti per l'avvio della risoluzione sono: a) che l'entità (o il gruppo) sia in dissesto o rischio di dissesto (nella traduzione inglese *failing or likely to fail*, da cui l'acronimo FOLTF); b) che non sia possibile prospettare misure alternative che consentano di evitare il dissesto in tempi ragionevoli; c) che la risoluzione sia necessaria nell'interesse pubblico (art. 18 par. 1 SRMR). Già nella valutazione dei presupposti della risoluzione si esplica la discrezionalità di cui si dibatte e che risulterà meglio dall'analisi. Essi sono stati già in dottrina ricondotti alla categoria dei *soft triggers*, contrapposti agli *hard triggers*, in quanto svincolati dall'accertamento di parametri

quantitativi definiti[400]. Il modello è coerente con il superamento della verifica della conformità alla fattispecie legale, per l'ampiezza ed i contorni sfumati dei presupposti: è valutazione discrezionale di merito, di opportunità, da parte dell'Autorità amministrativa.

3.1. (*Segue*): il dissesto e rischio di dissesto (FOLTF).

Un primo profilo di interesse emerge nel confronto con la teoria generale delle procedure concorsuali delle imprese commerciali, che hanno, quale presupposto oggettivo fondamentale, l'*insolvenza*, da intendersi, secondo quanto previsto dal CCII, come «*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*» (art. 2 CCII, già art. 5 l.f.)[401]. È presupposto derogato solo in caso di enti formalmente pubblici[402], e giustificato dal, seppur discusso, interesse privatistico sotteso al procedimento, mirante al contemperamento tra interessi privati tra creditori e soci, e, solo indirettamente, quello al buon funzionamento del mercato.

Nella crisi bancaria è oggi è previsto altro requisito oggettivo, più ampio e dai contorni più sfumati: il *dissesto o rischio di dissesto*,

---

[400] G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, cit., 932.

[401] Per tutti, G. Capo, *I presupposti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in Fallimento ed altre procedure concorsuali, Trattato diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, 62. Nel contesto della vicenda di Veneto Banca, è stata affermata la valenza universale del criterio, estendibile al settore bancario. V. D. Rossano, *L'accertamento dello stato di insolvenza di Veneto Banca in liquidazione coatta amministrativa. Nota a Trib. Treviso sez. II 27 giugno 2018*, n. 83, in RTDE, 3, 72 ss., 75.

[402] Tra gli altri, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, *Vol. 3. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, UTET, Milano, 2015, V ed., 343. Invero, oggi anche l'art. 14 TUSPP che ammette le società a partecipazione pubblica al fallimento.

concetto giuridico indeterminato, il cui accertamento è comunque di natura tecnica.

Il dissesto è definito dal SRMR in presenza, anche disgiunta, di una o più condizioni tra quelle elencate (par. 4 art. 18)[403]: l'ente viola i requisiti per il prosieguo dell'autorizzazione tali da giustificarne la revoca, compresa (in via esemplificativa) la perdita dell'intero patrimonio o di un importo significativo (cd. *dissesto regolamentare*)[404]; le attività sono inferiori alle passività (cd. *dissesto patrimoniale*); l'ente non è in grado di pagare i propri debiti o altre passività in scadenza (cd. *dissesto finanziario o di liquidità*)[405]. È possibile osservare che nel diritto italiano (art. 17 comma 2 d.lgs. 180/2015), il dissesto regolamentare è articolato distinguendo il caso in cui «*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*» (lett. a), e «*risultano perdite patrimoniali di eccezionale gravità, tali da privare la banca dell'intero patrimonio o di un importo significativo del patrimonio*» (lett. b). Il legislatore italiano sembrerebbe dunque aver previsto l'ipotesi di una crisi di legalità slegata da criticità di natura patrimoniale o finanziaria. Tale previsione è un ulteriore elemento di specificità della disciplina bancaria, rispetto al diritto comune che giustifica le procedure concorsuali[406]. Se l'impostazione legislativa costituisce un siffatto

---

[403] V. anche EBA, *Orientamenti sull'interpretazione delle diverse situazioni nelle quali un ente è considerato in dissesto o a rischio di dissesto (Articolo 32(6) della Direttiva 2014/59/UE)*, del 6 agosto 2015 (EBA/GL/2015/07).

[404] «*Perdite di eccezionale gravità*» nel decreto attuativo.

[405] Secondo una nomenclatura d'uso. V. in particolare M. Speranzin, *Voce bail-in*, cit.; G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, cit., 934.

[406] In proposito P. De Gioia Carabellese, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Cacucci Editore, Bari, 2020, 66, osserva che la privazione del diritto di voto

indice, nella pratica è condizione piuttosto rara: le due vicende vanno di regola di pari passo, ed anzi eventuali anomalie nella situazione patrimoniale e finanziaria sono sintomi attraverso cui risalire all'eventuale presenza di una crisi di legalità [v. *supra*, Capitolo II].

A dette fattispecie, si riferisce altresì il *rischio di dissesto*, in quanto «*vi sono elementi oggettivi a sostegno della convinzione che»* tali condizioni si verificheranno *«nel prossimo futuro*». In particolare, nel caso di accertamento del dissesto si percepisce maggiormente la discrezionalità delle Autorità non solo nella valutazione, ma anche la portata dei poteri nei confronti di un'impresa che non si trova già in dissesto o in insolvenza, ma che può giustificare comunque misure di ristrutturazione, nonché lo spossessamento dell'impresa.

Infine, ulteriore ipotesi, che assume valenza di presunzione *iuris et de iure*, si verifica quando l'entità «*necessita*» di un sostegno finanziario pubblico straordinario. Non è chiaro dalla disciplina, né dalle linee guida, cosa si intenda per «*necessita*». Parrebbe valutazione lasciata allo Stato [dunque con componente politica], e sottoposta a valutazione dell'AR.

Fanno eccezione i casi in cui il sostegno sia funzionale a «*rimediare a una grave perturbazione dell'economia di uno Stato membro e preservare la stabilità finanziaria*» ed il sostegno è prestato in una delle «*forme*» enumerate all'art. 18. Sul punto si tornerà oltre [v. *infra*, Capitolo IV]. L'eccezione trae dunque anche stavolta un proprio fondamento nelle esigenze di tutela dell'interesse pubblico macroeconomico.

---

ai soci è risultato del fatto che gli amministratori che hanno contribuito alla *mala gestio* sono espressione della maggioranza dell'assemblea, configurando un conflitto di interessi.

Orbene, emerge dal dettato normativo, che la nozione di dissesto è ben più ampia dell'*insolvenza*, inglobata nel presupposto del dissesto sub lett. c)[407].

Dunque, nel caso della risoluzione, lo spossessamento e l'incidenza sui diritti patrimoniali presuppone una decisione dell'Autorità si fonda su presupposti ben più labili dell'insolvenza, non necessariamente collegata alla lettera, a condizioni patrimoniali o finanziarie dell'impresa.

I presupposti divergono per *ratio* confermando la specialità del settore: i presupposti della risoluzione devono necessariamente essere più ampi perché tesa, per quanto possibile, alla ristrutturazione dell'impresa e alla prosecuzione delle funzioni essenziali. Anche il Considerando 57 SRMR afferma l'opportunità che la risoluzione sia avviata «*prima che un'entità finanziaria divenga insolvente in termini di bilancio (balance-sheet insolvent) e quando abbia ancora del capitale*». Allo stesso tempo, detta attività conferma l'alterità tra procedure speciali di risoluzione/liquidazione coatta e procedure concorsuali ordinarie. Nel primo caso l'interesse pubblico è strumentale

---

[407] Sul rapporto tra i due presupposti, tra gli altri, V. Santoro, *Bank Recovery and Resolution: An Italian Point of View*, cit.; G. Falcone, *"Stato di dissesto" e "insolvenza" nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, nota a Tribunale di Vicenza, 9 gennaio 2019, in Il Fallimento, 2019, 2, 225 ss.; B. Inzitari, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180/2015)*, in Contr. Impr. 2016, 3, 690 ss., 696; M. Porzio, *La banca insolvente*, cit., 408 ss.; D. Rossano, *L'accertamento dello stato di insolvenza di Veneto Banca in liquidazione coatta amministrativa. Nota a Trib. Treviso sez. II 27 giugno 2018*, n. 83, cit., 72 ss.; E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, cit., 33 ss.; Santoni G., *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione di insolvenza*, in AGE, 2016, 2, 517 ss. Sul minor rilievo dell'insolvenza rispetto alle imprese industriali quale elemento indicativo della specialità della crisi dell'intermediario bancario, v. B. Inzitari, *La disciplina della crisi nel Testo Unico Bancario*, cit., 126 ss.

Non implica lo stato di insolvenza la sospensione dei pagamenti nel contesto dell'amministrazione straordinaria (art. 74 comma 3 TUB).

all'interesse privato alla soddisfazione concorsuale dei creditori e dell'impresa privata che opera sul mercato; nel secondo, è l'interesse alla stabilità macroeconomica declinato negli obiettivi della risoluzione [v. *infra*, § 3.2.].

L'accertamento dello stato di insolvenza sopravvive ma con conseguenze autonome e specifiche, sebbene, in assenza di autonoma definizione, il contenuto sia il medesimo. Spetta invero all'A.G. su proposta dei commissari speciali, della Banca d'Italia o di un soggetto da essa designato, avendo riguardo al momento di avvio della risoluzione, da intendersi, nel caso in cui tale valutazione sia successiva[408]. È regolato all'art. 36 d.lgs. 180/2015, che richiama con correttivi l'art. 82 comma 2 TUB[409] (ad es. il riferimento ai commissari speciali anziché ai commissari liquidatori) e rappresenta peraltro, nel diritto italiano, l'unico momento di intervento del Tribunale nell'intera procedura di gestione della crisi, per il resto prettamente amministrativa [si è detto *supra*, Capitolo II dell'art. 2409 c.c.][410]. Non è stata invero recepita la possibilità di autorizzazione preventiva da parte dell'A.G., ammessa dalla Direttiva (art. 85 par. 1) purché con procedura d'urgenza.

Dallo stato di insolvenza derivano autonome conseguenze, in linea con quanto di regola previsto, in particolare: la disciplina in materia di revocatorie (comma 3), ed i reati fallimentari (tramite il

---

[408] Esempio pratico si rinviene nella sentenza del Tribunale di Arezzo, 11 febbraio 2016 n. 12 sull'insolvenza di Banca Etruria. In argomento, v. M. Porzio, *La banca insolvente*, cit., 415.

[409] È escluso dal richiamo il comma 1, ed il caso di insolvenza cd. *preventiva*. Così G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, cit., 954.

[410] Sul punto, v. anche L. Scipione, *L'affaire "popolari venete" e il modello italico di gestione delle crisi bancarie. Ricadute applicative e profili di incoerenza sistemica,* cit.

richiamo del comma 2 al titolo VI l. fall. - *Disposizioni penali*)[411]. Anche l'art. 343 CCII equipara, ai fini delle disposizioni penali, l'accertamento dello stato di insolvenza nella l.c.a. alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale (applicabile in quanto compatibile ex art. 80 comma 6 TUB)[412].

3.2. (*Segue*): l'interesse pubblico alla risoluzione.

Si è detto, le procedure concorsuali ordinarie sono fondate su un interesse privato al soddisfacimento dei creditori, cui l'interesse pubblico al buon funzionamento del mercato si pone in posizione strumentale[413]. Emerge nettamente la differenza con la disciplina bancaria, ove l'interesse pubblico prevale e deroga a quello privato al soddisfacimento degli aventi causa (di rischio e di debito). È eccezione al sistema generale. Dunque, la locuzione *interesse pubblico* è centrale ai fini dell'analisi che ci si propone.

---

[411] G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, cit., 954.

[412] In tema di accertamento dello stato di insolvenza nell'ambito della l.c.a., Cass. Civ., Sez. I, sentenza, 11 giugno 2020, n. 11267 precisa che non è necessario l'accertamento delle cause, rilevanti eventualmente solo per le azioni di risarcimento del danno e non ai fini del presupposto oggettivo.

[413] Per il perseguimento di un interesse pubblico, tra gli altri, G. Ragusa Maggiore, *Diritto fallimentare*, Morano, Napoli, 1974, 19. Per il perseguimento di un interesse solo privato F. Ferrara jr., A. Borgioli, *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995, V ed., 46: «*È chiaro che il fallimento si risolve in una difesa più energica del creditore, in un mezzo più pronto e più potente per la tutela del suo interesse, perché in caso di insolvenza la difesa ordinaria è manchevole*». Per una ricognizione, v. A. Bonsignori, *Voce fallimento*, in Digesto commerciale, 1990; più di recente, A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2009, IV ed., 45 ss., che opta per la prevalenza dell'interesse privato; B. Meoli, *Le vicende del contratto nella crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2013, 23 ss.

È discusso se il legislatore ne abbia inteso individuare una *nozione comune*[414] e se, ove esistente, essa possa essere diversamente calibrata nella pratica in ragione delle misure attuande. Come si vedrà, intendere l'interesse pubblico come criterio generale sotteso all'intera disciplina sembra la soluzione preferibile, ferma la tendenza ad applicare diversamente il requisito, sia tra Autorità diverse (nazionali e sovranazionale), e per finalità diverse (ad es. ai fini dell'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato).

Alla lettera, l'*interesse pubblico alla risoluzione* sussiste in quanto essa risulti necessaria al conseguimento di uno o più degli obiettivi della risoluzione (art. 14 par. 1 e 2 SRMR) se la procedura nazionale di insolvenza non ne consenta la realizzazione nella medesima misura (cd. *point of non viability* - PONV)[415]. Per *obiettivi della risoluzione* si intendono (art. 14 SRMR): a) garantire la continuità delle funzioni essenziali; b) evitare gli effetti negativi sulla stabilità finanziaria; c) ridurre al minimo il sostegno finanziario pubblico straordinario; d) tutelare i depositanti (direttiva 2014/49/UE) e gli investitori (direttiva 97/9/CE); e) tutelare i fondi e le attività dei

---

[414] Sulla possibilità di intendere l'*interesse pubblico* come criterio generale, per tutti, V. Santoro, *Bank Recovery and Resolution: An Italian Point of View*, cit.

[415] Per tutti, M. Lamandini, D. Ramos Munoz, *Minimum Requirement for Own Capital and Eligible Liabilities*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, edited by R. D'Ambrosio, n. 88, aprile 2020, 368. Sull'interesse pubblico si v., tra gli altri, V. Minervini, *Interesse pubblico, concorrenza e concorsualità nella disciplina delle crisi bancarie*, in Riv. Dir. Comm., 2021, 1, 119 ss.; D. Rossano, *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle Autorità europee*, in RTDE, 2017, 3 – supplemento, 93 ss.; O. Capolino, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, cit., 8 - 9, osserva che deve trattarsi di interesse «*ulteriormente qualificato*» rispetto a quello genericamente posto a fondamento della vigilanza, spec. 9, sub nota 34.

clienti[416]. Ulteriore criterio, "strumentale" ai precedenti, è la riduzione al minimo dei costi e la distruzione di valore, salvo se necessario a perseguire i precedenti obiettivi[417]. Per il resto, testualmente, gli obiettivi assumono la medesima importanza «*e sono ponderati come opportuno a seconda della natura e delle circostanze del caso*» (art. 14 par. 3 SRMR). Può quindi essere disposta la prevalenza dell'uno piuttosto che dell'altro. Dunque, se il legislatore si esime dall'identificare una gradazione di tali obiettivi, essa è comunque necessaria conseguenza del sistema, lasciata all'AR, secondo come ritenuto «*opportuno*». Possono essere inoltre perseguiti singolarmente e non congiuntamente («*i pertinenti obiettivi della risoluzione nelle circostanze del caso*» - par. 1). L'eterogeneità ne può rendere in concreto difficile il perseguimento "simultaneo"[418]. L'accertamento dell'interesse pubblico è basato dunque su una *ponderazione di interessi*, che richiama l'impostazione del Giannini sulla discrezionalità [v. *supra*, Capitolo I].

---

[416] È interessante notare che la legislazione francese non ha contemplato l'interesse pubblico, avendo fatto riferimento solo agli obiettivi di risoluzione. T. Bonneau, *Droit bancaire*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017, XII ed., 279.

[417] È stato evidenziato che la dicitura italiana armonizzata, «*sfuma nell'esigenze di evitare quella distruzione, per quanto possibile*», con una formulazione ben meno incisiva. Così L. Scipione*, L'affaire "popolari venete" e il modello italico di gestione delle crisi bancarie. Ricadute applicative e profili di incoerenza sistemica,* cit.

[418] M. Bodellini, *Impediments to resolvabiliy: critical issues and challenges ahead*, cit., 49.

Gli obiettivi sono peraltro genericamente formulati (a mo' di clausole generali)[419] e suscettibili di interpretazione diversificata[420]. La valutazione è discrezionale, fermo che l'AR deve tener conto delle linee guida EBA, che ulteriormente specificano tali elementi pur senza fornire criteri quantitativi[421], e delle ulteriori previsioni di livello 2 [v. *infra*, nel paragrafo]. La valutazione dell'interesse pubblico si basa inoltre sulla preventiva valutazione effettuata nella pianificazione della risoluzione [v. *supra*, Capitolo II], e "aggiornata" sulla base delle condizioni dell'intermediario e del mercato al momento della crisi. Dunque, l'AR, motivando, resta libera di determinarsi diversamente.

La cd. *risoluzione*, identificabile come procedura di ristrutturazione dell'impresa, connotata da meccanismi che impongono una partecipazione dei privati alle perdite mediante un'anticipazione degli effetti della crisi (in termini di liquidazione), è residuale, dovendo essere preferiti sia eventuali rimedi preventivi qualora *ritenuti* sufficienti a superare la situazione di dissesto o rischio di dissesto, sia le «*procedure ordinarie di insolvenza*», proprie di ciascun ordinamento nazionale, potenzialmente diversificate, ma comunque connotate dalla

---

[419] La genericità è stata evidenziata anche in dottrina. V. tra gli altri, L. Scipione*, L'affaire "popolari venete" e il modello italico di gestione delle crisi bancarie. Ricadute applicative e profili di incoerenza sistemica,* cit., V. Santoro, *La responsabilità extracontrattuale delle autorità di vigilanza creditizia nei confronti di risparmiatori e investitori. La giurisprudenza delle Corti europee*, in Rivista ODC, 2021, 1, pt. 1, 61 ss., 77, D. Rossano, *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle Autorità europee*, cit., 100. Anche il Presidente EBA, Andrea Enrìa, nell'audizione al Senato del 6 luglio 2017 ha evidenziato la necessità di dare rilievo ai fini della valutazione sulla risoluzione anche degli effetti a livello regionale, evitando un approccio restrittivo, come per le banche venete. In proposito, v. L. Serafini, *Perché le tre donne ai vertici UE hanno detto sì al salvataggio delle banche italiane*, Il Sole24Ore, 10 luglio 2017.

[420] O. Capolino, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, cit., 259.

[421] EBA, *Final Draft Regulatory Technical Standards on the content of resolution plans and the assessment of resolvability*, 19 December 2014 (EBA/RTS/2014/15).

dinamica di liquidazione-ripartizione, quando *ritenuta* idonea al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione nella stessa misura della risoluzione (*a contrario* dal par. 5 art. 18 SRMR)[422]. In questi termini, gli obiettivi della risoluzione (art. 14 SRMR) assurgono ad obiettivi dell'intero sistema di gestione della crisi[423]: il legislatore impone di preferire le procedure nazionali, se sufficienti al perseguimento degli obiettivi nella medesima procedura di risoluzione [v. *supra*, Introduzione]. Dunque, anche la procedura nazionale deve perseguirli. Operativamente, segue quindi alla ponderazione degli interessi, un confronto tra la risoluzione e le procedure di insolvenza nazionali[424]. Resta valutazione da effettuarsi caso per caso[425]. La valutazione può essere schematizzata distinguendo: a) la messa a rischio degli obiettivi della risoluzione in caso di impiego di procedura di liquidazione nazionale; b) la suscettibilità della risoluzione di ridurre l'impatto sui relativi obiettivi[426]. L'eventuale accertamento, anche a parità di condizioni di mercato, varia in base alle caratteristiche della procedura nazionale[427]. È quindi impossibile individuare una nozione di interesse pubblico comune a tutti gli ordinamenti europei, e può variare nel tempo. Resta ferma la necessità di assicurare un *level*

---

[422] Raggiunge analoga conclusione, anche alla luce dei considerando della direttiva, V. Santoro, *Prevenzione e risoluzione delle crisi bancarie*, cit., 7, il quale afferma che «*l'individuazione degli obiettivi vada al di là dell'istituto della risoluzione e costituisca la giustificazione complessiva dell'intera direttiva*».

[423] V. Minervini, *Interesse pubblico, concorrenza e concorsualità nella disciplina delle crisi bancarie*, cit. in estratto 16, rileva che l'interesse pubblico travalica i confini della risoluzione in quanto rileva altresì ai fini della ricapitalizzazione precauzionale.

[424] SRB, *Public Interest Assessment: SRB Approach*, par. 8.

[425] O. Capolino, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, cit., 259.

[426] Il SRMR e la BRRD sono completati dagli art. 6 (*Criteri per l'individuazione delle funzioni essenziali*) e 7 (*Criteri per l'individuazione delle linee di business principali*) Regolamento Delegato UE/778/2016.

[427] SRB *Public Interest Assessment: SRB Approach*, par. 19.

playing field, che impone all'SRB di utilizzare criteri per quanto possibile comuni[428].

Sin ora il Comitato, nella sporadica casistica, ha adottato un approccio restrittivo, intendendo la risoluzione come *extrema ratio*[429], e qualificando l'interesse pubblico alla stabilità come riferibile ad interi Stati membri e potenzialmente all'euro area[430] con conseguente prevalenza di dichiarazioni di insussistenza[431]. Ciò, tuttavia, non esclude che le ANR (quando competenti alla valutazione) intendano in misura più ampia il requisito, ritenendolo sussistente anche per aree più ristrette[432].

Gli obiettivi di risoluzione maggiormente presi in considerazione *a priori*, nella produzione non vincolante dell'SRB, nonché nella pratica delle procedure, sono: a) la sussistenza di *funzioni (essenziali) critiche*, di necessaria preservazione; e b) la necessità di evitare *significativi effetti avversi sulla stabilità finanziaria*[433].

---

[428] SRB, *Public Interest Assessment: SRB Approach*, par. 9.

[429] E. König, *Developments in the SRB: Setting MREL and Safeguarding Operational Continuity*, Speech to the BPFI in Dublin, 22 Gennaio 2019, disponibile su https://www.srb.europa.eu/en/content/speech-bpfi-dublin-elke-konig-developments-srb-setting-mrel-and-safeguarding-operational, come rilevato da T. Tröger, A. Kotovskaia, *National interests and supranational resolution in the European Banking Union*, SAFE Working Paper No. 340, Febbraio 2022, 1 ss., 14.

[430] O. Capolino, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, cit., 260 e 264.

[431] Così osserva M. Arrigoni, *Verso la fine del Bail-in? Una critica al regime europeo di gestione delle crisi bancarie*, cit., 60.

[432] T. Tröger, A. Kotovskaia, *National interests and supranational resolution in the European Banking Union*, cit., 14.

[433] In proposito, M. Bodellini, *Impediments to resolvabiliy: critical issues and challenges ahead*, cit., 49, considera un indizio della maggiore importanza dei due obiettivi in quanto menzionati per primi nell'elenco. Per la prevalenza della stabilità finanziaria nel novero degli obiettivi v. altresì V. Santoro, *La responsabilità extracontrattuale delle autorità di vigilanza creditizia nei confronti di risparmiatori e investitori. La giurisprudenza delle Corti europee*, cit., 77 – 78.

I casi di diniego da parte del SRB riguardano Veneto Banca s.p.a. e Banca Popolare di Vicenza s.p.a. (banche Venete)[434]; la ABLV Bank S.A. e della controllata lussemburghese ABLV Bank Luxembourg S.A.[435]; della AS PNB Banka[436]; della controllante austriaca Sberbank Europe AG (a differenza, come si vedrà, delle controllate in Croazia e Slovenia)[437]. In tutti i casi, per diverse ragioni, sono risultati determinanti i due profili sopra evidenziati, ossia a) la sussistenza di *funzioni (essenziali) critiche*, di necessaria preservazione; e b) la necessità di evitare significativi effetti avversi sulla stabilità finanziaria, la cui assenza è risultata dirimente ai fini dell'esclusione dell'interesse pubblico. Al contrario, il Comitato ha ritenuto sussistente l'interesse pubblico alla risoluzione nel caso del Banco Popular Espanol S.A. (SRB/EES/2017/08) nel confronto con la procedura di liquidazione

---

[434] Sulle *banche Venete* (Veneto Banca s.p.a. e Banca Popolare di Vicenza s.p.a.), il Comitato di risoluzione unico ha escluso la sussistenza dei requisiti per la risoluzione, in particolare, l'interesse pubblico, con conseguente sottoposizione delle banche a l.c.a. Cfr. Provvedimenti del 23 giugno 2017 e d.l. 25 giugno 2017, n. 99 (*Disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di Banca popolare di Vicenza S.p.a. e di Veneto Banca S.p.a.*), convertito con modificazioni nella l. 121/2017.

[435] Decisioni del Comitato di Risoluzione Unico del 23 febbraio 2018 (SRB/EES/2018/09) e (SRB/EES/2018/10). Sul punto, in dottrina, E. Cecchinato, *Dopo le "Banche venete". L'interesse pubblico nella risoluzione bancaria ed il caso ABLV Bank*, in www.dirittobancario.it, giugno 2019; M. Arrigoni, *Verso la fine del Bail-in? Una critica al regime europeo di gestione delle crisi bancarie*, cit., 63; A. Steiblyté, *Public interest for resolution action in the light of the ABLV cases*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 564.

[436] Sito del SRB è disponibile una sintesi (*Notice summarising the decision taken in respect of AS PNB Banka*) della decisione del 15 agosto 2019. In dottrina, v. M. Arrigoni, *Verso la fine del Bail-in? Una critica al regime europeo di gestione delle crisi bancarie*, cit., 64; J.H.Binder, *The next step: Towads harmonised frameworks for the liquidation of non-systemically relevant credit institutions in the EU? A discussion of policy choices and potential impediments*, in EBI Working Paper Series, March 2021, 4.

[437] SRB, Sberbank d.d. and Sberbank banka d.d., Press Release, 1 March 2022; Summary of the SRB decision in Relation to Sberbank Europe AG.

spagnola (l. 22/2003 del 9 luglio)[438], e delle due controllate di AS PNB Banka, rispettivamente della slovena Sberbank banka d.d. e della croata Sberbank d.d.[439].

Le funzioni essenziali, sono definite come «*attività, servizi o operazioni la cui interruzione porterebbe verosimilmente, in uno o più Stati membri, all'interruzione di servizi essenziali per l'economia reale o potrebbe compromettere la stabilità finanziaria a motivo della dimensione, della quota di mercato, delle interconnessioni esterne e interne, della complessità o delle attività transfrontaliere di un ente o di un gruppo, con particolare riguardo alla sostituibilità di tali attività, servizi o operazioni*» (art. 2 par. 1 n. 35 BRRD)[440]. Al di là delle

[438] Nel primo caso, il Comitato ha ritenuto invero che essa esercitasse attività, servizi e operazioni la cui interruzione avrebbe avuto un impatto negativo su servizi essenziali per l'economia e della stabilità finanziaria in Spagna; la raccolta dei depositi, il credito, i sistemi di compensazione e regolamento ed i servizi di pagamento sono essenzialmente considerati funzioni critiche; che l'impatto su detta funzione potesse avere effetti negativi sui clienti e minare la fiducia nel mercato, con conseguente possibilità di contagio; che essa non fosse sostituibile con una misura accettabile in un congruo lasso di tempo evitando effetti sistemici (punto 4.4.1.); che essa fosse necessaria e proporzionata per evitare gli effetti avversi sulla stabilità finanziaria e sul contagio che sarebbero potuti derivare dalla procedura nazionale di liquidazione (punto 4.4.2.); che è coerente con gli altri obiettivi della risoluzione al pari della liquidazione nazionale (4.4.), riducendo la distruzione di valore che si sarebbe verificata con la procedura di liquidazione (4.5.). Il bilanciamento ben emerge dal punto 4.6. dove si afferma: «*Considering the previous factors, the conclusioni is that the disadvantages and costs of the adoption of this resolution action (mainly the losses suffered by the current shareholders and subordinatd creditors) would be outweighted by the benefits derived from it (mainly the maintenance of the critical functions and the minimization of adverse effects for the economy and the financial stability and the avoidance of further losses that could be suffered by other senior creditors, especially if insolvency proceedings were to be applied)*».

[439] SRB, Sberbank d.d. and Sberbank banka d.d., Press Release, 1 March 2022; Summary of the SRB decision in relation to Sberbank d.d. e Summary of the SRB decision in relation to Sberbank banka d.d. Anche quanto alle due controllate, i due obiettivi della risoluzione cui è stato conferito maggior rilievo, sono la continuità delle funzioni essenziali (credito a PMI) ed evitare effetti sulla stabilità finanziaria, ed è stata applicata la cessione dell'impresa.

[440] Sul punto è intervenuto altresì il SRB, *Critical Functions: SRB Approach*.

generiche definizioni, alcune indicazioni più puntuali per individuare il contenuto delle clausole possono essere rinvenute nella regolamentazione di livello 2, e nella produzione del Comitato funzionale a rendere pubblici i criteri considerati. La valutazione è effettuata su cinque aree: «*depositi*»; «*servizi di prestito*»; «*pagamento e compensazione, custodia e regolamento*»; «*attività dei mercati del finanziamento all'ingrosso*»; «*attività relative ai mercati dei capitali e agli investimenti*»[441]. Poiché sono comprese anche attività tipiche della riserva, potenzialmente ogni banca esercita funzioni essenziali.

Una funzione è essenziale se: a) è assicurata da un ente a terzi non collegati all'ente o gruppo (dunque, presso il pubblico); b) la sua improvvisa interruzione avrebbe probabilmente un significativo impatto negativo sui terzi, provocherebbe un contagio o minerebbe la fiducia generale dei partecipanti al mercato in ragione della rilevanza sistemica di tale funzione per i terzi e dalla rilevanza sistemica dell'ente o del gruppo nello svolgimento di tale funzione (art. 6 par. 1). Per accertare l'essenzialità della funzione, la valutazione dell'«*impatto negativo*» è articolata in due elementi: le caratteristiche dell'ente e delle attività svolte (art. 6 par. 2 Regolamento Delegato UE/778/2016) e la non sostituibilità della funzione «*entro un lasso di tempo ragionevole*» (art. 6 par. 3 Regolamento Delegato UE/778/2016), comunque non precisato e, quindi, discrezionale[442].

La BRRD all'art. 2 par. 1 n. 36) (cfr. anche Regolamento Delegato UE/778/2016 art. 7 par. 1), definisce le *linee di business principali* come «*linee di business e servizi connessi che rappresentano fonti significative di entrate, utili o di valore di avviamento (franchise value) di un ente o di un gruppo di cui un ente fa parte*».

[441] Regolamento Delegato UE/778/2016 considerando 4; SRB, *Public Interest Assessment: SRB Approach*, box 4; SRB, *Critical Functions: SRB Approach*., par. 9.

[442] V. anche SRB, *Critical Functions: SRB Approach*, diffusamente.

Si è detto, altro obiettivo di fondamentale importanza è la suscettibilità della crisi di determinare «*significativi effetti avversi sulla stabilità finanziaria*», di cui tuttavia direttiva e regolamento non contengono una definizione[443]. Resta peraltro all'interprete comprendere il rapporto con gli altri obiettivi: in senso atecnico, essa costituisce un *genus*, in cui la continuità delle funzioni essenziali potrebbe essere sussunta, insieme ad altri obiettivi della risoluzione (ad es. intendendo la tutela dei depositanti primariamente orientata al mantenimento della fiducia nel sistema e non alla tutela dei singoli)[444].

Nella produzione dell'SRB, con funzione di autoregolamentazione, la *stabilità finanziaria* è definita «*a state in which the financial system is capable of performing its macroeconomic functions, in particular allocating the economy's recources in a productive manner, even if faced with endogenous or exogenous shocks*»; mentre effetti avversi sono «*consequences of financial distress that jeopardise the orderly functioning, efficiency and integrity of the internal market or the economy or the financial system of one or more Member States*»[445]. Nella valutazione degli effetti avversi che la liquidazione avrebbe sul sistema[446], si tiene conto di due aspetti: i rischi di contagio e gli effetti dell'azione sulla disciplina di mercato (intesa come funzionamento regolare). I rischi di contagio attengono a canali sia «*diretti*» che «*indiretti*»: i primi, ad esempio, nei casi in cui «*by using data on interbank exposures and intra-financial sector holdings of own funds and debt insutrments issued by the failing bank*»; i secondi, basati su indicatori *quantitativi*, come «*spread correlations*

[443] SRB, *Public Interest Assessment: SRB Approach*, par. 12.

[444] Qualifica l'interesse pubblico come quello alla stabilità finanziaria, F. Bassan, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, cit., 392.

[445] SRB, *Public Interest Assessment: SRB Approach*, 9

[446] SRB, *Critical Functions: SRB Approach*, par. 39.

between bonds issued by the bank under consideration and other banks or the sovereign» , *oppure* (in inglese «*or*» quindi anche disgiuntamente), tra *qualitativi*, come «*potential contagion to banks with the same business model, characteristics and risk profile*» (SRB, *Public Interest Assessment: SRB Approach*, par. 13). Infine, si tiene conto del rischio di impatto sull'economia reale (*spill-overs to the real economy*).

La valutazione si sposta poi sulla capacità della risoluzione di ridurre l'impatto sugli obiettivi, che, secondo le indicazioni dell'SRB essenzialmente consiste nella medesima valutazione già operata con riguardo alla procedura di liquidazione nazionale, tramite una comparazione tra le due[447].

Dunque, l'interesse pubblico consiste nell'accertamento delle misure che consentano di salvaguardare gli interessi della risoluzione, che, pur fondati su dati necessariamente tecnici consentono all'Autorità di modulare la sua azione caso per caso. La valutazione è funzionale all'accertamento delle condizioni della banca e dunque della «fattibilità» del salvataggio[448]. Supponendo il caso estremo di totale atrofia dell'azienda, potrebbe non sussistere nemmeno un interesse ad assicurarne la prosecuzione dell'attività. Anche quando l'interesse pubblico esista, tutta la procedura presuppone lo svolgimento di valutazioni sulla situazione della banca indipendentemente da un intervento pubblico, così da consentirne l'emersione (trasparenza) e l'approvazione (procedimentalizzazione). L'eventuale intervento

---

[447] SRB *Public Interest Assessment: SRB Approach*, par. 17 - 19.

[448] La «*credibilità*» e «*fattibilità*» sono prima di tutto valutate (già nel contesto dei piani di risoluzione) in relazione alla procedura di insolvenza nazionale, e ove essa non ritenuta tale, sono impiegate per valutare la strategia di risoluzione preferibile. I due criteri sono tuttavia valutati sempre in rapporto con gli obiettivi di risoluzione. Cfr. anche Regolamento Delegato UE/1075/2016 (ad es. Considerando 20). Ivi altresì descritti i medesimi criteri con riferimento alle opzioni di risanamento.

pubblico media, in altri termini, tra la realizzabilità della ristrutturazione senza aiuto e la situazione concreta.

3.3. (*Segue*): l'impossibilità di prospettare che altre misure siano in grado di evitare il dissesto o rischio di dissesto in tempi ragionevoli.

Quanto al requisito dell'impossibilità di evitare (o superare) il dissesto o il rischio di dissesto in tempi ragionevoli con interventi diversi dalla risoluzione, in stretto coordinamento con l'AC, la legge fornisce un elenco di misure alternative, coattive o «spontanee» di mercato, che comunque l'Autorità è chiamata a coordinare (art. 18 par. 1 lett. b SRMR): interventi di IPS (*Institutional Protection Schemes*)[449], del settore privato, azioni di vigilanza ed intervento precoce, o il *write-down*.

L'elenco è esemplificativo, tale da non precludere ulteriori forme di intervento. Tuttavia, l'indeterminatezza del novero di misure costituisce un ulteriore elemento di discrezionalità, ampliata dalla valutazione di «*ragionevolezza dei tempi*»[450]. La nozione di

---

[449] Si tratta di *sistemi di tutela istituzionale*, ossia secondo il regolamento UE/575/2013, art. 113 par. 7 «*un accordo di responsabilità contrattuale o previsto dalla legge che tutela gli enti partecipanti e, in particolare, garantisce che abbiano liquidità e solvibilità sufficienti a evitare il fallimento, ove necessario*». Essi sono stati peraltro ricondotti in dottrina a «*schemi mutualistici di garanzia*». Al 2016, la BCE ha rilevato l'esistenza di IPS solo in Spagna, Austria e Germania, mentre in Italia, le riflessioni sulla creazione di simili sistemi hanno trovato il loro culmine nella riforma del credito cooperativo e la creazione del *cross guarantee scheme* (d.l. 18/2016). In proposito, v. BCE, *Guida sull'approccio per il riconoscimento dei sistemi di tutela istituzionale a fini prudenziali*, Luglio 2016. In dottrina, per approfondimenti, v. G. Boccuzzi, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, cit., 366 - 367.

[450] L. Stanghellini, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in AGE, 2016, 2, 567 ss., 357.

ragionevolezza dei tempi non è prevista dal diritto derivato, ed è lasciata all'Autorità.

In conclusione, può osservarsi che, pur intesa in via autonoma dal legislatore, l'esperibilità di ulteriori misure può ricondursi in principio all'assenza dell'interesse pubblico alla risoluzione, in quanto i diversi interventi devono comunque essere in grado, al pari della liquidazione coatta amministrativa, di perseguire gli obiettivi della risoluzione. In questi termini, l'interesse pubblico è caricato di un ulteriore significato specifico, che lo riconduce a criterio generale che informa l'intera gestione delle crisi.

4. La valutazione dell'esperto indipendente e la discrezionalità delle Autorità di risoluzione nella selezione della procedura.

Oltre ai generali cardini della limitazione nell'azione dell'AR in precedenza enumerati [v. *supra*, Capitolo I], la discrezionalità dell'AR è limitata dalla necessità della *valutazione di un esperto indipendente*.

A tal fine, fondamentale è il tema dell'indipendenza dell'esperto, su cui è stato precisato in un Regolamento delegato della Commissione[451], che esso, persona fisica o giuridica, è indipendente se è in condizioni (personali e di strutture) tali da poter effettuare efficacemente la valutazione «*senza ricorrere indebitamente*» ad alcuna autorità pertinente, ossia, essenzialmente quella che ha il potere di nomina e le altre autorità coinvolte nella procedura; se è

[451] Regolamento delegato (UE) 2016/1075, artt. 37 ss. V. anche Regolamento delegato (UE) 2018/345; Regolamento delegato (UE) 2018/344; Regolamento delegato (UE) 2016/1401; EBA, *Handbook on valuation for the purposes of resolution*, 22 febbraio 2019.

Può trattarsi altresì del commissario straordinario ex art. 71 TUB (v. art. 23 par. 2 d.lgs. 180/2015). Tuttavia, i due uffici non coincidono.

giuridicamente separato da tali autorità; e se non ha «*interessi rilevanti in comune o in conflitto*» come definiti dal predetto regolamento (art. 38)[452]. La regolamentazione delegata è concentrata sull'indipendenza dall'ente, sebbene dalla funzione di garanzia e dall'espressione impiegata resta la necessaria indipendenza dall'AR (art. 20 par. 1 SRMR; art. 36 par. 1 BRRD)[453].

Ciò che può effettivamente costituire garanzia di indipendenza è la mancata previsione del potere di revoca da parte dell'AR, a differenza del commissario straordinario. Tuttavia, a ben vedere, essa non può comunque ritenersi del tutto esclusa (per giusta causa), ma affievolisce il legame con l'Autorità. Anche qui la disciplina nazionale limita la responsabilità di questi nell'effettuare la valutazione al solo dolo o colpa grave (art. 23 comma 3 d.lgs. 180/2015).

Sono previste: una prima valutazione, *ex ante*, presupposta al programma di risoluzione, una seconda, *ex post*, funzionale alla verifica del rispetto del principio del *no creditor worse off*, ed una terza, relativa all'applicazione ai derivati del *bail-in* ex art. 49 BRRD (e art. 54 d.lgs. 180/2015 - riconducibile a quella *ex ante*)[454].

La valutazione *ex ante* riguarda le attività e le passività dell'ente (art. 23 d.lgs. 180/2015). Si tratta di una valutazione sottoposta a

---

[452] L'art. 41 precisa cosa debba intendersi per «*interessi rilevanti in comune o in conflitto*», la cui valutazione è comunque rimessa all'autorità competente per la nomina. è inoltre previsto un elenco di figure di cui si presume l'interesse in comune o il conflitto, che si riferiscono essenzialmente ai rapporti con l'ente.

[453] Pur riconoscendo l'indipendenza altresì dall'autorità V. Santoro, *Prevenzione e risoluzione delle crisi bancarie*, cit., 11, osserva: «*In verità rimane il dubbio che il legislatore europeo abbia ecceduto in garantismo senza, da un lato, assicurarsi il risultato finale dell'indipendenza di giudizio posto che il valutatore indipendente deriverà pur sempre la propria designazione dall'Autorità di "risoluzione", dall'altro, introducendo un elemento di rallentamento e complessità in un procedimento che, già di per sé vede presenti sin troppi attori sulla scena*.».

[454] EBA, *Handbook on valuation for the purposes of resolution*, 22 febbraio 2019, documento non vincolante e sottoposto al principio *comply or explain*, rivolto alle AR; SRB Valuation Framework, February 2019.

disciplina particolarmente dettagliata, sia quanto a finalità che a contenuti (art. 24 d.lgs. 180/2015). Come affermato dall'EBA, è quest'ultima la valutazione di principale rilievo nella procedura, nonché quella in grado di avere un più profondo impatto sulle posizioni di azionisti e creditori dell'ente. Essa si compone di due parti: l'accertamento delle condizioni per la risoluzione o per il *write-down* ed ha pertanto natura essenzialmente contabile (cd. Valuation 1; art. 36 par. 4 BRRD; considerando 51 BRRD); l'indicazione delle appropriate misure di risoluzione (e/o *write-down*), ed eventuali ulteriori indicazioni sulla relativa attuazione (cd. Valuation 2). Si è detto, ad essa è ricondotta anche la valutazione di cui all'art. 49 BRRD[455]. La valutazione dell'esperto ha dunque una componente tecnica, opinabile, e una componente che, su tali basi, formula delle proposte anche in termini di opportunità, pur trattandosi di un atto endo-procedimentale.

Elemento di rilievo ai fini dell'analisi è la vincolatività della valutazione, che è misura del limite posto alla discrezionalità dell'Autorità. Il problema si pone più per la Valutazione 2, relativa alle misure adottande, piuttosto che alla Valutazione 1, tecnica e ricognitiva. La valutazione è atto endo-procedimentale[456] e *non è vincolante* per il Comitato e, in generale, per l'AR, in quanto diretta solo a «*orientar*[n]*e*» le valutazioni e le decisioni (art. 20 SRMR; art. 36 BRRD; nella disciplina italiana, «*fornire elementi*» per le valutazioni e decisioni - art. 24 d.lgs. 180/2015). L'orientarne le decisioni pare

[455] EBA, *Handbook on valuation for the purposes of resolution*, 22 febbraio 2019. Si tratta del caso in cui transazioni su derivati siano soggette a un accordo di *netting*. Un perito indipendente o direttamente l'AR determinano la passività risultante da tali transazioni su base netta conformemente ai termini dell'accordo.

[456] La valutazione non è impugnabile in via autonoma, che resta possibile solo in quanto impugnato il provvedimento di risoluzione (art. 36 par. 13 BRRD). La valutazione è, invero, considerata atto endo-procedimentale parte integrante di quest'ultimo (art. 26 d.lgs. 180/2015; art. 36 par. 3 BRRD).

imporre comunque un onere di motivazione in caso di discostamento dell'AR dalla stessa.

Inoltre, è da rilevare che l'incidenza della valutazione quale limite alla discrezionalità è ulteriormente limitata in casi di «urgenza», poiché può essere predisposta una *valutazione provvisoria* da parte della stessa AR (art. 25 d.lgs. 180/2015; art. 36 par. 9 BRRD; art. 20 par. 10 e 11 SRMR), o dal commissario straordinario (art. 25 par. 2). L'accertamento dell'urgenza è lasciato all'AR. La valutazione provvisoria deve essere sostituita non appena possibile da una valutazione definitiva dell'esperto indipendente ma è comunque sufficiente per avviare *medio tempore* la risoluzione, e, dunque, ad incidere sui diritti dei soci. Peraltro, dalla casistica riportata dal decreto, essa può essere anche contestuale alla valutazione *ex post* (ex art. 88) atta a verificare il rispetto del principio del NCWO (art. 25 par. 3 – v. anche *infra*, § 7.). La valutazione definitiva non è peraltro sempre obbligatoria, come dimostrato dal Caso Banco Popular (SRB/EES/2018/132). L'Ordinanza del Tribunale UE del 10 ottobre 2019 – Aeris Invest c/ Comitato di Risoluzione Unico (Causa T-599/18), che ha respinto per inammissibilità il ricorso per annullamento, da parte di un azionista, della decisione comunicata con lettera del Comitato di non effettuare una valutazione definitiva (a seguito di valutazione provvisoria) sul Banco Popular Espanol SA. In proposito il Tribunale ha evidenziato *obiter dictum* come l'art. 20 par. 12 SRMR non faccia riferimento alla vendita dell'impresa, bensì solo agli altri strumenti di risoluzione, al fine di definire le eventuali modalità di rettifica (attraverso aumento del valore di crediti o strumenti di capitale, o istruzioni all'ente ponte o alla società veicolo di pagare un

corrispettivo supplementare)[457]. Dunque, in tal caso, sarebbe possibile per l'Autorità procedere in assenza di qualsivoglia decisione dell'esperto.

5. Gli strumenti di risoluzione. Premessa.

Gli *strumenti di risoluzione* (*misure di risoluzione* nella nomenclatura del d.lgs. 180/2015) contemplati dalla normativa, sia uniforme che armonizzata, sono: *la vendita dell'attività d'impresa*; l'*ente ponte*; la *separazione delle attività* ed il *bail-in*[458]. In combinazione con gli strumenti di risoluzione può intervenire anche il *write-down* (art. 21 – 22 SRMR)[459], da applicare (prima o contestualmente) nel caso in cui il programma di risoluzione preveda misure che comportano la riduzione del valore o conversione di diritti per azionisti e creditori (art. 22 par. 1 SRMR; art. 27 comma 1 lett. b d.lgs. 180/2015 – v. *infra*, § 6.4.).

I diversi strumenti possono essere impiegati singolarmente (ad eccezione della separazione delle attività (art. 39 comma 2 d.lgs. 180/2015 v. *infra*, § 6.3.), o congiuntamente, secondo diverse combinazioni. Dunque, la risoluzione, anche ove intesa come procedura unitaria può significativamente diversificarsi secondo le determinazioni discrezionali dell'Autorità. V'è, in altri termini, una pluralità di scelte che si prospettano, sebbene tarate su elementi di fatto. Su ciascuno degli

---

[457] In proposito v., M. Lamandini, D.M. Munoz, *Administrative pre-litigation review mechanism in the SRM: the SRM Appeal Panel*, in C. Zilioli, K.P. Wojcik, Judicial Review in the Banking Union, 2021, 54.

[458] Come è noto, a fronte di una generale obbligo di adozione delle misure attuative al 31 dicembre 2014, per la disciplina del bail-in (Titolo IV, capo IV, sezione 5) è stato invece individuato il successivo termine del 1 gennaio 2016 (art. 130 BRRD).

[459] Come nel caso del Banco Popular Espanol. Cfr. SRB/EES/2017/08 Art. 6.

strumenti ci si soffermerà separatamente tenendo conto non solo delle caratteristiche, bensì anche delle conseguenze sull'organizzazione delle società coinvolte, già esistenti (come l'ente in risoluzione) o neocostituite (ad es. ente ponte o società veicolo).

Nel definire e applicare detti strumenti, e, dunque, nell'*azione di risoluzione*, le AR devono adottare tutte le misure necessarie per garantire il rispetto dei cd. *principi di risoluzione*, intesi in dottrina come «*indirizzi generali di policy*»[460], rispondenti peraltro a *ratio* diversificate[461]: la sopportazione delle perdite per primi da parte degli azionisti, seguiti dai creditori, secondo il relativo ordine di priorità; la parità dei creditori appartenenti alla stessa classe (*pari passu*); sostituzione dell'organo di amministrazione, di controllo, e dell'alta dirigenza, salvo che il relativo mantenimento sia «*considerato necessario per conseguire gli obiettivi della risoluzione*»; l'obbligo di questi ultimi di fornire tutta l'assistenza necessaria; la responsabilità delle persone fisiche e giuridiche conformemente al diritto nazionale delle responsabilità per il dissesto dell'ente; salvaguardia dei depositi cd. «protetti»[462] ed applicazione delle salvaguardie [v. *infra*, § 7.]; e il fondamentale principio del *no creditor worse off* (art. 15 SRMR; art. 22 d.lgs. 180/2015; art. 34 BRRD)[463]. Peraltro, non si tratta

---

[460] G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, cit., 939.

[461] V. Santoro, *Bank Recovery and Resolution: An Italian Point of View*, cit.

[462] Definiti all'art. 2 par. 1 n. 5 della DGSD (2014/49/UE), ossia che non superano il livello di protezione di cui all'art. 6 (100.000 euro). Sul punto si tornerà oltre [v. *infra*, Capitolo IV].

[463] Restano alcune difficoltà legate all'impiego di criteri basati su procedure nazionali non uniformi, come la circostanza che ciascuno Stato ha mantenuto sin ora un proprio ordine di soddisfazione dei creditori nel contesto delle liquidazioni. Commissione Europea, *Study on the differences between bank insolvency laws and on their potential harmonisation – Final report*, Novembre 2019; e già Comunicazione della Commissione sul completamento dell'Unione Bancaria dell'11 ottobre 2017 (COM (2017) 592 final).

necessariamente di principi assoluti, in quanto la disciplina prevede e regola deroghe.

Si vedrà, nella procedura di risoluzione, l'AR dispone di amplissimi poteri che sconfinano anche nella gestione diretta dell'impresa.

6. L'azione di risoluzione rispetto all'organizzazione della banca in risoluzione.

Aspetto fondamentale della risoluzione è lo *spossessamento dell'impresa* (art. 35 d.lgs. 180/2015), che risulta dalla sospensione dei diritti di voto in assemblea e degli altri diritti amministrativi; dalla decadenza degli organi di amministrazione e controllo, e dell'alta dirigenza, salvo diversamente disposto conformemente ai principi di risoluzione. Lo spossessamento, pur solo eventuale, è la soluzione preferita dal legislatore, che relega ad eccezione l'ipotesi di mantenimento degli organi sociali. Ne è conseguenza la caducazione del rapporto fiduciario, che si manifesta in misura amplificata rispetto alla fase anteriore alla risoluzione, in quanto a venir meno non è solo il mandatario (amministratori) ma altresì il mandante (soci), che perdono i propri diritti di natura amministrativa[464]. Anche quando sia disposta la decadenza, i componenti degli organi di amministrazione, controllo, e l'alta dirigenza, restano destinatari dell'obbligo di fornire all'AR l'assistenza necessaria nel contesto della risoluzione (art. 22 lett. e) d.lgs. 180/2015).

[464] In questa parte della trattazione, si avrà primario riguardo alle previsioni del d.lgs. 180/2015, seppur nel necessario confronto con le norme del Regolamento e della Direttiva. Infatti, sia nel caso di enti e gruppi di competenza dell'ANR, sia nel caso in cui la competenza sia attribuita al Comitato, è comunque la Banca d'Italia competente per l'attuazione, nel contesto della disciplina italiana, con le relative peculiarità.

In caso di spossessamento il vuoto gestionale è colmato secondo diverse alternative, a discrezione dell'AR.

La prima è la nomina di commissari speciali (art. 35 e 37 d.lgs. 180/2015), con provvedimento amministrativo distinto rispetto all'avvio della risoluzione, ma da esso dipendente[465]. Ciò lascia intendere che sia possibile revocarli, senza intervenire sul provvedimento di avvio della risoluzione, per tenerlo distinto e non coinvolgerlo per la nomina di detti soggetti (comb. disp. art. 37 comma 3 d.lgs.180/2015 e 81 comma 3 TUB) nel corso della procedura. È principio coerente altresì con la competenza di nomina. Il commissario speciale, anche se ne è prevista la nomina nel programma del Comitato, è nominato (e revocato) sempre dell'ANR (art. 23 ult. comma SRMR). La nomina è *eventuale*, ossia lasciata alla discrezionalità dell'AR, che può avvalersene o meno[466]. Non sono richiamati né l'art. 75 né l'art. 92 TUB, previsti in materia di liquidazione coatta, dunque, la disciplina del bilancio consultivo di procedura. Tuttavia, è richiesta agli organi della procedura o agli organi non rimossi dell'ente di redigere separati rapporti sull'attività svolta nell'ambito della risoluzione (art. 38 d.lgs. 180/2015). La scelta del commissario sembrerebbe determinata, da un

---

[465] V. Caridi, *L'amministrazione speciale: struttura, funzione*, disciplina, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016, 467. L'A. rileva inoltre l'inapplicabilità anche nel contesto del subprocedimento amministrativo che si conclude con il provvedimento di nomina, delle disposizioni in materia di partecipazione dei privati ex l. 241/1990. Ivi ampiamente, sui profili procedurali. Il commissario speciale ha una durata limitata, stabilita dall'Autorità, prorogabile in permanenza dei presupposti, come alternativa alla liquidazione o alla ricostituzione degli organi (art. 37 comma 4 d.lgs. 180/2015).

[466] È indicativo che la BRRD indichi l'amministrazione speciale tra le «*misure di gestione della crisi*» (art. 2 par. 1 n. 102 BRRD). Ampiamente V. Caridi, *L'amministrazione speciale: struttura, funzione, disciplina*, cit., 471. L'A. caratterizza l'amministrazione speciale come una «*misura di secondo grado*», in quanto funzionale all'impiego degli altri strumenti di risoluzione.

Il provvedimento di nomina può indicare, secondo il diritto italiano, «*uno o più commissari*», mentre la direttiva ha riguardo solo ad un singolo commissario.

lato, dalla necessità di nominare un soggetto «dedicato» e, dall'altra, risulta comunque meno incisiva dell'intervento diretto con provvedimenti amministrativi che tengono luogo di quelli sociali[467]. Il commissario, pur in assenza di un rapporto fiduciario con i soci, quanto piuttosto con l'AR (che può revocarlo), agisce nell'interesse della società sulla base di un *dovere fiduciario ex lege*, nei limiti in cui compatibile con l'interesse pubblico alla risoluzione. Di regola (salvo diversamente previsto dall'atto di nomina) essi subentrano oltre che nei poteri e competenze dell'organo di amministrazione, anche nei poteri degli azionisti, dei titolari di altre partecipazioni (art. 37 comma 1 d.lgs. 180/2015). I commissari speciali sono vincolati dalle indicazioni dell'Autorità (anche più dei commissari liquidatori) sulla base dell'esclusiva competenza dell'AR nell'esercizio dei poteri di risoluzione (art. 35 par. 3 e art. 37 BRRD)[468]. Anch'esso, come gli altri «ausiliari», risponde solo per dolo o colpa grave (comb. disp. art. 37 comma 3 d.lgs. 180/2015; art. 84 comma 6 TUB; art. 72 comma 9 TUB)[469]. La limitazione della responsabilità contribuisce ad affermare la totale assenza di un rapporto fiduciario con la proprietà della società.

---

[467] È stato affermato che non si tratta di un organo della procedura dotato di «*compiti e poteri esclusivi*», bensì di «*un delegato dell'autorità di risoluzione con funzioni meramente esecutive, qualificandosi allora non solo semplicemente come un fiduciario dell'autorità, ma come una vera e propria longa manus della stessa*» (per attribuzione in via esclusiva all'Autorità dei poteri di risoluzione); essi esercitano inoltre i poteri di cui al Capo V (art. 34 comma 2 lett. a), «*per delega della Banca d'Italia*»; essi «*promuovono e adottano le misure necessarie per conseguire gli obiettivi della risoluzione, secondo quanto disposto dalla Banca d'Italia e previa sua autorizzazione, quando prevista dall'atto di nomina o successivamente*» (art. 37 comma 1 cit.); la Banca d'Italia, inoltre, ne determina la durata dell'incarico, la data di efficacia e i poteri. V. Caridi, *L'amministrazione speciale: struttura, funzione, disciplina*, cit., 473 ss.

[468] V. Santoro, *Bank Recovery and Resolution: An Italian Point of View*, cit.

[469] Con la Sentenza n. 248/2021 la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibile la censura di legittimità costituzionale relativa alla deresponsabilizzazione dei commissari straordinari (di amministrazione

In alternativa, l'attuazione del programma da parte della Banca d'Italia può avvenire con atti dell'AR «*che tengono luogo di quelli dei competenti organi sociali*». Si tratta di una novità ampliativa dei poteri dell'Autorità che può direttamente gestire l'impresa, pur senza essere azionista e, dunque, partecipare alla proprietà, mentre in passato era possibile solo la convocazione degli organi sociali con indicazione dei punti all'ordine del giorno ex art. 53-bis[470]. Non è chiaro se l'AR provveda in concreto anche alla gestione *day by day* al di fuori degli atti di risoluzione (l'art. 34 limita gli atti che tengono luogo di quelli degli organi sociali all'esecuzione del programma di risoluzione). Più per ragioni di fatto che di diritto, sembra verosimile che per «*atti che tengono luogo degli organi sociali*» si intendano più specificamente atti di particolare rilievo. In tale ottica, la nomina del commissario speciale è alternativa solo alla permanenza degli organi preesistenti per dette attività (art. 34 par. 6).

Quale terza opzione, l'AR può agire con provvedimenti particolari anche rivolti agli organi dell'ente in risoluzione quando non rimossi (art. 34 d.lgs. 180/2015)[471]. In questo caso non c'è lo spossessamento e si verificherà una situazione analoga a quella possibile ante risoluzione, con alterazione del rapporto fiduciario, che, tuttavia, non viene meno del tutto. Ciò non toglie che tali provvedimenti debbano essere intesi come vincolanti per gli organi e che questi rischino, in caso di inadempienza, la successiva rimozione con conseguente nomina dei commissari speciali. La vincolatività è

---

straordinaria), per «*scorretta ricostruzione*» del quadro normativo da parte del giudice a quo.

[470] Lo rileva O. Capolino, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, cit., 12.

[471] Peraltro, a tali procedimenti amministrativi, al pari di quanto previsto la fase di prevenzione [v. *supra*, Capitolo II], non sono applicabili le norme in materia di partecipazione dei privati [v. anche *supra*, Capitolo I].

confermata dalla circostanza che la responsabilità degli organi sociali per gli atti compiuti in attuazione dei provvedimenti dell'AR ad essi rivolti (e art. 34 comma 1 lett. c) è limitata al dolo o colpa grave (art. 34 comma 4-bis d.lgs. 180/2015). Dunque, si tratta di una soluzione che lascia discrezionalità a detti organi nella gestione solo nei limiti dell'esecuzione delle istruzioni dell'AR o delle materie su cui questa deciderà di non intervenire. Anche ove la rimozione degli organi non avvenga, resta la possibilità che l'Autorità intervenga direttamente con atti che tengono luogo di quelli degli organi sociali.

Per «*dare attuazione alle misure*» sono poi attribuiti alla Banca d'Italia, poteri cd. *generali* (art. 60) e poteri cd. *accessori* (art. 61), ordinati in dottrina secondo la rispettiva natura, distinguendo: poteri informativi, poteri dispositivi, poteri sostitutivi e poteri nei confronti di altre autorità[472]. Come si vedrà, entrambe le categorie contemplano poteri di cui possono essere destinatari tanto gli azionisti ed i creditori della banca, tanto l'ente creditizio (ma che coinvolgono indirettamente le posizioni degli investitori di rischio e di debito). I primi, corrispondono in generale ai poteri che saranno esposti relativamente agli strumenti di risoluzione, su cui si tornerà anche in seguito. È ribadito che l'AR non sia tenuta, salvo ove espressamente richiesto dalla disciplina, ad ottenere qualsivoglia consenso o effettuare comunicazioni o adempiere ad obblighi pubblicitari prima dell'esercizio di un potere di risoluzione (art. 60 comma 2 d.lgs. 180/2015). La formulazione di detti poteri solleva all'attenzione giuridica alcuni problemi, legati all'individuazione del concreto contenuto, cui si farà brevemente cenno. In estrema sintesi, si tratta di (art. 60): a) richiedere la trasmissione di notizie, dati e documenti,

[472] G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, cit., 947.

nonché ogni altra informazione utile ai fini dell'avvio e attuazione della risoluzione, nonché effettuare ispezioni, e acquisire direttamente dati, documenti e informazioni; b) disporre il trasferimento a terzi di azioni o altre partecipazioni nell'ente; c) disporre la cessione a terzi [questa volta definiti «*interessati*», sebbene non si veda la differenza con i terzi di cui sub b)] di beni e rapporti giuridici dello stesso; d) ridurre o azzerare il valore nominale di azioni o altre partecipazioni dell'ente o *annullare* azioni o titoli [sembrerebbe, nel primo caso azzerando il valore senza annullare il titolo, ma non se ne comprende la portata pratica]; e) ridurre o azzerare il valore nominale delle passività ammissibili dell'ente o il *debito residuo derivante dalle medesime passività*; f) annullare *ove necessario* [sebbene già insito nella necessità e proporzionalità dell'azione amministrativa] i titoli di debito emessi ad eccezione delle passività garantite [art. 49 comma 1 lett. b), ossia obblighi derivanti da detenzione da parte dell'ente di disponibilità dei clienti, come per la prestazione di servizi e attività di investimento e accessori]; g) convertire passività ammissibili in azioni o in altre partecipazioni dell'ente, di una sua controllante o di un ente ponte; h) disporre che l'ente sottoposto a risoluzione o la società che lo controlla emetta nuove azioni, altre partecipazioni o altri strumenti di capitale, compresi strumenti convertibili in capitale; i) modificare la scadenza dei titoli di debito e delle altre passività ammissibili emessi dall'ente o modificare l'importo dei relativi interessi maturati o la data da cui divengono esigibili, anche sospendendone il pagamento per un periodo transitorio (ad eccezione delle passività garantite ex art. 49 comma 1 lett. b); l) attivare clausole di *close-out* (ossia di disporre la compensazione tra posizioni reciproche pendenti) o disporre lo scioglimento dei contratti finanziari o derivati di cui l'ente è parte (ex art. 54); m) disporre la rimozione o la sostituzione degli organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza dell'ente sottoposto a

risoluzione, nel caso in cui siano venute meno le condizioni della loro permanenza in carica; n) chiedere alla BCE, quando AC, di effettuare la valutazione del potenziale acquirente di una partecipazione qualificata in deroga ai termini applicabili.

I secondi (art. 61), di semplificazione di cessioni e successione nei rapporti giuridici: a) l'esclusione di vincoli pesi e oneri sulla cessione di cespiti; b) estinzione di diritti di acquisto di partecipazioni (potrebbe individuarsi un esempio nel diritto di opzione o prelazione); c) imporre l'esclusione o sospensione delle negoziazioni di titoli in varia modalità anche a soggetti stranieri; d) derogare alle norme sulla successione nei rapporti, anche processuali e contrattuali; e) imporre obblighi di informazione e assistenza tra controparti; f) modificare o sciogliere contratti di cui è parte l'ente in risoluzione, sostituirvi il cessionario quale parte, con esclusione di ogni diritto della controparte al risarcimento del danno o al pagamento di eventuali penali previste dal contratto; g) sospendere o disattivare meccanismi terminativi basati sulla sostituzione delle parti (comma 2). I poteri accessori trovano un limite nel diritto del dipendente di sciogliersi dal contratto di lavoro e, in generale, dei contraenti di esercitare diritti non basati sulla sostituzione delle parti. Dunque, nell'ambito dei poteri accessori, l'azione amministrativa agisce in termini modificativi sul piano contrattuale, anche nei confronti di terzi, che vanno dalla mera sospensione (temporanea) sino all'estinzione/disattivazione. Da questo punto di vista, potrebbe risultare particolarmente incisivo il potere di disporre il trasferimento di diritti, attività o passività privi di ogni peso, vincolo e onere (art. 61 lett. a). Esso, tuttavia, va letto in comb. disp. con gli artt. 92 e 91 comma 3, da cui risulta che esso non può

comportare la cessazione della garanzia[473]. La norma potrebbe spiegarsi con l'esempio che segue: una fideiussione con patrimonio inconsistente non costituirebbe un esproprio in quanto essa stessa inconsistente; al contrario, esso sussisterebbe all'esclusione di ipoteca su immobile. La diversa interpretazione ha effetti sull'estensione dei poteri dell'Autorità.

Inoltre, ulteriori poteri afferiscono alla fornitura di servizi (art. 62); nonché norme di raccordo in situazioni transnazionali: esecuzione di misure disposte da AR di altri Stati membri (art. 63); di disposizione di attività, passività, azioni e altre partecipazioni ubicate in Stati terzi (art. 64). Quanto ai poteri ex art. 62 rileva la possibilità di imporre ad un ente in risoluzione o altri componenti del gruppo (anche se sottoposti a procedura concorsuale, che parrebbe la l.c.a.) di fornire al cessionario servizi e mezzi necessari per esercitare le attività cedute, ad eccezione del sostegno finanziario. Sono previste condizioni e limiti: è degno di nota che detti mezzi e servizi debbano essere forniti alle stesse condizioni previste da eventuali accordi preesistenti alla risoluzione, o comunque a condizioni di mercato.

Altri poteri insieme ad una disciplina parzialmente derogatoria, sono poi previsti sui contratti pendenti della banca. Il principio generale che informa le deroghe (art. 65) è la «*neutralità della risoluzione*» rispetto a detti contratti, nell'ottica della continuità delle funzioni essenziali e talvolta alla relativa prosecuzione contrariamente alle clausole contrattuali[474]. Allo stesso tempo, all'AR sono attribuiti poteri di sospensione di obblighi di pagamento e di consegna (art. 66), con la BRRD II estesa anche ai depositi ammissibili; limitazione (temporanea)

---

[473] Salvo l'ipotesi di «separazione» quando necessaria per la garanzia dei depositi (art. 91 comma 3).

[474] I. Donati, *Risoluzione della banca e contratti in corso di esecuzione*, in Riv. Dir. Comm., 2020, 3, 533 ss., in estratto 2 per il principio, e diffusamente sui poteri.

all'escussione di garanzie (art. 67); sospensione temporanea di meccanismi terminativi (art. 68)[475].

È stato da molti rilevato come la compressione dei diritti degli azionisti, anche in situazioni di crisi non irreversibile, costituisca un aspetto importante (e di novità) della disciplina[476]. Segnatamente, le azioni di risoluzione (nonché il *write-down*), possono incidere sulla composizione della compagine sociale, anche creando una proprietà del tutto nuova della banca. Essa è completata da un folto novero di eccezioni alla disciplina societaria, anche di matrice europea. L'art. 99 d.lgs. 180/2015 prevede numerose deroghe, applicabili agli enti sottoposti a risoluzione, in caso di applicazione di specifici strumenti di risoluzione. In estrema sintesi si tratta di disposizioni espressione di diritti dei soci, disposizioni procedimentali (ad es. pubblicitarie) anche a garanzia di terzi. Ad ogni modo, nella ricostruzione proposta, può evidenziarsi come esse contribuiscano a "svuotare" la portata del diritto di proprietà azionaria, contribuendo a realizzare lo spossessamento. La *ratio* comune alle deroghe, che risulta da riferimenti sparsi nella disciplina (v. considerando 120 BRRD; e ad es. art. 58 comma 2 d.lgs. 180/2015) è di escludere tutte le disposizioni che possano ostacolare o ridurre l'efficacia degli interventi e della procedura, evidentemente, anche per un ritardo nell'azione. Detta *ratio* va tuttavia ulteriormente specificata. Invero, la società sottoposta a risoluzione subisce in larga parte delle medesime deroghe rispetto all'ente ponte e alla società

---

[475] Come definiti all'art. 1 comma 1 lett. ii) d.lgs. 180/2015. Per una più approfondita ricognizione delle diverse disposizioni v., Id., *Risoluzione della banca e contratti in corso di* esecuzione, cit., 10 ss.

[476] La particolare condizione dell'azionista bancario rispetto alle esigenze di interesse pubblico è ben sottolineata, diffusamente, da M. Marcucci, *Crisi bancarie e diritti degli azionisti,* cit., *passim*. Ivi una puntuale ricognizione delle deroghe. Sul punto, v. inoltre M. Perrino, Il *diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016, 335 ss., *passim*.

veicolo (concentrate nell'art. 99 d.lgs. 180/2015). Ciononostante, le deroghe si spiegano in maniera diversa in relazione al soggetto nei cui confronti esse si appuntano. Nel primo caso, esse contribuiscono a realizzare lo spossessamento di una società che, sino all'apertura della risoluzione, è operante. Diversamente, nel secondo e nel terzo, le deroghe alla disciplina ordinaria rappresentano una componente dello statuto speciale di un soggetto incaricato di pubblica funzione. La diversa *ratio*, sotto un profilo operativo, è d'ausilio all'interprete nell'interpretazione delle deroghe, non di rado formulate in maniera generica, dichiarando non applicabile un ampio novero di disposizioni, sembrerebbe, nell'intento di coprire ogni possibile fattispecie.

All'ente in risoluzione o a cui si applichi riduzione o conversione di strumenti di capitale, non si applicano (art. 99): la stima dei conferimenti in natura e crediti (art. 2343 commi 1, 2, 3, con esclusione del comma 4, riferito alla differenza di valore di oltre un quinto tra il valore dei beni o crediti e quello del conferimento, nel qual caso è richiesta la riduzione del capitale sociale tramite annullamento delle azioni), a tutela dell'effettività del capitale sociale, ma di maggiore complessità e con coinvolgimento del tribunale.

Sono escluse assemblee straordinarie (art. 2365) e assemblee speciali (art. 2376), in quanto non è richiesta alcuna approvazione anche per operazioni straordinarie o potenzialmente pregiudizievoli; deposito, iscrizione e pubblicazione delle modificazioni dello statuto (art. 2436). Sembrerebbe intendersi esclusa *tout court* la competenza delle assemblee speciali, in quanto il relativo potere di veto su operazioni pregiudizievoli contrasterebbe con l'intento di assicurare l'efficacia e la celerità dell'azione amministrativa. Quanto alle assemblee straordinarie, se certamente sono escluse le regole procedimentali "aggravate", ne è da ritenersi altresì esclusa la competenza nelle ipotesi in cui l'azione di risoluzione presupponga la sospensione dei diritti di

voto in assemblea (comb. disp. artt. 34 comma 2 lett. a) e b) e 35 comma 1 lett. a). Dunque, oltre alla deroga della disciplina procedimentale, dall'esclusione *tout court* pare potersi trarre un più generale esautoramento dell'assemblea delle relative competenze su questioni straordinarie, che sono esercitate dall'Autorità (con atti che tengono luogo di quelli degli azionisti); o dai commissari speciali (art. 37). Dal richiamo alla norma del suo complesso pare non esercitabile altresì la competenza degli amministratori, eventualmente conferita dallo statuto, sulle fusioni e le altre operazioni previste dal comma 2.

È poi esclusa l'estensione della disciplina del recesso alle azioni riscattabili (art. 2437-sexies). A tal proposito, sembrerebbe precluso il potere in generale di esercizio del diritto di riscatto delle azioni da parte della società o dei soci, e non solo inapplicabile la disciplina relativa alla determinazione del valore (art. 2437-ter) e del procedimento di liquidazione (art. 2437-quater). Invero, non solo la norma fornisce il richiamo alla disciplina del recesso ma prevede e legittima lo strumento delle clausole di riscatto, previste in maniera trasversale dallo statuto o incorporate nelle azioni[477]. Detto diritto, tuttavia, se da un lato funge da strumento di *exit* per il socio, potrebbe altresì essere impiegato quale strumento per evitare la cessione a terzi ed eludere la strategia di risoluzione dell'Autorità, peraltro ad un prezzo determinato secondo criteri *ex lege*, o ad escludere soci entrati nel corso della procedura di risoluzione[478].

---

[477] F. Ferrara jr., F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2011, XV ed., 416.

[478] Sul possibile impiego delle azioni riscattabili al fine di impedire l'ingresso della compagine sociale di altri soci può richiamarsi l'esempio di G.F., Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, UTET, Milano, 2015, IX ed., 239: «*in caso di morte dell'azionista al fine di evitare che subentrino gli eredi o di mancata esecuzione delle prestazioni accessorie cui il socio si è obbligato*».

Inoltre, aumenti e riduzioni del capitale degli enti (in caso di risoluzione o *write-down*), avvengono «*ai sensi degli articoli 58 e 60 comma 1 lettera h)*» (comma 2). L'art. 58, relativo alla rimozione degli ostacoli al bail-in, impone la delega agli organi di amministrazione dell'eventuale aumento di capitale servente alla conversione, che, in questo caso, è esteso ad ogni eventuale ulteriore aumento di capitale imposto dall'AR (comma 1), all'uopo derogando alla disciplina di diritto comune: è invero esclusa l'applicazione degli artt. 2443 commi 1 e 2 (che regolano il potere di delega, con limiti di natura quantitativa e temporale, ed imponendo l'applicabilità dell'art. 2441 sull'esclusione del diritto di opzione), ma non i successivi commi che ne disciplinano invece l'esercizio da parte degli amministratori. È poi derogato l'art. 2438 comma 1, consentendo quindi di procedere a nuovi aumenti anche ove non soddisfatto obbligo di preventiva integrale liberazione delle azioni già emesse; e l'art. 2441, relativo al diritto di opzione ed al diritto di prelazione su azioni inoptate. Con riferimento a quest'ultimo, è precluso dunque ai soci il ricorso a diritti di regola propri della partecipazione e funzionali a sopperire ad un eventuale effetto diluitivo dell'aumento. Con generica formula conclusiva sono disapplicate anche le eventuali «*altre limitazioni derivanti dalla legge, da contratti o dallo statuto che possano ostacolare la conversione*» (art. 58 comma 2). Il termine «*contratti*» include senz'altro eventuali pattuizioni parasociali[479], sebbene la violazione di questi ultimi sia limitata a conseguenze risarcitorie. La valutazione è dunque caso per caso e lasciata all'AR, che dovrà aver riguardo all'aspetto funzionale delle disposizioni, contrattuali, ma anche legali. L'AR ha, in alternativa, il potere di disporre che l'ente o la controllante emetta nuove azioni,

[479] P. De Gioia Carabellese, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, cit., 65, sub nota 200.

partecipazioni o strumenti di capitale anche convertibili in capitale (art. 60 comma 1 lett. h, cui è il rinvio). La formulazione è particolarmente ampia e sembra comprendere anche titoli diversi dalle azioni, cui le deroghe potrebbero non attagliarsi. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi degli strumenti finanziari partecipativi, i quali possono essere emessi su delibera assembleare, solo ove previsto dallo statuto, con residuale competenza dell'organo amministrativo[480]. Sono poi esclusi, con alcune ripetizioni che non alterano la deroga, i diritti di opzione e prelazione (art. 2441); delega agli amministratori per l'aumento di capitale (art. 2443, per combinato disposto da intendersi come sopra, limitata ai primi due commi e con sostituzione dei poteri dell'AR); riduzione del capitale (artt. 2445, 2446, 2447); fusione e scissione (Sezioni II e III, Capo X, Titolo V, Libro V c.c.); la disciplina in materia di fusioni transfrontaliere (d.lgs. 108/2008). La disapplicazione dell'ampio novero delle disposizioni relative alle operazioni straordinarie ripropone il problema citato della portata della deroga: estesa alla competenza degli organi o solo ai profili procedimentali. Sul punto, pare potersi richiamare quanto detto sopra, in relazione alla deroga ex art. 2365 c.c. Peraltro, in particolare con riguardo alla disciplina della riduzione del capitale, se è chiaro che all'assemblea è preclusa la riduzione volontaria, non è chiaro cosa accada nelle ipotesi di riduzione obbligatoria. Dalla deroga sembrerebbe trarsi la possibilità che la società permanga in una situazione di squilibrio patrimoniale per il periodo della risoluzione che sarà diversamente risolto con interventi dell'Autorità. È poi prevista una deroga alle regole relative al deposito, iscrizione e pubblicazione delle modificazioni dello statuto (art. 2436). Ciò non riguarda solo l'efficacia della delibera, che non avrà effetto

[480] Sia consentito sul punto rinviare a G. Marra, *Gli strumenti finanziari*, in G. Visentini, L'assemblea della società per azioni, Dike, Roma, 2017, 470.

dall'iscrizione, bensì seguirà le regole speciali (art. 32 commi 3 e 5 d.lgs. 180/2015), ma sono esclusi altresì il controllo di legalità del notaio (e successivi adempimenti in caso di irregolarità), e di regolarità formale del registro.

Le fusioni o scissioni sono disposte dal commissario speciale previa autorizzazione della Banca d'Italia o direttamente da essa; è sufficiente per la produzione degli effetti civilistici la pubblicazione della decisione nel sito internet della Banca d'Italia, mentre le formalità pubblicitarie sono svolte dall'Autorità o dal commissario entro 180 giorni (art. 99 comma 3 d.lgs. 180/2015).

Per le banche quotate (comma 4) nei confronti delle quali sono disposte la risoluzione o anche solo la riduzione e conversione di strumenti di capitale (*write-down*), non si applicano inoltre numerose norme relative all'assemblea: intervento (mediante mezzi di telecomunicazione - art. 2370 comma 4), rappresentanza (art. 2372 c.c.); legittimazione per l'esercizio del diritto di intervento e del voto (art. 83-sexies TUF), pubblicazione dell'avviso di convocazione (art. 125-bis TUF), pubblicità delle relazioni sulle materie all'ordine del giorno (art. 125-ter TUF), documentazione da porre a disposizione sul sito internet della società (art. 125-quater TUF), termini relativi convocazioni successive alla prima e formalità relative alle liste per l'elezione dei componenti dell'organo di amministrazione (art. 126 TUF), richieste di integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea e presentazione di nuove proposte di delibera da parte dei soci (art. 126-bis TUF), disciplina per l'esercizio del voto per corrispondenza o in via elettronica (art. 127 TUF, esteso al regolamento attuativo Consob), legittimazione all'azione di annullamento delle deliberazioni ed esercizio del diritto di recesso da parte del socio, considerato assente, a favore del quale è stata effettuata la registrazione successivamente al termine ex art. 83-sexies (art. 127-bis TUF), diritto di porre domande

prima dell'assemblea e relativa disciplina (art. 127-ter TUF), e deleghe di voto e sollecitazione di deleghe (Sezioni II-ter e III del Capo II, Titolo III, parte IV, TUF). In questo caso, a differenza dell'ente ponte e della società veicolo, le deroghe rispondono all'intento di ridurre le interferenze legislative e statutarie rispetto ad una società, in precedenza operante secondo regole proprie, e "spossessata" con l'avvio della risoluzione. Nell'ipotesi in cui sia prevista una sopravvivenza degli organi sociali, l'operatività dell'assemblea è epurata dalle predette norme, orientate a «*rafforzare la partecipazione assembleare degli azionisti, affinché l'assemblea diventi un luogo in cui realmente questi ultimi possano esprimere le proprie istanze, in particolar modo quelli di minoranza, e confrontarsi con il management*»[481], già orientata dapprima dalla Direttiva 2007/36 ed in secondo luogo dalla Direttiva 2017/828[482]. La disciplina applicabile sembrerebbe doversi limitare a quella di diritto comune per quanto a sua volta non derogata. Non si applica inoltre l'obbligo di offerta pubblica ex art. 106 TUF (opa obbligatoria), in caso di superamento delle relative soglie seguito all'applicazione della riduzione o della conversione (art. 99 comma 6 d.lgs. 180/2015) che abbia dunque alterato la precedente configurazione della compagine sociale. La *ratio* della disciplina in materia di opa obbligatoria è di consentire l'uscita di azionisti in caso di «profondo» mutamento dell'assetto proprietario[483], ad un prezzo minimo. Sempre in materia di società quotate, le comunicazioni al pubblico ex art. 114 TUF possono essere contestuali alla pubblicazione del provvedimento di avvio della risoluzione.

---

[481] G. Visentini, A. Palazzolo, *Manuale di diritto commerciale*, Dike, Roma, 2017, 708.

[482] Per tutti, M. Cera, *Le società con azioni quotate nei mercati*, Zanichelli Editore, Torino, 2018, 83.

[483] Per tutti, L. Enriques, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori: la disciplina dell'opa obbligatoria*, Il Mulino/Ricerca, Bologna, 2009.

Ulteriori deroghe e compressioni dei diritti degli azionisti emergono infine dalla disciplina di specifici strumenti di risoluzione, e saranno analizzate nei paragrafi che seguono.

6.1. La vendita dell'attività d'impresa.

Si è detto, le cessioni avvengono d'imperio, senza l'autorizzazione della proprietà (art. 47 d.lgs. 180/2015), e, al pari del *bail-in*, seppur meno considerate, si traducono in un'«espropriazione» che può avere natura *temporanea* (con riferimento agli organi proprietari; commi 8, 9, 10) o *definitiva*. Restano comunque fermi i principi di risoluzione ed in particolare, quale limite quantitativo, il NCWO, che costituisce la base quantitativa per l'«indennizzo» [v. *infra*, 7.][484].

Lo strumento della vendita dell'attività d'impresa (artt. 40 – 41 d.lgs. 180/2015; artt. 38 ss. BRRD; art. 24 SRMR) consiste in una cessione coattiva, in una o più soluzioni, ad un soggetto diverso da un ente ponte o società veicolo per la gestione delle attività[485]. Nel silenzio

[484] La disciplina italiana individua un quadro di norme comuni per le cessioni, indipendentemente dalla natura del cessionario (un terzo, un ente ponte, o una società veicolo - art. 47 d.lgs. 180/2015), ulteriormente specificata con norme di dettaglio per ciascuna di dette ipotesi (G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, cit., 974 ss.). È organizzazione non ripresa dal *framework* europeo, che invece si sofferma in maniera autonoma su ciascuno degli strumenti.

[485] È lo strumento preferibile in quanto consente l'immediata ricollocazione sul mercato dell'ente (o parte di esso). Non è tuttavia di agile impiego per la prevedibile difficoltà di trovare nell'immediatezza un acquirente interessato: essa può richiedere l'impiego di ulteriori strumenti, quali, ad esempio, l'ente ponte, quale proprietà (e gestione) pubblica temporanea nelle more del palesarsi sul mercato di un terzo interessato, o lo strumento della cessione dell'attività o del *bail-in*, al fine di epurare l'entità dalle passività rendendone l'acquisto più appetibile. Resta fermo che, ove intendesse proseguire l'attività, saranno necessarie le pertinenti autorizzazioni.

della legge, potrebbe trattarsi di un soggetto sia pubblico che privato, sebbene dalla *ratio* e dal sistema si trae che l'intenzione sia l'individuazione di un soggetto privato che operi a condizioni di mercato.

Operativamente, la cessione può avere ad oggetto partecipazioni (tutte o parte) dell'ente, o l'azienda (o rami o singoli cespiti), con conseguenze sulla disciplina e sulla configurazione dell'operazione. Nel primo caso, il corrispettivo dovrà essere corrisposto ai titolari di dette partecipazioni, ed inciderà sulla compagine sociale, e la perdita o espropriazione a carico degli azionisti sarà immediata; nel secondo, confluirà nel patrimonio dell'ente, e pertanto la perdita si realizzerà al momento della liquidazione del patrimonio residuo[486]. Invero, in caso di cessione parziale, i cespiti non trasferiti sono liquidati, se non soggetti ad ulteriori poteri di risoluzione (ad es. cessione a società veicolo).

L'individuazione dell'acquirente può avvenire tramite trattative individuali rispondenti a principi di trasparenza, correttezza, preservazione della stabilità finanziaria, evitare discriminazione e conflitti di interesse, esigenze di celerità e ottenere «*il prezzo più alto possibile*» (comma 4). Di regola, il prezzo deve essere coerente con le condizioni di mercato secondo la valutazione dell'esperto (art. 40 comma 2 d.lgs. 180/2015), principio derogabile in funzione del perseguimento degli obiettivi della risoluzione (comma 7)[487]. Dunque,

---

[486] Così J.H Binder, *Proportionality at the resolution stage: Calibration of resolution measures and the public interest test*, cit., 5.

Nel caso di cessione di partecipazioni è stato osservato che «*questa modalità implica di fatto un'espropriazione dei proprietari giustificata dal ricordato principio che i soci sopportano per primi le perdite*». Così V. Santoro, *Prevenzione e risoluzione delle crisi bancarie*, cit., 12.

[487] V. anche, EBA, *Orientamenti sulle circostanze materiali che costituiscono una minaccia sostanziale per la stabilità finanziaria e sugli elementi relativi*

nella deroga potenziale al valore di mercato è insita l'accettazione del sacrificio degli interessi privati rispetto alla stabilità. Il corrispettivo potrebbe anche essere simbolico, come avvenuto ad esempio nel caso del Banco Popular (un euro), unitamente al *write-down* degli strumenti di capitale (SRB/EES/2017/08 Articolo 6 e Press release del 7 giugno 2017)[488]. Ciò, nel diritto italiano, si pone in deroga al cd. *principio di equa valorizzazione* che trova il proprio fondamento nella disciplina del recesso della società per azioni (art. 2437-ter c.c.) ed è esteso a tutte le forme di trasferimento «obbligato» (ad es. clausole statutarie di trascinamento, riscatto, esclusione ecc.)[489]. In ossequio a detto principio, al socio non potrebbe contrattualmente essere imposto un controvalore inferiore al valore di mercato identificato secondo la predetta procedura. Ciò si traduce in una penalizzazione della posizione del socio, rispetto alle ipotesi di trasferimento, seppur obbligato, derivante da norme di diritto contrattuale e societario privato. Il piano di fatto potrebbe tuttavia giustificare una simile configurazione in quanto l'illiquidità dei titoli o dei cespiti potrebbe determinare la vendita ad un prezzo irrisorio.

Inoltre, azionisti, titolari di altre partecipazioni e creditori dell'ente non ceduti non possono esercitare pretese su diritti, attività o passività cedute né nei confronti dei membri degli organi di amministrazione e controllo dell'ente ponte o della società veicolo (comma 7). Dunque, in caso di cessione ad un prezzo più basso del

---

all'efficacia dello strumento per la vendita dell'attività d'impresa (art. 39 par. 4 BRRD), EBA/GL/2015/04 del 7 agosto 2015.

[488] Una dettagliata descrizione della vicenda è offerta da J.C. Gonzàlez Vàzquez, *La prima applicazione della procedura di risoluzione bancaria del SRM: dubbi e valutazioni (provvisorie) alla luce del caso "Banco Popular"*, in Innovazione e diritto, 2017, 6, 102 ss.

[489] Da ultimo, M. Notari, *Exit forzato ed equa valorizzazione: un binomio indissolubile?*, in AGE, 2021, 1 - 2, 2021, 383 ss., 383.

valore reale il *surplus* andrà a vantaggio dei soli cessionari[490]. Pur trattandosi di un'eventualità alquanto remota per un'impresa in crisi, la ricerca del «*prezzo più alto possibile*» induce a ritenere che possano risultare vantaggi economici, a seconda, per gli azionisti o l'impresa cedente in caso di *surplus*. Trattandosi di una cessione tra soggetti ordinari, tendenzialmente privati, non sono previste deroghe di natura societaria per la fase successiva alla cessione.

Il resto della disciplina consiste in deroghe al diritto comune, che possono essere ripartite in due gruppi. In primo luogo, sono previste delle «semplificazioni» funzionali a favorire l'efficacia dell'azione amministrativa: la cessione ha efficacia con la pubblicazione sul sito internet della Banca d'Italia e non sono richiesti ulteriori adempimenti pubblicitari di diritto comune. L'elenco delle ulteriori deroghe è esemplificativo («*inclusi quelli richiesti dagli* […]» - comma 6 art. 47). È escluso che l'efficacia della cessione sia collegata alla comunicazione al debitore ceduto (art. 1264). Quanto alla disciplina sulla circolazione dei titoli nominativi, alla luce della deroga, risulta che la società debba registrare l'avvenuto trasferimento sulla base della pubblicità della Banca d'Italia (art. 2022); l'efficacia del trasferimento delle azioni di s.p.a. non dipenderà dalle ulteriori formalità previste dal diritto comune (iscrizione nel libro soci; consegna del titolo; girata autenticata; art. 2355); per l'efficacia del trasferimento delle quote di s.r.l. gli effetti non si produrranno dal deposito dell'atto di trasferimento presso il registro delle imprese (art. 2470). Quanto alla deroga relativa alla disciplina generale su quote e azioni di cooperative e sui soci finanziatori e altri sottoscrittore di titoli di debito (art. 2525), dal contesto si trae che l'eccezione è limitata alle previsioni sull'efficacia del trasferimento. È

[490] M. Gargantini, *Procedure di risoluzione bancaria: tutela della proprietà e dell'equo processo*, cit., 231.

derogato altresì l'obbligo di pubblicità tramite iscrizione nel registro delle imprese dei contratti di trasferimento della proprietà o godimento dell'azienda (art. 2556); della norma, pur alla luce di una deroga *tout court*, non sembrerebbe derogato tuttavia il primo comma, che richiede la forma scritta *ad probationem*. Egualmente sono escluse le previsioni speciali relative all'autorizzazione di acquisto di partecipazioni qualificate in imprese di assicurazione e riassicurazione ed alle condizioni e limiti di acquisto di partecipazioni da parte di imprese di assicurazione e riassicurazione in imprese che svolgano attività diversa (artt. 68 e 79 CAP). La «sostituzione» dei normali adempimenti con pubblicità sul sito della Banca d'Italia rievoca peraltro l'idea dell'ordinamento settoriale, basato su regole proprie.

In secondo luogo, ulteriori deroghe sono previste in via generale per le cessioni, e vanno contestualizzate in ciascuno degli strumenti di risoluzione coinvolto. Il principio generale cui rispondono le deroghe al diritto comune è l'intenzione di assicurare l'epurazione dell'ente sottoposto a procedura di tutte le passività incognite che potrebbero rallentare o pregiudicare l'azione di risoluzione, ferma la necessità di contestualizzazione rispetto allo strumento prescelto (cessione al terzo; ente ponte; società veicolo).

Specificazioni sono previste in caso di cessione di crediti, rispetto a cui è affermata l'applicabilità dell'art. 58 comma 3 TUB (comma 3), e indirettamente l'inapplicabilità degli altri commi[491]. La disposizione ha ad oggetto, in via generale, la cessione di rapporti giuridici (aziende, rami d'azienda, beni e rapporti giuridici in blocco). La deroga riguarda adempimenti pubblicitari (comma 2 e 4), la possibilità per la Banca d'Italia di emanare istruzioni (comma 1), alla responsabilità del cedente (che è limitata ai tre mesi decorrenti dagli adempimenti pubblicitari –

[491] V. Tribunale di Ancona, 20 febbraio 2019, n. 331.

comma 5), diritto di recesso dal contratto per giusta causa entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari salva responsabilità del cedente (comma 6). Il comma tre, unico applicabile, prevede invece che «*I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestati o comunque esistenti a favore del cedente, nonché le trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario senza bisogno di alcuna formalità o annotazione. Restano applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti*».

Sono previste ulteriori deroghe in ragione dell'oggetto della cessione, rispettivamente: contratti (comma 4); passività (comma 5).

Quanto al primo gruppo, in caso di cessione di contratti «*il contraente ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto* [ad es. inadempimento]*, ma non quelle fondate su altri rapporti col cedente*». In questo caso non sussiste una vera e propria deroga in quanto il medesimo principio è offerto dall'art. 1409 c.c. È però esclusa l'applicazione degli art. 1407 comma 1 («*Se una parte ha consentito preventivamente che l'altra sostituisca a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, la sostituzione è efficace nei suoi confronti dal momento in cui le è stata notificata o in cui essa l'ha accettata*»); art. 1408 comma 2 («*Tuttavia il contraente ceduto, se ha dichiarato di non liberare il cedente, può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte*»), e art. 2558 comma 2, in materia di successione nei contratti («*Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante*»).

Quanto al secondo gruppo, è confermato il principio di assicurare la liberazione del cedente dagli obblighi di adempimento,

assicurandone l'operatività anche in deroga all'accollo (art. 1273); al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda (art. 2112); alla successione nei contratti (art. 2558); e ai debiti relativi all'azienda ceduta (art. 2560).

6.2. L'ente ponte.

Di particolare interesse è lo strumento dell'*ente ponte* (artt. 42 - 44 d.lgs. 180/2015; artt. 40 – 41 BRRD; art. 25 SRMR), è concepito come «*nazionalizzazione*» e «*gestione pubblica temporanea*» dell'impresa bancaria, nell'ottica del perseguimento di finalità pubblicistica[492]. La cessione ad un ente ponte di partecipazioni ovvero dell'azienda, o anche rami o specifici cespiti è invero funzionale al *mantenimento della continuità delle funzioni essenziali* dell'ente in risoluzione. Il valore complessivo delle passività cedute all'ente ponte non può superare il totale dei diritti e delle attività a quest'ultimo ceduti dall'ente in risoluzione o terzi (art. 40 par. 3 BRRD; art. 43 comma 2 d.lgs. 180/2015; art. 25 par. 3 SRMR)[493]. L'ente ponte, più che un

---

[492] Sul punto, M. Cossa, *L'ente-ponte nella direttiva 2014/59 (BRRD)*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016, 499 ss., 501, osserva «*Per quanto tecnicamente il termine nazionalizzazione indichi un fenomeno diverso, nella procedura in questione si verifica un temporaneo esercizio dell'attività creditizia e finanziaria da parte di un soggetto pubblico*».

[493] È l'elemento distintivo rispetto alla società veicolo, che può invece agire come *bad bank* [v. *infra*, § 6.3.], nonché funzionale altresì a consentirne l'operatività, in particolare quando autorizzato all'esercizio di attività bancaria. Analogamente, M. Cossa, *L'ente-ponte nella direttiva 2014/59 (BRRD)*, cit., 502.

Esso potrà infatti esercitare attività bancaria, sebbene la cessione di azienda non comporti automaticamente il trasferimento dell'autorizzazione. Il cessionario subentra invece nei diritti alla libera prestazione di servizi e di stabilimento, nonché, salvo le deroghe previste, nei diritti di partecipazione a infrastrutture di mercato, sedi di negoziazione, sistemi di indennizzo degli investitori e di garanzia dei depositanti, in presenza dei requisiti richiesti (art. 47 commi 9 e 10). Quest'ultima segue un regime derogatorio rispetto alla disciplina generale (art. 14 TUB). Invero, sebbene l'ente ponte sia richiesto di sottoporsi alla medesima disciplina, è possibile prevedere

soggetto, è una «*qualifica*», collegata ad uno specifico scopo e una specifica organizzazione (art. 40 par. 2 lett. a e b), che può essere attribuita ad un soggetto di nuova costituzione o anche precostituito per atto unilaterale dall'Autorità[494]. Come si vedrà, al profilo espropriativo si congiunge in questo caso un oggetto sociale che consiste essenzialmente nel perseguimento di una finalità pubblicistica, che è la gestione in via meramente *transitoria* dell'attività[495]. Dalla funzione e dalle deroghe si trae la natura dell'ente ponte come organismo pubblico a forma privata, strumentale alla risoluzione. In altri termini, le numerose deroghe, alcune *ad hoc*, altre desunte da norme generali sulle cessioni, contribuiscono alla costruzione di una figura che formalizza la gestione dell'attività bancaria fuori dal mercato. Le deroghe sovrapponibili tra i diversi strumenti di risoluzione vanno contestualizzate con riferimento a ciascuno di essi, tenendo conto dell'istituto che il legislatore ha inteso creare. L'ente ponte non ha una propria storia imprenditoriale e societaria pregressa e, pertanto, le deroghe all'organizzazione societaria non incidono su una compagine preesistente, ma definiscono *ex novo* lo statuto speciale del soggetto. I profili di interesse sono due: le deroghe derivanti dalla cessione e le deroghe all'organizzazione societaria che definiscono altresì la posizione degli eventuali soci «privati».

---

un'autorizzazione provvisoria anche in assenza dei requisiti richiesti in via generale, su richiesta della Banca d'Italia. Peraltro, possono trattarsi di attività sottoposte a diversa riserva ed autorizzazione, di cui si applicheranno le regole.

[494] L'EBA, nelle Q&A (Quesito 1774/2015), ha affermato la possibilità di precostituire strutture giuridiche da impiegare al bisogno come ente ponte (valido anche per le società veicolo).

Impiega l'espressione «*qualifica di ente ponte*» altresì l'art. 44 par. 2 d.lgs. 180/2015.

[495] Ad esempio, nello statuto dell'ente ponte Nuova Banca Etruria, è indicato come «*svolgere compiti di ente ponte ex d.lgs. 180/2015* […]».

Quanto al primo profilo, la cessione avviene d'imperio e non è necessario il consenso di azionisti e creditori, o comunque di tutti i «*soggetti diversi dal cessionario*», dunque anche eventuali eredi o aventi causa (art. 47 comma 2 d.lgs. 180/2015). Le deroghe relative alla cessione sono quelle già esposte relativamente alla cessione dell'attività e possono, quanto agli effetti operativi, essere richiamate (art. 47 d.lgs. 180/2015 – v. *supra*, § 6.1.). Resta fermo che la genericità delle previsioni ha lasciato aperti molti dubbi circa l'effettivo quadro normativo applicabile, discusso anche in giurisprudenza, con riferimento, alla legittimazione passiva dell'ente ponte (o comunque del cessionario) sulle pretese risarcitorie di azionisti e creditori[496]. Pur non essendo questa la sede per soffermarsi compiutamente sul tema, è condivisibile l'argomento giurisprudenziale che evidenzia la necessità di ricercare un indice per orientare l'interpretazione della *ratio* della disciplina nella necessità «*di garantire che l'attività bancaria possa*

[496] I limiti di responsabilità dell'ente ponte sono stati oggetto di un caso giurisprudenziale italiano, relativo a Banca Marche (Tribunale di Milano, 8 novembre 2017, n. 11173). Il Tribunale si è espresso (in via non definitiva, disponendo la prosecuzione del giudizio) sulla legittimazione passiva dell'ente ponte sulle pretese risarcitorie degli azionisti azzerati per pratiche di *misselling* nel collocamento (ex art. 94 TUF). L'ente ponte è responsabile per tali crediti, indipendentemente dalla mancata cessione dei titoli azzerati, in quanto l'«estinzione» non si estende agli obblighi risarcitori non incorporati. Allo stesso tempo, all'ente ponte sono trasferiti tutti i rapporti giuridici attivi e passivi dell'azienda, anche in deroga all'art. 2560 comma 2 c.c. (secondo cui i crediti devono risultare dai libri sociali), in quanto disciplina speciale (art. 47 d.lgs. 180/2015). Più di recente, un orientamento divergente è stato espresso dal Tribunale di Ancona, 20 febbraio 2019, n. 331 cit., che ha ritenuto applicabile l'art. 2560 c.c., ma non, come sopra accennato, dell'art. 58 TUB se non per il terzo comma, ritenendo quindi la cessionaria non passivamente legittimata per le pretese risarcitorie. In dottrina, I. Mecatti, *La responsabilità dell'ente ponte per le pretese risarcitorie degli azionisti di banche sottoposte a risoluzione*, in BBTC, 2018, 5, 610; L. Di Brina, D. Rossano, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, cit., 489 sub nota 48; S. Bonfatti, *La responsabilità degli "enti ponte" (e delle banche incorporanti) per le pretese risarcitorie nei confronti delle "quattro banche" (vantate dagli azionisti "risolti", e non solo)*, in Riv. Dir. Banc., 2017.

proseguire senza il rischio di passività incognite»[497], anche in danno della protezione privata. È la stessa direttiva a stabilire che, fatte salve le salvaguardie, azionisti e creditori dell'ente in risoluzione e gli altri terzi le cui attività, diritti o passività non sono ceduti all'ente ponte, non vantano alcun diritto nei confronti di quest'ultimo (art. 40 par. 12 BRRD; analogamente, per la società veicolo art. 42 par. 12). Prima dell'adempimento delle formalità pubblicitarie relative alla costituzione dell'ente-ponte (pubblicazione in G.U. anziché nel registro delle imprese), risponde solo l'ente ponte con il suo patrimonio in deroga all'art. 2331 comma 2 c.c., che imporrebbe invece la responsabilità illimitata coloro che hanno agito, il socio unico fondatore o i soci che hanno deciso, autorizzato o consentito l'operazione.

È inoltre esclusa (art. 99) la stima dei conferimenti in natura e crediti (art. 2343 commi 1, 2, 3) a tutela dell'effettività del capitale sociale, ma che impone un procedimento di maggiore complessità. È da evidenziare che, in linea con il generale approccio in materia di gestione delle crisi bancarie, è pertanto anche escluso l'intervento del tribunale, mediante la nomina dell'esperto (art. 2343 comma 1), ma la valutazione resta in mano dell'AR. Non è stata, tuttavia, richiamata l'esclusione del comma 4, che disciplina l'ipotesi in cui la differenza di valore tra il valore dei beni o crediti e quello del conferimento sia maggiore di un quinto, nel qual caso è richiesta la riduzione del capitale sociale tramite annullamento delle azioni, o si consente, in alternativa, il versamento da parte del socio della differenza o, ancora, il recesso dalla società. Detta omissione, peraltro, pur alla lettera lasciando ritenere il comma applicabile, non si spiega alla luce sia del venir meno dei primi tre commi (in particolare del terzo), sia dell'approccio generale della disciplina, e perciò sembra piuttosto un'omissione del legislatore.

[497] Tribunale di Ancona, 20 febbraio 2019, n. 331 cit.

Quanto al secondo profilo, si pone il problema della posizione di eventuali azionisti privati nella compagine sociale dell'ente ponte. Invero, il capitale deve essere interamente o parzialmente detenuto dal Fondo di risoluzione o da altre autorità pubbliche e deve essere controllato dall'AR. Dunque, si tratta di un'impresa partecipata e controllata da soggetti pubblici[498]. Può discutersi circa il rilievo della disciplina italiana sulle società partecipate, che comunque avrebbe rilievo sull'organizzazione degli organi sociali. L'art. 2449 c.c., pur astrattamente applicabile, è assorbito dallo stesso statuto normativo speciale dell'ente ponte, ed è pertanto da esso sostituito. Quanto al d.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica - TUSPP), sotto il profilo letterale, il TUSPP presuppone che le amministrazioni controllanti rientrino in quelle di cui al d.lgs. 165/2001 art. 1 comma 2, mentre la Banca d'Italia rientra tra le deroghe di cui all'art. 3 comma 1[499]. Dunque, già sulla base di tale argomento, esso è inapplicabile. Più in generale, può tuttavia riproporsi

---

[498] La partecipazione tiene conto delle Q&A dell'EBA secondo cui sarebbe sufficiente una partecipazione minima, ad esempio, nel caso in cui l'ordinamento di riferimento ammetta *golden shares* (Quesito 2342/2015). Da ritenersi valida anche per le società veicolo.

[499] Tuttavia, è discussa la possibilità di estendere analogicamente il portato del TUSPP a tutte le società partecipate. Sul punto, U. Patroni Griffi, *Il socio pubblico*, Studi in onore di Gustavo Visentini, A. Nuzzo, A. Palazzolo (a cura di), Luiss University Press, Roma, 2020, 86.

Nella pratica, a queste ultime è stata esclusa l'applicazione del TUSPP dal terzo comma dell'art. 1 terzo comma del d.l. 142/2019 (*Misure urgenti per il sostegno al sistema creditizio del Mezzogiorno e per la realizzazione di una banca di investimento*) rispetto alle società risultanti dalla scissione della Banca del Mezzogiorno-Microcredito Centrale (MCC) da cui si è dedotto che «*l'assunzione da parte dello Stato della titolarità delle azioni della società che risulterà dall'operazione non corrisponda alle finalità o ai principi che sovraintendono la partecipazione pubblica*». V. B. Inzitari, *Misure per il sostegno del sistema creditizio del mezzogiorno, d.l. 16 dicembre 2019, n. 142: Banca Popolare di Bari e disciplina degli aiuti di Stato*, in Contr. e impr., 2020, 1, 13 ss., 17. Pur trattandosi di fattispecie diverse, la medesima *ratio* pare potersi impiegare anche ai fini dell'ente ponte.

l'inquadramento dell'ente ponte come dotato di uno statuto societario proprio (peraltro ben più stringente), che sostituisce e rende dunque inapplicabile il TUSPP. Potrebbe peraltro argomentarsi che l'ente ponte sia riconducibile alle «*società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per* […] *il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse*» (art. 1 comma 4 TUSPP). Il Controllo della Corte dei Conti sembra potersi escludere per quanto enti autorizzati come banche (ex art. 13 l. 21 marzo 1958 n. 259).

Resta la possibilità che al capitale dell'ente ponte partecipino privati, che possono altresì essere creditori della banca sottoposti a conversione, cui sono state attribuite partecipazioni nell'ente ponte, ovvero terzi ammessi a partecipare alla compagine sociale. Ciò avrebbe il lato positivo di costituire un «avvio di privatizzazione» e ridurre l'impiego di fondi pubblici[500]. Dalla più netta formulazione del diritto italiano, potrebbe anche intendersi che il legislatore ne abbia richiesto una proprietà solo pubblica (art. 42 comma 2 d.lgs. 180/2015), ma ciò contrasterebbe con i poteri europei di conversione. Nella pratica della risoluzione delle quattro banche, è comunque quanto è avvenuto (il capitale era sottoscritto al 100% dal Fondo nazionale di risoluzione)[501].

Il «controllo» da parte dell'AR, emergente dalla disciplina comunitaria (art. 40 par. 2 lett. a BRRD[502]), soprattutto in caso di partecipazione di privati, non è chiaro se derivi da poteri pubblici o di natura partecipativa privata. La legge italiana non specifica la natura del «controllo» e se esso sia riconducibile alle nozioni generali dell'art. 2359 c.c. e dell'art. 23 TUB. È approccio diverso rispetto, ad esempio,

---

[500] Q&A EBA, Quesito 2342/2015, cit.

[501] D.L. 22 novembre 2015, n. 183, art. 1.

[502] Ivi si legge invero che l'ente ponte «*è interamente o parzialmente di proprietà di una o più autorità pubbliche che possono includere l'autorità di risoluzione o il meccanismo di finanziamento della risoluzione ed è controllata dall'autorità di risoluzione*».

a quello tedesco, dove è precisato che essa è controllata dall'AR sulla base del diritto societario, dell'influenza contrattuale o sovrana («*der von der Abwicklungsbehörde auf Grund gesellschaftsrechtlicher, vertraglicher oder hoheitlicher Einflussmöglichkeiten kontrolliert wird*» § 128 Gesetz sur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen - SAG). Difficile in ogni caso immaginare, ai fini dell'esercizio del controllo, di poter ricorrere a strumenti extra-statutari, come patti parasociali, che non garantirebbero una tutela reale. La partecipazione di soci privati (anche per conversione di titoli di rischio o debito dell'ente in risoluzione in azioni dell'ente ponte[503]) presupporrebbe che i poteri pubblici derivino dalla partecipazione (o comunque dallo statuto), e non si tratti invece di poteri di natura amministrativa dell'AR, divenendo, diversamente, sconveniente l'ingresso nella compagine sociale: fisiologicamente, l'interesse all'investimento si fonda, oltre che sulla possibilità di un rendimento su poteri di influenza sulla gestione[504]. Ciò costituisce un limite alla posizione dell'AR nell'interesse della cessione. Analogo problema si pone nel caso di partecipazione di altre autorità pubbliche, atteso che la società dovrebbe essere comunque controllata dall'AR. Sembrerebbe tuttavia scelta lasciata al legislatore nazionale: mentre in altri Stati la disposizione è stata intesa garantendo diritti privati (come la Germania, v. *supra*)[505], la formulazione italiana è più orientata verso poteri

---

[503] Ciò non vale per il veicolo [v. *infra*, § 6.3.].

[504] A. Sacco Ginevri, *Il conflitto di interessi nella gestione delle banche*, cit., 17.

[505] In proposito cfr. anche le Q&A dell'EBA (Quesito 2342/2015, cit.), che ammettono l'impiego di *golden shares*: «[…] *The second condition stipulates that the resolution authority must control the bridge institution but it does not prescribe how. Against this background, and given that a minimisation of the use of public fund is a key component of the resolution regime, a solution that allows control of the bridge institution with minimum ownership (for example by means of a "golden share") is*

pubblici (cfr. 42 d.lgs. 180/2015). Non è invero espressamente riportata nel decreto di recepimento, dove sono invece declinati i poteri della Banca d'Italia (in funzione di AR), supportando invece la natura amministrativa dei poteri: essa dispone la costituzione dell'ente-ponte in forma di società per azioni e ne adotta atto costitutivo e statuto; approva le modifiche all'atto costitutivo e lo statuto, nonché la strategia ed il profilo di rischio; nomina o approva la nomina dei componenti degli organi di amministrazione e controllo, le deleghe e le remunerazioni; stabilisce restrizioni all'attività, se necessario per il rispetto della disciplina sugli aiuti di Stato (art. 42 comma 3).

Per il resto, l'ente ponte, segue le regole statutarie (approvato dall'Autorità) di diritto societario comune e speciale, ad esempio, se esercente attività bancaria o finanziaria. Sono in ogni caso salve le deroghe di cui all'art. 99 d.lgs. 180/2015. Si è detto, la problematicità di tali deroghe deriva dall'approccio «generico» del legislatore, che opera escludendo l'applicabilità di numerose norme, lasciando all'interprete il compito del coordinamento. Ciò pone il problema di comprendere se dalla deroga derivi l'esclusione di dette norme sotto il profilo «procedimentale» (dunque, ad esempio, la semplificazione delle procedure, anche con sacrificio dei diritti dei terzi o dei soci – in particolare di minoranza) o anche come percorribilità delle operazioni *tout court*.

È esclusa l'applicabilità delle norme rispettivamente sulle assemblee straordinarie (art. 2365) e assemblee speciali (art. 2376). Nel primo caso, l'esclusione attiene certamente alle regole speciali che la disciplinano (*quorum*, verbalizzazione notarile, ecc.), ma è discutibile l'esclusione *tout court* della competenza (tenuto conto dell'azionariato

---

acceptable under the provision of Article 40(2) BRRD. There are however other mechanisms available to comply with the two requirements. […]».

– quantomeno in parte – pubblico): invero, tra i poteri della Banca d'Italia vi è l'*approvazione delle modifiche all'atto costitutivo e allo statuto* (art. 42 lett. a), che suggerisce la preventiva delibera assembleare. Diversamente, non sono necessariamente escluse le competenze delle assemblee ordinarie, pur in presenza anche qui di poteri di approvazione dell'AR. Ad esempio, è significativa l'indicazione dell'art. 42 relativamente al potere dell'AR di nominare *o* approvare la nomina degli amministratori. Pare invece più netto il venir meno della tutela delle assemblee speciali, tipicamente a tutela dei soci colpiti da deliberazioni pregiudizievoli. Non sembra, al contrario, preclusa la possibilità di emissione di categorie speciali di azioni, in quanto non derogato l'art. 2348[506]. Le Q&A EBA hanno peraltro ammesso *golden shares*[507], dunque, certamente è possibile una diversificazione dei diritti delle azioni.

È esclusa l'applicazione dell'art. 2437-sexies, che, oltre a prevedere l'estensione della disciplina del recesso alle azioni riscattabili (dunque, che conferiscono un potere di riscatto da parte della società e dei soci), ne legittima indirettamente l'emissione. La disposizione va dunque intesa non solo come privazione, nel contesto della procedura, di detto potere per azioni già emesse, anche nell'eventualità che si verifichino eventi che da contratto ne autorizzino l'esercizio, ma anche l'inapplicabilità delle norme che ne disciplinano il prezzo del riscatto secondo la disciplina del recesso ed, in particolare, del principio di equa valorizzazione (art. 2437-ter – su cui v. *supra*). Non è chiaro se l'autorità possa imporre l'emissione di azioni

[506] Peraltro, a parere di chi scrive, il perimetro della «*categoria*» danneggiata, si fonderebbe sul pregiudizio e non sull'emissione delle azioni. Sul punto, sia consentito rinviare a G. Marra, *Assemblee speciali (art. 2376)*, in G. Visentini, L'assemblea della società per azioni, cit., 172 ss.

[507] V. *supra*, in nota.

riscattabili. La risposta pare positiva, fermo che potrebbe trattarsi di azioni di difficile utilità ai fini del perseguimento delle funzioni dell'ente ponte.

Aumenti e riduzioni del capitale avvengono «*ai sensi degli articoli 58 e 60 comma 1 lettera h)*» (comma 2). Si è detto, è esclusa l'applicazione degli artt. 2443 commi 1 e 2 (sebbene l'art. 99 escludesse già l'art. 2443 – cfr. comma 1 lett. a), nonché 2438 (obbligo di integrale liberazione delle azioni per procedere all'aumento) e 2441 (diritto di opzione e diritto di prelazione) c.c., nonché altre limitazioni derivanti dalla legge, dallo statuto o altri contratti che possano ostacolarne l'applicazione (art. 58 comma 2). È poi prevista la delega agli amministratori per l'aumento di capitale, nonché il potere dell'AR di disporre direttamente aumenti di capitale (art. 58 comma 1 e 3); e il potere di disporre che l'ente o la controllante emetta (oltre che nuove azioni) partecipazioni o strumenti di capitale anche convertibili in capitale (art. 60 comma 1 lett. h). Ancora, sono esclusi dall'art. 99 il diritto di opzione e di prelazione (art. 2441) nel caso degli aumenti di capitale, anch'esso escluso ex art. 58. Come è noto, già nel diritto comune detto diritto può essere escluso, tra l'altro, nei casi in cui «*l'interesse della società lo esige*». Tale valutazione sarebbe tuttavia di competenza della stessa assemblea (nella delibera di aumento), ed è invece in questo caso precluso ai soci *ex lege*. Rispetto all'ente ponte è forse meno netto il significato dell'esclusione di tali diritti, che va a svantaggio anche del socio pubblico. Sembrerebbe, tuttavia, intesa solo a consentire una piena discrezionalità dell'AR nella modulazione della sottoscrizione di eventuali aumenti. È esclusa altresì la disciplina sugli amministratori per l'aumento di capitale (art. 2443). Sono poi escluse *tout court* le norme relative alla riduzione del capitale (artt. 2445, 2446, 2447); fusione e scissione (Sezioni II e III, Capo X, Titolo V, Libro V c.c.); la disciplina in materia di fusioni transfrontaliere (d.lgs.

108/2008). Peraltro, in particolare con riguardo alla disciplina della riduzione del capitale, se è chiaro che all'assemblea è preclusa la riduzione volontaria, non è chiaro cosa accada nelle ipotesi di riduzione obbligatoria. Dalla deroga sembrerebbe trarsi la possibilità che la società permanga in una situazione di squilibrio patrimoniale per il periodo della risoluzione che sarà diversamente risolto con interventi dell'Autorità. È poi prevista una deroga alle regole relative al deposito, iscrizione e pubblicazione delle modificazioni dello statuto (art. 2436). Ciò non riguarda solo l'efficacia della delibera, che non avrà effetto dall'iscrizione, bensì seguirà le regole speciali (art. 32 commi 3 e 5 d.lgs. 180/2015), ma sono esclusi altresì il controllo di legalità del notaio (e successivi adempimenti in caso di irregolarità), e di regolarità formale del registro.

Difficilmente si può immaginare un ente ponte quotato, sia alla luce della sua durata limitata nel tempo sia perché, se così fosse, potrebbe dirsi pressoché raggiunto il suo obiettivo (anche per i requisiti di quotazione e capacità di utile). Ad ogni modo ne è astrattamente possibile la quotazione (lo conferma l'art. 58 comma 4 d.lgs. 180/2015), che rileva anche in relazione alla disciplina speciale (comma 4). Non si applicano anche qui le disposizioni relative al funzionamento dell'assemblea [v. *supra*, § 6.2.]. Già sotto questo profilo è di difficile comprensione la scelta normativa di derogare un ampio novero di previsioni non necessariamente relative a operazioni di competenza dell'assemblea straordinaria, a differenza, della sola esclusione dell'art. 2365 per la disciplina di diritto comune. In particolare, è escluso l'intervento in assemblea (mediante mezzi di telecomunicazione - art. 2370 comma 4), rappresentanza in assemblea (art. 2372 c.c.); diritto di intervento in assemblea ed esercizio del voto (art. 83-sexies TUF), convocazione dell'assemblea (art. 125-bis TUF), relazioni sulle materie all'ordine del giorno (art. 125-ter TUF), documentazione da porre a

disposizione sul sito internet della società (art.125-quater TUF), convocazioni successive alla prima (art. 126 TUF), integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea e presentazione di nuove proposte di delibera (art. 126-bis TUF), voto per corrispondenza o in via elettronica (art. 127 TUF), annullabilità delle deliberazioni e diritto di recesso (art. 127-bis TUF), diritto di porre domande prima dell'assemblea (art. 127-ter TUF), e deleghe di voto e sollecitazione di deleghe (Sezioni II-ter e III del Capo II, Titolo III, parte IV, TUF).

Non si applica inoltre l'obbligo di offerta pubblica ex art. 106 TUF (o.p.a. obbligatoria), in caso di superamento delle relative soglie seguito all'applicazione della riduzione o della conversione (art. 99 comma 6 d.lgs. 180/2015), che può essere disposta anche sul capitale dell'ente ponte.

Si è detto, la specificità della gestione «*pubblica*» è nella sua temporaneità: l'ente ponte ha una durata limitata a due anni, per cui quando non ne è possibile una realizzazione diversa entro il termine, salvo proroga (ripetibile ma limitata dalla presenza dei presupposti *ex lege*)[508] esso è liquidato con procedura ordinaria di insolvenza (comma 4). La *ratio* della natura temporanea è nella volontà di evitare che l'AR si trasformi in una *holding* di gestione pubblica delle banche, «nazionalizzandola» in via definitiva. Ciò non escluderebbe l'impostazione in premessa in quanto ex art. 43 il legislatore potrebbe comunque prediligere una gestione privata per concessione. Diversamente, esso può cessare per fusione con terzo, per cessione (anche ritrasferimento agli originari titolari, secondo quanto previsto dall'atto di cessione - art. 47 comma 8 d.lgs. 180/2015), per liquidazione delle attività e pagamento delle passività (comma 1).

[508] In vista di un miglior esito della gestione nel periodo di proroga (ad es. cessione ad un terzo), e in presenza della necessità di mantenere la continuità dei servizi e funzioni essenziali (art. 44 comma 3 d.lgs. 180/2015).

È limitata infine altresì la responsabilità dell'ente ponte, nonché dei componenti dei suoi organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza al dolo o colpa grave nei confronti di azionisti e creditori dell'ente in risoluzione (art. 42 comma 8 d.lgs. 180/2015). Ciò costituisce una ulteriore compressione della tutela di questi ultimi, limitando il portato delle azioni di responsabilità ex artt. 2392 ss. c.c. Anche in questo caso, è disposizione proveniente dalla direttiva. Tuttavia, il sistema di responsabilità così configurato sembrerebbe generare un vuoto di tutela, ad esempio, in caso di negligenza (ma quando comunque non sia configurabile colpa grave), escludendo sia la responsabilità dell'AR, che degli organi dell'ente ponte. Peraltro, dal tenore ampio della norma, può trarsi che anche eventuali componenti di nomina privata profittino della limitazione di responsabilità (ex artt. 2392 ss.). Tale profilo, assume una posizione fondamentale nella qualificazione dell'ente ponte. Come è stato invero osservato «[t]*utto l'edificio di una società anonima poggia sulla responsabilità degli amministratori*»[509]. Dunque, è confermata la natura sostanzialmente pubblicistica dell'ente, che non è alterata dalla presenza di azionisti privati. Le deroghe alla disciplina della società anonima toccano profili così sostanziali da svuotarne la natura privatistica, ed avvicinarla a quella pubblicistica: invero, le medesime limitazioni di responsabilità sono previste per i commissari straordinari, speciali e per i dipendenti dell'Autorità. Tale concezione emerge anche nella recente dottrina, dove si osserva che «*la responsabilità civile per danni è componente fondamentale della qualità del governamento della società per azioni, affinché il meccanismo contrattuale, proprio del mercato, possa funzionare in sostituzione di vigilanza esterne, appropriate ad altri*

[509] C. Vivante, *Sul risanamento delle società anonime*, in Riv. Dir. Comm., 1916, I, 637, richiamato altresì da G. Visentini, *Dell'amministrazione della società per azioni*, cit., 103.

ordini, diversi dal mercato: servizi pubblici, enti pubblici, fondazioni ecc.»[510]. In questa fase, l'attività bancaria non è né formalmente né sostanzialmente di mercato.

6.3. La separazione delle attività.

Lo strumento di separazione delle attività consiste nella cessione di partecipazioni o cespiti ad una società veicolo (artt. 45 – 46 d.lgs. 180/2015; art. 42 BRRD; art. 26 SRMR). È il caso della cd. *bad bank*[511].

Sull'organizzazione ed il funzionamento, molte delle considerazioni svolte per l'ente ponte possono essere richiamate[512]: è caratterizzata da un capitale del tutto o in parte detenuto dal Fondo di risoluzione o altre pubbliche autorità; è controllato dall'Autorità di risoluzione (art. 45 comma 1), che è dotata di poteri analoghi a quelli sull'ente ponte (art. 45 comma 2)[513]. È più raro, ma potrebbe esserci anche qui l'interesse di un privato a partecipare, ad esempio, nella prospettiva di una *due diligence* ed una successiva cessione.

---

[510] G. Visentini, *Dell'amministrazione della società per azioni*, cit., 104.

[511] La *bad bank* nel contesto della BRRD è stata applicata al caso delle quattro banche (Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio), in abbinamento allo strumento dell'ente ponte e del *write-down*. V. B. Inzitari, *Crediti deteriorati (NPL), aiuti di Stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea*, in BBTC, 2016, 6, 641 ss.; C. Barbagallo, *Cassa di Risparmio di Ferrara Banca delle Marche Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario Legge 12 luglio 2017, n. 107, Roma, 12 dicembre 2017.

[512] Sono da ritenersi applicabili le Q&A in precedenza descritte in materia di ente ponte (ad es. relativamente all'impiego di *golden shares*, o alla preventiva costituzione dell'entità da impiegare in seguito).

[513] Sebbene, in un primo momento, fosse ipotizzato un capitale esclusivamente pubblico, modificato nella versione finale della direttiva. Sul punto M. Rispoli Farina, L. Scipione, *La vendita e la separazione delle attività*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016, 545 ss., 561.

Essa si caratterizza tuttavia per un distinto scopo, in quanto «*costituita per amministrare i beni e i rapporti giuridici ad essa ceduti con l'obiettivo di massimizzarne il valore attraverso una successiva cessione o la liquidazione della società veicolo medesima*» (art. 45 comma 1)[514]. L'elemento distintivo dell'istituto è quindi la funzione economica, che si riflette nella disciplina, rispetto a cui emergono le principali distinzioni rispetto all'ente ponte: la prospettiva è di medio-lungo periodo per consentire la massimizzazione degli attivi e mancano le previsioni sulla cessazione; non sono necessarie le autorizzazioni all'esercizio, trattandosi generalmente di società di gestione delle partecipazioni (sebbene non sembri potersi escludere la configurabilità); non possono essere attribuiti ad investitori convertiti dell'ente «risolto» titoli del veicolo; sono individuati specifici presupposti per la costituzione, tra cui figura che «*le condizioni di mercato sono tali che la liquidazione dei diritti e delle attività nell'ambito della procedura concorsuale applicabile potrebbe avere effetti negativi sui mercati finanziari*» (art. 46 comma 1 lett. c, d.lgs. 180/2015)[515]. Allo stesso modo, non è possibile impiegare la società veicolo come strumento di risoluzione se non in abbinamento con altri strumenti (Considerando 66 BRRD; Considerando 38 SRMR). In effetti, essa è svincolata dal limite quantitativo patrimoniale previsto per l'ente ponte (v. *supra*, § 6.2.), e potrebbe prestarsi ad abusi e a violazioni della disciplina sugli aiuti di Stato[516].

---

[514] Rispetto a tali attivi deteriorati potrebbe configurarsi anche un intervento pubblico a garanzia, purché a condizioni di mercato. Invero, in tal caso, è stato affermato dalla Commissione che non si configurerebbe aiuto di Stato (Commissione europea, comunicato stampa, 10 febbraio 2016). Sul punto, v. M. Rispoli Farina, L. Scipione, *La vendita e la separazione delle attività*, cit., 562.

[515] Su tali profili, ampiamente, M. Rispoli Farina, L. Scipione, *La vendita e la separazione delle attività*, cit., 560 ss.

[516] L. Di Brina, D. Rossano, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, cit., 490.

Anche qui, come per l'ente ponte i profili da tenere a riferimento sono le deroghe alla cessione ed all'organizzazione societaria rispetto alla società veicolo. Al di là delle previsioni *ad hoc* sopra indicate, si riassumono di seguito le norme derogate, rinviando, per il resto, alla trattazione relativa all'ente ponte. Le deroghe, come per l'ente ponte, contribuiscono a costituire lo statuto speciale della società, collegato al fine pubblico perseguito.

Le cessioni (art. 47 d.lgs. 180/2015) avvengono *ex imperio* senza l'autorizzazione della proprietà (fermo il rispetto del principio del NCWO), e si applicano le deroghe in materia contrattuale (art. 47 d.lgs. 180/2015 – v. *supra*, § 6.1.). Molte delle disposizioni civilistiche societarie astrattamente applicabili all'ente ponte in quanto società sono derogate (art. 99). In particolare, è esclusa la stima dei conferimenti in natura e crediti (art. 2343 commi 1, 2, 3); di assemblee straordinarie (art. 2365) e assemblee speciali (art. 2376); di deposito, iscrizione e pubblicazione delle modificazioni dello statuto (art. 2436); delle azioni riscattabili ed, in generale, del diritto di riscatto (art. 2437-sexies); del diritto di opzione e prelazione (art. 2441); della disciplina sulla delega agli amministratori per l'aumento di capitale (art. 2443); sulla riduzione del capitale (artt. 2445, 2446, 2447); fusione e scissione (Sezioni II e III, Capo X, Titolo V, Libro V c.c.); fusioni transfrontaliere (d.lgs. 108/2008). Inoltre, per quanto riguarda aumenti e riduzioni del capitale della società veicolo avvengono, per richiamo, agli artt. 58 e 60 comma 1 lett h). È quindi esclusa, come per l'ente ponte, con alcune ripetizioni, l'applicazione degli artt. 2443 commi 1 e 2, nonché 2438 (obbligo di integrale liberazione delle azioni per procedere all'aumento) e 2441 (diritto di opzione e prelazione) c.c., nonché altre limitazioni derivanti dalla legge, dallo statuto o altri contratti che possano ostacolarne l'applicazione (art. 58 comma 2). È poi prevista la delega agli amministratori per l'aumento di capitale, nonché il potere dell'AR di

disporre direttamente aumenti di capitale (art. 58 comma 1 e 3); e il potere di disporre che l'ente o la controllante emetta nuove azioni, partecipazioni o strumenti di capitale anche convertibili in capitale (art. 60 comma 1 lett. h). Ancora, le fusioni o scissioni che coinvolgono detti soggetti sono disposte dalla Banca d'Italia; è sufficiente per la produzione degli effetti civilistici la pubblicazione della decisione nel sito internet della Banca d'Italia, mentre le formalità pubblicitarie sono svolte dall'Autorità o dal commissario entro 180 giorni (comma 3).

Anche la società veicolo può essere quotata su mercati regolamentati, come risultante, anche qui, dalla presenza di deroghe relative alla disciplina speciale (comma 4). La possibilità di quotare la società veicolo non suscita i medesimi dubbi relativi all'ente ponte ma la deroga resta giustifica al pari di quest'ultimo. È escluso: l'intervento in assemblea (mediante mezzi di telecomunicazione - art. 2370 comma 4), rappresentanza in assemblea (art. 2372 c.c.); diritto di intervento in assemblea ed esercizio del voto (art. 83-sexies TUF), convocazione dell'assemblea (art. 125-bis TUF), relazioni sulle materie all'ordine del giorno (art. 125-ter TUF), documentazione da porre a disposizione sul sito internet della società (art.125-quater TUF), convocazioni successive alla prima (art. 126 TUF), integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea e presentazione di nuove proposte di delibera (art. 126-bis TUF), voto per corrispondenza o in via elettronica (art. 127 TUF), annullabilità delle deliberazioni e diritto di recesso (art. 127-bis TUF), diritto di porre domande prima dell'assemblea (art. 127-ter TUF), e deleghe di voto e sollecitazione di deleghe (Sezioni II-ter e III del Capo II, Titolo III, parte IV, TUF). Non si applica inoltre l'obbligo di offerta pubblica ex art. 106 TUF (opa obbligatoria), in caso di superamento delle relative soglie seguito all'applicazione della riduzione o della conversione (art. 99 comma 6 d.lgs. 180/2015).

Possono infine richiamarsi le deroghe in punto di limiti alla responsabilità degli amministratori, che portano anch'esse con sé i medesimi dubbi interpretativi esposti con riferimento all'ente ponte (art. 46 d.lgs. 180/2015 – v. *supra*, § 6.2.).

Nel quadro italiano, un modello particolare di società veicolo è costituito da AMCO (Asset Management Company s.p.a.). Si trattava di una società già operante sul mercato, in quanto nata per svolgere le funzioni di *bad bank*, precursore della società veicolo, nella ristrutturazione del Banco di Napoli negli anni Novanta[517]. Nel 2017 è stata acquisita in mano pubblica (dal MEF – cfr. art. 7 d.l. 3 maggio 2016, n. 59 convertito con modificazioni nella l. 30 giugno 2016, n. 119), nel contesto della risoluzione delle banche venete, di cui è stata cessionaria degli attivi deteriorati, ed è tuttora operante. Invero, essa è assoggettata ad un regime giuridico peculiare, che comunque è rappresentativo delle complessità di definizione di un quadro giuridico per siffatti istituti: in parte alla disciplina prevista dal TUB per gli intermediari finanziari ex art. 106, ed in parte soggetto a discipline fondate sulla natura pubblicistica del socio di controllo (ad es. in materia di anticorruzione e *whistleblowing*). Essa è tuttavia esonerata dall'applicazione del TUSPP per espressa previsione (art. 26 comma 12-bis). Ai sensi del DPCM 28 ottobre 2017, è stata assoggettata al controllo della Corte dei Conti ex art. 12 l. 259/1958.

6.4. Il *bail-in* ed il *write-down*.

[517] V. l. n. 588/1996. Sul punto, tra gli altri, v. M. Rispoli Farina, *La disciplina europea di soluzione delle crisi bancarie. L'attuazione nell'ordinamento italiano. Profili problematici*, Regole e mercato, M. Rispoli Farina, A. Sciarrone Aldibrandi, E. Tonelli (a cura di), Giappichelli, Torino, 2017, ove una dettagliata ricostruzione dei fatti.

Lo strumento del *bail-in* (artt. 48 ss. d.lgs. 180/2015; artt. 43 ss. BRRD; art. 27 SRMR) e l'ultimo strumento di risoluzione, nonché il più discusso e rappresentativo[518].

Sulla base della definizione già presente nella direttiva e riprodotta nel decreto, il *bail-in* è «*il meccanismo di esercizio, da parte di un'autorità di risoluzione, dei poteri di svalutazione e di conversione in relazione alle passività di un ente soggetto a risoluzione, secondo il disposto dell'articolo 43*» (art. 2, n. 57)[519]. Esso si caratterizza, come le altre misure di risoluzione, per la *coattività*, poiché sia la conversione che la riduzione del valore nominale delle azioni (in caso di riduzione del capitale per perdite) non sono istituti sconosciuti al diritto privato.

La misura è analoga al *write-down*, sebbene più ampia. Oltre alle più tipiche cancellazione e conversione, la dottrina vi ha ricondotto

---

[518] La bibliografia è vastissima. Senza pretese di esaustività, C. Brescia Morra, *Gli azionisti delle banche hanno ancora diritti soggettivi nell'era del bail-in?*, cit.; P. De Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, cit.; I. Donati, *La ricapitalizzazione interna delle banche mediante bail-in*, in AGE, 2016, 2, 597 ss.; F. Fiordiponti, *Le aspettative restitutorie di azionisti e creditori ai tempi del bail-in*, cit.; A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione*, cit.; B. Inzitari, *BRRD, Bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 690; G. Presti, *Il bail-in,* in BIS, 2015, 3, 339 ss.; G. Santoni, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione di insolvenza*, in AGE, 2016, 2, 517 ss.; M. Speranzin, *Voce bail*-in, cit.; T.H. Tröger, *Too complex to work: a critical assessment of the bail-in tool under the European bank recovery and resolution regime*, in SAFE Working Papers, 2017, 179, 1 ss.; G.M., Uda, *Il bail-in e i principi della par conditio creditorum e del no creditor worse off (NCWO)*, in Il diritto dell'economia, 2018, 3, 733 ss.; D. Vattermoli, *Il bail-in*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016, 517 ss.

[519] In caso di *bail-in* sub lett. a) l'organo di amministrazione o dei soggetti da essa nominati per la gestione (parrebbe, i commissari speciali) devono predisporre un piano di riorganizzazione aziendale (regolato dall'art. 52 BRRD; v. anche considerando 69) e trasmetterlo all'AR (ed eventualmente alla Commissione ai fini degli aiuti di Stato). Esso dovrebbe contenere «*oltre alle misure volte a ripristinare la sostenibilità economica a lungo termine dell'ente, misure che limitino l'aiuto alla ripartizione degli oneri minima e che arginino le distorsioni della concorrenza.*». Esso è poi attuato dall'organo di amministrazione o dai commissari, con presentazione di una relazione semestrale alla Banca d'Italia (art. 56).

svariati poteri di risoluzione ad esso connessi. In sostanza si tratta di: cancellazione delle azioni o degli altri titoli di proprietà o il loro trasferimento (coattivo) ai creditori soggetti a *bail-in* (art. 47 par. 1 lett. a) e art. 63 par. 1 lett. c) e h); art. 60 par. 1 lett. d) d.lgs. 180/2015); conversione di passività sottoponibili a *bail-in* in azioni o altri titoli di proprietà (art. 47 par. 1 lett. b) e art. 63 par. 1 lett. f) BRRD; art. 60 par. 1 lett. g) d.lgs. 180/2015), secondo un tasso di conversione determinato dalla Banca d'Italia (art. 55 d.lgs. 180/2015)[520]; cancellazione di titoli di debito emessi dall'ente soggetto a risoluzione, salvo le eccezioni di cui si dirà (art. 63 par. 1 lett. g) BRRD; art. 60 par. 1 lett. f) d.lgs. 180/2015); modifica della scadenza di titoli di debito e altre passività o modifica dell'importo degli interessi pagabili o la data a partire dalla quali essi divengono pagabili, anche sospendendo il pagamento per un periodo transitorio (art. 63 par. 1 lett. j) BRRD; art. 60 par. 1 lett. i) d.lgs. 180/2015)[521].

Esso, a differenza del *write-down*, presuppone sempre l'avvio della risoluzione, e può essere impiegato con due diverse finalità (art. 48): a) nel primo caso, con funzione di mantenimento in vita dell'impresa (*going concern tool*) per ripristinare il patrimonio di un ente sottoposto a risoluzione nella misura necessaria al rispetto dei requisiti prudenziali ed a ristabilire la fiducia sul mercato, se l'applicazione del *bail-in*, anche unitamente alle misure di riorganizzazione aziendale, è sufficiente a prospettarne il risanamento

---

[520] I tassi di conversione possono anche essere diversificati tra categorie di passività, fermo che «*il tasso di conversione applicabile alle passività sovraordinate in tale ordine è maggiore di quello applicabile alle passività subordinate*» (comma 2). È di particolare rilievo il calcolo della conversione, trattandosi in sostanza, di una *datio in solutum*.

[521] T.H. Tröger, *Too complex to work: a critical assessment of the bail-in tool under the European bank recovery and resolution regime*, cit., 20 – 21. L'A. li considera, nel loro insieme una «*comprehensive reorganization of the institution's balance sheet*».

(cd. *open bank bail-in*, alludendo all'impiego dello strumento senza cessazione dell'attività); b) nel secondo, come *gone concern tool*, in caso di cessione, per ridurre il valore nominale delle passività cedute, inclusi i titoli di debito, o per convertire queste passività in capitale[522]. Per l'applicazione del bail-in con funzione di ricapitalizzazione (open bank bail-in), è richiesta inoltre la predisposizione di un piano di riorganizzazione aziendale che, secondo i contenuti dell'art. 105 ha un contenuto sostanzialmente relativo al contenuto dell'attività, ed è soggetto ad approvazione dell'Autorità.

Operativamente, non è richiesto l'intervento dell'assemblea per procedere alla conversione o riduzione. L'art. 58, disciplina la *rimozione di ostacoli al bail-in*, impone la delega agli organi di amministrazione della competenza a deliberare l'aumento di capitale necessario alla conversione o può provvedervi direttamente l'AR. A detto aumento non si applicano gli artt. 2443 commi 1 e 2 né 2438 comma 1 e 2441 c.c. nonché «*le altre limitazioni previste dalla legge, da contratti o dallo statuto che possono ostacolare la conversione*» (comma 1). Per quanto riguarda la prima ipotesi, l'art. 2420-bis prevede la competenza degli amministratori a disporre la conversione, ferma la competenza dell'assemblea per il corrispondente aumento di capitale. Può richiamarsi quanto detto *supra*, sugli artt. 58 e 60 d.lgs. 180/2015.

Rispetto ai titoli contenenti clausole di conversione già attivate o attivate simultaneamente all'avvio della risoluzione, essi vengono intesi come già convertiti; mentre, per titoli che contengono clausole «*relative al verificarsi di eventi relativi alla situazione finanziaria, alla*

[522] P. De Gioia Carabellese, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, cit., 59; T.H. Tröger, *Too complex to work: a critical assessment of the bail-in tool under the European bank recovery and resolution regime*, cit., 3. Dal Considerando 68 BRRD risulta comunque che si abbia anche riguardo all'ipotesi di liquidazione di parte residua.

solvibilità o al livello dei fondi propri dell'ente sottoposto a risoluzione», non ancora attivate, essi sono anteposti alle passività ammissibili cui fanno capo gli strumenti di debito chirografario di secondo livello e ridotti o convertiti secondo le regole generali (comma 4).

Il *bail-in* e il *write-down* possono quindi determinare alterazioni della compagine sociale: la riduzione (in particolare l'azzeramento) può comportare la perdita della posizione di socio, determinando l'estinzione dei diritti amministrativi e patrimoniali ed alterando le maggioranze, e la conversione può determinare un effetto diluitivo della partecipazione degli altri azionisti, tenuto anche conto della deroga al diritto d'opzione (art. 99 comma 1 d.lgs. 180/2015).

L'importo del *bail-in* è definito dall'AR sulla base della valutazione *ex ante* (art. 51 d.lgs. 180/2015), secondo l'ordine indicato all'art. 52 d.lgs. 180/2015, che tiene conto, tra l'altro, della gerarchia applicabile in sede concorsuale (comma 2), e presuppone che la misura sia adottata sull'intera classe in maniera uniforme (comma 2), alla luce del loro valore nominale (comma 2). Peraltro, la conversione, presuppone il preventivo assorbimento o comunque l'assenza di perdite (lett. b). Il rapporto di cambio è determinato dall'art. 55, secondo il principio per cui esso deve compensare adeguatamente il creditore per le perdite subite dall'applicazione del bail-in. Inoltre, se il patrimonio netto della banca ha valore positivo, il tasso di conversione è definito «*in modo da diluire in maniera significativa l'incidenza delle azioni e delle altre partecipazioni esistenti*», quindi si vuole una variazione della compagine sociale (comma 1). È nella discrezionalità dell'AR inoltre applicare tassi di conversione diversi per categoria, fermo che quello applicato alle passività sovraordinate deve essere superiore rispetto a quelle subordinate.

Come regola (e principio della risoluzione), è seguito l'ordine nazionale di soddisfazione in sede concorsuale, «invertito» (ad es. gli azionisti, *ultimi* ad essere soddisfatti in sede di liquidazione, sono i *primi* a sopportare le perdite - cfr. art. 17 SRMR), come specificato dall'art. 52 d.lgs. 180/2015. Il principio soffre di deroghe, e non esclude il potere di determinare differenze di trattamento anche tra creditori della stessa classe, in deroga al principio del *pari passu*, fermo che «*le differenze dovrebbero essere giustificate dal pubblico interesse e proporzionate al rischio sostenuto e non dovrebbero comportare discriminazioni, dirette o indirette, per motivi di cittadinanza*» (considerando 13 BRRD).

Ulteriore profilo distorsivo è generato dall'individuazione delle passività che possono esserne oggetto. Per il *bail-in*, la normativa pone invero un criterio «per esclusione» o (*comprehensive approach*)[523], considerando astrattamente tutte le passività suscettibili di essere sottoposte ad esso (dunque, *eligible*, o secondo una nomenclatura d'uso, *bail-inable*)[524], salvo quelle individuate quali eccezioni. Queste ultime possono essere suddivise tra cd. esclusioni *ex lege* o obbligatorie ed esclusioni facoltative (art. 49 d.lgs. 180/2015). La differenza fondamentale consiste nel grado di discrezionalità attribuita all'AR

[523] Contrapposto al cd. *targeted approach*, per il quale il legislatore ha deciso di non optare. Sul punto, G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, cit., 960.

[524] Di rilievo è anche il riconoscimento contrattuale del *bail-in* su passività disciplinate da leggi di uno Stato terzo (art. 55 BRRD; 59 d.lgs. 180/2015 e già FSB con il *Cross-border recognition of resolution action* del 29 settembre 2014). La soluzione, che vuole evitare disparità di trattamento nell'ipotesi in cui il *bail-in* sia escluso da ordinamenti di Stati terzi, pone dubbi circa la portata extraterritoriale dei pubblici poteri. Invero, si impone all'ente la previsione di una clausola che legittimi il *bail-in* (accettata dal creditore) nel regolamento negoziale. Ampiamente, A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico, in Banca borsa titoli di credito*, cit. Recentemente, anche l'EBA ha pubblicato delle proposte di RTS e ITS in materia di riconoscimento contrattuale (EBA/RTS/2020/13 e EBA/ITS/2020/09 del 23 dicembre 2020).

nella relativa determinazione (già nel contesto del programma di risoluzione). Nel primo caso, la discrezionalità è limitata all'accertamento della sussistenza delle condizioni di legge, o, nello specifico, nella riconducibilità dei cespiti alle categorie sottoposte ad esenzione. Nelle seconde si esplica maggiormente la discrezionalità dell'Autorità, che può decidere se escluderle o meno. Si discute se l'elenco di esclusioni sia tassativo. Parrebbe doversi prediligere la soluzione positiva, in ragione del «*comprehensive approach*», ma possono condividersi le preoccupazioni di chi ha rilevato l'inspiegabile assenza di alcune previsioni, tra cui, la responsabilità extracontrattuale e da illecito penale[525].

Quanto alle esclusioni obbligatorie, enumerate al comma 1, attenta dottrina ha operato una ripartizione in diverse categorie: eccezioni di natura sociopolitica, legati alla finalità di protezione di creditori «vulnerabili»; eccezioni funzionali a salvaguardare la stabilità finanziaria o a prevenire stress di liquidità; eccezioni funzionali a garantire affidamento e certezza del diritto; eccezioni funzionali a evitare forme indirette di supporto caricando sullo Stato i costi della crisi[526].

Le esclusioni facoltative, che possono consistere in una limitazione o esclusione totale, sono considerate «eccezionali» e subordinate al verificarsi di specifiche condizioni. Ai fini dell'esclusione è in particolare necessario che: a) non sarebbe possibile applicare il *bail-in* a tali passività in tempi ragionevoli; b) l'esclusione è strettamente necessaria e proporzionata per: assicurare la continuità delle funzioni essenziali e delle principali linee di operatività dell'ente,

---

[525] P. De Gioia Carabellese, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, cit., 56 - 57, sub nota 169.

[526] Così, T.H. Tröger, *Too complex to work: a critical assessment of the bail-in tool under the European bank recovery and resolution regime*, cit., 21.

consentendogli di preservare la propria operatività e la fornitura di servizi chiave; o ii) evitare contagi che perturbino gravemente i mercati finanziari e le infrastrutture di mercato con gravi ricadute negative sull'economia dello Stato o dell'Unione; c) l'inclusione determinerebbe una distruzione di valore tale che gli altri creditori finiscano per sopportare perdite maggiori (comma 2).

L'accertamento dei presupposti, comunque molto ampi, è rimesso all'AR, nei limiti dei principi forniti dalla disciplina[527]. È uno dei casi in cui la disciplina richiama espressamente i principi di necessità e proporzionalità (art. 49 comma 2 d.lgs. 180/2015). Secondo il d.lgs. è competente la Banca d'Italia previa comunicazione alla Commissione. Il ruolo della Commissione varia in relazione alla possibilità che l'esclusione richieda o meno il ricorso al Fondo di risoluzione. In tal caso, entro 24 ore, la Commissione può vietarlo o chiedere di apportare modifiche. Diversamente, essa è «*disposta senza indugio*». Sembrerebbe, dunque, che la comunicazione abbia mera valenza informativa. Nel regolamento, invece, ciò rientra nel contesto della procedura di adozione del programma di risoluzione, di cui si è detto (v. *supra*, § 2. - art. 18 par. 6 e 27 par. 5 e 14 SRMR).

Le esclusioni possono alterare il principio del *pari passu* e la *par condicio creditorum* relativamente all'ordine di soddisfazione dei creditori: è aspetto che ha suscitato dubbi quanto alla legittimità costituzionale della previsione, alla luce della giurisprudenza

[527] V., art. 49 comma 3 d.lgs. 180/2015, nonché Regolamento delegato della Commissione 2016/860/UE (che precisa ulteriormente le circostanze in cui è necessaria l'esclusione dai poteri di svalutazione o conversione ex art. 44 paragrafo 3) e Linee Guida EBA (EBA/OP/2015/7). Ad es., il Regolamento delegato richiede di prediligere sempre una esclusione parziale anziché totale (considerando 5). V. anche G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, cit., 959 ss.

costituzionale che considera detto principio come «centrale» nel contesto concorsuale[528].

L'esenzione di alcuni creditori non comporta tuttavia una riduzione delle passività che possono essere assorbite ma è posta a carico di altri creditori, nei limiti del NCWO (cfr. sul punto art. 44 BRRD; art. 49 d.lgs. 180/2015)[529]. Sotto tale profilo, la possibilità che possa farsi ricorso al Fondo di risoluzione, limita detta conclusione[530]. Nel decreto, superando il portato della direttiva, se ne prevede la sopportazione in via esclusiva anche dal solo Fondo (art. 49 comma 5 d.lgs. 180/2015). In entrambi i casi, è implicita la possibilità di un trattamento più favorevole per alcuni creditori[531].

Anche qui è prevista la deroga all'obbligo di offerta pubblica ex art. 106 TUF (art. 99 comma 6 d.lgs. 180/2015), di comunicazione al pubblico ex art. 114 (art. 99 comma 7 d.lgs. 180/2015), legate al possibile superamento di soglie sulla base delle alterazioni intervenute sulla compagine sociale dall'esercizio del bail-in.

Inoltre, quanto al *bail-in*, nei confronti dell'ente in risoluzione può essere disposta la trasformazione della forma giuridica, anche a seguito della chiusura della procedura. Non è chiaro se sussistano limiti temporali. È esclusa l'applicazione delle disposizioni in tema di recesso

---

[528] Per riferimenti, v. A. Blandini, *How to overcome a crisis (and oneself) without getting overcome: la fiducia e il bail-in dal punto di vista del creditore*, Rivista ODC, 2017, 2, 1 ss., 13, il quale, ad ogni modo, conclude per la legittimità costituzionale della costruzione normativa (spec. 15).

[529] In proposito è stato osservato che la discrezionalità relativa all'esclusione necessita dell'intervento della Commissione secondo la Dottrina Meroni. Sul punto, A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico,* cit.

[530] Restano fermi i limiti ed i presupposti di impiego del Fondo di risoluzione. V. in particolare art. 49 commi da 5 a 8 d.lgs. 180/2015. Sul punto si tornerà anche oltre [v. *infra*, Capitolo IV].

[531] A. Blandini, *How to overcome a crisis (and oneself) without getting overcome: la fiducia e il bail-in dal punto di vista del creditore*, cit., 15.

(art. 2437 e 2497-quater c.c.), delle disposizioni sulla devoluzione del patrimonio a fondi mutualistici per la promozione e sviluppo della cooperazione e bilancio di trasformazione delle cooperative ai fini della determinazione del valore effettivo (art. 2545-undecies c.c.), ed in generale sulla trasformazione (Sezione I, Capo X, Titolo V, Libro V c.c.), ad eccezione degli artt. 2498 e 2500, che, rispettivamente, prevedono il principio di continuità dei rapporti giuridici, e impongono la forma dell'atto pubblico, nonché le forme di pubblicità (art. 48 comma 2 d.lgs. 180/2015). Tali ultime disposizioni restano comunque applicabili «*in quanto compatibili*».

Si è poi accennato *supra* dell'art. 58, che disciplina la *rimozione di ostacoli al bail-in*, applicabile anche al di fuori del caso citato, cui si rinvia per l'enumerazione. È prevista una disciplina semplificata, per celerità, per le autorizzazioni relative all'acquisto di partecipazioni qualificate ex art. 19 TUB, ed è esclusa l'applicazione degli artt. 2527, 2528 c.c., degli art. 106 comma 1, 109 comma 1 TUF, e le previsioni legislative o statutarie che limitano (quantitativamente) il possesso azionario ed i requisiti di prossimità territoriale (compresi gli artt. 30 e 34 TUB).

Quanto invece al *write-down*, salve le peculiarità delle diverse misure, la mancata attivazione della risoluzione evita altresì lo «*spossessamento dell'impresa*», che è comune conseguenza dell'avvio della risoluzione (nonché, come si vedrà, può determinare l'applicazione del *bail-in* rispetto al meno incisivo *burden sharing* – v. *infra*, § 8.). Sono tuttavia applicabili le numerose deroghe al diritto societario (che, si è visto, interpretativamente possono essere ricondotte alle ipotesi in cui i commissari straordinari o gli atti dell'AR non prendono il posto degli organi sociali – art. 99). Il potere di svalutare o convertire gli strumenti di capitale o passività ammissibili (art. 21 SRMR – artt. 27 ss. d.lgs. 180/2015) è anche definito in gergo come

write-down o *write-down risolutivo*, sebbene tale espressione corrisponda alla sola svalutazione e non anche alla conversione (*conversion*), comunque compresa[532]. Esso può però, e, anzi, in alcuni casi, deve, essere impiegato anche nel contesto della risoluzione, in abbinamento ad altri strumenti (art. 21 SRMR – art. 27 lett. b) d.lgs. 180/2015), ferma la valutazione dell'esperto indipendente. Esso, oltre a non presupporre necessariamente gli effetti della risoluzione (tra cui, come anticipato, lo spossessamento) si caratterizza per una minore «*incisività*» delle misure: invero, il *write-down* è limitato ad «*azioni, altre partecipazioni e strumenti di capitale*» (art. 27 d.lgs. 180/2015)[533].

7. La valutazione *ex post* e le salvaguardie. Il rimborso da valutazione *ex post* come indennizzo da espropriazione.

Un aspetto di fondamentale importanza ai fini della ricostruzione della disciplina della crisi è costituito dalla disciplina delle salvaguardie ed, in particolare, del rimborso a fronte della valutazione *ex post*. Come è noto, al termine dell'azione di risoluzione, un esperto indipendente procede ad una seconda valutazione, in parte regolata parallelamente alla prima (ad esempio, quanto all'indipendenza dell'esperto e alla

[532] La conversione presuppone che le perdite siano state azzerate o che non vi siano. Sul punto V. Troiano, *Interventi di rafforzamento patrimoniale*, cit. esemplifica indicando il caso del dissesto regolamentare.

[533] La nozione comprende anche alcuni creditori (sottoscrittori di obbligazioni subordinate), in quanto il riferimento è al patrimonio di vigilanza, e le passività suscettibili di sottoposizione al MREL (art. 28 d.lgs. 180/2015). Sul punto, v. C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, cit., 280. Secondo le categorie europee possono richiamarsi CET1, Tier1 e Tier2. Sul punto, v. ampiamente L. Stanghellini, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, cit., 576; G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, cit., 943; P. De Gioia Carabellese, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, cit., 52. La disposizione è stata oggetto di revisione dal Pacchetto bancario del 2019.

possibile coincidenza temporale tra le due valutazioni)[534], funzionale a sopperire alla natura «prognostica» della valutazione *ex ante*. Essa mira invero alla verifica del rispetto del principio del NCWO (art. 87 d.lgs. 180/2015) ed alla quantificazione dell'eventuale differenza di trattamento rispetto a quanto effettivamente imposto ad azionisti e creditori (art. 88 d.lgs. 180/2015; art. 20 par. 16 ss. SRMR; artt. 73, 74, 75 BRRD)[535]. Invero, la risoluzione è strutturata in modo da garantire una «*neutralità economica*» per l'ente e i relativi soci e creditori[536]. Detta differenza, ove esistente, è posta a carico del Fondo di risoluzione (art. 89 d.lgs. 180/2015)[537], dunque, sostanzialmente proveniente dal mercato bancario, ma resa pubblica dall'imposizione autoritativa e dalla

[534] L'art. 88 d.lgs. 180/2015 esplicita che la valutazione *ex post*, pur distinta, può essere svolta dallo stesso esperto che ha eseguito la valutazione *ex ante* (par. 2). La BRRD ed il SRMR non sono altrettanto espliciti, prevedendo solo che la «*valutazione è distinta*» (art. 20 par. 16 SRMR; art. 74 par. 1 BRRD), e che è svolta da «*una persona indipendente di cui al paragrafo 1*» (che enumera le caratteristiche dell'esperto per la valutazione *ex ante* – art. 20 par. 16 SRMR). La differenza non è di poco momento, poiché in fatto, un controllo da parte di due soggetti diversi sarebbe maggiormente «garantista» della posizione dei privati.

[535] Resta fermo il ricorrente principio che impone di non considerare l'(ormai avvenuta) erogazione di un sostegno finanziario pubblico straordinario (art. 88 comma 3 d.lgs. 180/2015): solo così è effettivo il confronto con la procedura di insolvenza. Ciononostante, la presenza di aiuti rende più complessa la valutazione *ex post*. Ad esempio, l'aiuto potrebbe essere stato determinante ai fini dell'individuazione di un acquirente; ed il prezzo potrebbe averne tenuto conto. Si tratta di esempi, ma è evidente come l'individuazione di quanto sarebbe stato oggetto di liquidazione diviene solo un metodo di calcolo, per l'impossibilità di avere (sempre) un criterio di valutazione effettivo.

[536] Sentenza della Corte (Prima Sezione), 5 maggio 2022, C-83/20, par. 60 e 62.

[537] La disciplina si inserisce, in coerenza con l'approccio della direttiva, in un apposito Titolo (VI) denominato *Salvaguardie*. Esso contiene altresì disposizioni specifiche con riguardo alle controparti nelle cessioni parziali, contratti di garanzia finanziaria, accordi di compensazione e *netting*, accordi di garanzia, contratti di finanza strutturata e passività garantite, sistemi di negoziazione, compensazione e regolamento in caso di cessioni parziali (artt. 90 – 94 d.lgs. 180/2015). In questo caso, il fine è evitare il frazionamento dei cespiti nel contesto della cessione, che rimarranno all'ente in risoluzione o saranno trasferiti «in blocco». Cfr. Considerando 95 BRRD.

gestione pubblica (il Fondo è controllato e gestito dall'AR). Diversamente, in caso di risultato inferiore, in assenza di previsione, non pare sussista un obbligo di allocare ulteriori perdite, trattandosi, il NCWO di un mero limite massimo e non di un vincolo che impone la corrispondenza dei due valori[538].

Resta aperto il tema a lungo dibattuto dell'effettiva capacità del NCWO di rappresentare una concreta garanzia, in assenza di una effettiva liquidazione[539]. È invero di immediata percezione che l'interferenza coattiva sia basata su una mera «*simulazione preventiva di liquidazione*»[540]. Si è visto, come l'espropriazione, indipendentemente dalla forma impiegata, debba quantomeno implicare uno svuotamento coatto, pieno e definitivo del diritto reale. Ipotizzando i limiti posti come una espropriazione, anche solo di fatto, ex art. 42 comma 3 Cost., fondata sul presupposto che l'impresa bancaria si collochi nel quadro dell'art. 43 Cost., è necessario comprendere se la somma corrisposta a titolo di applicazione del principio del NCWO possa essere intesa alla stregua di un indennizzo. Esso è inteso come «*un compenso non risarcitorio per il sacrificio di un diritto o di un interesse*», non a valenza sanzionatoria e dunque «*ragguagliata al valore del bene colpito (aestimatio rei)*», prevista dalla legge, ma anche conseguenza solo eventuale. Sul *quantum*, comunque per lungo tempo oggetto di dibattito, pur non potendosi ammettere «*un ristoro del tutto svincolato dal valore venale del bene*»

---

[538] Nel caso di discrepanza dei valori, soccorre per il caso in cui il valore della valutazione provvisoria è superiore a quanto risultante da quella definitiva il valore delle passività «colpite» può essere ripristinato per la differenza (l'art. 51 comma 2), diversamente, ritiene che la differenza vada allocata secondo il medesimo schema D. Vattermoli, *Il bail-in*, cit., 538.

[539] In argomento, *ex plurimis*, V. Santoro, *Prevenzione e risoluzione delle crisi bancarie*, cit., 9.

[540] Richiamando l'efficace espressione di V. Santoro, *Prevenzione e "risoluzione" della crisi delle banche*, cit., 9.

come nel caso di indennizzo simbolico, esso non deve al contempo essere così alto da impedire il raggiungimento dei fini pubblici[541]. L'impostazione non sembra, pertanto, in conflitto con la giurisprudenza costituzionale[542] che, pur escludendone la fissazione in misura irrisoria o simbolica, non impone il necessario impiego del criterio del valore di mercato, ma altresì altri criteri non irrazionali e parametrati alle caratteristiche del bene[543]. La stessa Corte EDU ha espresso in numerose pronunzie la circostanza che il valore di mercato, quale ragionevole parametro di determinazione del valore del bene, deve essere contemperato con l'esigenza di assicurare il perseguimento delle finalità pubblicistiche. È possibile anche, in casi eccezionali, che l'indennizzo non sia previsto, in quanto l'art. 1 del Primo Protocollo addizionale non tutela tale diritto in via assoluta. Si legge «[a]*l fine di determinare se la misura contestata rispetta il "giusto equilibrio" voluto e in particolare se non fa pesare sui ricorrenti un carico sproporzionato, si devono prendere in considerazione le modalità di indennizzo previste dalla legislazione interna. A questo riguardo la Corte ha già detto che senza il versamento di una somma ragionevolmente correlata al valore del bene, una privazione di proprietà costituisce normalmente una sproporzionata interferenza. Una mancanza totale di indennizzo non si potrebbe giustificare sul terreno dell'art. 1 Prot. 1 se non per circostanze eccezionali* […]. *L'art. 1 Prot. 1 non garantisce in ogni caso il diritto a una riparazione integrale*» (Corte EDU sent. 29 marzo 2006, Scordino c. Italia par. 95)

---

[541] Ampiamente, A. Pubusa, *voce Indennità e indennizzo*, in Digesto (dir. Pubb.), 1993, da cui anche i virgolettati. Per ampi riferimenti in giurisprudenza, v. anche T. Martines, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2020, XV ed., 621.

[542]Diversamente, F. Salomoni, *Crisi bancarie e incostituzionalità del bail-in*, cit., 306.

[543] V. ad es. Corte cost. 22 aprile 2016, n. 9, Corte cost., 10 giugno 2011 n. 181, Corte cost. 21 dicembre 1985, n. 355, Corte cost. 2 luglio 2014, n. 187.

[544]. Sul settore bancario, il tema è stato ripreso dal Caso Grainger dove in effetti è stato ritenuto proporzionata la nazionalizzazione senza indennizzo per gli investitori, alla luce delle circostanze di eccezionalità della crisi finanziaria all'epoca dei fatti di dimensione globale [v. *supra*, Introduzione].

Vista in quest'ottica, sia per impiego della terminologia, che per funzione, ed ancora per caratteristiche, l'eventuale ristoro conseguente alla valutazione *ex post* potrebbe essere configurato come *indennizzo*, parametrato al valore del bene in termini di valore residuo risultante da una ripartizione al momento dell'azione dell'Autorità. Intendendo il NCWO come modalità di calcolo dell'indennizzo, risulterebbe persino giustificata l'eventuale perdita totale (priva di rimborso), in quanto parametrata al residuo di riparto pari a zero[545]. Invero, si è detto, azionisti e creditori azzerati perdono ogni diritto, tranne quelli già maturati (ad es. remunerazioni periodiche in varia forma) e l'eventuale risarcimento del danno per esercizio illecito dei poteri di risoluzione (art. 52 comma 5 d.lgs.180/2015), che resta distinto dall'indennizzo.

La stessa legge intende come *indennizzo* il ripristino o la restituzione della differenza rispetto a quanto emergente, rispettivamente, nel confronto tra prima valutazione provvisoria e definitiva, e seconda valutazione, affermando che «[l]*a riduzione* […] *ha effetto definitivo e ha luogo senza che sia dovuto alcun indennizzo, fatto salvo quanto stabilito dagli articoli 51, comma 2, e 89, comma 1.*» (art. 52 comma 5 d.lgs.180/2015). Anche l'art. 89 comma 1

[544] V. tra le altre, Corte EDU sent. 29 marzo 2006, Scordino c. Italia par. 95; Corte EDU sent. 14 aprile 2015, Chinnici c. Italia, par. 33 - 34; Corte EDU sent. 28 novembre 2002 Re di Grecia e altri c. Grecia, par. 78; Corte EDU sent. 21 febbraio 1986 James e altri c. Regno Unito, par. 54.

[545] Coerentemente può trarsi dal caso Northen Rock. A proposito della sentenza, T. Ariani, L. Giani, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, cit., 723 – 724.

d.lgs.180/2015 afferma che la somma è «*a titolo di indennizzo*». Si intende *risarcimento* quello ottenibile in via giudiziaria in caso di illecito dell'Amministrazione, nazionale o europea (v. *infra*, Capitolo V)[546].

8. La liquidazione coatta amministrativa italiana quale alternativa alla risoluzione. Cenni.

La procedura ordinaria di insolvenza è, ad oggi, un percorso obbligato in caso di assenza di interesse pubblico. Nella vicenda ABLV, è stato presentato il ricorso del 3 maggio 2018 – ABLV Bank c/CRU - Causa T-280/18, ad oggi pendente, fondato sull'intenzione degli azionisti era procedere ad una liquidazione volontaria della ABLV Latvia secondo il diritto nazionale («*voluntary winding-up plan in accordance with Latvian law*»), affermando l'insussistenza di un potere per l'AR (in particolare, il Comitato), una volta escluso l'interesse pubblico alla risoluzione, di imporre la procedura di insolvenza nazionale[547]. Anche il fallimento non è derogabile dalla liquidazione ordinaria, ma è scelta obbligata per i privati al ricorrere dei presupposti previsti dall'ordinamento: per la rimozione dell'impresa dal mercato,

[546] Diversamente, B. Inzitari, BRRD, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 718 pur ritenendone corretta la qualificazione come indennizzo, ne riconduce il meccanismo alla rettifica del contratto ex art. 1430 c.c., come «*rettifica dei conteggi di stima precedentemente applicati e successivamente aggiornati*». Tuttavia, a parere di chi scrive, va tenuto conto che esso è esito dell'azione amministrativa di liquidazione o modifica dei diritti, e non di un rapporto contrattuale.

[547] Sul punto, v. A. Steiblyté, *Public interest for resolution action in the light of the ABLV cases*, cit., 569, da cui la sintesi della vicenda, e la citazione. L'A., condivisibilmente, si chiede, «*If a bank is legally allowed to liquidate itself, who would verify and ensure that the resolution objectives such as continuity of critical functions and avoidance of adverse effect on financial stability are met to the same extent or even more efficiently than in normal insolvency proceedings?*».

ma anche per la ristrutturazione, è sempre sotteso un interesse pubblico al buon funzionamento del mercato stesso. Solo quando detti presupposti non sussistano potrebbe essere ammissibile la liquidazione ordinaria della società industriale, come della banca.

Il sistema italiano, a differenza di altri, prevedeva già una procedura *ad hoc* per il settore bancario, speciale rispetto alle procedure generali per le imprese industriali, giustificata dai menzionati interessi pubblici tradizionalmente sottesi alla relativa attività[548]. Già prevista dalla l. bancaria, la liquidazione coatta amministrativa (l.c.a. – artt. 80 ss. TUB) è oggi da intendersi come la «*procedura ordinaria di insolvenza*» contemplata dalla disciplina europea[549]. Rispetto al sistema attualmente configurato, è peraltro maggiormente conforme a modello immaginato dal legislatore europeo in quanto procedura amministrativa e non giudiziaria[550]. La procedura è stata oggetto di revisioni in sede di attuazione della BRRD, al fine di coordinarla con i nuovi strumenti di

---

[548] Per una ricognizione sulle principali differenze tra ordinamenti, di possibile impatto sul corretto funzionamento del MRU, v. Commissione Europea, *Study on the differences between bank insolvency laws and on their potential harmonisation – Final report*, Novembre 2019; e già Comunicazione della Commissione sul completamento dell'Unione Bancaria dell'11 ottobre 2017 (COM (2017) 592 final).

[549] Esse sono definite come «*procedure collettive di insolvenza che comportano lo spossessamento parziale o totale di un debitore e la nomina di un liquidatore o amministratore, di norma applicabili agli enti ai sensi del diritto nazionale, e che siano specifiche per tali enti oppure applicabili in generale a qualsiasi persona fisica o giuridica*» (art. 2 par. 1 n. 47 BRRD).

[550] La liquidazione coatta amministrativa (artt. 80 ss. TUB) si distingue dalla liquidazione volontaria (artt. 96-quinquies ss. TUB), in primo luogo in quanto disposta con provvedimento dell'Autorità. Ulteriori dubbi pone il coordinamento tra la procedura ripensata dopo la riforma e il dato comunitario. Ad esempio, è stato rilevato che il ruolo, seppur compresso, ancora di rilievo del MEF quale soggetto politico e che «*comporta un elemento di discrezionalità politica della liquidazione coatta*». Così M. Porzio, *La banca insolvente*, cit., 414. Sul punto è stato osservato che «*La soluzione più plausibile dovrebbe essere che il Comitato europeo chieda alla Banca d'Italia di proporre al Ministro la liquidazione*» o agisca di propria iniziativa, come sembrerebbe avvenuto nel contesto della vicenda delle banche venete.

risoluzione[551]. È un'alternativa alla risoluzione e ricorre in presenza dei medesimi presupposti ad esclusione dell'interesse pubblico (art. 80 riformato si coordina con i presupposti di cui all'art. 17 d.lgs. 180/2015)[552]. In altri termini, quando l'AR ritiene che la liquidazione coatta sarebbe in grado di conseguire gli obiettivi della risoluzione nella medesima misura [v. *supra*, § 3.2.]. È un'applicazione della

---

[551] Per un'approfondita ricognizione dell'istituto, v. G. Boccuzzi, *La liquidazione coatta amministrativa*, in Trattato delle procedure concorsuali, A. Jorio, B. Sassani (a cura di), Vol. V, Giuffrè, Milano, 2017, 1014 ss. In proposito, sono stati altresì modificati i presupposti che divengono sovrapponibili a quelli per la risoluzione, se non per l'interesse pubblico. Sul punto M. Rispoli Farina, *La soluzione della crisi del Monte dei Paschi di Siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo d'insieme*, in Studi Senesi, CXXX (III Serie, LXVIII), 3, 449 ss., 454.

[552] La persistenza di procedure nazionali non armonizzate è considerata ad oggi uno dei maggiori problemi aperti nel contesto della gestione delle crisi bancarie. Invero, la mancata armonizzazione può determinare disparità di trattamento, in particolare quando esse divergono per aspetti sostanziali, come, ad esempio, l'ordine di preferenza nella soddisfazione dei creditori e nelle ipotesi in cui essa non sia in grado di evitare la liquidazione atomistica, disordinata e con perdita di valore. Sul punto, ed in generale sui temi critici ancora non armonizzati, Commissione Europea, *Study on the differences between bank insolvency laws and on their potential harmonisation – Final report*, Novembre 2019. In dottrina, tra gli altri, J.H.Binder, *The next step: Towads harmonised frameworks for the liquidation of non-systemically relevant credit institutions in the EU? A discussion of policy choices and potential impediments*, cit., 7. Per una proposta (tra l'altro) di disciplina comune sulla cessione di attività e passività nella liquidazione, dove anche una puntuale ricognizione della problematica sottesa, v. A. De Aldisio, G. Aloia, A. Bentivegna, A. Gagliano, E. Giorgiantonio, C. Lanfranchi, M. Maltese, *Towards a framework for orderly liquidation in banks in the EU, Notes on Financial Stability and Supervision*, Banca d'Italia, No. 15 August 2019.

Tuttavia, come anticipato, è in atto una spinta verso l'ampliamento della disciplina europea per inglobare anche le procedure di gestione dell'impresa: operativamente, introducendo il cd. *orderly liquidation tool* (SRB, Eurofi article by Elke König – *Completing the crisis management framework: a cerntralized administrative liquidation tool for banks. A centralized liquidation regime in the EU would address the current gap in he framework for medium-sized banks*, 24 aprile 2020; A. De Aldisio, G. Aloia, A. Bentivegna, A. Gagliano, E. Giorgiantonio, C. Lanfranchi, M. Maltese, *Towards a framework for orderly liquidation of banks in the EU*, cit., *passim*.), riducendo le incertezze e le inefficienze derivanti dalla diversità delle discipline nazionali.

sussidiarietà: la disciplina europea è adoperata solo quando i medesimi obiettivi non sono perseguibili sul piano del diritto nazionale. Per lo stesso principio, sia che l'assenza dell'interesse pubblico sia accertata dall'ANR, sia che sia accertata dal Comitato, la l.c.a. è sempre di competenza delle Autorità nazionali (ad es. per le banche venete, pur essendo stato l'interesse pubblico escluso dal Comitato, la l.c.a. è stata disposta con decreto MEF su proposta della Banca d'Italia).

La l.c.a. determina sull'organizzazione societaria effetti in parte analoghi alla risoluzione. In primo luogo, il provvedimento implica, di regola, lo spossessamento dell'impresa: dalla data del provvedimento del MEF attraverso la *cessazione* delle funzioni degli organi di amministrazione, di controllo e delle assemblee, nonché di ogni altro organo della banca (art. 80 comma 5 TUB), fatta eccezione per la proposta di concordato i liquidazione (ritenuta di competenza degli amministratori per coordinamento con l'art. 265 CCII) e delibera assembleare di modifica dell'oggetto sociale in esecuzione del concordato (rispettivamente, ex art. 93 comma 1 e art. 94 comma 2). Gli organi sociali sono sostituiti dagli organi della procedura nominati dalla Banca d'Italia (art. 81 TUB). In secondo luogo, cessa altresì l'attività, salvo che ne sia disposta espressamente la continuazione (art. 90 comma 3 TUB)[553]. Dunque, tra le varie procedure nazionali, la liquidazione coatta amministrativa italiana si caratterizza proprio in quanto ammette a prosecuzione dell'attività o di parte di essa, e non si conclude necessariamente con la liquidazione atomistica dell'intera azienda[554]: è possibile la cd. *cessione aggregata* di attività e passività,

---

[553] L. Di Brina, D. Rossano, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, cit., 494.

[554] M. Rispoli Farina, *La soluzione della crisi del Monte dei parchi di Siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo d'insieme*, cit., 454.

l'azienda, rami d'azienda nonché beni e rapporti giuridici individuabili in blocco; quando non ricorrono le condizioni per l'intervento dei sistemi di garanzia dei depositanti o l'intervento di questi è insufficiente, al fine di favorire lo svolgimento della liquidazione, la cessione può avere ad oggetto passività anche solo per una quota di ciascuna di esse (art. 90 comma 2). È inoltre possibile che la procedura si concluda con un concordato, sebbene sia istituto solo raramente impiegato[555]. Ciò è emerso anche nella prassi, in particolare nelle valutazioni del Comitato con riferimento alle banche Venete, nelle quali, la valutazione dell'Autorità è stata rivolta, oltre alla situazione specifica delle banche in crisi, proprio alle caratteristiche della procedura, considerata di per sé idonea al raggiungimento degli obiettivi della risoluzione[556].

Restano comunque delle differenze significative rispetto alla risoluzione, che, giustificate dalla natura in principio liquidatoria della misura, la rendono per alcuni aspetti più vantaggiosa per gli investitori rispetto alla risoluzione. In primo luogo, nella liquidazione coatta il creditore può partecipare nelle varie fasi della procedura, sebbene configurata in modo tale da prevedere la diretta comunicazione all'interessato del provvedimento adottato[557]. Il creditore è invero ammesso alla partecipazione in diverse fasi: formazione dello stato passivo e liquidazione dell'attivo, proponendo opposizione al tribunale

---

[555] L. Di Brina, D. Rossano, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, cit., 496.

[556] «*CAL proceedings could achieve the protection of covered deposits in a relatively short timeframe and therefore, could be considered to achieve this resolution objective to the same extent as resolution*» (par. 4.2.4.1.); ed inoltre che «*CAL proceedings can protect client funds and client assets to the same extent as resolution action*» (par. 2.4.5.). Così la Decisione SRB relativa alla Banca Popolare di Vicenza S.p.A. (SRB/EES/2017/12) – ed anche sub 16. Analogamente per Veneto Banca S.p.A. (SRB/EES/2017/11).

[557] B. Inzitari, *La disciplina della crisi nel Testo Unico Bancario*, cit., 126.

ex art. 92 comma 3 TUB[558]. Inoltre, alla liquidazione coatta è applicabile il *burden sharing* in luogo del *bail-in*. Rispetto al *burden sharing* (Comunicazione della Commissione Europea in materia di aiuti di Stato del 1 agosto 2013 – cd. *comunicazione sul settore bancario* – 2013/c 216/01), il *bail-in* (BRRD e SRMR) è applicabile anche ai creditori non subordinati e costituisce dunque misura più rigida. Dunque, nel contesto di procedure nazionali, l'applicazione, in via residuale, del *burden sharing*, imporrebbe condizioni più vantaggiose del *bail-in*[559]. In relazione alla vicenda delle cd. quattro banche, la mancata entrata in vigore delle norme in materia di *bail-in* (prevista per il 1 gennaio 2016 – cfr. art. 106 d.lgs. 180/2015) ha consentito la limitazione alla riduzione delle azioni e delle obbligazioni subordinate, ma non degli altri obbligazioni *senior* e degli altri crediti[560]. Ancora, alla liquidazione coatta amministrativa non dovrebbero applicarsi, per assenza di coordinamento, le norme speciali relative alle limitazioni relative alle tutele in sede giurisdizionale [v. *infra*, Capitolo V].

---

[558] A. Blandini, *How to overcome a crisis (and oneself) without getting overcome: la fiducia e il bail-in dal punto di vista del creditore*, cit., 12.

[559] S. Grünewald, *Legal challenges of bail-in,* cit., 288 ss. V. anche *infra*, Capitolo IV.

[560] Lo rileva B. Inzitari, *Crediti deteriorati (NPL), aiuti di Stato nella BRRD e nella Comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea*, cit.

CAPITOLO IV
INCIDENZA SULL'ORGANIZZAZIONE DELLA SOCIETÀ E DELL'IMPRESA DEGLI INTERVENTI ESTERNI DI FINANZIAMENTO.

Il sistema riformato, eccezione rispetto al fallimento per la tutela della stabilità finanziaria, presuppone numerose forme di finanziamento, privato o, seppur limitato e regolamentato, pubblico. Gli apporti esterni possono avere effetti sull'organizzazione dell'impresa e gestione del business sia ex ante, che ex post.

..*

1. Premessa: l'interesse pubblico rispetto alle forme di finanziamento della crisi.

Un quarto profilo di specificità della disciplina bancaria, che contribuisce a delinearne un contenuto sostanzialmente pubblicistico, attiene alle misure di finanziamento di prevenzione e gestione della crisi.

Il sistema creato a seguito della riforma del 2008 ha imposto un'inversione di tendenza rispetto al quadro previgente. L'intento è spezzare il circolo vizioso con le finanze pubbliche sottoponendo a specifica regolamentazione il suo finanziamento[561]. Invero,

[561] Sulla circostanza che ciò non ha eliminato il rischio di *moral hazard*, che costituiva uno degli obiettivi della disciplina, M. Arrigoni, *Verso la fine del Bail-in? Una critica al regime europeo di gestione delle crisi bancarie*, cit., 72.

V. anche M. Porzio, *La banca insolvente*, cit., 411 - 412, che, nel confronto alla prassi previgente di non giungere mai all'effettiva liquidazione della banca con espunzione dal mercato afferma che essa è ancora legittima e trova conferma proprio

anteriormente, la gestione delle crisi degli intermediari era risolta facendo ampiamente ricorso a interventi pubblici, talvolta «disordinati» e poco trasparenti[562]. L'interesse pubblico spiega il regime degli aiuti di Stato al settore bancario che, pur fondato sulla medesima base giuridica (artt. 107 ss. TFUE), è speciale rispetto a quello previsto per le imprese industriali: la Commissione può giustificarli secondo criteri *ad hoc*[563]. Dopo la crisi del 2008, la Commissione ha sviluppato un quadro autonomo relativamente agli aiuti di Stato per il settore bancario con una serie di Comunicazioni della Commissione legate alla crisi finanziaria (cd. *crisis communications*)[564]. Rileva oggi primariamente

---

nell'art. 17 lett. b) d.lgs. 180/2015 dove l'attivazione della risoluzione è subordinata alla non percorribilità di strade alternative.

[562] M. Porzio, *La banca insolvente*, cit., 407 ss.: «*è infatti ampiamente documentato che ininterrottamente dal 1936 il provvedimento di liquidazione coatta di una banca è stato sempre un atto meramente formale, accompagnato dal contestuale intervento di altra banca che subentra nelle attività e passività della banca in difficoltà. Nei salvataggi bancari così organizzati nessun creditore della banca ha subito perdite e il cambiamento del soggetto debitore è stato quasi occultato (art. 58 TUB)*».

[563] J. E. Stiglitz, *Rewriting the rules of the European Economy. An agenda for growth and shared prosperity*, W.W. Northon & Company, 2020: «[…] *bank resolution often requires the government to put in additional funds. If that burden is imposed on national governments, it can set off the vicious cycle that we described earlier. A bank bailout leads to increased deficits and a lower price for government bonds (many of which are held by banks within the country). As the price of those bonds falls, other banks within the country become more fragile and then cut back lending. Moreover, often questions are raised about whether assistance a government provides to keep a bank alive violates European prohibitions against State aid, which may result in an unlevel playing field between enterprises in different countries. But concerns about state aid have to be balanced by those over the macroeconomic consequences of the failure of a bank that is systemically important for a community or region, let alone a country. No banks gets into trouble in order to get state aid (though as we have noted, the fact that it might may affect the risks that it undertakes). The motive for state aid to save a bank is not to give a bank a leg up over its rivals, but to prevent macroeconomic harms to the community*».

[564] Sull'evoluzione nell'approccio della Commissione ed il progressivo riconoscimento della specialità del sistema bancario sotto il profilo degli aiuti di Stato, v., tra gli altri, F. Ciraolo, *Il finanziamento «esterno» delle risoluzioni bancarie. Tra tecniche normative e diritto vivente*, cit., 241 ss.; M. Marcucci, *Aiuti di Stato e*

la Comunicazione del 1 agosto 2013 (cd. *comunicazione sul settore bancario* – 2013/c 216/01), il cui scopo è assicurare un equo contemperamento tra i due contrapposti interessi: tutela della stabilità finanziaria, e minimizzazione di fenomeni distorsivi della concorrenza tra banche nel mercato interno e, indirettamente, tra Stati[565]. Alla disciplina sugli aiuti di Stato si deve la prima previsione del principio del *burden sharing* (condivisione degli oneri), in base al quale coloro che hanno investito nella banca (*in primis* i soci, in quanto finanziatori di rischio) devono partecipare alle perdite. Il principio è stato successivamente recepito anche nella disciplina del secondo pilastro[566].

Dunque, il sostegno pubblico è oggi ammesso, seppur in via residuale[567]. In altri termini, il sistema non vieta l'intervento pubblico ma lo limita e regolamenta, nell'ottica di evitare *bail-out* disordinati rispetto all'unitarietà del mercato europeo[568]: non è un caso che

---

stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione Europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie, L'Unione Bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini, Pisa, 2016, 296 ss.

[565] A. Antonucci, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, cit., 587, sostiene che «*l'attuale disciplina degli aiuti di Stato poco abbia a che fare con la concorrenza tra imprese, molto invece con la concorrenza tra Stati e con il potenziale antagonismo fra dimensioni nazionali e dimensione europea* […]».

[566] Ogniqualvolta un aiuto è soggetto alla disciplina sugli aiuti di Stato è suscettibile di applicazione del *burden sharing* da parte della Commissione. V. A. De Aldisio, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, cit., 348. Non è peraltro principio assoluto: il *burden sharing* è derogabile «*se l'attuazione di tali misure metterebbe in pericolo la stabilità finanziaria o determinerebbe risultati sproporzionati* […]» (par. 45), sempre nel rispetto del *no creditor worse off* (par. 46). Sul punto, v. M. Arrigoni, *Verso la fine del Bail-in? Una critica al regime europeo di gestione delle crisi bancarie*, cit., 65. Ivi altri riferimenti.

[567] Sulla necessità di un sostegno pubblico, FSB, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, ottobre 2011. In dottrina, A. De Aldisio, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, cit., 335.

[568] M. Marcucci, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione Europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, cit., 291, rileva che tra l'ottobre 2008 e l'ottobre 2014 la Commissione ha

l'intervento pubblico imponga di regola avvio della risoluzione, attivando la presunzione FOLTF, per assicurare il contributo da parte di soci e creditori [v. *supra*, Capitolo III][569].

Tuttavia, come sottolineato da illustri economisti, sul presupposto della specialità della crisi dell'intermediario bancario, il sistema implica ugualmente il ricorso a forme di sostegno esterno, spesso pubblico, nella misura in cui il salvataggio della banca è funzionale al mantenimento della stabilità finanziaria[570]. In altri termini, la stessa prosecuzione dell'attività d'impresa, solo in casi residuali può essere garantita esclusivamente tramite sopportazione delle perdite da parte di azionisti e creditori[571]. Lo conferma la prassi, dove la presenza di interventi esterni si è posta pressoché come regola[572]. Ciò è

---

autorizzato aiuti al settore bancario per 3892.6 miliardi, ossia il 29.8% del PIL dell'Unione al 2013.

[569] A. De Aldisio, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, cit., 343.

[570] È significativo un passo di R. Skidelsky, *Money and Government: The Past and Future of Economics*, Yale University Press, 2018: «*Since 'resolving' the affairs of a big 'stressed' international bank with hundreds of branches and subsidiaries, many different classes of shareholder, creditor and debtor, and located in dozens of separate jurisdictions, is likely to defy the best efforts of a Single Resolution Board, systemically important banks are being asked to submit 'living wills' to ensure that their morality will not be at the public'expense. Under the Dodd-Frank Act, any bank with a capitalization over than $ 50 billion must describe the company's strategy for rapid and orderly resolution (i.e. liquidation) in he events of its failure.*

The first eleven such 'wills' submittd by big US banks were deemed inadequate by the regulators. Unsurprisingly, Thomas Hoenig, Vice-Chairman of the Federal Deposit Insurance Corporation, commented: ' The plans provide no credible or clear path through bankruptcy that doesn't require…direct or indirect public support».

[571] Come nel caso del Banco Popular Espanõl S.A. (2017/C 222/05) [2017 OJ C222/3]. Sul punto K. Blank, *State aid and bank resolution law before the European Court of Justice*, in Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 482.

[572] Analogamente osserva F. Bassan, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, cit., 395: «[…] *come la prassi ha iniziato a mostrare, la procedura prevista per la risoluzione – che impedisce l'intervento pubblico e separa pertanto i destini della banca da quelli dello Stato – risulta di difficile applicazione. È quasi impossibile infatti per lo Stato non intervenire*

argomentabile anche in relazione alla possibilità che si instauri un certo automatismo nell'impiego di misure di sostegno esterno, nei limiti della gerarchia imposta dalla legge e delle possibilità del caso concreto. Ad esempio, nella disciplina ricorre, per l'attivazione di forme di finanziamento rispetto a quella interna, un obbligo di sopportazione di una percentuale minima dell'8% delle perdite da parte di azionisti e creditori, basato sulla valutazione dell'esperto indipendente (Considerando 75 BRRD; considerando 80 SRMR). Analogamente può dirsi con riguardo agli aiuti di Stato, che sono oggi sottoposti a criteri di valutazione specifici per il settore bancario: la Commissione può giustificarli in ragione di detti interessi. È stato infatti osservato che «[l]*'ampia discrezionalità di cui gode la Commissione nella valutazione degli aiuti potenzialmente compatibili ha favorito negli anni più recenti un progressivo arretramento della logica del divieto a favore di una legittimazione degli aiuti pubblici ogni qualvolta se ne riconosca un ruolo positivo per il raggiungimento di obiettivi comuni dell'Unione* […], *ovvero per la correzione delle disfunzioni di mercato*»[573]. La valutazione della Commissione è una mediazione tra l'interesse alla concorrenza e interesse alla stabilità; la deroga alla concorrenza diventa un momento necessario, che tuttavia finisce nel momento politico. La procedimentalizzazione garantisce la trasparenza il contemperamento dei diversi interessi, in particolare, evita il *moral*

---

e al contempo garantire la stabilità finanziaria, qualora in crisi sia una banca significativa cui il mercato non fornisca capitali, se: i fondi di garanzia non sono azionabili perché non equiparabili a risorse private; il ricorso al fondo di risoluzione unico, tuttora in via di formazione, è sottoposto a vincoli pressocchè insuperabili; il Meccanismo europeo di Stabilità risulta l'unico backstop alternativo ma è anch'esso condizionato pesantemente».

[573] M. Marcucci, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione Europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, cit., 308. Ivi altri riferimenti.

hazard. Il finanziamento rappresenta un limite anche per le difficoltà di solidarizzare i costi, anzitutto sul piano politico.

In altri termini, il fine pubblico della stabilità finanziaria, declinato secondo gli obiettivi della risoluzione, difficilmente può essere perseguito tramite l'esclusiva sopportazione delle perdite da parte dei finanziatori dell'ente ma non di rado presuppone interventi esterni, suscettibili di incidere per diverse ragioni sull'impresa bancaria. I profili da prendere in considerazione ai fini dell'analisi sono due: a) l'incidenza in via preventiva sulla gestione dell'impresa bancaria derivante dall'imposizione di vincoli contributivi obbligatori funzionali alla precostituzione dei meccanismi di finanziamento; b) l'incidenza *ex post* sull'impresa, nell'ipotesi di erogazione del finanziamento, risultante dalla partecipazione, non di rado pubblica, alla compagine sociale. I due temi saranno di seguito esposti in via generale, e successivamente esemplificati attraverso l'esposizione delle principali fattispecie previste dal quadro normativo.

2. Le contribuzioni obbligatorie ed i vincoli alla libertà d'impresa.

È identificabile un ampio novero di forme di finanziamento, sussumibili, per provenienza, in tre categorie: il *finanziamento interno*, caratterizzato dalla partecipazione alle perdite di creditori e soci, il *finanziamento esterno* «*privato*» proveniente dallo stesso sistema bancario e dal mercato, ed il *finanziamento esterno* «*pubblico*» dello Stato o di soggetti pubblici. L'impiego di risorse private è preferito rispetto al ricorso a finanziamenti pubblici. Mentre le modalità di finanziamento interno (che si traduce in una sopportazione delle perdite), sono stati discussi nel capitolo che precede [v. *supra*, Capitolo III], pongono importanti spunti altresì i finanziamenti di fonte esterna.

Tra essi, al di là delle forme di finanziamento ad iniziativa completamente privata[574], il sistema riformato ha previsto dei meccanismi di intervento di obbligatoria costituzione e contribuzione ad opera dei componenti del settore bancario, che rappresentano una peculiarità del settore. Si tratta, in particolare, dei Sistemi di Garanzia dei Depositanti e dei Fondi di risoluzione, che saranno descritti nel dettaglio nei paragrafi che seguono. Se, da un lato, pongono spunti di riflessione gli aspetti relativi all'erogazione del finanziamento, e, dunque, di impiego delle risorse raccolte, al verificarsi delle condizioni di crisi della banca, non minori rilievi emergono nella fase di costituzione delle provviste. In particolare, per quanto concerne il Fondo di Risoluzione Unico, il tema della contribuzione è stato oggetto di un amplissimo novero di vicende giudiziali, dinanzi alla Corte europea, in larga parte tuttora pendenti in ragione dell'attivazione solo recente di questi ultimi.

È elemento ricorrente, nella casistica, la contestazione della legittimità, sotto vari profili, dell'imposizione contributiva *ex ante* funzionale alla precostituzione della provvista del Fondo, ed anzi, è il tema che, dall'introduzione del secondo pilastro, ha generato il maggior numero di controversie dinanzi alla giurisdizione europea. Al di là dei

[574] Si pensi, ad esempio, ai soggetti *ad hoc*, pensati per agire a sostegno di operazioni di ristrutturazione (intesa in senso ampio, dunque, non solo in sede di risoluzione, ma anche anteriormente). Definiti efficacemente in dottrina «*fondi volontari*», si tratta per lo più di fondi partecipati volontariamente da soggetti privati e regolati dalla disciplina generale (in Italia, dal TUF). In genere si propongono di partecipare (anche fornendo garanzie) a operazioni di ricapitalizzazione o alla gestione dei crediti deteriorati (*non performing loans* – NPL), come nel caso dei fondi Atlante I e II (fondi di investimento alternativi – FIA – chiusi di diritto italiano). Sui «*fondi volontari*», E. Rulli, *Fondi di risoluzione obbligatori: se non il contribuente, chi paga il costo della crisi bancaria?*, in AGE, 2016, 2, 493 ss., 494 - 495. Sul fondo Atlante v., tra gli altri, Id., *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, cit., 179 ss.; M. Lungarella, *La gestione di crediti in sofferrenza in quattro Paesi europei*, in AGE, 2016, 2, 619 ss., 638.

profili operativi, che riguardano la legalità delle procedure, e la tecnica del computo delle contribuzioni, è comune la contestazione che l'imposizione sia suscettibile di collidere con il citato art. 16 della Carta, ossia della libertà d'impresa, intesa qui in termini di libera conduzione del *business* della banca. Le contestazioni si concentravano, in particolare, sulle regole di computo dei contributi (art. 5 del Regolamento delegato della Commissione UE/65/2015) intesa in termini di compressione della libertà di gestione del business e di violazione del principio di proporzionalità (art. 16 e 52 della Carta). Orbene, per consolidata giurisprudenza europea, la libertà si estrinseca, rispettivamente, ne: l'esercizio di un'attività economica o commerciale[575], nella libertà contrattuale[576] e nella libera concorrenza[577], e contempla, quale corollario, la libertà di disporre delle proprie risorse di natura economica, tecnica e finanziaria[578]. La libertà d'impresa, tuttavia, non è principio assoluto può ben essere limitato nei limiti dell'art. 52 par. 1 della Carta. In effetti, l'imposizione del pagamento di contributi destinati al Fondo, si pone come un obbligo giuridico in capo alle banche, sulla base di calcoli predisposti dalle Autorità, che tengono conto delle caratteristiche concrete della banca e dell'attività svolta e dunque suscettibili di alterare la propensione al rischio degli enti, nonché imporre degli oneri in capo a questi ultimi. Al contempo, la sussistenza dell'interesse pubblico alla stabilità finanziaria rappresenta senz'altro un elemento di legittimazione delle

[575] CGUE, sent, 14 maggio 1974, causa 4-73, Nold, par. 54; CGUE, sent, 27 settembre 1979, causa 230/78, Eridania s.p.a. e a., par. 20, par. 31.

[576] CGUE, sent, 22 gennaio 2013, Sky Österreich, C-283/11 par. 42 e CGUE, sent. 21 dicembre 2016, C-201/15, Aget-Iraklis, par. 67.

[577] Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti Fondamentali (2007/C 303/02) del 14 dicembre 2007, sub art. 17.

[578] CGUE, sent, 27 marzo 2014, C-314/12, UPC Telekabel WienCGUE, par. 49; CGUE, sent, 20 giugno 2016, C- 134/15, Lidl, 27.

imposizioni. Sembra, dunque, che il piano si sposti piuttosto sulla proporzionalità delle misure rispetto al fine pubblico perseguito ed a fronte delle compressioni della libertà d'impresa. Ad oggi, la Corte non si è ancora espressa sul merito di tale censura, finendo, anche nella casistica esaminata, per respingere o accogliere le censure sulla base di argomenti diversi[579]. Dunque, i rilievi possono essere svolti solo in principio, in attesa del consolidamento delle prassi e dei principi giurisprudenziali.

2.1. Il Fondo di risoluzione Unico ed i meccanismi di finanziamento della risoluzione.

La fattispecie rispetto a cui, nella prassi, è primariamente emersa la problematica della limitazione della libertà d'impresa ex art. 16 è quella dei *Fondi di risoluzione* organizzati, distinguendo un livello europeo, ed un livello nazionale (Considerando 103 – 104 – 105 BRRD): il Fondo di risoluzione unico (di seguito Fondo) ed i meccanismi di finanziamento della risoluzione. Il fine è predisporre uno strumento per assicurare l'impiego di fondi del settore privato, ed evitare che «*prassi nazionali divergenti ostacolino l'esercizio delle libertà fondamentali o falsino la concorrenza nel mercato interno*» (Considerando 19 SRMR).

Il Fondo è un patrimonio di proprietà del Comitato e da esso gestito, in regime di separazione patrimoniale e contabile[580]; è

[579] Ad esempio, nel caso Banco Cooperativo Espanol SA c/ Comitato di risoluzione unico (Sentenza del Tribunale (ottava sezione) del 28 novembre 2019 (caso t/323-16), la decisione del Comitato è stata annullata per violazione delle norme procedimentali di adozione della decisione.

[580] Il bilancio del Comitato è diviso in due parti, di cui, la prima relativa alle spese amministrative dello stesso, e la seconda, relativa al Fondo, seppur entrambe finanziate con contributi degli enti sottoposti al MRU. V. Regolamento delegato della

finanziato (come il Comitato) da contributi provenienti da *tutti* (significativi e non significativi) gli enti sottoposti al MRU (art. 67 par. 4 e 70 par. 1 SRMR). Sono previsti contributi ordinari (*ex ante*) sino al raggiungimento di un livello obiettivo[581], e contributi straordinari (*ex post*)[582], nel caso i primi siano insufficienti (art. 70 e 71 SRMR). Sono previsti altresì mezzi di finanziamento alternativi (prestiti e altre forme di sostegno presso enti, enti finanziari o altri terzi - art. 73) e, in caso di insufficienza dei primi ed indisponibilità dei secondi e terzi (questi ultimi a condizioni ragionevoli), prestiti volontari tra meccanismi contratti dal Comitato per il Fondo (art. 72). Le contribuzioni *ex ante* sono definite dallo stesso Comitato, secondo un procedimento amministrativo *misto*, dunque, caratterizzato da una fase *bottom-up* ed una *top-down*: raccolta di informazioni da parte dell'ANR, sulla cui base è assunta una decisione da parte del Comitato (in stretta cooperazione con le ANR e previa consultazione della BCE), notificata ed eseguita dalle ANR[583]. Sono poi gli Stati Membri partecipanti (in particolare le ANR) a trasferire le contribuzioni al Fondo. La discrezionalità è esclusivamente del Comitato, rispetto alla quale le ANR svolgono attività di mero supporto operativo non vincolante per il primo (caso Iccrea, punti 47 e 48)[584]. Le contribuzioni sono calcolate

---

Commissione dell'11 febbraio 2021 (2021/517) sulle modalità di pagamento dei contributi alle spese amministrative del Comitato.

[581] Competenza riferibile alla sessione esecutiva D. Busch, *Governance of the Single Resolution Mechanism*, cit., 365.

[582] Definiti da sessione plenaria (art. 50 par. 1 lett. e).

[583] F. Brito Bastos, *Composite procedures: concept and distinction from other forms of multilevel administrative cooperation in the banking union*, cit., 111 ss.

[584] Sentenza della Corte (Grande Sezione) 3 dicembre 2019, causa C-414/18.

Oltre al caso Iccrea possono citarsi CGUE 255/18 del 14 novembre 2019 che si è espressa sul rinvio pregiudiziale relativamente agli effetti di una fusione transfrontaliera rispetto agli obblighi di contribuzione ai Fondi nazionali dei diversi Stati membri coinvolti; CGUE 69/19 del 5 marzo 2020, a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza del Tribunale che aveva respinto la domanda di annullamento dei provvedimenti delle AR di determinazione e adeguamento dei contributi obbligatori.

abbinando un contributo fisso basato sulle passività ed un contributo ponderato basato sul rischio (art. 70), fermo che criteri e modalità di calcolo sono ulteriormente dettagliate dalla disciplina di livello 2 (Regolamento delegato UE/2015/63 della Commissione). Dunque, gli obblighi di contribuzione non solo impongono ulteriori costi nella gestione dell'ente, ma possono rappresentare un elemento suscettibile di alterarne la propensione al rischio.

Il rilievo giuridico e istituzionale dell'impostazione coattiva dei contributi per il finanziamento di un fondo gestito a livello dell'Unione aveva peraltro già sollevato dubbi relativamente alla consistenza della base giuridica adottata (art. 114 TFUE), in quanto l'accentramento e la mutualizzazione delle risorse avrebbero rischiato di violare la sovranità fiscale degli Stati membri[585], ed avevano pertanto imposto di procedere all'adozione dell'Accordo Intergovernativo (IGA) del 2015 quale fondamento degli obblighi di contribuzione[586]. Quest'ultimo (artt. 4 e 5) prevede un sistema transitorio «per comparti», per cui, di regola, sopporta le spese il comparto corrispondente allo Stato dove è stabilito o autorizzato l'ente (o gli Stati, in caso di gruppo). Ciascun comparto invero corrisponde «*al totale dei contributi dovuti dagli enti autorizzati in ciascuno dei rispettivi territori*» (art. 4 par. 2). Il sistema non è dunque, per ora, solidaristico. Si prevede però che i comparti siano oggetto di una progressiva messa in comune, cessando di esistere (tramite fusione) al termine del periodo transitorio (art. 1 par. 1 lett. b; art. 5 par. 3 IGA; cfr. anche art. 77 SRMR). Nell'Accordo si legge

[585] Sulla vicenda, v. L. Quaglia, *The politics of an asymmetric Banking Union*, cit., 4. Sull'Accordo Intergovernativo, ampiamente, V. D. Busch, *Governance of the Single Resolution Mechanism*, cit., 369 ss.

[586] È previsto un regime transitorio per un periodo di otto anni cosicché al termine il Fondo disponga di mezzi finanziari pari ad almeno l'1% dei depositi protetti di tutti gli enti creditizi autorizzati in tutti gli Stati membri partecipanti (cfr. art. 69 e 77 SRMR).

inoltre l'impegno politico a inserire il Fondo nel quadro giuridico dell'Unione entro dieci anni dall'entrata in vigore (art. 16 IGA).

È previsto analogo sistema sul piano nazionale, con obbligo degli Stati Membri di istituire *meccanismi di finanziamento della risoluzione* (art. 68 SRMR e art. 100 BRRD). È stato riproposto il modello ricorrente del «*sistema europeo*» (come per il Sistema Europeo di Banche Centrali; il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria), comprensivo di «*meccanismi di finanziamento nazionali; prestiti fra meccanismi nazionali di finanziamento; messa in comune dei meccanismi di finanziamento nazionali in caso di risoluzione di gruppo*» (art. 99 BRRD). In questo caso non si ha riguardo al «soggetto», quanto piuttosto alla tecnica. Non vi è compreso il Fondo di Risoluzione Unico, limitato ai partecipanti al MRU. Di regola i meccanismi sono costituiti in forma di *fondi di risoluzione*, sebbene sia ammessa anche forma diversa, in via eccezionale, in presenza di numerose precondizioni (art. 10 par. 5 e 6 BRRD). Nel diritto italiano, sino al 2021 ha operato un Fondo di risoluzione istituito presso la Banca d'Italia in forma di patrimonio separato e finanziato analogamente a quello europeo[587], privo di autonoma personalità o soggettività[588]. La recente riforma (attuazione della delega ex art. 11 della l. 22 aprile 2021, n. 53 di recepimento della BRRD II e del SRMR come modificato dal regolamento UE/2019/877), ha abrogato gli artt. da 78 a 85 e introdotto gli artt. 78-bis e 78-ter d.lgs. 180/2015. Nella relazione

[587] Provvedimento della Banca d'Italia n. 1226609 del 18 novembre 2015 attuativo degli artt. 78 ss. d.lgs. 180/2015. Il decreto autorizza genericamente all'istituzione anche di una pluralità di fondi, nonché presso soggetti diversi, anche DGS, fermo il regime di separazione patrimoniale (art. 78).

[588] G.D. Mosco, *I fondi di risoluzione*, in Dir. Banc. Merc. Fin., 2017, 4, 665 ss., 672 - 674. Sulle nozioni, rispettivamente, di patrimonio autonomo, separato e segregato, v. anche L. Bigliazzi Geri, *Voce Patrimonio autonomo e separato*, in Enc. Dir., II, Giuffrè, Varese, 1982, 280 ss.; A. Buonfrate, *Voce Patrimonio destinato e separato*, in Digesto, 2007.

illustrativa si legge invero che «*i Fondi nazionali di risoluzione hanno cessato di operare per gli Stati aderenti all'Union Bancaria* […], *essendo confluiti nel Fondo di risoluzione unico gestito dal Comitato di risoluzione unico*»[589]. Anche la contribuzione era (ed è tuttora per gli Stati Membri non partecipanti) regolata in maniera analoga al Fondo di Risoluzione unico: sono previsti contributi *ex ante* da parte di enti autorizzati sul relativo territorio comprese le succursali (art. 100 e 103 BRRD), contributi straordinari *ex post* di enti autorizzati sul relativo territorio (non è specificato, ma potrebbe ritenersi, comprese le succursali - art. 100 e 104 BRRD), ulteriori forme di prestito e sostegno (art. 100 e 105 BRRD)[590].

2.2. I Sistemi di Garanzia dei Depositanti.

Analogo problema si pone, a ben vedere, per i Sistemi di Garanzia dei Depositi (DGS)[591], ulteriore tassello della gestione della crisi, seppur individuati nel quadro istituzionale come una componente autonoma, nel terzo pilastro dell'Unione Bancaria. Pur trattandosi di meccanismi nati anteriormente all'Unione Bancaria come organizzazioni del tutto volontarie tra intermediari, essi sono stati progressivamente inseriti nel tessuto istituzionale[592], dapprima con

---

[589] Relazione illustrativa, disponibile al link https://www.governo.it/sites/governo.it/files/DLGS_DIRETTIVA_2019_879_RI.pdf

[590] Sulla contribuzione ai meccanismi di finanziamento della risoluzione v. anche Regolamento delegato UE/2015/63 della Commissione, del 21 ottobre 2014.

[591] La stessa BRRD ammette che gli Stati membri ricorrano per i meccanismi di finanziamento della risoluzione alla stessa struttura amministrativa dei loro DGS (art. 100 par. 2 BRRD), riproponendone le problematiche di inquadramento.

[592] Sin dal periodo fascista operava anche il Fondo Federale di Garanzia. Cfr. art. 18 TU delle leggi sulle Casse di risparmio e sui Monti di pietà di prima categoria r.d. 25 aprile 1929 n. 967 e art. 57 del regolamento di esecuzione R.D. 5 febbraio 1931 n. 225, abrogato con la l. 218/1990 che ha eliminato dall'ordinamento le Casse di

direttiva (Considerando 6 DGSD) 94/19/UE del 30 maggio 1994, modificata con la direttiva 2009/14/CE, e successivamente sostituita dalla direttiva UE/2014/49 (cd. *Deposit Guarantee Scheme Directive* – DGSD). Vigente la DGSD, è obbligatoria l'istituzione di (uno o più) DGS; e la partecipazione è obbligatoria per le banche (art. 96 TUB)[593]. Restano tuttavia considerevoli margini di discrezionalità per gli Stati[594]. Ad esempio, non è imposta la natura pubblica o privata dei DGS, e da cui derivano conseguenze sulla configurabilità degli interventi (alternativi o volontari) come aiuti di Stato, o, comunque, sull'onere della prova circa la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 107 TFUE (come emergente dal caso della Cassa di Risparmio di Teramo - Tercas[595]). Sulle forme di intervento si tornerà oltre [v. *infra*, § 3.2.].

---

risparmio e le banche di monte. Sull'evoluzione della disciplina previgente alla DGSD, S. Bonfatti, D. Vattermoli, *I sistemi di garanzia dei depositanti,* in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, P. Cendon (a cura di), UTET, Torino, 2000, Tomo V, 489 ss.; A. Antonucci, *Raccolta del risparmio e crisi d'impresa: la tutela assicurativa*, in I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Vol. XXI, Assicurazioni, Tomo secondo, UTET, Torino, 2004, 835. Sull'originaria configurazione del FITD, A. Nigro, *Il fondo interbancario di tutela dei depositi: prime riflessioni*, in Dir. Banc. Merc. Fin., I, 394 ss.

[593] La presentazione alla Banca d'Italia del certificato di iscrizione ad un DGS riconosciuto è necessaria per l'iscrizione all'albo (Circolare 285 del 17 dicembre 2013). È orientamento prevalente che l'adesione è condizione per l'esercizio dell'attività bancaria e non per l'autorizzazione. In dottrina, R. Cercone, *sub art. 96*, in Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, F. Capriglione (a cura di), Cedam, Padova, 2018, 1349, ove riferimenti per altri orientamenti.

[594] In Italia, i due sistemi di garanzia dei depositi attualmente operanti, il FITD - Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, ed il FGDCC - Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo - si autodefiniscono negli statuti consorzio privato. In assenza di specificazione, si tratterebbe di consorzi con attività esterna, ex artt. 2612 ss. c.c. Sul punto R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 894.

[595] Sentenza del Tribunale dell'Unione Europea (Terza Sezione ampliata) del 19 marzo 2019 (cause riunite T 98/16, T 196/16 e T 198/16) e Sentenza della Corte di Giustizia Europea (Grande Sezione) 2 marzo 2021 (causa C 425/19P). Per una ricognizione della vicenda, sia consentito rinviare a G. Marra, *State Aid to Banks*, in Commentaries and Cases on Italian Business Law, A. Sacco Ginevri (edited by), Cedam, Milano, 2021, II ed. Sul caso Tercas la dottrina è molto vasta. V. senza pretese

Quanto invece alla contribuzione, può osservarsi come essa si componga di una parte vincolata al mandato pubblico, cd. «*dotazione finanziaria*» (art. 96.1 ss.), ed una componente del tutto volontaria (art. 96-quater.4 TUB), patrimonialmente distinte l'una dall'altra. La dotazione finanziaria è a sua volta composta da contributi obbligatori *ex ante*, calcolati secondo metodologie interne ed approvate dalla Banca d'Italia, in proporzione all'ammontare dei depositi protetti ed al profilo di rischio dell'ente (art. 96.2)[596]. Per le contribuzioni obbligatorie potrebbero in sostanza proporsi le medesime osservazioni effettuate sopra, sia in termini di suscettibilità di alterare la propensione al rischio dell'ente, sia in quanto esse potrebbero essere sostanzialmente accostate ad una forma di tassazione (o di assicurazione obbligatoria)[597], dunque

---

di esaustività, A. Argentati, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in Mercato concorrenza regole, 2015, 2, 515 ss.; G. Boccuzzi, *Le crisi bancarie in Italia (2014-2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione*, cit.; D. Domenicucci, *Il salvataggio di Banca Tercas non è un aiuto di Stato secondo il Tribunale dell'Unione Europea*, in Rivista Eurojus, 2019, 3, 174 ss.; I. Mecatti, *L'organizzazione dei sistemi di garanzia dei depositanti in funzione degli interventi alternativi per la prevenzione e la gestione della crisi delle banche*, in BIS, 2020, 2, 217 ss.; D. Rossano*, Gli aiuti di Stato alle banche e le ritrattazioni della Commissione: tra distorsioni della concorrenza e (in)stabilità finanziaria*, nota a Trib. UE 12 novembre 2015, in RTDE, 2016, 1, pt. 2, 1 ss.; Id., *Il Tribunale UE boccia la Commissione europea sul caso Tercas*, nota a Trib. UE sez. ampliata III 19 marzo 2019, in RTDE, 2019, 2, pt. 2, 23 ss.; Id.*, La Corte di Giustizia UE sul caso Tercas: oltre il danno la beffa, nota a sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2021*, causa C 425/19 P, in RTDE, 2021, 1, 1 ss.; L. Scipione, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in Giur. Comm., 2020, 1, 184 ss.; A. Vignini, *State Aid Control in the Banking Sector and the Single reolution Mechanism*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, R. D'Ambrosio (edited by), n. 88, aprile 2020.

[596] Pur individuandosi temperamenti, ad esempio, la partecipazione a schemi IPS (art. 96.2. TUB). V. *supra*, Capitolo III, in nota.

[597] In proposito, G. Marra, S.L. Bölter, *The nature of the DGS after the Tercas case: is the issue really solved?*, in Open review of Management, Banking and Finance, 2021. Nel caso Tercas, l'argomento è stato considerato dal Tribunale «*meramente teorico*» e che «*non incide sull'intervento* […] *in esame*» (punto 160),

un onere incidente sul potere di disposizione delle risorse dell'ente. Tuttavia, la circostanza che esse siano predisposte secondo metodologie interne le rende meno suscettibili di avviare controversie nei confronti dell'Autorità. Le risorse possono inoltre essere integrate, dapprima in caso di insufficienza dei contributi ordinari per il rimborso dei depositanti (art. 96.2 comma 3), con contributi straordinari, su richiesta del DGS, nonché con altre forme di finanziamento (prestiti fra sistemi di garanzia ex art. 96-quater.1). Si è detto, alle contribuzioni obbligatorie dei sistemi *ex lege*, possono affiancarsi ulteriori forme di contribuzione a sistemi istituiti su base volontaria. Nella prassi, conseguenza dei rilievi della Commissione nel caso Tercas è stata la creazione da parte del FITD del cd. *Schema Volontario di intervento* in forma di associazione non riconosciuta interna al FITD. L'adesione è su base volontaria e gli obblighi di versamento si fondano sulla cogenza della delibera assembleare, e dello statuto.

3. L'incidenza sull'organizzazione sociale.

Come anticipato, il processo di riforma che ha seguito la crisi del 2008 ha determinato un'inversione di tendenza imponendo la partecipazione ai costi da parte degli investitori. Poiché, tuttavia, non è sempre possibile garantire la stabilità finanziaria senza l'impiego di interventi esterni, questi ultimi sono ammessi e regolamentati nella disciplina di prevenzione e gestione della crisi. Gli interventi si estrinsecano in operazioni di cessione, garanzie, e finanziamenti, di rischio o di debito.

---

dunque, al fine di valutare il controllo statale. Tuttavia, esso costituisce un importante spunto di riflessione per la generale configurazione dell'istituto.

Se però l'intervento mediante sottoscrizione di capitale da parte di privati si traduce in un'operazione di mercato, seppur con coordinamento ed *endorsement* delle Autorità, essa può al più determinare delle alterazioni degli assetti proprietari e/o di controllo dell'ente, ma non ne modifica, se non in maniera indiretta, la disciplina (ad esempio, attivando istituti specifici).

Anche gli interventi pubblici possono avere varia natura, ivi incluso il finanziamento partecipativo, che conduce non solo ad un'alterazione della compagine sociale, ma altresì ad una sostanziale nazionalizzazione dell'ente, e merita particolare attenzione. Di seguito si esamineranno le principali fattispecie.

3.1. La partecipazione pubblica alle banche come conseguenza dell'intervento finanziario di sostegno.

La disciplina contempla diverse ipotesi di intervento pubblico mediante acquisto o sottoscrizione di partecipazioni dell'ente, distinti in relazione alle diverse fasi della crisi. Nell'ambito della risoluzione sono previsti i cd. strumenti pubblici di stabilizzazione finanziaria mentre, nella fase di prevenzione della crisi, è regolamentato il sostegno finanziario pubblico straordinario. Pur alla luce di una breve ricognizione, ci si soffermerà in particolare sulla «*ricapitalizzazione precauzionale*», in quanto fattispecie già sperimentata nel diritto italiano e da cui possono tarsi alcuni spunti di riflessione.

Quanto alla situazione precedente all'avvio di una procedura di risoluzione, la necessità di erogazione di un sostegno pubblico straordinario costituisce presunzione di dissesto o rischio di dissesto, con attivazione della procedura per l'avvio di misure di gestione della crisi (art. 17 par. 2 lett. f) d.lgs. 180/2015 – v. *supra*, Capitolo III). In tal caso, gli aiuti sono realizzabili, se autorizzati. In sostanza,

l'esclusione deriva dall'assenza delle condizioni della risoluzione, che escludono la presunzione. Il sostegno finanziario pubblico straordinario ex art. 32 par. 4 lett. d) BRRD (nonché art. 18 d.lgs. 180/2015, e art. 18 par. 4 SRMR), non attiva la presunzione di dissesto o rischio di dissesto e, pertanto, non ha come conseguenza l'avvio della risoluzione o di altre misure alternative, o della l.c.a. Si tratta di formulazioni molto ampie, che coincidono con le ipotesi più comuni di intervento[598]: i) una garanzia dello Stato a sostegno degli strumenti di liquidità forniti da banche centrali alle condizioni da essa applicate; ii) una garanzia dello Stato sulle passività di nuova emissione, dunque, per agevolare la raccolta di credito; oppure iii) un'iniezione di fondi propri o l'acquisto di strumenti di capitale a prezzi e condizioni che non conferiscono un vantaggio all'ente (cd. *ricapitalizzazione precauzionale*[599]). L'elemento accomunante le eccezioni, oltre alla provenienza statale, è il fine di «*evitare o porre rimedio a una grave perturbazione dell'economia e preservare la stabilità finanziaria*» (cfr. art. 18 d.lgs. 180/2015; Considerando 57 SRMR; Considerando 41 BRRD). Sono inoltre necessarie ulteriori condizioni, che limitano fortemente l'intervento, e, dunque, l'eccezione[600]: le entità beneficiarie dell'aiuto devono essere solventi; va rispettata la disciplina sugli aiuti di Stato

---

[598] M. Porzio, *La banca insolvente*, cit., 410, evidenzia con nota critica l'incoerenza di aver posto il principio di riduzione al minimo il ricorso al sostegno pubblico e al contempo aver previsto «numerose» eccezioni che evitano anche la risoluzione.

[599] Sulla ricapitalizzazione precauzionale v. anche A. De Aldisio, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, cit., 347 ss.; M. Ventoruzzo, G. Sandrelli, *O Tell Me the Truth about Bail-In: Theory and Practice*, in The Journal of Business, Entrepreneurship &Law, 2020, 13, 1, 187 ss.; M.F. Hellwig, *Precautionary recapitalisations: time for a review*, European Parliament In-depth analysis, July 2017.

[600] M. Rispoli Farina, *La soluzione della crisi del Monte dei parchi di Siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo d'insieme*, cit., 460.

(anche il *burden sharing*); la natura cautelativa, temporanea e proporzionale alla perturbazione; non deve essere impiegato per coprire perdite registrate o che verosimilmente lo saranno nel prossimo futuro (art. 18 comma 1 lett. b). Inoltre, per le ipotesi sub i) e ii) è necessario che la banca abbia un patrimonio netto positivo (art. 18 comma 1 lett. b); mentre per quella sub iii) (ricapitalizzazione precauzionale), che esso sia finalizzato unicamente a far fronte a carenze di capitale evidenziate nell'ambito di prove di stress, o verifiche sulla qualità degli attivi (AQR – *asset quality reviews*) o analoghi esercizi (art. 18 comma 2; art. 32 par. 4 BRRD)[601]. La prassi della Commissione ha ulteriormente precisato che debba trattarsi di una carenza rilevata in uno scenario avverso, diversamente, essa sarebbe comunque dichiarata in dissesto o rischio di dissesto (confermata anche dal legislatore italiano – art. 14 d.l. 237 del 23 dicembre 2016)[602].

La ricapitalizzazione precauzionale presuppone l'iniziativa della banca beneficiaria, si fonda su una decisione amministrativa delle Autorità, che accerta la sussistenza dei presupposti e compie un bilanciamento tra l'interesse alla stabilità ed alla concorrenza, coinvolgendo il Ministero, ed avviene attraverso la sottoscrizione o l'acquisto di partecipazioni da parte del soggetto pubblico (cfr. ad es. art. 14 d.l. 237/2016). La peculiarità della fattispecie, per quanto di

---

[601] Sul punto, v. anche A. De Aldisio, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, cit., 347 - 348; O. Capolino, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, cit., 31.

Tale configurazione esclude la possibilità che si ricorra ad una *bad bank* attraverso le misure di sostegno pubblico straordinario e non alla risoluzione, attraverso la limitazione alle condizioni di mercato. Così osserva, v. M. Maggiolino, *Le esposizioni deteriorate ai tempi della pandemia*, Sistema produttivo e finanziario post COVID-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia, U. Malvagna, A. Sciarrone Aldibrandi (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2021, 209.

[602] Così rileva S. Grünewald, *Legal challenges of bail-in,* cit., 290 - 291.

interesse, consiste nella possibilità di determinare una partecipazione statale in banche private, secondo un modello, come rilevato in dottrina, che ripropone «*in una nuova accezione, il tema della presenza pubblica nell'economia bancaria*»[603]. In effetti, la vera e propria deroga al sistema consiste nella possibilità la risoluzione e/o procedura di insolvenza nazionale sulla base di un intervento pubblico, che sottrae la banca alle normali conseguenze dell'inefficienza sul mercato. Secondo il modello imposto dalla riforma, è tuttavia un intervento limitato, e sottoposto alla disciplina in materia di aiuti di Stato (artt. 107 ss. TFUE).

Un secondo profilo di interesse emerge in quanto, l'esito di detta procedura, come avvenuto nel caso del Monte dei Paschi di Siena nel 2017, è la permanenza di un soggetto pubblico nella compagine sociale dell'ente[604]. Sulla base di detta peculiarità, che non è propria del diritto bancario attuale, ma rievoca modelli tradizionali propri del sistema della l. bancaria del 1936, viene da chiedersi come si atteggia il modello di banca partecipata dallo Stato rispetto alla disciplina generale e speciale delle società. Si è infatti avuto modo di anticipare con riguardo all'ente ponte e alla società veicolo [v. *supra*, Capitolo III], che la presenza di un soggetto pubblico nella compagine sociale pone il dubbio di applicazione di norme speciali *ad hoc*. Ci si riferisce, in primo luogo, dell'art. 2449 c.c., che contempla la *possibilità* che lo statuto di società partecipate dallo Stato o altri enti pubblici attribuisca loro il

---

[603] M. Cardi, *Ricapitalizzazioni e garanzie nelle crisi bancarie*, Giappichelli, Torino, 2017, 56.

[604] La *ricapitalizzazione precauzionale* è stata applicata in Italia, al caso Monte dei Paschi di Siena, tramite il d.l. 237 del 23 dicembre 2016 convertito il l. n. 15 del 17 febbraio 2017 (*Legge sulla tutela del risparmio nel settore creditizio*). La vicenda è stata ampiamente trattata dalla dottrina italiana. Si veda, tra gli altri, M. Rispoli Farina, *La soluzione della crisi del Monte dei parchi di Siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo d'insieme*, cit.

potere di nomina e revoca diretta di amministratori, sindaci e componenti del consiglio di sorveglianza in proporzione alla loro partecipazione al capitale. Giova premettere che non si tratta di fattispecie sovrapponibile con i poteri di intervento (anche sulla *governance*) rientranti nell'attività di vigilanza o di prevenzione della crisi [v. *supra*, Capitolo II]. In tal caso, invero, il rapporto instaurato tra amministratore nominato e socio pubblico resta di natura fiduciaria e si esplica tramite una nomina diretta. Diversamente, le misure di prevenzione della crisi consentono all'Autorità un intervento nel contesto della procedura di nomina da parte degli organi competenti (e di revoca dei soggetti nominati), alterando un rapporto fiduciario di cui essa non è parte. Altra è l'ipotesi (più incisiva) di gestori (amministratore temporaneo, in temporaneo affiancamento, commissario speciale), con cui si instaura un rapporto fiduciario nel contesto di una gestione coattiva di natura meramente temporanea. Nel caso del Monte dei Paschi di Siena, è stato rilevato che, già ai tempi dei primi interventi di finanziamento, nel 2012 con strumenti finanziari computabili nel patrimonio di vigilanza e nel 2014 con sottoscrizione del 4% capitale, la disciplina speciale (art. 23-sexies d.l. 6 luglio 2012 n. 95 convertito in l. 7 agosto 2012 n. 135) non erano previsti poteri speciali di governance da parte dello Stato[605]. Peraltro, ad oggi, alla disposizione del codice civile si affianca la disciplina speciale prevista dal TUSPP (Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica - d.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016). Premesso che anche le leggi speciali sopravvenute (d.l. 237 del 23 dicembre 2016) non prevedono una disciplina speciale societaria, si pone il problema dell'applicabilità

[605] F. Scannicchio*, Problemi di governance di una banca a partecipazione pubblica: il caso Monte dei Paschi di Siena*, Le "Nuove" Società Partecipate e In House Providing, S. Fortunato, F. Vessia (a cura di), Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n.408, Giuffrè, Milano, 2017, 327 ss., 328-329.

della disposizione del codice civile e del TU. Per quanto riguarda l'art. 2449 c.c., se pare in principio applicabile, in quanto non incompatibile con la disciplina speciale bancaria, è da notare che si tratta di una disposizione che attribuisce una mera possibilità di previsione di un potere speciale allo statuto e non un obbligo, dunque, facilmente modulabile nel caso concreto. Quanto al TUSPP, ferma la natura speciale sia della legislazione bancaria sia di quella in materia di partecipate, e stante l'ampia portata della seconda, il problema sembra porsi maggiormente in tema di compatibilità di "statuto speciale" e di singole previsioni. È preliminare osservare che esso è organizzato per contenere due categorie di norme: una parte, destinata a regolamentare gli obblighi dello Stato nella gestione delle partecipazioni (cui fanno capo, ad esempio, i piani di razionalizzazione); un'altra, destinata a regolare l'organizzazione societaria delle partecipate, ulteriormente distinta per caratteristiche della partecipazione, e dell'ente. Ad esempio, è ridotto il novero di norme applicabile alle società quotate, di cui è richiesta l'espressa indicazione (art. 1 comma 5 TUSPP), cui fa capo anche il Monte dei Paschi. Sarebbero del tutto applicabili le norme indirizzate al socio ente pubblico (peraltro, senza i limiti legati alla natura di società quotata)[606]. Maggiori dubbi si pongono invece per le disposizioni dirette all'entità partecipata, e incidenti sul diritto societario. Nell'ipotesi di banca quotata e partecipata le disposizioni applicabili del TUSPP si limiterebbero agli artt. 8, 9, e 18 (per la quotazione). In assenza di norma speciale che preveda la prevalenza dell'uno o dell'altro statuto, il principio sembrerebbe essere la prevalenza della disciplina bancaria, peraltro, come in alcune occasioni ricordato, più stringente rispetto a quella delle società partecipate (ad

[606] Corte dei Conti, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2020*, Vol. I, Tomo II, 60.

es. circa l'applicabilità dell'art. 2409 c.c., o l'applicabilità della disciplina speciale della crisi). Il principio è paragonabile anche a quanto previsto dall'art. 13, l. 21 marzo 1958 n. 259, secondo cui gli istituti bancari (da intendersi oggi banche) sottoposti a vigilanza non sono sottoposti al controllo della Corte dei Conti[607].

Gli strumenti pubblici di stabilizzazione finanziaria si contestualizzano invece nell'ambito della procedura di risoluzione. Previsti agli artt. 37 par. 10 e 56 – 58 BRRD[608], non ve n'è invece indicazione né nel d.lgs. 180/2015, né nel SRMR: dunque, in caso si ritengano necessari tali interventi nell'ordinamento italiano, è necessaria l'emanazione di un ulteriore provvedimento legislativo *ad hoc* nel quadro della direttiva[609]. Si tratta de: a) lo strumento pubblico di sostegno al capitale, ossia «*una partecipazione pubblica alla ricapitalizzazione dell'ente che è destinata a cessare, non appena possibile, con la cessione della partecipazione statale al settore privato*» (art. 57 BRRD); b) lo strumento relativo alla proprietà pubblica temporanea, «*provvisoria "nazionalizzazione" dell'ente*» (art. 58 BRRD)[610]. Essi sono applicabili nella situazione eccezionale di una crisi sistemica (accertata dalla Commissione[611]), come strumento di

---

[607] Fa eccezione AMCO (Asset Management Company s.p.a.), su cui v. supra, Capitolo III.

[608] In argomento, v. A. De Aldisio, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, cit., 338 ss.; F. Guarracino, *Le misure di sostegno pubblico straordinario*, in RTDE, 2017, 4, 398 ss., *passim*; A. Vignini, *State Aid Control in the Banking Sector and the Single resolution Mechanism*, cit., 408 ss.; M. Clarich, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in I crediti deteriorati nelle banche italiane, F. Cesarini (a cura di), Giappichelli, Torino, 2017, 96.

[609] Sul punto v. F. Guarracino, *Le misure di sostegno pubblico straordinario*, cit., 403.

[610] Definizioni mutuate da F. Guarracino, *Le misure di sostegno pubblico straordinario*, cit., 400.

[611] M. Clarich, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, cit., 96.; Considerando 57 BRRD, che evidenzia l'intento di conciliare i due interessi alla stabilità finanziaria e a un ricorso minimo all'intervento pubblico.

ultima istanza, «*al fine di partecipare alla risoluzione, anche intervenendo direttamente per evitarne la liquidazione, al fine di realizzare gli obiettivi della risoluzione*» (art. 56 par. 1 BRRD)[612]. Si tratta di interventi di competenza governativa in quanto «*sono eseguiti sotto la guida del ministero competente o del governo in stretta collaborazione con l'autorità di risoluzione*» (par. 1 cit.). È inoltre necessaria la sussistenza di alcune condizioni: l'impiego del *bail-in* per l'8% delle passività (comb. disp. art. 56 par. 1 e art. 37 par. 10 lett. a); l'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato (comb. disp. art. 56 par. 1 e art. 37 par. 10 lett. b) e considerando 57); l'intervento deve essere fiscalmente neutro nel medio termine (Considerando 58 BRRD). Devono inoltre sussistere gli altri requisiti di cui all'art. 56 BRRD. Si tratta, in particolare, delle condizioni per la risoluzione (di cui all'art. 32 par. 1), l'impiego «*nella massima misura possibile consentita dal mantenimento della stabilità finanziaria*» degli strumenti di risoluzione (par. 3), e, alternativamente (par. 4): l'impiego degli strumenti di risoluzione non deve essere da solo sufficiente a evitare effetti negativi sulla stabilità finanziaria (lett. a), oppure, sufficiente a tutelare l'interesse pubblico, laddove l'ente abbia già precedentemente ricevuto un'assistenza straordinaria alla liquidità della banca centrale (lett. b), o ancora, con riguardo alla proprietà pubblica temporanea, a tutelare l'interesse pubblico laddove abbia già beneficiato dello strumento pubblico di sostegno al capitale (lett. c)[613]. Dunque, tra le due

[612] L'attuale configurazione della BRRD non consente comunque il trattamento di attività deteriorate. Così, con accezione critica argomentando l'inopportunità di imporre alle anche il costo della condivisione in caso di shock economico, M. Maggiolino, *Le esposizioni deteriorate ai tempi della pandemia*, cit.

[613] Tra i presupposti ex art. 56 BRRD si rinviene la necessità che l'intermediario abbia già profittato di un sostegno patrimoniale, e si giustificherebbe con la protezione di un precedente intervento della banca centrale o del Governo. Così A. De Aldisio, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, cit., 338.

fattispecie, è prevista una preferenza per lo strumento pubblico di sostegno al capitale: la nazionalizzazione è soluzione estrema. La disciplina europea ne regolamenta sostanzialmente le caratteristiche nel contesto della risoluzione, senza intervenire sulle conseguenze, peraltro di competenza nazionale, sull'organizzazione societaria. Possono in proposito richiamarsi le osservazioni relative alla ricapitalizzazione precauzionale, pur con l'ulteriore precisazione che mentre quest'ultima subentra nell'ambito di una gestione privata (salvo per l'a.s.) della banca (che pure manifesta segnali di crisi) gli strumenti, pubblici di stabilizzazione finanziaria, rivolti ad una banca in risoluzione, si inseriscono nel contesto di una procedura già a gestione pubblica e dove la banca è di regola già spossessata dai soci. Ad oggi, si tratta di strumenti non ancora applicati nell'ordinamento italiano. La piena ricostruzione delle conseguenze in termini di disciplina risulterà anche dalla configurazione fornita dalle leggi o provvedimenti speciali con cui l'operazione verrà realizzata.

3.2. Interventi alternativi e preventivi dei DGS. Interventi dei Fondi di risoluzione.

Il Fondo di risoluzione Unico (come i meccanismi di finanziamento della risoluzione nazionali) può intervenire in diverse modalità, ma solo ed esclusivamente nella procedura di risoluzione. Esso è chiamato a effettuare gli eventuali rimborsi in applicazione del NCWO a seguito della valutazione *ex post* (art. 101 BRRD per i Fondi di Risoluzione Nazionali; art. 76 SRMR per il Fondo). Detti interventi, coerentemente l'impostazione generale (analogamente al rimborso dei depositanti), dovrebbero essere esclusi dalla valutazione di aiuto di Stato. Inoltre, altri interventi del Fondo di risoluzione possono essere previsti dal programma di risoluzione in forma di garanzia, prestiti,

acquisto di attività, versamento di contributi alla società veicolo o all'ente ponte, ovvero in favore dell'ente in risoluzione in caso di esclusioni dal *bail-in* [v. *supra*, Capitolo III], nonché combinazioni degli stessi (art. 19 e 76 ss. SRMR). L'intervento può avvenire anche nei confronti di un terzo in caso di vendita dell'attività d'impresa (art. 76 par. 2 SRMR). Gli interventi dei Fondi di risoluzione sono soggetti a valutazione ai fini degli aiuti di Stato, come precisato dalla disciplina europea (art. 19 par. 3 SRMR) per il Fondo di risoluzione unico, nonché in generale secondo quanto disposto dalla Comunicazione del 2013 (par. 64), sebbene nulla sia espressamente previsto dalla BRRD.

È limite generale che il Fondo non possa essere utilizzato direttamente per assorbire perdite o per ricapitalizzare l'ente in risoluzione. Qualora il ricorso al Fondo determini indirettamente il trasferimento di parte delle perdite di un'entità al Fondo si applicheranno i principi dell'art. 27 (art. 76 par. 3 SRMR): a) gli azionisti, i detentori di pertinenti strumenti di capitale ed altre passività sottoponibili al *bail-in* dell'ente soggetto a risoluzione hanno fornito tramite svalutazione conversione o altrimenti, un contributo all'assorbimento delle perdite e alla ricapitalizzazione per un importo non inferiore all'8% delle passività totali, fondi propri compresi, dell'ente soggetto a risoluzione, calcolate al momento dell'azione di risoluzione in base alla valutazione di cui all'art. 20 par. da 1 a 15[614]; b) il contributo del Fondo non deve superare il 5% delle passività totali, fondi propri compresi, dell'ente soggetto a risoluzione calcolate al momento dell'azione di risoluzione in base alla valutazione di cui all'art. 20 par. da 1 a 15 (par. 7). Peraltro, il secondo limite sembra superabile in quanto, in casi straordinari sono possibili ulteriori

[614] G. L. Carriero, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, cit., 371, sebbene non sia chiaro se si tratti di «*un floor e un cap o se debba essere inteso soltanto come un floor*» […]». Ivi ampi riferimenti.

finanziamenti provenienti da fonti alternative dopo che: a) è stato raggiunto il limite del 5% delle passività totali; b) tutte le passività non garantite o privilegiate diverse dai depositi ammissibili sono state svalutate o interamente convertite (art. 27 par. 9 SRMR). I Fondi di risoluzione possono poi essere soci partecipanti al capitale di enti ponte e società veicolo. L'assenza di soggettività autonoma li pone tuttavia in una posizione analoga ai rapporti tra SGR e società partecipata tramite il fondo di investimento. Per le caratteristiche societarie di enti ponte e società veicolo si rinvia a quanto detto [v. *supra*, Capitolo III].

Per quanto riguarda i DGS, il TUB prevede cinque modalità di intervento: a) interventi di rimborso dei depositanti o cd. *pay-out* (art. 96-bis comma 1-bis lett. a); b) finanziamento della risoluzione ex art. 109 BRRD (art. 96-bis comma 1-bis lett. b); c) finanziamento alla liquidazione coatta per richiamo all'art. 90 TUB (art. 96-bis comma 1-bis lett. c); d) interventi alternativi per superare lo stato di dissesto (art. 96-bis comma 1-bis lett. d); e) interventi finanziati su base volontaria «*fermo restando quanto previsto all'art. 96-bis comma 1-bis lett. d) e per le stesse finalità ivi indicate*» (art. 96-quater.4)[615]. Tra questi ultimi, gli *interventi facoltativi* o *volontari*, preventivi o alternativi, possono essere finanziati mediante la dotazione finanziaria di cui all'art. 96.1 (che costituisce patrimonio autonomo - art. 96.1. comma 5 TUB), o «*mediante risorse corrisposte su base volontaria*» (per rinvio all'art. 96.1 comma 5, in regime di autonomia patrimoniale)[616]. Nell'ambito degli interventi volontari, che si configurano come sussidi alla ristrutturazione, sono possibili anche forme di partecipazione al capitale da parte dei DGS a banche private, sia tramite l'impiego della dotazione finanziaria, sia tramite l'impiego delle risorse fornite su base volontaria.

[615] Quest'ultimo inserito con il citato d.lgs. n. 30 del 2016.

[616] Si v. G. Marra, S.L. Bölter, *The nature of the DGS after the Tercas case: is the issue really solved?*, cit.

La natura dei DGS inciderà, oltre che, potenzialmente, in relazione alla natura di aiuti di Stato ed applicazione della relativa disciplina, in relazione alla configurabilità di una partecipazione pubblica, anche indiretta. Invero, la DGSD non impone una forma giuridica pubblica o privata dei Sistemi di Garanzia, ma ne lascia la definizione ai legislatori nazionali. In Italia, come è noto, la giurisprudenza Tercas[617] ha qualificato l'intervento del FITD come non riconducibile alla disciplina degli aiuti di Stato, in quanto la Commissione europea non ha soddisfatto l'onere della prova richiesto circa la riconducibilità dell'intervento allo Stato e la natura statale delle risorse (più incisivo tenuto conto della natura del Fondo di consorzio di diritto privato). Anche a causa delle incertezze potenziali e delle diversità tra Stati, essi si collocano al confine tra gli interventi di natura pubblica e gli interventi esterni di natura privata, sia ai fini della disciplina sugli aiuti di Stato, sia per la comprensione del quadro di possibilità di finanziamento della crisi e della loro «provenienza», richiedendo una valutazione caso per caso.

[617] Per riferimenti, v. *supra*, in nota.

CAPITOLO V
LA TUTELA GIURISDIZIONALE

La tutela giurisdizionale, articolata tra piano nazionale ed europeo, nella gestione della crisi, soffre limitazioni per esigenze di urgenza e di efficacia dell'azione amministrativa.

..*

1. Riflessi dell'interesse pubblico sulla tutela giurisdizionale nell'impostazione del legislatore europeo.

La disciplina europea pone la necessità di garantire il diritto di difesa (art. 24 Cost. e art. 47 della Carta), il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale di cui all'art. 47 della Carta e nel diritto italiano, degli artt. 111 e 113 Cost. (Considerando 89 BRRD; Considerando 130 BRRD; Considerando 121 SRMR). Tuttavia, l'effettività di tali tutele giurisdizionali è stata oggetto di discussione per quanto riguarda le misure di gestione della crisi bancarie. La disciplina europea distingue invero tra la fase di prevenzione e la fase di gestione della crisi, poiché quest'ultima è caratterizzata da alcune compressioni ulteriori: la tutela è infatti ammessa contro le misure di prevenzione e le decisioni di esercizio di un potere diverso da una misura di gestione della crisi, senza ulteriori specificazioni, con applicazione del regime «ordinario» (art. 85 par. 2 BRRD)[618]; contro le

[618] Si pensi, ad esempio, all'impugnazione del provvedimento di rimozione da parte dell'amministratore destinatario. In proposito, v. F. Ciraolo, *La Banca d'Italia e il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, cit., 60 ss. Sulla rimozione si rinvia a quanto detto *supra*, Capitolo II.

misure di gestione della crisi da parte di «*tutte le persone interessate*», in questo caso, entro specifici limiti, giustificati dall'interesse pubblico (art. 85 par. 3 BRRD). Al di là delle critiche e dei dubbi circa un possibile contrasto con i principi generali, la presenza di detti limiti fornisce ulteriori spunti per argomentare e definire la specialità del sistema. Operativamente, se in alcuni casi le deroghe sono svuotate dalla rispondenza ai principi generali, in altri casi contribuiscono a comprimere le posizioni dei privati e salvaguardano, al contempo sottolineandone l'ampio portato, la discrezionalità dell'azione amministrativa nella gestione della crisi. La disciplina speciale si giustifica in quanto la procedura interviene in situazioni di urgenza, per cui la sospensione delle decisioni delle AR potrebbe ostacolare gli obiettivi di risoluzione (in particolare la continuità delle funzioni essenziali); mentre non sono estesi agli strumenti di tutela relativi alle procedure di liquidazione nazionale, escluse dalla BRRD e dal SRMR (v. *infra*, § 4.). L'interesse pubblico sotteso, in questo caso (cfr. Considerando 88 ss. BRRD), è ad assicurare la stabilità dei mercati finanziari ed il buon esito dell'azione di risoluzione, cui si affianca, seppur in maniera ancillare, l'interesse alla protezione dei terzi in buona fede (art. 85 par. 4 comma 2 BRRD e Considerando 91 BRRD).

I principi che si traggono disciplina europea sono: a) il ricorso deve essere celere; b) i tribunali nazionali devono ricorrere «*alle valutazioni economiche complesse dei fatti effettuate dall'autorità di risoluzione quale base della propria valutazione*» (art. 85 par. 3 BRRD – Considerando 89 BBRD); c) la decisione dell'AR è immediatamente esecutiva (art. 85 par. 4 comma 1 lett. b primo periodo BRRD); d) la presentazione del ricorso non comporta la sospensione automatica degli effetti della decisione impugnata (art. 85 par. 4 comma 1 lett. a BRRD); e) la sospensione si presume contraria all'interesse pubblico, sebbene si tratti di presunzione relativa, con ammessa prova contraria

(Considerando 90 BBRD; art. 85 par. 4 comma 1 lett. b secondo periodo BRRD); f) l'annullamento di una decisione dell'AR fa salve le transazioni o gli atti amministrativi posti in essere in base a una decisione annullata, ed, in tal caso la tutela è limitata alla compensazione della perdita/danno, con l'eccezione della mala fede (Considerando 91 e art. 85 BRRD).

Tali deroghe, risultando tuttavia da una disciplina piuttosto scarna devono essere contestualizzate nel quadro generale degli strumenti di tutela e dei relativi limiti, sviluppati dalla giurisprudenza. Coesistono due sistemi di tutela: uno europeo e uno nazionale, non sempre allineati[619]. È conseguenza dell'accentramento istituzionale [v. *supra*, Capitolo I], secondo procedimenti composti, e sono configurabili diverse azioni. In principio, ai fini del riparto di giurisdizione, resta fermo il principio generale sviluppato dalla giurisprudenza europea secondo cui nei procedimenti composti, ne è titolare il giudice nazionale nel caso in cui sia nazionale l'amministrazione titolare del potere decisionale, o, in altri termini, della discrezionalità e, viceversa[620]. Il principio, non ancora sperimentato per tutti i

[619] Sulle frizioni tra i due sistemi, ampiamente, F. Brito Bastos, *An Administrative Crack in the EU's Rule of Law: Composite Decision-making and Nonjusticiable National Law*, cit., 1 ss.; F. Bassan, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, cit., 396, che definisce il sistema di tutele giurisdizionali «*a geometria variabile*».

[620] Tale principio trova fondamento nella giurisprudenza dell'Unione, non solo riferibile al settore bancario e che poi ha trovato in tale contesto specifica applicazione. In particolare, v. Sentenza 3 dicembre 1992, Oleificio Borelli c/ Commissione, C-97/91; sentenza del 18 dicembre 2007, Svezia c/Commissione, - C-64/05 P, quest'ultima, sulla natura di atti dell'Unione di procedimenti nazionali preparatori o endo-procedimentali. L'impostazione trova in parte conforto nel considerando 120 SRMR. Nel settore bancario non è ad oggi presente giurisprudenza per tutte le tipologie di procedimento. Può citarsi, per il MRU, il caso Iccrea (Sentenza della Corte (Grande Sezione) 3 dicembre 2019, causa C-414/18), relativo al procedimento di contribuzione *ex ante* al Fondo di risoluzione. In tal caso la CGUE ha ritenuto sussistente la giurisdizione europea in quanto il «*SRB esercita da solo il potere decisionale finale e* […] *le autorità di risoluzione nazionali si limitano* […] *a*

procedimenti[621]. Nel sistema europeo, accanto a ricorsi amministrativi interni, la giurisdizione è accentrata in capo alla CGUE, articolata (per quanto di interesse) nelle ripartizioni interne di Corte di Giustizia e Tribunale[622]. Alla luce delle menzionate distinzioni in questa sede si intende fornire una ricognizione relativa agli strumenti ed ai limiti della tutela offerta ai privati, che tenga conto dell'interazione delle regole generali e speciali.

2. L'azione di annullamento ed il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa nel diritto europeo.

---

fornire un sostegno operativo al SRB», e «*le valutazioni che esse potrebbero, eventualmente, effettuare in tale occasione in merito alla situazione di un ente creditizio non possono in alcun modo vincolare il SRB*» (punto 47). Nel contesto del MVU, il medesimo principio era stato affermato nel caso Berlusconi Fininvest c/ Banca d'Italia e a. (Sentenza della Corte, Grande Sezione, del 19 dicembre 2018, causa C-219/17) con riferimento al procedimento di autorizzazione dell'acquisto di partecipazioni qualificate (art. 19 TUB), dove era stata individuata la giurisdizione esclusiva della CGUE, alla luce della natura endo-procedimentale del provvedimento della Banca d'Italia. In dottrina, tra gli altri, V. Santoro, *La partecipazione qualificata nelle banche. Profili di competenza autorizzativa e di conseguente competenza giurisdizionale*, Nota a sent. CGUE, grande sez., 19 dicembre 2018 (Causa C-219/17), in BBTC, 2019, 4, pt. 2, 393 ss.; I. Ottaviano, *Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria*, Cacucci editore, Bari, 2020, 61.

[621] M. Lamandini, D. Ramos Munoz, *Banking Union's accountability system in practice: A health check-up to Europe's financial heart*, in European Law Journal, 2022, 1, 31 ss., in estratto, 28, ad esempio, in caso di esito negativo dell'accertamento dell'interesse pubblico.

[622] Istituzione dell'Unione (art. 13 TUE), come è noto articolata nel Tribunale, nella Corte di Giustizia e nei Tribunali specializzati (art. 19 par. 1 TUE). Sulle competenze del Tribunale cfr. art. 256 TFUE. V: anche art. 51 dello Statuto della Corte. Per una ricognizione sulla ripartizione delle competenze tra Tribunale e Corte, v. U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, Bari, 2019, 346 ss. Ad ogni modo, è utile evidenziare che, il Tribunale, rispetto alla Corte «*has a "frontal" role in the cases activated by the interested parties, who are mainly banks, shareholders and bond investors*». Così M.P. Chiti, *The European Banking Union in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019,128.

Si è detto in precedenza, come il diritto europeo non conosca una teoria della discrezionalità paragonabile a quella italiana. Al contempo, tuttavia, la dottrina Meroni ha, in fatto, imposto la distinzione tra Istituzioni e agenzie nei limiti di discrezionalità ad essi conferiti [v. *supra*, Capitolo I]. Nell'UE, al pari, come si vedrà, dell'ordinamento italiano, maggiore è la discrezionalità attribuita all'amministrazione europea e più stretto è il sindacato del giudice[623].

Nel MRU, la CGUE (nelle sue articolazioni Tribunale e Corte), che opera anche come giudice amministrativo, è competente a pronunciarsi, secondo le regole generali: a) ex art. 263 TFUE (azione di annullamento) ad es. avverso le decisioni del Comitato ove non vi sia la possibilità di ricorrere davanti alla Commissione per i ricorsi, o anche le impugnazioni delle decisioni del Comitato per non conformità alle decisioni della Commissione per i ricorsi (art. 86 SRMR)[624]; b) ex art. 263 sulle impugnazioni delle decisioni della Commissione per i ricorsi (art. 86 SRMR)[625]; c) sull'azione in carenza ex art. 265 TFUE (e art. 86 par. 3 SRMR per il Comitato)[626]; d) sulle azioni di responsabilità contro

---

[623] M. Ortino, *Le competenze regolatorie dell'Unione Europea in materia bancaria*, Giappichelli, Torino, 2021, 58.

[624] S. Grünewald, *Judicial control of resolution planning measu*res, cit., 408.

[625] Espressione in parte sovrapponibile a quella sub lett. a), secondo il modello dell'art. 263 TUFE. J.H. Binder, *Resolving a bank – judicial review with regard to the exercise of resolution powers*, cit., 373.

[626] L'art. 265 TFUE offre un rimedio in caso Istituzioni, organi o organismi dell'Unione si astengano dal pronunciarsi. L'azione ha finalità di accertamento, con obbligo per questi ultimi di prendere i provvedimenti conseguenti (art. 266 TFUE). È tuttavia presupposto un loro obbligo e non discrezionalità di intervento (V. sentenza del 14 febbraio 1989 Star Fruit Company SA c/ Commissione (causa 274/87). Per approfondimenti sull'azione in carenza v., U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, cit., 406). Per questo motivo, è da escludere l'applicabilità in caso di azione dell'ANR non conforme al Comitato. L'azione può essere esperita da qualsiasi persona fisica e giuridica ed è inoltre richiesto che si tratti anche qui di atto vincolante (non una raccomandazione o un parere). Ci si può immaginare, ad esempio, il caso delle decisioni della Commissione sugli aiuti di Stato, ma anche il caso di

il Comitato (art. 87 SRMR e 340 TFUE)[627]; e) sul ricorso in via pregiudiziale sull'interpretazione dei Trattati e sulla validità e

---

mancata attivazione della procedura di accertamento del dissesto in caso di segnalazione da parte dell'organo amministrativo dell'ente (art. 19 d.lgs. 180/2015). Anche in questo caso potrebbe porsi il problema di individuazione del soggetto inerte in relazione ai procedimenti composti. Ad esempio, in caso di inerzia dell'ANR nell'esecuzione del programma di risoluzione, potrebbe configurarsi altresì un'inerzia del Comitato nel prendere provvedimenti di cui all'art. 29 par. 2 SRMR. In tal caso, in assenza di casistica di riferimento, potrebbe dunque argomentarsi la giurisdizione della CGUE.

[627] L'azione di responsabilità è autonoma rispetto all'azione di annullamento (Sentenza del 2 dicembre 1971 – Aktien-Zuckerfabrik c/Consiglio (Causa 5/71) e all'azione in carenza (Sentenza del 28 aprile 1971 – Lütticke c/Commissione (Causa 4/69).). È responsabilità da illecito, contrattuale o extracontrattuale. La responsabilità contrattuale è, per principio generale, regolata dalla legge del contratto (art. 340 par. 1 TFUE, art. 87 par. 1 e 2 SRMR per il Comitato). Quanto alla responsabilità extracontrattuale, il TFUE, che richiede all'Unione di risarcire, «*conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni*» (art. 340 secondo comma TFUE). Data la genericità della locuzione «principi generali comuni», è necessario rifarsi alla giurisprudenza CGUE (V. Santoro, *La responsabilità extracontrattuale delle autorità di vigilanza creditizia nei confronti di risparmiatori e investitori. La giurisprudenza delle Corti europee*, cit., 72), Fa eccezione la BCE, direttamente responsabile e chiamata a risarcire, conformemente ai principi generali comuni al diritto degli Stati membri, i danni cagionati da essa o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni (art. 340 par. 3 TFUE). È principio coerente con l'indipendenza di bilancio della BCE (art. 314 par. 1 TFUE). È comunque salva «*la responsabilità delle autorità nazionali competenti di risarcire i danni cagionati da esse stesse o dai loro agenti nell'esercizio delle loro funzioni conformemente alla legislazione nazionale*» (Considerando 61 SSRM - R. D'Ambrosio, *The liability regimes within the SSM and the SRM*, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials), R. D'Ambrosio (edited by), n. 88, aprile 2020, 505). Anche il Comitato (art. 87 par. 3 ss. SRMR) è responsabile per i danni cagionati da esso o dai suoi dipendenti (par. 3), con il suo patrimonio (è anch'esso dotato di autonomia di bilancio – v. *supra*, Capitolo I). È da ritenere che tali importi non siano a carico del Fondo ma dello stesso Comitato (art. 57 – 58 SRMR). Esso è inoltre responsabile per i danni cui le ANR sono condannate da un tribunale nazionale o che si sono impegnate a risarcire in composizione amichevole, per loro atti o omissioni in esecuzione del SRMR, salvo che l'atto o l'omissione non siano in violazione di atti dell'Unione, o decisioni del Comitato, del Consiglio o della Commissione, intenzionale o per errore di valutazione grave e manifesto (par. 4). Ciò avviene nei casi di competenza del Comitato (e procedimenti composti) e risponde al generale principio di responsabilità del Comitato per il funzionamento «*efficace e coerente*» del MRU (art. 7 par. 1

l'interpretazione degli atti compiuti dalle Istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione ex art. 267 TFUE (Considerando 120

SRMR), alla sovra-ordinazione di quest'ultimo rispetto alle ANR (cfr. ad es. art. 29 SRMR), nonché alla possibilità di intendere gli atti di queste ultimi imputabili all'Autorità europea. Allo stesso tempo, sembrerebbe che le ANR siano pressoché esonerate da ogni responsabilità, in quanto già responsabili solo per dolo o colpa grave, che si direbbero assimilabili, nonostante la diversa formulazione, alla fattispecie prevista dal par. 4 cit. («*intenzionale o per errore di valutazione grave e manifesto*»). M. Di Pietropaolo, *voce Meccanismo di Risoluzione Unico*, cit., 579 ne evidenzia la difficile applicazione. L'A. evidenzia altresì l'assenza di norma analoga per il MVU. La norma però si spiega evidenziando che la limitazione della responsabilità alle ANR è a discrezione dei legislatori nazionali e può pertanto non sussistere. Sono escluse invece dalla copertura le responsabilità su azioni di diretta competenza dell'ANR. Ai fini della giurisdizione, può richiamarsi la giurisprudenza CGUE, che ha affermato: «*Quando* […] *il provvedimento lesivo è stato adottato da un organo nazionale agente per dare esecuzione ad una normativa comunitaria, va verificato, onde giustificare la competenza della Corte, se l'illecito fatto valere a sostegno della domanda di risarcimento provenga proprio da un'istituzione comunitaria e non possa essere considerato imputabile all'organo nazionale*». In particolare, quando l'organo nazionale «*è tenuto a conformarsi alle istruzioni*» dell'Amministrazione europea (nel caso di specie si trattava della Commissione), la giurisdizione spetta alla CGUE (Sentenza della Corte del 26 febbraio 1986 - Krohn & Co. Import-Export (Gmbh & Co. KG) c/ Commissione - Causa 175/84). Peraltro, la medesima sentenza, mitigando un precedente orientamento consolidato, subordina l'azione all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali nazionali a fini dell'annullamento della decisione dell'autorità nazionale, purché ciò sia sufficiente alla tutela degli interessati a ottenere il risarcimento del danno (par. 26 – 27; Richiamata con riguardo ai rapporti tra Comitato e ANR, da R. D'Ambrosio, *The liability regimes within the SSM and the SRM*, cit., 519 ss.).Quanto alla casistica per la materia in oggetto, può richiamarsi un recente caso di azione di responsabilità contro Commissione. Con la Sentenza del Tribunale Terza Sezione del 30 giugno 2021 (causa T-635/19) il Tribunale ha respinto una richiesta di risarcimento per responsabilità extracontrattuale dell'Unione ex art. 268 TFUE di alcuni azionisti e obbligazionisti subordinati di Banca Marche in quanto la Commissione Europea avrebbe impedito il salvataggio di quest'ultima da parte del FIDT, intendendolo come possibile aiuto di Stato. In questo caso gli attori non avevano adeguatamente dimostrato il nesso causale tra la condotta della Commissione e il danno subito per il mancato salvataggio, per il quale deve essere provata in modo «*giuridicamente adeguato l'ipotesi controfattuale*» del possibile salvataggio della banca in assenza del comportamento della Commissione (par. 68). Sulla responsabilità ampiamente, M. Almhofer, *The liability of authorities in supervisory and resolution activities*, in Judicial Review in the Banking Union C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

SRMR)[628]. La CGUE è competente, infine, per le sanzioni (art. 261 TFUE)[629]: ciò è previsto per la BCE dall'art. 5 del regolamento n. 2532/98 ma non dall'art. 18 par. 1 e 7 SSMR; nel SRMR è prevista la competenza in primo grado della Commissione per i ricorsi.

I giudizi alla CGUE ne seguono il rito ordinario[630], coordinato (non sempre facilmente) con le misure sul secondo pilastro, che tendono a comprimere la tutela giurisdizionale dei privati in funzione dell'interesse pubblico. Invero, nella sostanza, la tutela giurisdizionale è prevista dalla sola BRRD, e non dal SRMR, ad eccezione di quanto previsto, in via parziale, per la Commissione per i ricorsi (art. 85 SRMR)[631]. L'apparente lacuna normativa porta a domandarsi se le disposizioni speciali siano applicabili anche alle procedure gestite dinanzi ad A.G. europee. La risposta non può che essere positiva: i principi sono comunque applicabili sia alla giurisdizione nazionale che a quella europea in caso di competenza del Comitato (ciò si può trarre indirettamente dall'art. 5 SRMR - v. *supra*, Capitolo I)[632]. Andrà di

---

[628] Il ricorso ex art. 267 TFUE è ammissibile anche per atti non produttivi di effetti giuridici nei confronti dei destinatari (Sentenza della Corte Grande Sezione del 15 luglio 2021 - Conseil d'État – Fédération bancaire française (FBF) c/Autorité de contrôle prudentiel et de résolution - Causa C-911/19). Si tratta peraltro di azioni che presuppongono un giudizio pendente dinanzi ai tribunali nazionali. Sul punto v., M. Lamandini, D. Ramos Munoz, *Banking Union's accountability system in practice: A health check-up to Europe's financial heart*, in European Law Journal, 2022, 1, 31 ss., in estratto, 29.

[629] R. D'Ambrosio, *The administrative and judicial review of the decisions taken within the SSM and the SRM*, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials), R. D'Ambrosio (edited by), n. 88, aprile 2020, 447.

[630] Cfr. lo statuto CGUE (protocollo n. 3 allegato al TFUE) ed il regolamento di procedura della Corte e del Tribunale.

[631] Cfr. anche Regolamento interno della Commissione per i ricorsi del Comitato di risoluzione unico.

[632] La lacuna è stata altresì rilevata da M. Gargantini, *Procedure di risoluzione bancaria: tutela della proprietà e dell'equo processo*, cit., 260, che ritiene applicabile la direttiva solo ai giudici nazionali. L'A. osserva peraltro che le soluzioni offerte dalla direttiva sono conformi agli orientamenti della CGUE, che dovrebbe

volta in volta valutata la compatibilità delle norme speciali. Ad esempio, art. 278 TFUE, prevede già che i ricorsi non producano effetto sospensivo, ma ammette che la Corte ordini la sospensione dell'esecuzione. In tal caso (che è lasciato nel Trattato alla discrezionalità della Corte), è compatibile in principio la presunzione di contrarietà all'interesse pubblico.

Fondamentale ai fini dell'analisi è il sindacato del giudice europeo rispetto all'azione di annullamento, quale tutela per i privati interessati dalle decisioni di prevenzione e gestione della crisi[633]. È necessario domandarsi sino a che punto possa spingersi il sindacato della Corte rispetto alla discrezionalità dell'azione amministrativa. Ai termini dell'art. 263 TFUE, la Corte (*rectius* Tribunale) è competente al solo controllo di legittimità delle decisioni (ma altresì degli altri atti destinati a produrre effetti giuridici verso i terzi) di Istituzioni e altri organi o organismi dell'Unione (cfr. anche Considerando 120 SRMR)[634].

---

presupporre un'analoga azione. Tuttavia, nulla esclude un cambiamento di orientamento.

[633] Per quanto riguarda la legittimazione attiva, rilevano i criteri elaborati a partire dalla giurisprudenza Plaumann (CGUE, 15 luglio 1963, par. 25-62), ad oggi consolidati. Tuttavia, detti criteri potrebbero sollevare problemi rispetto alla configurazione dei procedimenti composti del secondo pilastro in quanto, di regola, le istruzioni del Comitato sono dirette alle ANR e non alla banca o ai suoi finanziatori. Il problema è risolvibile attraverso un'interpretazione "estensiva". Sul punto, v. Y. Herinckx, *Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism*, in The Single Resolution Mechanism, R. Houben, W. Vandenbruwaene (edited by), Intersentia, Cambridge, 2017, 101 ss.

[634] I vizi, oggetto di controllo ex art. 263 TFUE, applicabili anche agli atti del Comitato sono paragonabili ai vizi del provvedimento amministrativo: «*incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere* […]» (art. 263 par. 2 TFUE). Per approfondimenti sui vizi v., tra gli altri, K. Lackhoff, *Procedural law requirements for conducting administrative procedures by the ECB and the SRB*, cit., 155; G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, P. De Pasquale, F. Ferraro (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, II ed., 351 ss., ove ampi riferimenti. Nella seconda fattispecie è inclusa anche l'assente o

Tale approccio va contestualizzato nel solco della prassi giudiziale della Corte relativamente al sindacato sulle decisioni discrezionali delle amministrazioni UE (sviluppata prevalentemente in materia di concorrenza), che ha, nel tempo, fornito un contenuto variegato a tale controllo. La giurisprudenza della Corte, in una prima fase, si è accostata al sindacato sulla discrezionalità amministrativa in maniera restrittiva limitando le proprie valutazioni all'errore manifesto ed eccesso di potere (cd. *light-touch standard*), spiegato alla luce dell'elevata specializzazione e (spesso) esigenze di urgenza in settori specifici[635]. Nella Sentenza Remia BV e a. c/Commissione dell'11 luglio 1985 (Causa 42/84; spec. par. 34), si legge, in particolare che «[l]*a Corte deve* […] *limitare il proprio controllo* […] *alla verifica del rispetto delle norme procedurali, del carattere sufficiente della motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, dell'assenza di manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere*». Tuttavia, la successiva evoluzione della giurisprudenza ha inteso estendere il contenuto della verifica dell'errore manifesto ammettendo, ad esempio, la verifica sulle informazioni di natura economica e dei fatti provati, in sostanza ampliando il sindacato giurisdizionale[636]. Fondamentale è, in

---

insufficiente motivazione M. Lamandini, *Il diritto bancario nell'Unione*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 2016, n. 81, 7 ss., 29; CGUE, 2 dicembre 2009, causa C-89/08, Commissione europea c. Irlanda e altri.

[635] M. Eliantonio, *Deference to the Administration in Judicial Review: The European Union*, cit., 168 – 169; M. Ioannides, *The judicial review of discretion in the Banking Union: from 'soft' to 'hard(er)' look?*, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Judicial Review in the Banking Union, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 132; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 170 – 171; M. Lamandini, *Il diritto bancario nell'Unione*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 2016, n. 81, 7 ss., 30.

[636] M. Eliantonio, *Deference to the Administration in Judicial Review: The European Union,* cit., 168 – 169; M. Ioannides, *The judicial review of discretion in the Banking Union: from 'soft' to 'hard(er)' look?*, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Judicial Review in the Banking Union, Edward Elgar, Cheltenham, 2021 132; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 170 – 171, B. Marchetti,

proposito, la sentenza Tetra Laval BV c/Commissione delle Comunità europee del 25 ottobre 2002 (Causa C-12/03 P, spec. par. 39), i cui criteri sono giunti sino ad oggi ed ove si legge: «[s]*ebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono. Tale controllo è ancor più necessario in quanto si tratta di un'analisi prospettica* […]». Più di recente, tra le sentenze che hanno confermato detto orientamento può richiamarsi quella relativa al caso P Mastercard e a. c/Commissione dell'11 settembre 2014 (Causa C-382/12 P, par. 156): «[…] *il Tribunale non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto* […]». In sostanza, secondo l'orientamento ormai consolidato, il sindacato della Corte su complesse questioni di fatto e di ordine economico si estende: al rispetto di requisiti procedurali, alla

---

Il sistema integrato di tutela, L'amministrazione europea e le sue regole, L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2015, 226 ss.; M. Lamandini, *Il diritto bancario nell'Unione*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 2016, n. 81, 7 ss., 30.

motivazione sufficiente, alla ricostruzione dei fatti, al manifesto errore di valutazione o allo sviamento di potere[637].

Dunque, sebbene sia principio solido che il sindacato della Corte debba rispettare il limite del sindacato di legalità, che non può comprimere l'ampia discrezionalità del Comitato nelle valutazioni di avvio della risoluzione e scelta delle misure da adottare[638], né sostituirsi ad esso, può sollevarsi un ulteriore dubbio. Invero, la BRRD intende assicurare che il giudice ricorra «*alle valutazioni economiche complesse dei fatti effettuate dall'autorità di risoluzione quale base della propria valutazione*» (art. 85 par. 3 BRRD – Considerando 89 BBRD). La previsione sembrerebbe, dunque, a prima lettura, stridente con l'idea invece del sindacato sostanzialmente comprensivo dei fatti (seppur complessi) ammesso dalla giurisprudenza europea, che tenderebbe a confermare la sottrazione (o comunque compressione) dell'intervento giudiziale in favore di un interesse pubblico essenzialmente preminente su tutto il resto. Se, ed in che misura, detto principio potrà comprimere il sindacato del giudice, emergerà solo con il consolidarsi della giurisprudenza di settore.

3. Sindacato quasi-giudiziale sulla discrezionalità amministrativa nel diritto europeo.

Oltre alla tutela giurisdizionale dinanzi alla Corte, sono offerti diversi meccanismi di riesame amministrativo delle decisioni (fondati

[637] C. Brescia Morra, *Nature and role of the ABOR, in Building bridges: central banking law in an incorrect world*, in ECB Legal Conference 2019, December 2019, 335 ss., 344, ove ampi riferimenti giurisprudenziali.

[638] J.H. Binder, *Resolving a bank – judicial review with regard to the exercise of resolution powers*, cit., 379.

sull'art. 265 comma 3 TFUE), spesso definiti «*quasi-giudiziali*»[639]: la Commissione per i ricorsi del Comitato (art. 85 SRMR); la Commissione amministrativa del riesame della BCE (art. 24 SSMR)[640], e la Commissione di ricorso delle ESAs (art. 58 ss. Regolamento UE/1093/2010; art. 58 ss. Regolamento UE/1094/2010; art. 58 ss. Regolamento UE/1095/2010)[641].

Ai fini dell'analisi, pur con prevalenza della Commissione per i ricorsi del Comitato, interessa riferirsi anche alla Commissione del riesame BCE[642] in ragione del rilievo dell'azione amministrativa dell'AC ai fini della prevenzione della crisi (quanto alla dichiarazione di dissesto non è autonomamente impugnabile in quanto *endo-procedimentale*[643]). Come si vedrà, per entrambe le Commissioni,

---

[639] Per il primo ed il terzo, M. Lamandini, *Il diritto bancario nell'Unione*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 2016, n. 81, 7 ss., 28.

[640] La Commissione amministrativa del riesame si riferisce alla BCE in funzione di vigilanza. Per la parte monetaria, v. art. 35 Statuto SEBC (Controllo giudiziario e materie connesse).

[641] In termini generali, sui rimedi amministrativi avverso provvedimenti delle agenzie europee, v., tra gli altri, P. Chirulli, L. De Lucia, *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, Riv. It. Dir. Pub. Com., 2015, 5, 1305 ss.; S. Pugliese, *I meccanismi di revisione degli atti delle agenzie come veicoli di partecipazione: verso un'amministrazione europea aperta, efficace e trasparente*, Dir. UE, 2018, 4, 715 ss.

[642] La Commissione amministrativa del riesame della BCE è composta da cinque persone (e due supplenti) di indubbio prestigio, comprovate conoscenze pertinenti ed esperienza professionale nominati dalla BCE a seguito di invito pubblico a manifestare interesse (escluso il personale di servizio della BCE, o altre ANC o altri organi coinvolti nella vigilanza) per un mandato di cinque anni rinnovabile una volta (art. 24 par. 2). Specularmente, la Commissione per i ricorsi del Comitato è composta da cinque persone (e due supplenti), anch'esse in possesso di comprovate conoscenze pertinenti ed esperienza, nominate dal Comitato in ragione delle proprie competenze, non riconducibili al personale del Comitato, di altre AR ovvero Istituzioni, organi o organismi nazionali coinvolti nell'assolvimento dei compiti del Comitato (art. 85 SRMR). Per un *excursus* sulle materie oggetto di decisione, v. M. Lamandini, D.M. Munoz, *Administrative pre-litigation review mechanism in the SRM: The SRM Appeal Panel*, in C. Zilioli, K.P. Wojcik, Judicial Review in the Banking Union, 2021, 49 ss.

[643] V. anche Ordinanza del Tribunale del 6 maggio 2019 - Ernests Bernis e a. c/BCE, con cui è stato dichiarato irricevibile il ricorso ex art. 263 TFUE per

quanto al contenuto della tutela ed all'incidenza sulla discrezionalità dell'Amministrazione, il diritto positivo offre alcuni punti fermi, ma lascia al contempo aperto il problema della determinazione degli effettivi confini del sindacato.

La Commissione BCE è considerata un modello di «*riesame amministrativo interno*» (art. 24 par. 1)[644]. In primo luogo, la Commissione del riesame BCE non è pregiudiziale rispetto al ricorso alla CGUE («*Il presente articolo fa salvo il diritto di proporre un ricorso dinanzi alla CGUE a norma dei trattati*» - art. 24 par. 11 SSMR). Quanto agli effetti, la Commissione del riesame BCE emana un «*parere*» sulla «*conformità procedurale e sostanziale*» delle decisioni con il SSMR (art. 24 par. 1), e lo invia al consiglio di vigilanza «*affinché prepari un nuovo progetto di decisione*» da presentare al

---

l'annullamento delle decisioni FOLTF della BCE relative all'ABLV Bank AS e alla controllata ABLV Bank Luxembourg SA [T-283/18 - par. 34-38], confermata in appello (Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 6 maggio 2021 (cause riunite C-551/19 P e C-552/19 P). In dottrina, K. Lackhoff, *Procedural law requirements for conducting administrative procedures by the ECB and the SRB*, cit., 157. Altrettanto vale per la valutazione dell'esperto, i cui vizi possono solo essere fatti valere impugnando il programma di risoluzione (Considerando 63 SRMR).

[644] Sul punto si è espressa anche si la sentenza L-Bank [su cui v. *supra*, Capitolo I], che ha affermato che il parere da quest'ultima emesso rientra nel «*contesto in cui si colloca la decisione impugnata*» (par. 125), dunque, il procedimento amministrativo. In proposito v. M., *SSM e SRM, due sistemi a confronto*, cit., 135 – 136. In generale, sul rimedio BCE, anche nel confronto con quello del Comitato e ABE, v. M. Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca Centrale Europea*, A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, Civitarese Matteucci S., Torchia L. (a cura di), vol. IV – La tecnificazione, Firenze University Press, Firenze, 2016; *passim*; C. Brescia Morra, *Nature and role of the Administrative Board of Review*, Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, R. D'Ambrosio (edited by), n. 88, aprile 2020; E. Koupepidou *Administrative pre-litigation review mechanism in the SSM: the Administrative Board of Review*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021. Sulla Commissione per il riesame amministrativo, v. anche Decisione BCE 14 aprile 2014 BCE/2014/16 (relativa all'istituzione di una Commissione amministrativa del riesame e alle relative norme di funzionamento) e Considerando 64 SSMR.

consiglio direttivo. Questi «*tiene conto del parere*» che, dunque non è vincolante. Tuttavia, esso può essere preso in considerazione per valutare «*il carattere sufficientemente motivato*» della decisione impugnata[645]. Essa non può inoltre emanare provvedimenti di natura cautelare, ma solo proporre al consiglio direttivo di sospendere l'esecuzione della decisione impugnata (art. 24 par. 8). Il sindacato della Commissione per il riesame è limitato alla legalità, non solo procedurale ma altresì sostanziale (dunque, di vigilanza prudenziale nonché di pianificazione e prevenzione della crisi), ma non può estendersi al merito della decisione amministrativa e, dunque alla discrezionalità, né sostituirsi ad essa (art. 24 par. 1 e Considerando 64 SSMR). Possono ritenersi certamente inclusi nel sindacato della Commissione per il riesame, per analogia con la CGUE, i casi di *errore manifesto*, incompetenza o abuso di potere. Tuttavia, lo scopo principale della Commissione ed, in generale, di un riesame amministrativo interno, è di assicurare che gli atti della BCE non siano suscettibili di invalidazione da parte della CGUE, e, dunque, per il miglior funzionamento dell'istituzione, ed è pertanto maggiormente coerente con detta funzione ritenere il sindacato di conformità con il diritto europeo esteso alla disciplina nazionale di attuazione delle direttive, e ai generali principi dell'Unione, come il principio di proporzionalità[646].

---

[645] Caso L-Bank (Sentenza del Tribunale Quarta Sezione ampliata del 16 maggio 2017, causa T-122/15, Landeskreditbank Baden-Wüttemberg – Förderbank c/BCE, par. 125). In dottrina, tra gli altri, K. Lackhoff, *Procedural law requirements for conducting administrative procedures by the ECB and the SRB*, cit., *passim*.

[646] C. Brescia Morra, *The administrative and judicial review of decisions of the ECB in the supervisory field*, Scritti sull'Unione Bancaria, Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia, R. D'Ambrosio (a cura di), n. 81, 2016, 109 ss., 121 - 122; Ead., *Nature and role of the ABOR, in Building bridges: central banking law in an incorrect world*, in ECB Legal Conference 2019, December 2019, 335 ss., 343.

Pur configurandosi in forma parzialmente diversa, la Commissione per i ricorsi del Comitato di risoluzione unico resta un rimedio di natura amministrativa e non è assimilabile ad un rimedio giudiziale[647]. Sempre a differenza della Commissione per il riesame, la Commissione dei ricorsi del Comitato non ha competenza generale ma è intesa come «filtro» rispetto alla CGUE[648] e decide in merito ai ricorsi proposti da qualsiasi persona fisica o giuridica, incluse le AR, contro una decisione del Comitato solo su materie tassativamente enumerate all'art. 85 par. 3 SRMR[649]: a) la decisione con cui il Comitato indica che le misure proposte dall'ente per rimuovere gli impedimenti alla risoluzione non sono sufficienti e dà istruzione all'ANR di imporre all'ente l'adozione di misure alternative (art. 10 par. 10 SRMR)[650]; b) l'applicazione di obblighi semplificati (art. 11 SRMR); c) di

---

[647] Y. Herinckx, *Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism*, cit., 91-92.

[648] La differenza si basa sempre sulla differenza tra Istituzioni e Agenzie, ed in particolare sull'art. 263 par. 5 TFUE, che ammette possano essere previste dal diritto secondario anche «*condizioni e modalità*» solo per i ricorsi contro «*organi e organismi dell'Unione*», ma non Istituzioni. K. Lackhoff, *Procedural law requirements for conducting administrative procedures by the ECB and the SRB*, cit., 155; C. Brescia Morra, *The administrative and judicial review of decisions of the ECB in the supervisory field*, cit., 119; Y. Herinckx, *Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism*, cit., 79.

[649] Nel confronto con la Commissione amministrativa del riesame BCE, afferma la funzione di «filtro» degli altri rimedi, altresì M. Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca Centrale Europea*, cit., 267, cui si rinvia per una più approfondita analisi della Commissione amministrativa del riesame. Ampiamente altresì I. Ottaviano, *Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria*, cit.; A. Nigro, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in Giur. Comm., 2018, 2, 181 ss.

[650] S. Grünewald, *Judicial control of resolution planning measu*res, cit., 407. L'A. osserva che l'art. 17 par. 6 BRRD, affermando che possono essere impugnati sia l'accertamento di impedimenti alla risoluzione, che quelle relative alle misure alternative per rimuovere detti impedimenti, diverge da art. 85 par. 3 SRMR che richiama solo art. 10 par. 10 sull'imposizione di misure alternative. L'A. esclude che il provvedimento di apertura di una procedura sugli impedimenti sostanziali è atto meramente procedurale, piuttosto individua una lacuna legislativa, risolvibile assegnando la competenza solo alla CGUE.

determinazione del requisito di fondi propri e passività ammissibili (art. 12 par. 1 SRMR); d) di provvedimenti sanzionatori (artt. 38 - 41 SRMR); e) raccolta dei contributi alle spese amministrative del Comitato (art. 63 par. 3); f) differimento dei contributi *ex post* (art. 71); g) decisioni ex art. 8 del Regolamento CE/2001/1049 (sull'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione) che hanno come destinatario tale persona o che la riguardano direttamente e individualmente (art. 90 par. 3). Dunque, non si tratta mai di ricorsi avverso «*misure di gestione della crisi*» e, pertanto, non sono sottoposte a disciplina derogatoria, evitando i dubbi di compatibilità rispetto alla portata del sindacato. Tra le altre, non deve applicarsi la presunzione di contrarietà all'interesse pubblico della sospensione (art. 85 BRRD), fermo che, in entrambi i casi il ricorso non avrebbe comunque effetto sospensivo (art. 24 par. 8 SSMR, e art. 85 par.6 SRMR).

Quanto ai limiti del sindacato, dal Regolamento emerge che la Commissione per i ricorsi: a) esamina l'ammissibilità e la fondatezza dei ricorsi; b) può solo confermare la decisione o rinviare il caso al Comitato (art. 85 SRMR). Da ciò si trae che si tratta di un rimedio giustiziale sulla «legalità» sostanziale dell'esercizio dei poteri da parte del Comitato[651]. Oltre a dette previsioni, il Regolamento, tuttavia, non chiarifica ulteriormente i limiti del sindacato. Dalla casistica, è stato rilevato che la Commissione non può estendere il proprio sindacato alla legittimità delle norme di diritto derivato e, in caso di incertezza, deve prediligere l'interpretazione che consente di ritenerlo coerente con le

[651] C. Brescia Morra, *The administrative and judicial review of decisions of the ECB in the supervisory field*, cit., 125. Analogamente, M. Lamandini, D.M. Munoz, *Administrative pre-litigation review mechanism in the SRM: The SRM Appeal Panel*, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Judicial Review in the Banking Union, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, 57.

fonti sovraordinate[652]. La Commissione non può dunque entrare in valutazioni di opportunità né condannare al risarcimento del danno o modificare la decisione o adottarne una nuova in sostituzione[653].

Anche in questo caso, pur a fronte di una sostanziale portata del sindacato analogo alla Commissione per il riesame, la natura tecnica (derivante anche dalla relativa composizione) [654], potrebbe consentire il superamento del limite relativo alla sindacabilità del solo *errore manifesto*[655]. Anche accogliendo tale opinione, resta il limite del sindacato di legalità[656].

Infine, la decisione della Commissione dei ricorsi del Comitato è vincolante per quest'ultimo (art. 85 par. 8 SRMR); e può sospendere l'esecuzione della decisione impugnata (art. 85 par. 6 comma 2), che, infatti, non sono mai riconducibili alle misure di gestione della crisi [v. *supra*, nel paragrafo].

4. Sindacato del giudice nazionale e deroghe alla tutela giurisdizionale rispetto alle misure di gestione della crisi.

I giudizi su provvedimenti per enti o gruppi non significativi, o comunque non rientranti nella competenza del Comitato restano all'A.G. Nazionale[657], che deve garantire degli *standard* di tutela

---

[652] M. Lamandini, D.M. Munoz, *Administrative pre-litigation review mechanism in the SRM: The SRM Appeal Panel*, cit., 50; AP caso 01/16.

[653] Y. Herinckx, *Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism*, cit., 85 e 94.

[654] Y. Herinckx, *Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism*, cit., 95.

[655] Y. Herinckx, *Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism*, cit., 97.

[656] Così M. Lamandini, D.M. Munoz, *Administrative pre-litigation review mechanism in the SRM: The SRM Appeal Panel*, cit., 57.

[657] V. I. Ottaviano, *Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria*, cit., 63. Ciò in coerenza con il principio secondo cui solo le A.G. nazionali sono

analoghi a quella europea (art. 19 TUE). Anche ragioni di opportunità suggeriscono invero di mantenere un certo grado di decentramento nella giurisdizione in quanto un totale accentramento dei ricorsi sul piano europeo determinerebbe un eccessivo aggravio per la Corte Europea.

A differenza del piano europeo, nel diritto italiano, vi è un minore grado di concentrazione dei giudizi in ragione della separazione tra G.A. e G.O. È prevalente il ruolo del G.A. (titolare di giurisdizione esclusiva – art. 133 c.p.a.), ma si rinvengono casi in cui è competente il G.O., anche con rito speciale (ad. es. in materia di sanzioni). L'individuazione del contenuto del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi nel diritto italiano, si basa sulla distinzione fondamentale tra *discrezionalità amministrativa pura* e *discrezionalità amministrativa tecnica* [su cui *supra*, Capitolo I]. È principio generale che il sindacato del giudice non possa mai estendersi al merito della discrezionalità. Dunque, per gli atti di discrezionalità amministrativa pura, è generalmente accolta la tesi del *sindacato estrinseco*, in quanto al G.A. è preclusa la valutazione del merito delle scelte dell'Amministrazione[658]. Più complesso è il dibattito circa la discrezionalità tecnica, discussa prevalentemente con riferimento al sindacato sull'azione delle Autorità amministrative indipendenti[659], tra

---

competenti a giudicare sugli atti di autorità nazionali. Sul punto, v. tra le altre, Ordinanza della Corte del 1 marzo 1981 Benvenuto (Causa 46/81). In dottrina, F. Brito Bastos, *An Administrative Crack in the EU's Rule of Law: Composite Decision-making and Nonjusticiable National Law*, cit., 6.

[658] Per una ricognizione, tra gli altri, R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, cit., 373 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 138 ss.

[659] Per ampi riferimenti, sul dibattito che storicamente ha suscitato il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità amministrative indipendenti, v. E. Galanti, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, cit., 48, sub nota 178.

cui la Banca d'Italia. Invero, la giurisprudenza relativa all'impugnazione di atti della Banca d'Italia, anche in veste di AR, si è inserita nel solco dell'impostazione adottata in generale per le Autorità Amministrative Indipendenti, qualificandone gli atti come espressione di discrezionalità tecnica[660]. In estrema sintesi, tenuto conto delle relative peculiarità, dalla variegata giurisprudenza sono stati formulati diversi orientamenti, tesi a comprimere o ampliare il sindacato del giudice. Se in passato prevaleva la tesi del *sindacato estrinseco*, dunque limitato alla sola logica formale, a seguito della fondamentale sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 9 aprile 1999, è stata superata da quella del *sindacato intrinseco*, che consentirebbe al giudice un accertamento delle valutazioni tecniche. In giurisprudenza, tuttavia, i confini effettivi del sindacato intrinseco sono stati ulteriormente articolati distinguendo, rispettivamente, sindacato *debole* e *forte*. Nel primo caso, il giudice, pur non potendo sostituirsi all'Amministrazione, può operare una verifica dei fatti e sul processo logico su cui si è fondata l'azione amministrativa; nel secondo (cui aderiva anche la citata sentenza del 1999), il giudice è sostanzialmente legittimato a reiterare l'apprezzamento dell'Amministrazione[661]. Sebbene il sindacato intrinseco debole si sia maggiormente imposto nella prassi, alcune pronunzie lo hanno "superato" aprendo ad una maggiore profondità del sindacato stesso[662]. Esula dalle finalità di questo lavoro una completa rassegna delle possibili ricostruzioni, o l'individuazione della soluzione

---

[660] TAR Lazio n. 166 del 7 gennaio 2017 in Riv. Trim. Dir. Econ., 2017, 1, 1 ss.

[661] R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 139.

[662] Si pensi, ad esempio, al sindacato di cd. "maggiore attendibilità" della valutazione dell'Autorità rispetto a quelle prospettate dalle parti. Cfr. Cons. Cost., 19 gennaio 2016, n. 165; in dottrina, R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, cit., 377 – 378, ove una puntuale ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale e ulteriori riferimenti.

preferibile. Quanto invece interessa rilevare è che, in principio, maggiore è lo spazio lasciato all'amministrazione (opportunità anziché opinabilità, discrezionalità amministrativa pura anziché tecnica), minore dovrebbe essere la possibilità del privato di intervenire nel procedimento e minore dovrebbe essere lo spazio lasciato al sindacato del giudice, e, dunque, degli strumenti messi a sua disposizione per procedervi, consentendogli, altrimenti, di spingersi in valutazioni di esclusiva competenza dell'amministrazione[663]. Pertanto, attraverso le deroghe imposte dal legislatore europeo, il sistema tende a restringere il sindacato del G.A., limitando i diritti dei privati rispetto alla tutela giurisdizionale e gli strumenti a disposizione del giudice, ed, indirettamente, suggerisce anche sotto questo profilo uno scostamento rispetto alle categorie tradizionali. Se ne passeranno di seguito in rassegna i profili principali.

Si è detto, sulla scia del diritto europeo, la tutela giurisdizionale è compressa in ragione di esigenze di celerità ed effettività dell'azione amministrativa per le cd. *misure di gestione della crisi*. Le regole speciali sono limitate anche dal decreto italiano alle norme in esso contenute (art. 95 comma 1 d.lgs. 180/2015), generando peraltro problemi di coordinamento. L'art. 95 regola i giudizi relativi ai provvedimenti di gestione della crisi ai sensi del d.lgs. 180/2015, non invece quelli regolati dal TUB, seppur legati alla gestione della crisi: dunque, la tutela contro i provvedimenti che riguardano la liquidazione

[663] Analogamente è stato riconosciuto dalla giurisprudenza CGUE con riferimento alla possibilità che l'Autorità possa incorrere in violazione tale da determinare l'insorgere di una responsabilità. In giurisprudenza, CGUE, 5 marzo 1996, cause riunite Brasserie de pêcheur c/Bundesrepublik Deutschland e TheQueen c/Factorame (C-46/93 e C-48/93), par. 43, 74, 77; CGUE, 4 luglio 2000, Bergaderm e a. c/Commissione (C-352/98), par. 44; CGUE 29 luglio 2019 Hochtief c/Törvenyszèk (C-620/17), par. 42. Sul punto v. V. Santoro, *La responsabilità extracontrattuale delle autorità di vigilanza creditizia nei confronti di risparmiatori e investitori. La giurisprudenza delle Corti europee*, cit., 83.

coatta amministrativa, dovrebbe intendersi esclusa dalle deroghe[664]. La soluzione restrittiva è coerente con l'attuale scelta di lasciare agli ordinamenti nazionali la regolazione delle procedure di insolvenza nazionali e, dunque, anche delle relative tutele giurisdizionali. Tuttavia, come per gli aiuti di Stato, la disciplina sarà anche sotto questo profilo meno rigorosa e più conveniente in caso di procedura nazionale non necessariamente liquidatoria[665].

La tutela giurisdizionale davanti al G.A. ex 95 d.lgs. 180/2015 è disciplinata, per rinvio, dal codice del processo amministrativo (CPA), con alcune specificazioni e deroghe. Alcune delle previsioni della direttiva, comunque giustificate dalla pluralità di Stati a cui sono rivolte, rispondono già a principi di diritto processuale italiano, svuotando in fatto la deroga, altre possono alterare invece la posizione dei privati.

In generale, alle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati ai sensi del decreto si applicano gli artt. 119 (rito abbreviato), 128 (inammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), 133 (giurisdizione esclusiva del G.A.)[666], 135

---

[664] Per un'ampia disamina sui problemi processuali della liquidazione coatta, ampiamente, M. Stella, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. "Banche Venete"*, cit., 111 ss.

[665] Solleva un rilievo analogo, più in generale sulle differenze di impostazione, F. Bassan, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, cit., 396. V. anche *supra*, Capitolo III.

[666] Relativamente alla richiesta di risarcimento del danno conosce il giudice amministrativo per giurisdizione esclusiva. Può citarsi in proposito la sentenza Tribunale di Ancona, 20 febbraio 2019 n. 331 (relativa alla CONSOB): «*La posizione vantata dall'investitore rispetto a detti organismi di controllo, per l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, è di interesse legittimo, in quanto i poteri di vigilanza non mirano a tutelare specifici interessi individuali, ma l'interesse pubblico al corretto andamento del mercato, per la cui tutela l'ente è dotato di discrezionalità nell'uso dei mezzi a sua disposizione (vds. Cass. Sez. un. N. 10095 del 18 maggio 2015).*». Per ampi riferimenti in dottrina circa la ratio della scelta, v. E. Galanti,

(competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio) CPA[667]. Si è accennato, la giurisdizione esclusiva dunque estesa altresì ai diritti soggettivi (anche diversi dal risarcimento del danno[668]), e propria altresì delle controversie in materia di pubblici servizi (art. 133 CPA) costituisce un indice nella costruzione del sistema bancario in un'ottica pubblicistica.

Con riguardo alle misure di gestione della crisi, invece, alcune norme hanno lo scopo di facilitare l'azione amministrativa. Si applicano i principi generali di matrice europea, e la tutela del privato è in parte compressa in favore dell'interesse pubblico.

In primo luogo, l'immediata efficacia risponde un principio generale del diritto amministrativo (art. 21 quater l. 241/1990, che comunque fa salvo quanto eventualmente previsto dalla legge o dal provvedimento).

Aspetto di particolare interesse è poi la presunzione di cui all'art. 95 comma 2 d.lgs. 180/2015, secondo cui nei giudizi contro le misure di gestione della crisi, la sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del MEF sarebbe contraria all'interesse pubblico, conformemente a quanto richiesto dalla direttiva. Si pone dunque il problema dell'interpretazione della norma. Secondo le regole generali, trattandosi di un provvedimento cautelare, graverebbe sul ricorrente

---

Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale, cit., 54, sub nota 191.

[667] Quanto al regime di impugnazione degli atti della Banca d'Italia, va ricordata la pronunzia del TAR Lazio n. 166 del 7 gennaio 2017 (in Riv. Trim. Dir. Econ., 2017, 1,1) che ne ha inteso gli atti, anche in veste di AR come atti di discrezionalità tecnica. Per tale motivo essi sarebbero sindacabili, oltre che per incompetenza e violazione di legge, solo per illogicità manifesta, riconducibile all'eccesso di potere senza possibilità pe la G.A. di sostituirsi all'autorità nelle valutazioni.

[668] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2019, XIII ed., 273.

l'onere della prova del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* (danni gravi e irreparabili – art. 55 c.p.a.)[669]. Dunque, da una parte, un'interpretazione restrittiva, coerente con il dettato costituzionale, potrebbe indurre a svuotare la portata prescrittiva della previsione, riportando l'onere della prova alle predette categorie generali del *periculum* e del *fumus*; dall'altra, intenderli come un aggravamento dell'onere della prova potrebbe renderla, come da taluni affermato, diabolica[670]. Ancor prima, tuttavia, è da osservare che non solo la prova è diabolica, ma consiste in una valutazione di cui il privato non è e non può essere depositario: l'accertamento del possibile pregiudizio della stabilità finanziaria, si è detto [v. *supra*, Capitolo III], è nell'esclusiva discrezionalità dell'amministrazione. Aderendo a questa seconda costruzione, che pare la più coerente con l'intento del legislatore, è in sostanza implicitamente preclusa la tutela cautelare della sospensione: la previsione consente all'AR di procedere con l'azione di risoluzione. Fermo che, alla compressione della tutela, potrebbe in parte sopperire il recepimento (con la l. 205/2000) del principio di atipicità delle misure cautelari, che consentirebbe provvedimenti ulteriori rispetto alla sospensione, potrebbe porsi l'ulteriore problema della lesione del diritto alla tutela giurisdizionale secondo cui la tutela cautelare è accessoria e fondamentale nell'ambito del diritto di difesa ex art. 24 Cost.[671]. Ciò pone dubbi anche con riferimento alla teoria dei controlimiti, in quanto

[669] L'art. 119 comma 4 ammette le misure cautelari anche nel rito abbreviato, richiamando per quanto non derogate le disposizioni generali del Titolo II del Libro II.

[670] V. tra gli altri, G. L. Carriero, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, cit., 378 - 379; B. Inzitari, BRRD, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 719.

[671] V. Tar Campania, ord. 18 novembre 2010, n. 800 e TAR Basilicata, decr. 14 novembre 2020 n. 272.

alla luce della giurisprudenza costituzionale, l'art. 24 costituisce un principio fondamentale[672].

Risponde peraltro al medesimo approccio di assicurare l'effettività dell'azione di risoluzione anche limitando la tutela (dei terzi), l'attribuzione alla Banca d'Italia del potere di proporre istanza di sospensione di qualsiasi processo di cui è parte un ente in risoluzione, cui, dalla formulazione della norma, il giudice deve attenersi. La sospensione può essere chiesta «*per un periodo congruo*» al conseguimento degli obiettivi della risoluzione (art. 95 comma 4 d.lgs. 180/2015), e la legittimazione è estesa ai casi in cui la Banca d'Italia non sia parte del processo[673].

Con riguardo invece al profilo probatorio, nei giudizi avverso misure di gestione della crisi, è ampiamente limitata la fase istruttoria. In particolare, è escluso l'art. 19 c.p.a., che consentirebbe al giudice di farsi affiancare da un consulente tecnico d'ufficio e da un verificatore, l'art. 63 comma 4 c.p.a., che consentirebbe al giudice «*qualora reputi necessario l'accertamento dei fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche*» di ordinare una verificazione o disporre una consulenza tecnica (così art. 95 comma 2 secondo periodo d.lgs. 180/2015). Dunque, l'esclusione di consulenze tecniche d'ufficio e verificazioni si fondano sulla volontà del legislatore europeo che il giudice si basi sulle sole valutazioni dei fatti effettuate dall'AR. Anche tali limitazioni hanno suscitato dubbi in dottrina circa l'effettività del sindacato giurisdizionale[674], sia per la parità delle parti,

---

[672] Corte Cost. n. 238 del 22 ottobre 2014.

[673] B. Inzitari, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 720.

[674] Discute la problematica M. Stella, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. "Banche Venete"*, cit., 58 ss.; A. Travi, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in Scritti dedicati a Maurizio Converso, G. Costantino (a cura

sia per lo stesso diritto di azione, in quanto consulenza tecnica e verificazione sono funzionali all'accertamento dei fatti e comprensione della controversia da parte del G.A. sulla base di elementi tecnici[675]. Al di là dei dubbi di legittimità, è osservabile come la scelta del legislatore, contestualizzata nell'ordinamento italiano, si ponga in controtendenza con l'introduzione (solo con l. n. 205 del 2000) della consulenza tecnica d'ufficio, strutturalmente orientata a dotare il giudice «*dello strumento idoneo a sindacare in contenuto della valutazione tecnica dell'amministrazione, permettendogli di far ricorso a cognizioni tecniche di non comune esperienza*»[676]. Invero, il tema dell'ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio è stato discusso in passato anche come "corollario" del sindacato dell'A.G. sulla discrezionalità tecnica che, si è visto, nel tempo è andato ampliandosi. Sul punto si è tuttavia riscontrato un atteggiamento restrittivo da parte del giudice amministrativo rispetto ai provvedimenti, tra gli altri, proprio della Banca d'Italia, che ha escluso l'ammissibilità di prove testimoniali e consulenze tecniche d'ufficio proprio perché suscettibili di consentire al giudice di sostituirsi (in forma di sindacato intrinseco) nelle valutazioni della P.A., ben anteriormente alla riforma del secondo pilastro del 2014[677]. Ad ogni modo, la circostanza che il legislatore abbia in questo modo recepito una prassi, non esclude il rilievo della specialità dell'approccio, e delle conseguenze nei rapporti con il sindacato. La disposizione travalica peraltro il portato della direttiva,

---

di), RomaTrE-Press, 2016, 609 ss., 614 - 615, dove più ampi rilievi critici sulle deroghe imposte dalla BRRD.

[675] Id., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 273.

[676] Sull'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio in via generalizzata nel processo amministrativo v. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 143 ss., da cui anche il virgolettato, spec. 143.

[677] Tar Lazio, 29 agosto 2002, n. 7462. Sul punto, v. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 145.

che si limita a prevedere che «*i tribunali nazionali ricorrano alle valutazioni economiche complesse dei fatti effettuate dall'autorità di risoluzione quale base per la propria valutazione*», senza porre limiti alla formazione di un proprio giudizio, fondato sulla comprensione dei fatti.

Fermo quanto sopra, può in conclusione evidenziarsi la previsione di ulteriori norme speciali, previste invece con lo scopo di salvaguardare gli effetti dell'azione di risoluzione, unitamente alla tutela dei terzi in buona fede, peraltro non nuova al diritto italiano: basti pensare, nel diritto societario, all'impugnazione delle delibere assembleari (cfr. 2377 ult. comma c.c.). Anche in caso di annullamento dell'atto amministrativo, sono fatti salvi gli effetti dei negozi con terzi in buona fede (ad es. cessioni), in relazione ad azioni di risoluzione, in quanto anche l'annullamento del provvedimento lascia impregiudicati i relativi diritti, ed altresì, gli atti amministrativi basati sul provvedimento annullato (art. 94 comma 3 d.lgs.180/2015)[678]. Dunque, la retroattività degli effetti di un eventuale annullamento è limitata alla mala fede, fermo in ogni caso il risarcimento del danno. Nella stessa ottica gli atti della risoluzione non sono soggetti ad azioni revocatorie (art. 35 comma 2 d.lgs.180/2015). Anche qui, sembrerebbe tuttavia una tutela funzionale altresì a preservare gli effetti dell'azione di risoluzione. Ulteriore regola speciale, funzionale alla definizione dei rapporti per l'ente in risoluzione, è prevista tra i cd. *poteri accessori* della Banca d'Italia (art. 61 – v. anche *supra*, Capitolo III), quanto essa può tra l'altro «*d) prevedere che, in caso di cessione di strumenti finanziari, diritti, attività o passività, il cessionario subentri – con esclusione di diritti e obblighi del cedente – nei diritti o negli obblighi*

[678] B. Inzitari, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 719.

dell'ente sottoposto a risoluzione compresi […] *tutti i rapporti processuali, in deroga all'articolo 111 del codice di procedura civile* […]»[679].

Infine, è confermato anche sul piano nazionale il diritto al risarcimento del danno (azione di responsabilità) nei confronti delle Autorità coinvolte nel caso di «*esercizio illegittimo dei poteri di risoluzione*» (art. 94 comma 4 d.lgs.180/2015; v. anche art. 52 comma 5)[680]. Anche in questo caso, è presupposta la presenza degli elementi necessari (illecito, danno, nesso causale)[681].

Gli Stati membri possono limitare la responsabilità dell'ANR, dell'ANC e del relativo personale «*per gli atti e le omissioni commessi nell'esercizio delle proprie funzioni*» (art. 3 par. 12 BRRD). In Italia, la previsione è ripresa dall'art. 3 comma 10 d.lgs. 180/2015, che richiama la l. n. 262 del 28 dicembre 2005, secondo cui l'Autorità, i suoi organi e dipendenti rispondono solo per dolo o colpa grave, in coerenza con l'ampiezza della discrezionalità propria dei poteri da essa esercitati[682]. In ogni caso, la stessa norma fa salve le previsioni dell'art. 85, ossia, il fondamento giuridico dei diritti di impugnazione, seppur limitati. Esse profittano inoltre, si è detto, della copertura dei danni da parte del Comitato. Non è prevista analoga disposizione per il Comitato che,

---

[679] Sul punto, v. anche B. Inzitari, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 721.

[680] Evidenzia la differenza tra risarcimento da illegittimo esercizio dei poteri di risoluzione, dall'indennizzo corrisposto a seguito della valutazione *ex post* in caso di perdite superiori al principio NCWO, M. Perrino, Il *diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, cit., 381.

[681] B. Inzitari, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 720.

[682] In argomento, v. V. Santoro, *La responsabilità extracontrattuale delle autorità di vigilanza creditizia nei confronti di risparmiatori e investitori. La giurisprudenza delle Corti europee*, cit., 63 ss., evidenzia come la scelta del legislatore italiano sia coerente con l'approccio del Comitato di Basilea (Core Principle for Effective Banking Supervision), volto a garantire l'efficacia dell'azione di vigilanza. Ivi anche per una ricostruzione dell'evoluzione normativa.

tuttavia, parrebbe profittare indirettamente di dette limitazioni ove previste in quanto esso risponde «*conformemente ai principi generali comuni alle leggi in materia di responsabilità delle autorità pubbliche degli Stati membri*»[683].

[683] Ricorda l'assenza di una norma che limiti la responsabilità del Comitato, analogamente alle ESAs e alla BCE, R. D'Ambrosio, *Il Meccanismo di Vigilanza Unico: profili di indipendenza e di accountability*, Scritti sull'Unione Bancaria, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, R. D'Ambrosio, (a cura di), n. 81, luglio 2016, 107. L'A., con riferimento alla BCE, precisa che non vi sia ragione di assoggettare ad un regime di responsabilità diverso le autorità nazionali, ed evidenzia l'opportunità di limitare in via interpretativa anche la responsabilità dell'Istituzione.

CONCLUSIONI

Dalle fila di quanto esposto, è utile trarre un paradigma, sintetizzabile in schema.

Il paradigma del mercato pone il rischio d'impresa a carico dell'offerta; le imprese sono sottoposte al fallimento come fisiologica esigenza di uscita dal mercato in caso di crisi; la domanda è soddisfatta dalla spontaneità delle offerte, in concorrenza, con la garanzia della «sostituibilità» delle imprese espunte.

Nel settore bancario, e finanziario in generale, dalla crisi del 2008, prevale l'interesse pubblico alla stabilità, per l'essenzialità di alcune funzioni bancarie per il buon funzionamento del mercato interno e dell'economia reale ed il rischio che l'attività pone sul sistema economico. L'interesse pubblico corrisponde all'interesse alla gestione del rischio della crisi da parte della regolamentazione. In questo paradigma, che non è più di mercato, l'interesse alla concorrenza permane, ma resta *a latere* e la soluzione della crisi non è lasciata al mercato ma è assunta dalla regolamentazione, in funzione dell'interesse pubblico.

Il diritto europeo conforma il diritto interno. Nel sistema italiano, conseguenza delle scelte europee, è possibile argomentare la riconducibilità dell'attività bancaria post-riforma all'art. 43 Cost. anziché all'art. 41 Cost. L'art. 47, impone la tutela del risparmio, senza tuttavia operare qualificazioni dell'attività.

La disciplina della crisi bancaria è la conferma della frizione tra pubblico e privato: tra l'interesse del mercato a espungere l'impresa malfunzionante, e l'interesse pubblico al mantenimento della stessa per evitare il pregiudizio della stabilità finanziaria macroeconomica.

La disciplina può essere sintetizzata distinguendo quattro aree di interesse: la prevenzione, la gestione, il finanziamento e la tutela

giurisdizionale. In ciascuna di esse rinvengono sintomi del passaggio alla riserva pubblica ex art. 43: negli interventi di monitoraggio e prevenzione dell'attività fisiologica della banca che si estende al merito e diviene organizzazione e gestione dell'impresa; negli interventi di gestione della crisi, dove l'autorità è legittimata a prenderne possesso e persino ad «espropriarla», garantendo un indennizzo parametrato al positivo (se esistente) valore di liquidazione della proprietà; nell'ampliamento dei poteri dell'autorità amministrativa, che si sostituisce in larga parte all'autorità giudiziaria; nel finanziamento pubblico, nei fatti difficilmente eliminabile, ammesso in deroga alla concorrenza in quanto procedimentalizzato, dove i limiti corrispondono ad un'esigenza di ordine pubblico e trasparenza; nella creazione di sistemi di sostegno finanziario *ad hoc* al limite tra pubblico e privato; e nel regime speciale delle tutele giurisdizionali.

Le conclusioni si fondano sulla regolamentazione, solo parzialmente definita e sperimentata dalla pratica. Quest'ultima resta necessaria, per decantare i problemi operativi e valutare l'efficacia della disciplina rispetto agli obiettivi di stabilità, e per verificare futuri assestamenti nelle scelte legislative di bilanciamento dei diversi interessi. È poi da verificare se l'impianto sia effettivamente in grado di fronteggiare una crisi o si riveli solo un aggravio per il settore, animato da fini utopici.

BIBLIOGRAFIA

Financial Stability Institute, *Bank Failure Management in the European Banking Union: What's Wrong and How to fix it*, Occasional Paper No 15, July 2020.

R. Adam, A. Tizzano*, Manuale di diritto dell'Unione Europea*, 2017, II ed.

A. Admati, M. Hellwig, *The Bankers'New Clothes: What's Wrong With Banking and What to Do About It*, Princeton Press, 2013.

M. Almhofer, *The liability of authorities in supervisory and resolution activities*, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Judicial Review in the Banking Union, Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

S. Alvaro, D. Valente, *La tutela costituzionale del risparmio alla luce del diritto europeo*, in Banca Impresa Società, 2021, 1, 3 ss.

L. Amorello, S. Huber, *Recovery planning: a new valuable corporate governance framework for credit institutions*, in Law and Economics Yearly Review, 2014, 3, 296 ss.

S. Amorosino, *La "costituzione economica": note esplicative di una nozione controversa*, in RTDE, 2014, 4, 217 ss.,

S. Amorosino, *sub art. 14*, in Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, F. Capriglione (a cura di), Cedam, Padova, 2018, 184 ss.

S. Amorosino, *Il dibattito sulle normative del mercato bancario e la "dialettica circolare" tra le Corti europee e nazionali*, in Contratto e impresa, 2020, 2, 643 ss.

F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, in Regole del mercato e mercato delle regole, Atti del convegno di Venezia, 13-14 novembre 2015, Collana della Rivista delle Società, Giuffrè, Milano, 2016.

F. Annunziata, *Infrastrutture finanziarie e controllo degli investimenti esteri*, in Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti, G. Napolitano (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2019.

F. Annunziata, *Atti delle Autorità e Istituzioni europee, tra soft law e controllo della Corte*, in www.dirittobancario.com, luglio 2021.

S. Antoniazzi, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, Torino, 2013.

A. Antonucci, *Raccolta del risparmio e crisi d'impresa: la tutela assicurativa*, in I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Vol. XXI, Assicurazioni, Tomo secondo, UTET, Torino, 2004.

A. Antonucci, *voce Banca*, in Digesto, 2012.

A. Antonucci, *Diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012, V ed.

A. Antonucci, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, in Banca Impresa Società, 2016, 1, 39 ss.

A. Antonucci, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, in Studi sull'integrazione europea, 2018, XIII, 587 ss.

C.L. Appio, *sub art. 69-sexies*, in Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, F. Capriglione (a cura di), Cedam, Padova, 2018.

C.L Appio, *Sugli accordi di sostegno finanziario infragruppo bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, 719 ss.

A. Argentati, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in Mercato concorrenza regole, 2015, 2, 515 ss.

T. Ariani, L. Giani, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in Riv. Dir. Soc., 2013, 4, 721 ss.

M. Arrigoni, *Verso la fine del bail-in? Una critica al regime europeo di gestione delle crisi bancarie*, in BIS, 2021, 1, 59 ss.

T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1936, III ed.

A. Baldassarre, *Voce iniziativa economica privata*, in Enc. Dir., XXI, 1971.

A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997.

C. Barbagallo, *Cassa di Risparmio di Ferrara Banca delle Marche Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio*, Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario Legge 12 luglio 2017, n. 107, Roma, 12 dicembre 2017.

S. Baroncelli, *Sub art. 47 Cost*., Commentario alla Costituzione, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Tomo I, Torino, 2006.

F. Bassan, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, in Banca Impresa Società, 2017, 3, 383 ss.

L. Bigliazzi Geri, *Voce Patrimonio autonomo e separato*, in Enc. Dir., II, Giuffrè, Varese, 1982.

H.J. Binder, *Proportionality at the resolution stage: Calibration of resolution measures and the public interest test*, 2017, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990379.

J.H.Binder, *The next step: Towads harmonised frameworks for the liquidation of non-systemically relevant credit institutions in the EU? A discussion of policy choices and potential impediments*, in EBI Working Paper Series, March 2021.

J.H. Binder, *Resolving a bank – judicial review vith regard to the exercise of resolution powers*, Judicial Review in the Banking Union, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

A. Blandini, *Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche*, in Riv. Trim. Dir. Econ., 2019, 1, 31 ss.

A. Blandini, *How to overcome a crisis (and oneself) without getting overcome: la fiducia e il bail-in dal punto di vista del creditore*, in Rivista ODC, 2017, 2, 1 ss.

K. Blank, *State aid and bank resolution law before the European Court of Justice*, Judicial Review in the Banking Union, in C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

G. Boccuzzi, *La liquidazione coatta amministrativa*, Trattato delle procedure concorsuali, A. Jorio, B. Sassani (a cura di), Vol. V, Giuffrè, Milano, 2017.

G. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, Trattato delle procedure concorsuali, A. Jorio, B. Sassani (a cura di), Vol. V, Giuffrè, Milano, 2017.

G. Boccuzzi, *Il regime speciale della risoluzione bancaria: obiettivi e strumenti*, Cacucci Editore, Bari, 2018.

G. Boccuzzi, *Le crisi bancarie in Italia (2014-2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione*, Bancaria Editrice, Roma, 2020.

M. Bodellini, W.P. De Groen, *Impediments to resolvability What is the status quo?*, In-Depth Analysis Requisted by the ECON Committee, December 2019, 16 ss.

M. Bodellini, *Impediments to resolvability: critical issues and challenges ahead*, in Open Review of Management, Banking and Finance, 2019, 5, 48 ss.

L. Boggio, *Proprietà azionaria e diritto societario speciale (bancario): limiti al rimborso*, in Giur. It., Novembre 2018, 2395 ss.

F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1985.

F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, UTET, Milano, 2013.

S. Bonfatti*, La responsabilità degli "enti ponte" (e delle banche incorporanti) per le pretese risarcitorie nei confronti delle "quattro banche" (vantate dagli azionisti "risolti", e non solo)*, in Riv. Dir. Banc., 2017.

S. Bonfatti, *La disciplina delle situazioni di crisi degli intermediari finanziari. Il quadro d'insieme e le misure preparatorie. In particolare, il sostegno finanziario di gruppo*, in Quaderni di Diritto Bancario, 2, 2020.

S. Bonfatti, D. Vattermoli, *I sistemi di garanzia dei depositanti, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, P. Cendon (a cura di), UTET, Torino, 2000, Tomo V, 489 ss.

T. Bonneau, *Droit bancaire*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017, XII ed.

A. Bonsignori, *Voce fallimento*, in Digesto commerciale, 1990.

F. Brito Bastos, *An Administrative Crack in the EU's Rule of Law: Composite Decision-making and Nonjusticiable National Law*, in EuConst, 2020.

F. Brito Bastos, *Composite procedures: concept and distinction from other forms of multilevel administrative cooperation in the banking union*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

G. Brancadoro, *Crisi sistemiche e rilevanza giuridica nelle discipline delle crisi d'impresa*, in Crisi d'Impresa e Insolvenza, 19 maggio 2019.

C. Brescia Morra, *The administrative and judicial review of decisions of the ECB in the supervisory field*, in Scritti sull'Unione Bancaria, Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia, R. D'Ambrosio (a cura di), n. 81, 2016.

C. Brescia Morra, *The Third Pillar of the Banking Union and Its Troubled Implementation*, The Palgrave Handbook of European

Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019.

C. Brescia Morra, *Nature and role of the ABOR, in Building bridges: central banking law in an incorrect world*, in ECB Legal Conference 2019, December 2019.

C. Brescia Morra, *Gli azionisti delle banche hanno ancora diritti soggettivi nell'era del bail-in?*, in Studi in onore di Gustavo Visentini, A. Nuzzo, A. Palazzolo (a cura di), Luiss University Press, Roma, 2020.

C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, Bologna, Il Mulino, 2020, III ed.

C. Brescia Morra, *Nature and role of the Administrative Board of Review*, in Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, R. D'Ambrosio (edited by), n. 88, 2020.

A. Buonfrate, *Voce Patrimonio destinato e separato*, in Digesto, 2007.

D. Busch, *Governance of the Single Resolution Mechanism*, European Banking Union, D. Busch, G. Ferrarini (edited by), Oxford University Press, Oxford, 2020, II ed.

V. Calandra Buonaura, *L'attività degli intermediari finanziari nella regolamentazione sovranazionale*, in Rivista ODC, 2013, 1, 1 ss.

V. Calandra Buonaura, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Sezione IV, Tomo, 4.VI, Trattato di Diritto Commerciale, V. Buonocore (fondato da), R. Costi (diretto da), Giappichelli, Torino, 2019.

E.L. Camilli, *voce Autorità di vigilanza sul mercato finanziario: b) profili normativi*, in Enc. Dir., Annali V, 2012.

G.F., Campobasso, *Diritto commerciale. Vol. 2. Diritto delle società*, UTET, Milano, 2015, IX ed.

G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, *Vol. 3. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, UTET, Milano, 2015, V ed.

G. Capo, *I presupposti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in Fallimento ed altre procedure concorsuali, Trattato diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, UTET, Torino, 2009.

O. Capolino, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, in Regole e mercato, Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11, Siena, 7-9 aprile 2016.

O. Capolino, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, in The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019.

S. Cappiello, *Le nuove fonti del diritto bancario europeo e il ruolo della European Banking Authority*, 2017, 1, 69 ss.

F. Capriglione, *sub art. 10*, Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, F. Capriglione (diretto da), Tomo I, Cedam, Padova, 2012, III ed.

F. Capriglione, *Il Covid 19 e la faticosa ricerca di nuovi paradigmi operativi*, in Rivista di Diritto Bancario, Gennaio/Marzo 2021, 13 ss.

R. Caranta, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, Riv. Trim. Dir. Pubbl. 2000, 1, 81 ss.

M. Cardi, *Ricapitalizzazioni e garanzie nelle crisi bancarie*, Giappichelli, Torino, 2017.

V. Caridi, *L'amministrazione speciale: struttura, funzione*, disciplina, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016.

G. L. Carriero, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in AGE, 2016, 2, 369 ss.

E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, F. Fracchia (a cura di), Giuffrè, Milano, 2015, XVII ed.

S. Cassese, *A new framework of administrative arrangements for the protection of individual rights*, in ECB Legal Conference 2017. Shaping a new legal order for Europe: a tale of crises and opportunities, 4 – 5, 2017.

A. Castiello d'Antonio, *L'amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro normativo. Profili sistematici*, in AGE, 2016, 2, 551 ss.

E. Cecchinato, *Dopo le "Banche venete". L'interesse pubblico nella risoluzione bancaria ed il caso ABLV Bank*, in www.dirittobancario.it, giugno 2019.

M. Cera, *Le società con azioni quotate nei mercati*, Zanichelli Editore, Torino, 2018.

R. Cercone, *L'amministrazione straordinaria delle banche*, Trattato delle procedure concorsuali, A. Jorio, B. Sassani (a cura di), Vol. V, Giuffrè, Milano, 2017.

R. Cercone, *sub art. 96*, Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, F. Capriglione (a cura di), Cedam, Padova, 2018.

M. Chamon, *The empowerment of Agencies under the Meroni Doctrine and Article 114 TFUE: comment on United Kingdom v. Parliament and Council (Short-selling) and the proposed Single Resolution Mechanism*, in European law review, 2014.

P. Chirulli, L. De Lucia, *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, in Riv. It. Dir. Pub. Com., 2015, 5, 1305 ss.

E. Chiti, *Le architetture istituzionali della vigilanza finanziaria*, Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali, G. Napolitano (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2012.

M.P. Chiti, *The European Banking Union in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019.

F. Ciraolo, *La Banca d'Italia e il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, in BIS, 2016, 1, 51 ss.

F. Ciraolo, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, in Rivista di diritto bancario, 2017, 2, 199 ss.

F. Ciraolo, *Il finanziamento «esterno» delle risoluzioni bancarie. Tra tecniche normative e diritto vivente*, Cedam, Milano, 2018.

M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, III ed.

M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2021.

M. Clarich, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in I crediti deteriorati nelle banche italiane, F. Cesarini (a cura di), Giappichelli, Torino, 2017.

M. Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca Centrale Europea*, A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, Civitarese Matteucci S., Torchia L. (a cura di), vol. IV – La tecnificazione, Firenze University Press, Firenze, 2016.

M. Cossa, *L'ente-ponte nella direttiva 2014/59 (BRRD)*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016.

R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, V ed.

R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in BIS, 2018, 3, 394 ss.

A. Cremone, *Recesso soci di banche popolari: tra legittimità costituzionale e scelte di politica economica (commento a C. cost. 15 maggio 2018 n. 99)*, in federalismi.it, 19 dicembre 2018.

S. Crosetti, *Verso la BRRD II. Analisi delle proposte di armonizzazione del requisito minimo di passività ammissibili con le indicazioni del Financial Stability Board in materia di Total Loss Absorbing Capacity*, in Amministrazione in cammino, 18 gennaio 2018, 1 ss.

R. D'Ambrosio, *La stabilità finanziaria tra gli obiettivi della legislazione dell'Unione su mercati finanziari, SEVIF e Unione Bancaria*, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 2017, 1469 ss.

R. D'Ambrosio, *Il Meccanismo di Vigilanza Unico: profili di indipendenza e di accountability*, Scritti sull'Unione Bancaria, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, R. D'Ambrosio (a cura di), n. 81, luglio 2016.

R. D'Ambrosio, *The liability regimes within the SSM and the SRM*, Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, R. D'Ambrosio (edited by), n. 88, aprile 2020.

R. D'Ambrosio, *The administrative and judicial review of the decisions taken within the SSM and the SRM*, Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, R. D'Ambrosio (edited by), n. 88, aprile 2020.

G. D'Attorre, *La governance delle società pubbliche*, in Giur. Comm., 2020, 2, 262 ss.

A. De Aldisio, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, in BIS, 2015, 3, 391 ss.

A. De Aldisio, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, in AGE, 2016, 2, 333 ss.

A. De Aldisio, G. Aloia, A. Bentivegna, A. Gagliano, E. Giorgiantonio, C. Lanfranchi, M. Maltese, *Towards a framework for orderly liquidation in banks in the EU, Notes on Financial Stability and Supervision*, Banca d'Italia, No. 15 August 2019.

P. De Biasi, *La rimozione in via amministrativa degli esponenti aziendali: una anomalia del settore bancario o una crepa nel sistema?*, in Rivista della regolazione dei mercati, 2016, 1, 69 ss.

P. De Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, in Giur. Comm., 2020, 5, 944 ss.

P. De Gioia Carabellese, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Cacucci Editore, Bari, 2020.

S. De Polis, *Unione Bancaria e gestione delle crisi: un modello di Banca in trasformazioni. Italia e UE a confronto*, Intervento all'Assiom Forex XII Pan European Banking Meeting, in www.bancaditalia.it, 3 ottobre 2014.

V. De Sensi, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in Riv.Soc., 2017, 2-3, 311 ss.

H. De Vauplane, *Procedural aspects of the bail-in mechanism: conflict between public and private interests*, in Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, October 2012, 572 ss.

P. De Vecchis, *Appunti sulla costituzionalità della liquidazione coatta amministrativa con particolare riferimento alle aziende di credito*, in BBTC, 1976, I, 191 ss.

G. Della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti dell'UE*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 2004, 307 ss.

G. Desiderio, *Poteri e funzionamento degli organi straordinari*, La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario a cura di P. Ferro-Luzzi, G. Castaldi, Giuffrè, Milano, 1996.

L. Desiderio, *sub art. 80*, Testo Unico Bancario. Commentario, M. Porzio, F. Belli, G. Losapio, M. Rispoli Farina, V. Santoro (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010.

L. Desiderio, *sub art. 81*, Testo Unico Bancario. Commentario, M. Porzio, F. Belli, G. Losapio, M. Rispoli Farina, V. Santoro (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010.

L. Di Brina, *La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie*, in RTDE, 2019, 1, 80 ss.

L. Di Brina, D. Rossano, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, Manuale di diritto bancario e finanziario, F. Capriglione (a cura di), Cedam, Milano, 2019.

V. Di Bucci, *Procedural and judicial implications of composite procedures in the banking union*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

L. M. Diez Picazo, *Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione europea*, in Quaderni costituzionali, 2004, 4, 863 ss.

M. Di Pietropaolo, *voce Meccanismo di Risoluzione Unico*, in Enc. Dir., Annali, IX, Milano, 2016.

D. Domenicucci, *Il salvataggio di Banca Tercas non è un aiuto di Stato secondo il Tribunale dell'Unione Europea*, in Rivista Eurojus, 2019, 3, 174 ss.

I. Donati, *La ricapitalizzazione interna delle banche mediante bail-in*, in AGE, 2016, 2, 597 ss.

I. Donati, *Risoluzione della banca e contratti in corso di esecuzione*, in Riv. Dir. Comm., 2020, 3, 533 ss.

L. Donato, M. Cossa, *Giocare d'anticipo: crisi bancarie e interventi preventivi dell'Autorità di Vigilanza*, in BIS, 2011, 3, 339 ss.

M. Eliantonio, *Deference to the Administration in Judicial Review: The European Union, in Deference to the Administration in Judicial Review*, G. Zhu (edited by), Springer International Publishing, Cham, 2019.

L. Enriques, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori: la disciplina dell'opa obbligatoria*, Il Mulino/Ricerca, Bologna, 2009.

G. Falcone, *"Stato di dissesto" e "insolvenza" nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, nota a Tribunale di Vicenza, 9 gennaio 2019, in Il Fallimento, 2019, 2, 225 ss.

F. Ferrara jr., A. Borgioli, *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995, V ed.

F. Ferrara jr., F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2011, XV ed.

G. Ferri, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti un'attività bancaria*, in Banca e borsa, parte I, 1975, 1 ss.

G. Ferri, *La validità attuale della legge bancaria*, Riv. Dir. Comm., 1974, 5-6, 129 ss.

F. Fiordiponti, *Le aspettative restitutorie di azionisti e creditori ai tempi del bail-in*, in AGE, 2016, 2, 527 ss.

C. Franchini, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea*, Diritto amministrativo europeo, M. P. Chiti (a cura di), Giuffrè, Milano, 2018, II ed.

G. Frè, *Sub art. 2383*, in Società per azioni. Artt. 2325 – 2461, Commentario del Codice Civile, A. Scialoja, G. Branca (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1982.

E. Galanti, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 64, 2009.

M. Galateria, L. Stipo, *Manuale di diritto amministrativo. Vol. 1. Parte generale*, UTET, Torino, 1989.

F. Gallarati, *La tutela dei diritti di azionisti e creditori nell'Unione bancaria, tra Corti europee e Corti costituzionali nazionali*, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2018, 4, 1159 ss.

D.U. Galletta, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in Principi e regole dell'azione amministrativa, M.A. Sandulli, F. Aperio Bella (a cura di), Giuffrè, Milano, 2020, III ed.

L. Galli, *Chi gestisce le crisi bancarie? La genesi di un nuovo soggetto*, in Dir. Econ., 2016, 3, 815 ss.

A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione*, in BBTC, 2015, 5, 587 ss.

A. Gardella, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, L'Unione bancaria europea, M. P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini giuridica, Pisa, 2016.

M. Gargantini, *Procedure di risoluzione bancaria: tutela della proprietà e dell'equo processo*, in I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato, F. Caggia, G. Resta (a cura di), RomaTrE-Press, Roma, 2019.

R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, NelDiritto Editore, Roma-Molfetta, 2019, XI ed.

A. Gelpern, N. Veron, *An Effective Regime for non viable Banks: US Experience and Considerations for EU Reform. Bankin Union Scrutiny*, Study requested by the ECON committee, July 2019.

B.L. Garrett, *Too big to jail*, The Belknap Press of Harvard University Press, USA, 2014.

A. Giannelli, P. Sfameni, *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Egea, Milano, 2020, III ed.

M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939.

M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in Scritti giuridici in onore di Santi Romano, Cedam, Padova, 1939.

M.S. Giannini, *Istituti di Credito e servizi di interesse pubblico*, in Moneta e Credito, 1949, II, 105 ss.

M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1981.

G. Giordano, *sub art. 53-bis*, in Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019.

F. Giorgianni, *Definizione di attività bancaria e analisi del linguaggio*, in Riv. Dir. Comm., 2005, 1, 897 ss.

W. Giulietti, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in Dir. Amm., 2017, 2, 327 ss.

S. Gleeson, *Legal aspect of bank bail-ins, LSE Financial Markets Group Paper Series*, LSE-FMG-SP-2015, 1 ss.

J.C. Gonzàlez Vàzquez, *La prima applicazione della procedura di risoluzione bancaria del SRM: dubbi e valutazioni (provvisorie) alla luce del caso "Banco Popular"*, in Innovazione e diritto, 2017, 6, 102 ss.

C.V. Grostos, *European Banking Union Within the System of European Banking and Monetary Law*, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019.

S. Grünewald, *Legal challenges of bail-in, in European* Central Bank, Eurosystem, ECB Legal Conference 2017. Shaping a new legal order for Europe: a tale of crises and opportunities, 4 – 5 September, 2017.

S. Grünewald, *Judicial control of resolution planning measu*res, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

G. Guarino, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962.

F. Guarracino, *Le misure di sostegno pubblico straordinario*, in RTDE, 2017, 4, 398 ss.

R. Guastini, *voce Legalità (principio di)*, in Digesto, 1994.

A. Guiotto, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in Il Fallimento, 2019, 4, 409 ss.

G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in Corr. Giur., 2015, 12, 1485 ss.

M.F. Hellwig, *Precautionary recapitalisations: time for a review*, European Parliament In-depth analysis, July 2017.

R. Ibrido, *L'Unione bancaria europea: profili costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2017, 248 ss.

F. Ielpo, D. Varani, *I piani di risanamento: finalità e contenuti*, www.dirittobancario.it, luglio 2016.

B. Inzitari, *La disciplina delle crisi nel testo unico bancario*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, n. 75, marzo 2014, 134 ss.

B. Inzitari, *Crediti deteriorati (NPL), aiuti di Stato nella BRRD e nella Comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea*, in ildirittodegliaffari.it, giugno 2016, ed in in BBTC, 2016, 6, 641 ss. ed in ildirittodegliaffari.it, giugno 2016.

B. Inzitari, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180/2015)*, in Contr. Impr. 2016, 3, 690 ss.

B. Inzitari, *La misura precauzionale della limitazione del rimborso della quota nella trasformazione delle banche popolari*, in Fallimenti e società.it, 2017.

B. Inzitari, *Misure per il sostegno del sistema creditizio del mezzogiorno, d.l. 16 dicembre 2019, n. 142: Banca Popolare di Bari e disciplina degli aiuti di Stato*, in Contr. e impr., 2020, 1, 13 ss.

M. Ioannidis, *The judicial review of discretion in the Banking Union: from 'soft' to 'hard(er)' look?,* Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

Y. Herinckx, *Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism*, in The Single Resolution Mechanism, R. Houben, W. Vandenbruwaene (edited by), Intersentia, Cambridge, 2017.

E. König, *Developments in the SRB: Setting MREL and Safeguarding Operational Continuity*, Speech to the BPFI in Dublin, 22 Gennaio 2019, disponibile su https://www.srb.europa.eu/en/content/speech-bpfi-dublin-elke-konig-developments-srb-setting-mrel-and-safeguarding-operational.

E. Koupepidou, *Administrative pre-litigation review mechanism in the SSM: the Administrative Board of Review*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

K. Lackhoff, *Procedural law requirements for conducting administrative procedures by the ECB and the SRB*, Judicial Review in

the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in BBTC, 2015, 4, 423 ss., e Scritti sull'Unione Bancaria, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 81, luglio 2016.

M. Lamandini, *La vigilanza diretta dell'ESMA. Un modello per il futuro?*, in Giur. Comm., 2016, 4, 448 ss.

M. Lamandini, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte costituzionale*, in Soc., 2017, 2, 140 ss.

M. Lamandini, D. Ramos, J. Solana, *The european central bank (ECB) powers as a catalyst for change in EU law. Part 2: SSM, SRM, and fundamental rights*, in Columbia Journal of European Law, 23.2, 2017, 199 ss.

M. Lamandini, *Gli accordi di sostegno finanziario nel gruppo bancario*, La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela, V. Troiano, G.M. Uda (a cura di), Cedam, Padova, 2018.

M. Lamandini, D. Ramos Munoz, *Minimum requirement for own capital and eligible liabilities (MREL)*, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019.

M. Lamandini, D. Ramos Munos, *The administrative, quasi-judicial review of the decisions taken by the SRB. The cases decided so*

far by the Appeal Panel. Substantive and procedural issues, Law and practice of the Banking Union and of its governing institutions, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, R. D'Ambrosio (a cura di), n. 88, aprile 2020.

M. Lamandini, D. Ramos Munoz, *Minimum Requirement for Own Capital and Eligible Liabilities*, in Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, R. D'Ambrosio (edited by), n. 88, aprile 2020.

M. Lamandini, D.M. Munoz, *Administrative pre-litigation review mechanism in the SRM: The SRM Appeal Panel*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

M. Lamandini, D. Ramos Munoz, *Banking Union's accountability system in practice: A health check-up to Europe's financial heart*, in European Law Journal, 2022, 1, 31 ss.

R.M. Lastra, *Multilevel Governance in Banking Regulation*, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019.

R. Lener, *Golden Powers e investimenti esteri diretti nelle infraastrutture finanziarie*, in RTDE, 2020, 2, 228 ss.

M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica*, Studi in onore di Gustavo Visentini, A. Nuzzo, A. Palazzolo (a cura di), Luiss University Press, Roma, 2020.

L. Lionello, *L'attuazione del progetto di Unione Bancaria Europea. Problematiche e prospettive di completamento*, in Dir. Comm. Int., 2017, 3, 650 ss.

G. Lo Schiavo, *The Role of Financial Stability in EU law and Policy*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2017.

M. Lottini, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2017.

A. Lucarelli, *Sub art. 43 Cost*., Commentario alla Costituzione, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Tomo I, Torino, 2006.

M. Lungarella, *La gestione di crediti in sofferrenza in quattro Paesi europei*, in AGE, 2016, 2, 619 ss.

M. Macchia, *Il Single Resolution Board*, L'Unione bancaria europea, M. P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini giuridica, Pisa, 2016.

M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2018.

M. Maggiolino, *Le esposizioni deteriorate ai tempi della pandemia*, Sistema produttivo e finanziario post COVID-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia, U. Malvagna, A. Sciarrone Aldibrandi (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

A. Magliari, *I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del Single Supervisory Mechanism. Il caso dell'applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE*, in Rivista di diritto bancario, 2016/2017.

M. Maltese, *sub art. 69-octiesdecies*, Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, F. Capriglione (a cura di), Cedam, Padova, 2018.

B. Marchetti, *Il sistema integrato di tutela*, L'amministrazione europea e le sue regole, L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2015.

M. Marcucci, *Crisi bancarie e diritti degli azionisti,* in Diritto societario e crisi di impresa, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014.

M. Marcucci, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione Europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, L'Unione Bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini, Pisa, 2016.

G. Marra, S.L. Bölter, *The nature of the DGS after the Tercas case: is the issue really solved?*, in Open review of Management, Banking and Finance, 2021.

G. Marra, *State Aid to Banks*, Commentaries and Cases on Italian Business Law, A. Sacco Ginevri (edited by), Cedam, Milano, 2021, II ed.

G. Marra, *Assemblee speciali (art. 2376)*, G. Visentini, L'assemblea della società per azioni, Dike, Roma, 2017.

G. Marra, *Gli strumenti finanziari*, G. Visentini, L'assemblea della società per azioni, Dike, Roma, 2017.

G. Marra, *Gli accordi di sostegno finanziario di gruppo ex artt. 69-duodecies ss. t.u.b.: spunti critici e questioni aperte*, in Rivista ODC, 2020, 1, 231 ss.

T. Martines, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2020, XV ed.

A. Massera, M. Simoncini, F. Spagnuolo, *Note minime sul diritto amministrativo dell'integrazione europea*, in Ciencia de la Legislacion, A.A. Martino (a cura di), La Ley, Montevideo, 2009.

A. Mastroianni, A. De Bellis, *BRRD: il nuovo recovery playbook*, in www.dirittobancario.it, 28 maggio 2020.

B.G. Mattarella, *Procedimenti e atti amministrativi*, Diritto amministrativo europeo, M. P. Chiti (a cura di), Giuffrè, Milano, 2018, II ed.

M. Maugeri, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in Riv. Soc., 2016, 6, 991 ss.

M. Maugeri, *Trasformazione delle popolari e limiti al rimborso delle azioni: frammenti di un diritto costituzionale delle società bancarie*, in Rivista ODC, 2018, 3, 1 ss.

I. Mecatti, *La responsabilità dell'ente ponte per le pretese risarcitorie degli azionisti di banche sottoposte a risoluzione*, in BBTC, 2018, 5, 610 ss.

I. Mecatti, *L'organizzazione dei sistemi di garanzia dei depositanti in funzione degli interventi alternativi per la prevenzione e la gestione della crisi delle banche*, in BIS, 2020, 2, 217 ss.

B. Meoli, *Le vicende del contratto nella crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2013.

D. Messineo, *Quattro osservazioni in tema di proporzionalità nella vigilanza bancaria*, in PA Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia, 521 ss.

V. Minervini, *Interesse pubblico, concorrenza e concorsualità nella disciplina delle crisi bancarie*, in Riv. Dir. Comm., 2021, 1, 119 ss.

N. Moloney, *Banking Union and the Charter of Fundamental Rights*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

N. Moloney, *Technocratic and Centralised decision-making in the Banking Union's Single Supervisory Mechanism. Can Single Market and Banking Union Governance Effectively Co-exist in a Post-Brexit World?*, in S. Grundmann, H.W. Micklitz (edited by), *The European Banking Union and Constitution: Beacon for Advanced Integration or Death-Knell for Democracy?*, Hart Pub Ltd, Oxford, 2019.

R. Morea, *La proprietà tra funzione sociale ex art. 42 Cost. e diritto di libertà fissato dalla CEDU. Una disarmonia di valori costituzionali ed europei*, in Diritto e processo amministrativo, 2019, 1, 161 ss.

A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006.

G.D. Mosco, *I fondi di risoluzione*, in Dir. Banc. Merc. Fin., 2017, 4, 665 ss.

G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, Studi in onore di Giorgio Berti, Jovene, Napoli, 2005, II, 1695 ss., e Dir. Amm., 2003, 801 ss.

G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in Giorn. Dir. Amm., 2008, 11, 1083 ss.

G. Napolitano, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in Giorn. Dir. Amm., 2009, 4, 429 ss.

G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali, Napolitano G. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2012.

M. Nigro, *I profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969.

A. Nigro, *Il fondo interbancario di tutela dei depositi: prime riflessioni*, in Dir. Banc. Merc. Fin., I, 394 ss.

A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2009, IV ed.

A. Nigro, *sub art. 70*, Testo Unico Bancario. Commentario, M. Porzio, F. Belli, G. Losapio, M. Rispoli Farina, V. Santoro (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010.

A. Nigro, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in Giur. Comm., 2018, 2, 181 ss.

M. Notari, *Exit forzato ed equa valorizzazione: un binomio indissolubile?*, in AGE, 2021, 1 - 2, 383 ss.

S.T. Omarova, *The "Too Big to Fail" Problem*, in Minnesota Law Review, 2019, 2495 ss.

G. Oppo, *sub art. 41 Cost.*, Codice commentato della banca. Disciplina generale, Tomo I, F. Capriglione, V. Mezzacapo (a cura di), Giuffrè, Milano, 1990.

A. Orsi Battaglini, *Voce autorizzazione amministrativa*, Digesto, 1987.

M. Ortino, *Le competenze regolatorie dell'Unione Europea in materia bancaria*, Giappichelli, Torino, 2021.

I. Ottaviano, *Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria*, Cacucci editore, Bari, 2020.

V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in Riv. Soc., 1960, 1013 ss.

A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, II ed.

U. Patroni Griffi, *Il socio pubblico*, Studi in onore di Gustavo Visentini, A. Nuzzo, A. Palazzolo (a cura di), Luiss University Press, Roma, 2020.

M. Pellegrini, *Piani di risanamento e misure di early intervention*, in Federalismi.it, 17 gennaio 2018.

M. Perassi, *SSM e SRM, due sistemi a confronto*, La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela, V. Troiano, G.M. Uda (a cura di), Cedam, Milano, 2018.

L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Torino, 2001.

L. R. Perfetti, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in Dir. Proc. Amm., 2019, 3, 1021 ss.

P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, VIII ed.

M. Perrino, Il *diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016.

M. Perrino, *Gli organi*, in AA.VV., La risoluzione bancaria, in Dir. Banc. Merc. Fin., 2018, 4, 685 ss.

M. Perrino, *Disciplina italiana dell'allerta e Direttiva Insolvency: un'agenda per il legislatore*, in Diritto della crisi, 31 agosto 2021, disponibile al link https://dirittodellacrisi.it/articolo/disciplina-italiana-dellallerta-e-direttiva-insolvency-unagenda-per-il-legislatore.

S. Pescatore, Rossi G., *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, in Riv. Dir. Comm., 1968, 3 - 4, 163 ss.

P. Piscitiello, *Recesso organizzativo e diritti patrimoniali del socio uscente dalla s.p.a.*, Giappichelli, Torino, 2018.

G.B. Portale, *Dalla "Pietra del vituperio" al "bail-in"*, in Riv. Dir. Comm., 2017, 1, 21 ss.

G.B. Portale, N. De Luca, *Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*, in Riv. Dir. Comm., 2020, 1, 39 ss.

M. Porzio, *La banca insolvente*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016.

U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964, ristampa anastatica del 2014.

C.M. Pratis, *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Giuffrè, Milano, 1972.

M. Prek, S. Lefèvre, *"Administrative discretion", "Power of appraisal" and "Margin of appraisal" in judicial review proceedings before the general court*, in Common Market Law Review, 2019, 56, 339 ss.

G. Presti, *Il bail-in,* in BIS, 2015, 3, 339 ss.

A. Pubusa, *voce Indennità e indennizzo*, in Digesto (dir. Pubb.), 1993.

S. Pugliese, *I meccanismi di revisione degli atti delle agenzie come veicoli di partecipazione: verso un'amministrazione europea aperta, efficace e trasparente*, Dir. UE, 2018, 4, 715 ss.

L. Quaglia, *The politics of an asymmetric Banking Union*, EUI Working Papers, RSCAS 2017/48, 1 ss.

G. Ragusa Maggiore, *Diritto fallimentare*, Morano, Napoli, 1974.

E. Ricciardiello, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella direttiva 2014/59/UE*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016.

E. Ricciardiello, *sub art. 69-quater*, Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019.

E. Ricciardiello, *sub art. 69-sexies*, Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019.

F. Riganti, *I golden powers italiani tra «vecchie» e nuove privatizzazioni e «nuova» disciplina emergenziale*, in NLCC, 2020, 4, 867 ss.

M. Rispoli Farina, *La soluzione della crisi del Monte dei Paschi di Siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo d'insieme*, in Studi Senesi, CXXX (III Serie, LXVIII), 3, 449 ss.

M. Rispoli Farina, *La disciplina europea di soluzione delle crisi bancarie. L'attuazione nell'ordinamento italiano. Profili problematici*, Regole e mercato M. Rispoli Farina, A. Sciarrone Aldibrandi, E. Tonelli (a cura di), Giappichelli, Torino, 2017.

M. Rispoli Farina, L. Scipione, *La vendita e la separazione delle attività*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016.

M. Rispoli Farina, L. Scipione, *Recovery and resolution planning*, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019.

G. Romano, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di capital maintenance e "principio" dl bail-in*, in Riv. Soc., 2017, 1, 1 ss.

M. Rossi, *sub art. 70*, Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019.

M. Rossi, *sub art. 71*, Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019.

M. Rossi, *sub art. 72*, Commentario breve al testo unico bancario, R. Costi – F. Vella (a cura di), Cedam, Padova, 2019.

D. Rossano, *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle Autorità europee*, in RTDE, 2017, 3 – supplemento, 93 ss.

D. Rossano, *L'accertamento dello stato di insolvenza di Veneto Banca in liquidazione coatta amministrativa. Nota a Trib. Treviso sez. II 27 giugno 2018*, n. 83, in RTDE, 3, 72 ss.

D. Rossano, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, UTET, Milano, 2017.

D. Rossano*, Gli aiuti di Stato alle banche e le ritrattazioni della Commissione: tra distorsioni della concorrenza e (in)stabilità finanziaria*, nota a Trib. UE 12 novembre 2015, in RTDE, 2016, 1, pt. 2, 1 ss.

D. Rossano, *Il Tribunale UE boccia la Commissione europea sul caso Tercas*, nota a Trib. UE sez. ampliata III 19 marzo 2019, in RTDE, 2019, 2, pt. 2, 23 ss.

D. Rossano, *La Corte di Giustizia UE sul caso Tercas: oltre il danno la beffa, nota a sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2021*, causa C 425/19 P, in RTDE, 2021, 1, 1 ss.

N. Ruccia, *Caratteri, limiti e prospettive nell'Unione Bancaria, in Collana di Studi sull'integrazione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2018.

E. Rulli, *Fondi di risoluzione obbligatori: se non il contribuente, chi paga il costo della crisi bancaria?*, in AGE, 2016, 2, 493 ss.

E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2017.

C. Russo, *Cosa sono e a cosa servono le living wills? Luci e ombre della futura regolamentazione*, in BIS, 2011, 3, 423 ss.

G. Ruta, *Lineamenti di legislazione bancaria*, Bancaria, Roma, 1965.

A. Sacco Ginevri, *Il recesso del socio nelle banche cooperative*, in NGCC, 2016, 11, 1502 ss.

A. Sacco Ginevri, *Il conflitto di interessi nella gestione delle banche*, Cacucci Editore, Bari, 2016.

A. Sacco Ginevri, *L'incidenza degli accordi di sostegno finanziario infragruppo sull'evoluzione della struttura organizzativa bancaria*, in RTDE, 2016, 4, 77 ss.

A. Sacco Ginevri, *Il problema dell'interesse sociale nelle banche*, in NGCC, 2017, 11, 1550 ss.

A. Sacco Ginevri, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in Giur. Comm., 2021, 2, 282 ss.

F. Salomoni, *Crisi bancarie e incostituzionalità del bail-in*, in Percorsi costituzionali, 2017, 1, 285 ss.

F. Salomoni, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e costituzione*, Cedam, Milano, 2019.

L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2007.

A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1969, X ed.

G. Santoni, *Tre interrogativi sull'operazione di salvataggio delle quattro banche*, in www.dirittobancario.it, 25 febbraio 2016.

G. Santoni, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, relazione al convegno Meccanismo Unico di risoluzione: sfide e opportunità per il sistema bancario italiano, Dipartimento di Studi aziendali e giuridici dell'Università di Siena, 13 maggio 2016, disponibile al link https://www.disag.unisi.it/sites/st07/files/allegatiparagrafo/02-02-2021/santoni_g._la_nuova_disciplina_della_gestione_delle_crisi_banc

arie_da_strumento_di_contrasto_a_generatore_di_sfiducia_sistemica.pdf.

G. Santoni, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione di insolvenza*, in AGE, 2016, 2, 517 ss.

V. Santoro, *Un tentativo di funzionalizzazione dell'impresa bancaria*, 2010, in BIS, 2010, 1, 3 ss.

V. Santoro, *Bank Recovery and Resolution: An Italian Point of View*, in Open Review of Management, Banking and Finance, 2015, 1, 1 ss.

V. Santoro, *Una nuova architettura europea di vigilanza finanziaria?*, in BIS, 2018, 2, 193 ss.

V. Santoro, *Prevenzione e "risoluzione" della crisi delle banche*, in www.regolamentazionedeimercati.it.

V. Santoro, *La partecipazione qualificata nelle banche. Profili di competenza autorizzativa e di conseguente competenza giurisdizionale*, Nota a sent. CGUE, grande sez., 19 dicembre 2018 (Causa C-219/17), in BBTC, 2019, 4, pt. 2, 393 ss.

V. Santoro, *La responsabilità extracontrattuale delle autorità di vigilanza creditizia nei confronti di risparmiatori e investitori. La giurisprudenza delle Corti europee*, in Rivista ODC, 2021, 1, pt. 1, 61 ss.

V. Santoro, I. Mecatti, *Write-down and Conversion of Capital Instruments*, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019.

F. Sartori, *Il sistema bancario nella prospettiva dei nuovi meccanismi di finanziamento*, in RTDE, supp. 4, 2017, 1 ss.

M. Savino, *La comitologia dopo Lisbona: alla ricerca dell'equilibrio perduto*, in Giorn. Dir. Amm., 2011, 1041 ss.

F. Scannicchio*, Problemi di governance di una banca a partecipazione pubblica: il caso Monte dei Paschi di Siena*, Le "Nuove" Società Partecipate e In House Providing, S. Fortunato, F. Vessia (a cura di), Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n. 408, Giuffrè, Milano, 2017.

G. Sciascia, *Completare l'unione bancaria, approfondire l'unione economica e monetaria: sentieri e paradigmi europei verso la stabilità finanziaria*, in DPCE online, 2019, 2, 1421 ss.

L. Scipione*, L'affaire "popolari venete" e il modello italico di gestione delle crisi bancarie. Ricadute applicative e profili di incoerenza sistemica*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2018, 2 - 3, 569 ss.

L. Scipione, *La pianificazione del risanamento e della risoluzione*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016.

L. Scipione, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in Giur. Comm., 2020, 1, 184 ss.

F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, II ed.

L. Serafini, *Perché le tre donne ai vertici UE hanno detto sì al salvataggio delle banche italiane*, Il Sole24Ore, 10 luglio 2017.

E. Silvestri, *voce Gestioni coattive*, in Enc. Dir., XVIII, 1969.

N. Soldati, *La direttiva (UE) 2019/1023 e l'evoluzione delle procedure concorsuali nell'ottica della continuità aziendale e dell'emersione tempestiva della crisi dell'impresa*, in Dir. Comm. Int., 2020, 1, 217 ss.

R. Skidelsky, *Money and Government: The Past and Future of Economics*, Yale University Press, 2018.

M. Speranzin, *Voce bail-in*, in Digesto commerciale, 2017.

L. Stanghellini, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri. Atti del convegno tenutosi a Roma il 13 settembre 2013, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 75, 2014.

L. Stanghellini, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in AGE, 2016, 2, 567 ss.

M. Stella, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. "Banche Venete"*, Aracne editrice, Canterano, 2018.

A. Steiblyté, *Public interest for resolution action in the light of the ABLV cases*, Judicial Review in the Banking Union, C. Zilioli, K.P. Wojcik (edited by), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

J. E. Stiglitz, *Rewriting the rules of the European Economy. An agenda for growth and shared prosperity*, W.W. Northon & Company, 2020.

G.U. Tedeschi*, Il nuovo 2409*, in Contr. Impr., 2005, 2, 687 ss.

G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, P. De Pasquale, F. Ferraro (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, II ed.

A. Travi, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, Scritti dedicati a Maurizio Converso, G. Costantino (a cura di), RomaTrE-Press, 2016.

A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2019, XIII ed.

T.H. Tröger, *Why MREL won't help much. Minimum requiremets for bail-in capital as an insufficient remedy for defunct private sector involvement unde the European bank resolution framework*, in EBI Working Paper Series, 2017.

T.H. Tröger, *Too complex to work: a critical assessment of the bail-in tool under the European bank recovery and resolution regime*, in SAFE Working Papers, 2017, 179, 1 ss.

T.H. Tröger, A. Kotovskaia, *National interests and supranational resolution in the European Banking Union*, in SAFE Working Paper No. 340, Febbraio 2022, 1 ss.

V. Troiano, *Interventi di rafforzamento patrimoniale e assetti proprietari*, in RTDE, 2017, 4 – supplemento, 41 ss.

V. Troiano, A. Sacco Ginevri, *The "preparation" function in the new banking legislative framework*, in Open Review of Management, Banking and Finance, 2016, 1.

A H. Türk, *European Banking Union and its relation with European Union*, The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, M. P. Chiti, V. Santoro (edited by), Palgrave Macmillan, Cham, 2019.

G.M., Uda, *Il bail-in e i principi della par conditio creditorum e del no creditor worse off (NCWO)*, in Dir. Econ., 2018, 3, 733 ss.

A. Urbani, *Brevi considerazioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio nella riforma della disciplina delle banche popolari*, in Ricerche giuridiche, 2015, 4, 1, 1 ss.

M. Van Rijsbergen, *On the Enforceability fo EU Agencies Soft Law at the National Level: the case of European Securities and Market Authority*, in Utrecht Law Review, 2014, 10.5, 116 ss.

D. Varani, F. Ielpo, *I piani di risanamento semplificati: indicazioni operative*, in www.dirittobancario.it, Marzo 2017.

D. Vattermoli, *Il bail-in*, L'unione bancaria europea, M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2016.

M. Ventoruzzo, G. Sandrelli, *O Tell Me the Truth about Bail-In: Theory and Practice*, in The Journal of Business, Entrepreneurship &Law, 2020, 13, 1, 187 ss.

A. Vignini, *State Aid Control in the Banking Sector and the Single reolution Mechanism*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials), R. D'Ambrosio (edited by), n. 88, aprile 2020.

U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2019.

R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017.

P.M. Vipiana, *voce Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in Digesto, 1991, agg. 2011.

P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1968.

G. Visentini, *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Autonomia privata e funzione*, Giuffrè, Milano, 1871.

G. Visentini, *Le società per azioni. Vol. III. Dispense per gli studenti*, Cedam, Padova, 2012.

G. Visentini, *Dell'amministrazione della società per azioni*, Dike, Roma, 2016.

G. Visentini, *Metamorfosi di moneta e finanza nell'evoluzione del diritto: l'ordine UE*, Studi in onore di Paolo Montalenti, in corso di pubblicazione, e Archivio CERADI, al link https://archivioceradi.luiss.it/2021/11/29/metamorfosi-di-moneta-e-finanza-nellevoluzione-del-diritto-lordine-ue/

G. Visentini, A. Palazzolo, *Manuale di diritto commerciale*, Dike, Roma, 2017.

C. Vivante, *Sul risanamento delle società anonime*, in Riv. Dir. Comm., 1916, I, 637 ss.

G. Vosa, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri fra Stati e Unione Europea*, FrancoAngeli, Milano, 2020.

G. Zanobini, *Corso di diritto corporativo*, Giuffrè, Milano, 1943.

G. Zanobini, *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, in Scritti vari di diritto pubblico, Giuffrè, Milano, 1955 ed in Riv. Dir. Pub., 1918.

G.S. Zavvos, S. Kaltsouni, *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union, legal foundation, governance structure and financing*, Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector, M. Haentjens, B. Wessels (edited by), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

ELENCO DELLE SIGLE[684]

ABE: Autorità Bancaria Europea (European Banking Authority, anche **EBA**);

AC: Autorità Competente;

ANC: Autorità Nazionali Competenti (per la Vigilanza);

AEAP: Autorità Europea delle Assicurazioni e delle Pensioni aziendali e professionali (European Insurance and Occupational Pensions Authority, anche **EIOPA**);

AESFEM: Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (European Securities and Markets Authority, anche **ESMA**);

ANR: Autorità Nazionali di Risoluzione;

AR: Autorità di Risoluzione;

AVE: Autorità di Vigilanza Europee o European Supervisory Authorities;

BCE: Banca Centrale Europea o European Central Bank;

BDI: Banca d'Italia;

[684] Nel testo, la scelta tra acronimo rispondente alla denominazione inglese, o italiana, si è basato sul più comune impiego dell'una o dell'altra riscontrato negli studi in materia.

BRRD: Bank Recovery and Resolution Directive (UE/2014/59);

CERS: Comitato Europeo per il Rischio Sistemico;

CRD: Capital Requirements Directive (UE/2013/36);

CRR: Capital Requirements Regulation (UE/2013/575);

CRU: Comitato di Risoluzione Unico (Comitato);

DGS: Deposit Guarantee Schemes (Sistemi di Garanzia dei Depositi, anche **SGD**);

DGSD: Deposit Guarantee Schemes Directive (UE/2014/49);

EBA: European Banking Authority o Autorità Bancaria Europea;

ECB: Banca Centrale Europea o European Central Bank;

EDIS: Sistema Europeo di Garanzia dei Depositi (European Deposit Guarantee Scheme);

EIOPA: European Insurance and Occupational Pensions Authority o Autorità Europea delle Assicurazioni e delle Pensioni Aziendali e Professionali;

ESAs: Autorità di Vigilanza Europee o European Supervisory Authorities;

ESMA: European Securities and Markets Authority o Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati;

ESRB: European Systemic Risk Board o Comitato Europeo per il Rischio Sistemico;

GA: Giudice Amministrativo;

GO: Giudice Ordinario;

ITS: Implementing Technical Standards (Norme tecniche di attuazione);

MRU: Meccanismo Di Risoluzione Unico (Single Resolution Mechanism, anche **SRM**);

MVU: Meccanismo Di Vigilanza Unico (Single Supervisory Mechanism, anche **SSM**);

Q&A: Questions & Answers (Domande e Risposte)

RTS: Regulatory Technical Standards (Norme tecniche di regolamentazione);

SDGS: Sistema Unico di Garanzia dei Depositi o Single Deposit Guarantee Scheme;

SRMR: Single Resolution Mechanism Regulation (UE/2014/806);

SSMR: Single Supervisory Mechanism Regulation (UE/2013/1024);

TUB: Testo Unico Bancario (d.lgs. n. 385 del 1 settembre 1993);

TUF: Testo Unico della Finanza (d.lgs. n 58 del 24 febbraio 1998);

TUSP: Testo Unico delle Società Partecipate (d.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016, anche Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica – **TUSPP**).