

La risoluzione bancaria

Il 20 giugno 2018 presso la Facoltà di economia della Sapienza, Università di Roma, si è tenuto un incontro di studio, organizzato dalla rivista, dal Ce.di.b. e dal Master in Diritto della crisi delle imprese, sul tema «La risoluzione bancaria». All'incontro, presieduto dal prof. Alessandro Nigro, professore ordinario fuori ruolo della Sapienza, Università di Roma, sono intervenuti il prof. Sandro Amorosino, professore ordinario fuori ruolo della Sapienza, Università di Roma, il prof. Giuseppe Guizzi, professore ordinario nell'Università di Napoli Federico II, il prof. Bruno Inzitari, professore ordinario nell'Università di Milano Bicocca, il prof. Michele Perrino, professore ordinario nell'Università di Palermo, il prof. Giuseppe Santoni, professore ordinario nell'Università di Roma Tor Vergata, il prof. Daniele Vattermoli, professore ordinario nella Sapienza, Università di Roma e Direttore del Master in diritto della crisi delle imprese.

Ne pubblichiamo gli atti.

Introduzione.

ALESSANDRO NIGRO

Seguendo quella che ormai si può ben considerare una tradizione dei nostri incontri – iniziati, mi piace ricordare, nel 2010 – la mia introduzione si limiterà ad una rapida presentazione del tema.

Prima di questo, però – anche qui come di consueto – i doverosi ringraziamenti a tutti coloro che hanno reso possibile realizzare anche quest'anno l'iniziativa.

Quindi ringraziamenti vanno, da un lato, alla Casa editrice Pacini, che pubblica la nostra rivista e che ci sostiene sempre con molta fiducia. E, dall'altro, alla Facoltà e al Dipartimento che ci ospitano, nonché

al Master in Diritto della crisi delle imprese, che si è da qualche tempo aggiunto agli ormai molti “padrini” degli incontri.

Ringraziamenti vanno poi a coloro che si sono sobbarcati il peso dell’organizzazione, ai relatori che hanno di buon grado accettato di intervenire – alcuni sono ormai di casa qui; altri sono presenti per la prima volta: e li salutiamo con particolare calore – ed infine a tutti i presenti per essersi disturbati nonostante il caldo.

Vengo al tema. Non credo che la scelta di dedicare attenzione specifica alla risoluzione bancaria necessiti di particolari spiegazioni. Si tratta di un istituto di particolare interesse sotto molti profili: per la sua centralità nell’ordinamento bancario e finanziario, per la sua assoluta novità, per la complessità della sua disciplina.

Per la verità, dubito che questo istituto possa trovare ancora applicazione o comunque applicazione diffusa in Italia. Lo *shock* provocato dalla risoluzione delle “famose” quattro banche locali è ben lungi dall’essere stato assorbito. Tant’è che, in relazione alle crisi intervenute successivamente, tutti – le autorità di vigilanza, il governo, il Parlamento – si sono adoperati, più o meno affannosamente, per trovare o inventare strade che evitassero di dover adottare lo strumento della risoluzione. Nel caso delle due banche venete si è fatto ricorso al vecchio strumentario: la liquidazione coatta più la cessione di *assets*; nel caso del Monte dei Paschi si è fatto ricorso al nuovo strumento della “ricapitalizzazione preventiva” che ha avuto come risultato l’ingresso massiccio dello Stato nell’azionariato (anche qui, dunque, un vecchio strumento). Del resto, che sia maturato un clima di diffidenza o addirittura di ostilità per la risoluzione è dimostrato dal fatto che le autorità finanziarie europee avrebbero in animo di proporre l’esclusione dal *bail-in* delle obbligazioni bancarie.

Tutto ciò comunque nulla toglie, io credo, all’interesse oggettivo che il tema presenta per gli studiosi del diritto delle banche. Esso offre un “territorio” per molti versi ancora sconosciuto: e questo renderà ancor più prezioso il contributo di conoscenza e di costruzione che verrà dalle relazioni dei colleghi ed amici ai quali cedo ora la parola.

I profili generali: struttura, natura, funzioni

DANIELE VATTERMOLI

SOMMARIO: 1. Premessa e delimitazione dell'analisi. – 2. La risoluzione bancaria. Profili strutturali. – 3. *Segue*. Profili funzionali. – 4. *Segue*. La natura giuridica.

1. Premessa e delimitazione dell'analisi.

Mi è stato affidato il compito, arduo e allo stesso tempo gratificante, di aprire questo importante convegno sulla risoluzione bancaria. Un compito arduo, si diceva, non tanto perché si tratta della prima relazione della giornata, quanto perché ha ad oggetto niente meno che i profili strutturali e funzionali, nonché la natura giuridica della procedura di risoluzione bancaria, di cui, per ovvie ragioni, mi dovrò limitare a tracciare i lineamenti generali.

Visto il poco tempo a disposizione per adempiere all'obbligazione ingenuamente assunta, entro immediatamente in *medias res*, non prima peraltro di aver precisato che di risoluzione bancaria può teoricamente discorrersi a diversi livelli di analisi: domestico, europeo ed internazionale puro. A livello europeo, poi, può parlarsi di risoluzione avendo a mente la Direttiva BRRD (la n. 59/2014), oppure il Regolamento n. 806/2014/UE, che istituisce il Meccanismo di Risoluzione Unico (il *Single Resolution Mechanism*: SRM)¹.

La risoluzione bancaria non muta pelle, conservando la medesima natura giuridica, indipendentemente dal livello dell'analisi prescelto: ma dato che debbo occuparmi anche degli aspetti strutturali e funzionali, credo sia necessario delimitare subito il campo di indagine, restringendolo alla sola risoluzione domestica, quella cioè disciplinata dal d.lgs. n. 180/2015, escludendo dunque dalle successive considerazioni la risoluzione gestita nell'ambito dell'SRM, che, specialmente dal punto di vista strutturale, presenta differenze non lievi rispetto a quella regolata dalla Direttiva BRRD e, a cascata, a quella interna².

¹ Per un efficace sintesi delle linee generali della BRRD e del Regolamento SRM v. STANGHELLINI, *La gestione delle crisi bancarie. La tradizione italiana e le nuove regole europee*, in *Ricerche giuridiche*, 4, 2, 2015, pp. 323 ss.

² In argomento cfr., da ultimo e per tutti, DEL GATTO, *Il Single resolution mechanism. Quadro d'insieme*, in CHITI e SANTORO, *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, pp. 267 ss.

2. La risoluzione bancaria. Profili strutturali.

Si può iniziare dagli aspetti *strutturali*.

La procedura di risoluzione in senso stretto, per tale intendendosi quella che si apre e si chiude ai sensi, rispettivamente, degli artt. 32 e 38 d.lgs. n. 180/2015 – e nella quale dunque non rientrano né i meccanismi che possono eventualmente precederla, quali le misure di intervento precoce e l'amministrazione straordinaria; né le procedure che, sempre in via eventuale, possono essere disposte successivamente alla chiusura della stessa, quale la l.c.a. –, presenta una scansione che può essere articolata in 3 fasi:

- una *prima fase*, che si conclude con il *provvedimento d'apertura* della procedura da parte della Banca d'Italia;
- una *seconda fase*, definibile *operativa*, che attiene alla esecuzione del *programma di risoluzione*;
- una *terza fase*, infine, che si conclude con il provvedimento di *chiusura*.

A. *Procedimento di apertura*³.

a) La prima fase prende avvio dalla *valutazione di risolvibilità* della banca, operata dalla Banca d'Italia al momento della preparazione e dell'aggiornamento del piano di risoluzione (art. 12, d.lgs. n. 180/2015). La banca si intende "risolvibile" quando può essere sottoposta a l.c.a. o a risoluzione minimizzando le conseguenze negative per il sistema finanziario italiano e nella prospettiva di assicurare la *continuità delle funzioni essenziali* (co. 2).

Qualora l'ente risultasse, a seguito di tale valutazione, non risolvibile, la Banca d'Italia provvede a comunicare alla banca interessata gli elementi di criticità riscontrati, la quale dovrà proporre le misure necessarie per superarli; nel caso in cui le misure proposte non siano ritenute adeguate – o, deve ritenersi, in caso di inerzia dell'organo amministrativo della banca –, sarà direttamente la Banca d'Italia ad imporre all'ente in dissesto l'adozione di una o più delle misure contemplate dall'art. 16 d.lgs. n. 180/2015⁴. Il sistema modellato dalla Direttiva BRRD non tolle-

³ Sul quale v. SANTONI, *L'apertura*, in questo fascicolo.

⁴ Come, ad esempio, la limitazione dell'esposizione ai rischi; la cessione di alcuni beni o rapporti giuridici; la limitazione o la sospensione di determinate attività; fino a giungere ad imporre la modifica della forma giuridica o della struttura, anche finanziaria, della banca, attraverso la emissione di passività ammissibili.

ra, invero, la presenza al suo interno di una banca che, all'occorrenza, non possa essere assoggettata a risoluzione, in quanto – e lo si vedrà subito appresso – tale procedura è volta al perseguimento dell'interesse pubblico. Ciò non significa che la composizione della crisi dell'ente in dissesto debba invariabilmente passare per la procedura di risoluzione, essendo ben possibile che, nel caso concreto, si opti per l'apertura della liquidazione coatta amministrativa: ciò, però, può e deve essere il frutto di una scelta dell'Autorità di vigilanza e non essere il risultato imposto da elementi endogeni all'ente creditizio.

b) In questa fase, che culmina con il provvedimento di apertura, si inserisce anche la *valutazione* – che deve essere equa, prudente e realistica⁵ – *della attività e delle passività* dell'ente in dissesto, ex artt. 23 ss. d.lgs. n. 180/2015, operata dall'esperto nominato dalla Banca d'Italia o, qualora vi sia urgenza di provvedere, direttamente da quest'ultima, seppure in via provvisoria.

Si tratta senza dubbio dell'aspetto più spinoso e delicato dell'intera procedura di risoluzione. E' sulla scorta di tale valutazione, invero, che si decide se vi sono o meno i presupposti per aprire la risoluzione; che si sceglie lo strumento di risoluzione da adottare; che viene quantificato l'importo del *bail-in*⁶, qualora si decidesse di ricorrere a tale strumento; che vengono identificate le diverse categorie di azionisti e creditori, classificati secondo il rango vantato nell'ordine verticale di distribuzione del

⁵ Con riferimento al tema della valutazione del patrimonio dell'ente in dissesto, ai fini della procedura di risoluzione, particolare importanza assume il documento elaborato dall'EBA [EBA, *Regulatory Technical Standards on valuation for the purposes of resolution and on valuation to determine difference in treatment following resolution under Directive 2014/59/EU on recovery and resolution of credit institutions and investment firms (Final draft)*, 23 maggio 2017, disponibile *on line* sul sito www.eba.europa.eu], contenente gli standards tecnici e l'approccio metodologico ai quali dovrebbe attenersi il soggetto incaricato della valutazione medesima. Nel documento, il cui scopo è quello di rendere quanto più possibile omogenea l'applicazione della Direttiva BRRD negli Stati membri, viene precisato che *«These draft technical standards are intended to promote the consistent application of methodologies for these valuations throughout the Union. They seek not to provide detailed valuation rules for particular types of asset or liability, but rather to further specify the principles on the basis of which the independent valuer must apply their own judgement and expertise in particular cases»*.

⁶ Sembra che il termine *«bail-in»* – in contrapposizione al termine *bail-out* – sia stato per la prima volta utilizzato, per indicare il fenomeno del risanamento dell'ente creditizio in dissesto attraverso l'allocazione delle perdite tra soci ed azionisti dell'ente medesimo, nel saggio di CALELLO e ERVIN, *From Bail-out to Bail-in*, in *The Economist*, 28 gennaio 2010.

patrimonio dell'ente in dissesto; che viene stimato, infine, il trattamento che i soci ed i creditori riceverebbero in caso di l.c.a.

Sui criteri di valutazione la disciplina è estremamente vaga, richiedendo che la stessa debba fondarsi «*su ipotesi prudenti, anche per quanto concerne i tassi di insolvenza e la gravità delle perdite*» (art. 24, co. 2). Cosa siano i tassi di insolvenza ed a quale scopo essi vengano richiamati non è però ben chiaro: è peraltro plausibile che ci si voglia riferire al rischio di *default* dei debitori della banca, al fine della valutazione prudenziale, ossia al presumibile valore di realizzo, dei crediti dell'ente medesimo (il che renderebbe coerente l'accostamento con la «*gravità delle perdite*»).

c) Se la banca è risolvibile ed è in stato di dissesto o di rischio di dissesto, si presenta il primo *snodo* procedurale importante, quello della *scelta* della procedura di soluzione della crisi da adottare: *i*) c.d. *bail-in* debole⁷; oppure *ii*) risoluzione in senso stretto o, infine, *iii*) l.c.a.

La risoluzione viene disposta quando *l'interesse pubblico* – declinato secondo la definizione in buona misura “circolare” contenuta nell'art. 20, co. 2⁸ e la cui sussistenza nel caso specifico è accertata dalla Banca d'Italia – può essere efficacemente perseguito solo attraverso la risoluzione⁹.

⁷ Il d.lgs. n. 180/2015 prevede e disciplina, agli artt. 27-31, la misura – che può essere disposta dalla Banca d'Italia in caso di accertamento del dissesto o del rischio di dissesto dell'intermediario e indipendentemente dall'adozione di un'azione di risoluzione e che, in concreto, è stata utilizzata per far fronte alla crisi delle quattro banche italiane subito dopo la pubblicazione del decreto legislativo delegato – della riduzione del valore nominale di azioni o crediti e della conversione delle passività reali in azioni della banca. Tale misura, si applica nei soli confronti degli elementi che compongono i fondi propri dell'ente ed è strumentale alla copertura delle perdite e al rispetto, da parte dell'ente medesimo, dei requisiti prudenziali: per tale ragione, e considerati gli effetti che essa produce, la stessa può essere definita *bail-in* “debole” [così, in dottrina, DI BRINA, *Il Bail-in (L'influenza del diritto europeo sulle crisi bancarie e sul mercato del credito)*, 2016, *paper* consultabile *on line* sul sito www.orizzontideldiritto.commerciale.it/], o “parziale”. È peraltro possibile che al c.d. *bail-in* “debole” faccia seguito il *bail-in* in senso stretto, come espressamente stabilito dall'art. 51, co. 3, lett. *b*), d.lgs. n. 180/2015. Sul punto cfr. VATTERMOLI, *Il bail-in*, in CHITI e SANTORO, *L'unione bancaria europea*, cit., p. 519.

⁸ Ai sensi del quale: «*La risoluzione è disposta quando la Banca d'Italia ha accertato la sussistenza dell'interesse pubblico che ricorre quando la risoluzione è necessaria e proporzionata per conseguire uno o più obiettivi indicati all'articolo 21 e la sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa non consentirebbe di realizzare questi obiettivi nella stessa misura*».

⁹ Sui problemi connessi all'accertamento, nel caso concreto, della sussistenza dell'interesse pubblico cfr. STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in AGE, n. 2/2016, p. 573. Sul punto si tornerà (*infra*, § 3) parlando

B. Esecuzione del programma.

Nella *seconda fase*, quella in precedenza definita *operativa*, viene data *esecuzione* al programma di risoluzione individuato nel provvedimento di apertura, da parte dei commissari speciali nominati dalla Banca d'Italia, oppure direttamente da quest'ultima.

Tale programma, nel quale vengono contemplati gli strumenti di risoluzione (*bail-in*; cessione dell'azienda o delle azioni dell'ente a un soggetto terzo o ad un ente-ponte; cessione di determinati elementi patrimoniali ad una società veicolo)¹⁰ ritenuti nel caso concreto più appropriati per contenere gli effetti del dissesto, ha poco o nulla a che vedere con il piano di risanamento che le banche, ai sensi degli artt. 69-*quater* e ss. t.u.b., debbono redigere e sottoporre alla valutazione dell'A.V. Il piano, infatti, è uno strumento di pianificazione della gestione della pre-crisi redatto dallo stesso ente creditizio, che entra in giuoco nel momento in cui si registra un significativo deterioramento della situazione patrimoniale e finanziaria del soggetto vigilato e contiene le misure volte al riequilibrio della medesima; il primo, invece, non si propone l'obiettivo del risanamento dell'ente, quanto piuttosto la salvaguardia dell'intero sistema finanziario.

Il programma di risoluzione, inoltre, non è detto che coincida con il piano che l'autorità di risoluzione deve redigere ai sensi degli artt. 7 e ss. d.lgs. n. 180/2015¹¹. Non è per nulla certo, invero, che gli scenari prefigurati al momento della redazione del piano siano perfettamente aderenti alla realtà: non v'è dubbio, tuttavia, che il piano *de quo* possa in ogni caso fungere da supporto per l'autorità di risoluzione al momento tanto della predisposizione quanto dell'attuazione del programma¹².

Con riferimento all'*apparato di organi* della procedura¹³, posso limitarmi a segnalare come l'intera procedura sia retta, in ultima istanza, dalla Banca d'Italia, quale Autorità di risoluzione, la quale dovrà in alcune circostanze confrontarsi con la BCE, e che potrà eventualmente avvalersi di altri due organi, i *commissari speciali* ed il *comitato di sorveglianza*, che richiamano da vicino, anche in virtù di rinvii espressi alla relativa

della funzione della risoluzione.

¹⁰ Sugli strumenti di risoluzione v. INZITARI, *Gli strumenti*, in questo fascicolo.

¹¹ Sulla differenza tra i «*recovery plans*» ed i «*resolution plans*» cfr., per tutti, ARMOUR, *Making Bank Resolution Credible*, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 244/2014, p. 10.

¹² STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta*, cit., p. 578.

¹³ Sul quale v. PERRINO, *Gli organi*, in questo fascicolo.

disciplina, gli organi della l.c.a. di cui al t.u.b., pur non sovrapponendosi perfettamente – quanto a funzioni e poteri – a questi ultimi.

In questa seconda fase si inserisce poi il sub procedimento – anch'esso eventuale – dell'accertamento giudiziario dello *stato di insolvenza* (art. 36). Si tratta dell'unica fase giurisdizionale della procedura che, per il resto, si presenta come una procedura di stampo schiettamente amministrativo¹⁴.

Come avviene nell'ambito della l.c.a. l'accertamento deve essere effettuato "ora per allora", prendendo in esame la situazione in cui versava l'ente al momento dell'apertura della risoluzione. Ai fini della dichiarazione dello stato di insolvenza non rilevano, dunque, i risultati in termini economici – siano essi positivi¹⁵, ovvero negativi per l'ente – realizzati durante la procedura di risoluzione.

L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza rende applicabili le norme penali e quelle sugli atti pregiudizievoli per i creditori di cui alla legge fallimentare (con l'eccezione rappresentata dall'art. 67, co. 2 l. fall.), avvicinando così, anche su tale versante, la nostra procedura alla l.c.a. bancaria.

C. Chiusura.

La *terza fase* è, come si diceva, quella di chiusura, che presuppone l'accertamento, da parte della Banca d'Italia, dell'avvenuto conseguimento degli obiettivi della risoluzione o dell'impossibilità di conseguirli (art. 38). La legge non prevede alcun potere di impulso in tal senso da parte degli eventuali organi della procedura, commissari speciali e comitato di sorveglianza, né tanto meno da parte degli organi dell'ente in dissesto: la determinazione, in un senso o nell'altro, è dunque di esclusiva competenza dell'Autorità di risoluzione.

Per la legge, lo si è visto, la decisione della Banca d'Italia deve fare perno sul conseguimento degli obiettivi della risoluzione: il fatto è, però, che questi ultimi, come si avrà modo di vedere subito appresso, sono molteplici ed in certa misura autonomi l'uno dall'altro e non è detto che, nel caso concreto, siano tutti realizzabili e/o che lo siano allo stesso tempo. Nel disciplinare tale fase sarebbe stato forse meglio individuare

¹⁴ Sul punto si tornerà parlando della natura giuridica della risoluzione bancaria (*infra*, § 4).

¹⁵ Il co. 2 dell'art. 36 conferma che «Le disposizioni del Titolo VI della legge fallimentare trovano applicazione anche quando lo stato di insolvenza è superato per effetto della risoluzione».

il *trigger event* in un dato oggettivo, quale ad esempio la completa esecuzione del programma di risoluzione (o, al contrario, l'accertata impossibilità di portarlo a compimento).

La chiusura della risoluzione potrebbe poi spalancare le porte alla l.c.a. di cui al t.u.b., qualora, per un verso, lo strumento di risoluzione previsto nel programma e concretamente utilizzato fosse stato la cessione di beni e rapporti giuridici ad un soggetto terzo o ad un ente-ponte; e, per altro verso, fossero residue attività o passività in capo all'ente sottoposto a risoluzione. Dal che la chiara indicazione di ontologica alternatività tra le due procedure, peraltro già desumibile dalla disciplina in tema di apertura della risoluzione.

Per concludere sul punto va aggiunto che, a differenza di quanto accade nella l.c.a. (cfr. art. 92 t.u.b.), il provvedimento di chiusura della risoluzione non è anticipato dal deposito in tribunale di "bilanci finali" e di "piani di riparto", nella procedura *de qua* essendo totalmente assente la fase di distribuzione della massa attiva liquida tra gli aventi diritto sul patrimonio della banca in crisi¹⁶.

D. A queste tre fasi (necessarie), se ne aggiunge infine *una quarta*, se si vuole *esterna ed eventuale*, che si apre a seguito alle contestazioni sollevate dai creditori e dai soci coinvolti nella sopportazione delle perdite dell'ente in dissesto, disciplinata nel Titolo VI (artt. 87 ss.), dedicato alle *Salvaguardie e Tutela Giurisdizionale*. Di tale fase non è possibile in questa sede dare conto, neanche per sommi capi¹⁷.

3. Segue. Profili funzionali.

Passo a quella che può essere definita la *funzione giuridicamente rilevante* della risoluzione, sottolineando immediatamente un dato di particolare importanza ai fini dell'analisi. Con riferimento alla procedura *de qua*, a differenza di quanto avviene per altre procedure¹⁸, nessun

¹⁶ Il co. 1 dell'art. 38 d.lgs. n. 180/2015 si limita a stabilire che la Banca d'Italia, una volta dichiarata chiusa la procedura, «*ordina ai commissari speciali e ai componenti del comitato di sorveglianza, ove nominati, o agli organi di amministrazione e controllo dell'ente sottoposto a risoluzione, di redigere separati rapporti sull'attività svolta nell'ambito della risoluzione. I rapporti sono trasmessi alla Banca d'Italia*».

¹⁷ Su tale fase v. AMOROSINO, *Le tutele*, in questo fascicolo.

¹⁸ Sull'importanza che rivestono i casi di chiusura nella individuazione della funzione giuridicamente rilevante di una certa procedura cfr. NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*⁴, Bologna, 2017, pp. 46 ss.

elemento può trarre l'interprete dallo studio delle ipotesi (o dei casi) di chiusura, atteso che, come si è avuto modo di osservare, l'art. 38 d.lgs. n. 180/2015 si limita a ricollegare la chiusura medesima all'accertamento dell'avvenuto conseguimento (o dell'impossibilità del conseguimento) degli obiettivi della risoluzione.

Ciò premesso, non sembra dubbio che la procedura di risoluzione sia stata in origine pensata e poi concretamente articolata per assolvere alla funzione di allocare le perdite dell'ente in dissesto all'interno del medesimo (c.d. *burder sharing*)¹⁹, in tal modo superando il principio, da alcuni in passato definito il "mito"²⁰, del *too big to fail*, che per un lunghissimo periodo di tempo ha catalizzato l'attenzione dei legislatori nazionali e sul quale è stato costruito il sistema di *safety net* che, in Italia come altrove, ha di fatto consentito di scaricare i costi delle crisi bancarie sui contribuenti. Un sistema che, com'è tristemente noto, ha nel tempo generato gravi inconvenienti a livello sia di crescita incontrollata del debito sovrano, sia di incentivo all'assunzione irresponsabile del rischio da parte della proprietà e dei *managers* dell'ente creditizio²¹.

Se quella appena segnalata è la "cornice funzionale" della risoluzione – sulla quale, data la complessità delle questioni di vertice che in essa confluiscono, non ho ovviamente modo di indugiare²² –, sembra di un qualche interesse in questa sede indagare se e come la stessa abbia trovato traduzione nelle norme di diritto interno.

In tale ottica, particolare attenzione deve essere dedicata all'art. 21, co. 1 d.lgs. n. 180/2015, che contiene l'elenco degli obiettivi che dovrebbe perseguire la risoluzione, che vanno dalla continuità aziendale, alla stabilità finanziaria; dal contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche, alla tutela dei depositanti e degli investitori protetti dai sistemi di garanzia o di indennizzo; sino alla tutela dei fondi e delle altre

¹⁹ FIORDIPONTI, *Le aspettative restitutorie di azionisti e creditori ai tempi del bail-in*, in *AGE*, n. 2/2016, pp. 527 ss.

²⁰ KAUFMAN, *Are some banks too large to fail? Myth and reality*, in *Federal Reserve Bank of Chicago, Working Papers series, Issues of financial regulation*, n. 14/1989, p. 1; MOOSA, *The myth of too big to fail*, in *Journal of Banking Regulation*, vol. 11, 2010, p. 319.

²¹ RINGE, *Bank Bail-in Between Liquidity and Solvency*, in *92 Am. Bankr. L.J.*, 2018, p. 299 ss.

²² Esprime dubbi in ordine all'effettiva idoneità della procedura di risoluzione a salvaguardare la fiducia degli investitori nel mercato finanziario SANTONI, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistematica?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, pp. 619-620.

attività della clientela. A tali obiettivi si aggiungono poi quello della minimizzazione dei costi della risoluzione e quello di evitare, per quanto possibile, la distruzione di valore (co. 2).

Ora, a parte la singolarità di alcuni degli obiettivi elencati²³ e la non facilissima perimetrazione di altri²⁴, il problema più grave che pongono norme come quella testé menzionata – che il nostro ordinamento peraltro già conosce: e mi riferisco, ad esempio, all’art. 104-bis, co. 2 l. fall. dettato in tema di scelta dell’affittuario dell’azienda nel fallimento – è che tali obiettivi sembrano collocarsi tutti *sullo stesso piano*, sicché diviene estremamente arduo individuare, *ex ante*, quello che dovrà prevalere in ipotesi di potenziale conflitto tra i medesimi.

Eppure, se si presta attenzione alla disciplina dei singoli strumenti di risoluzione e alla definizione di risolvibilità, sembra corretto ritenere che la precondizione per poter procedere con la risoluzione – e dunque l’obiettivo *prioritario* che viene perseguito attraverso di essa – sia la *continuità delle funzioni essenziali dell’ente in dissesto*²⁵.

È dunque alla dimensione macroeconomica che deve volgersi lo sguardo per cogliere il senso ultimo della procedura di risoluzione, concepita – almeno nelle intenzioni – come lo strumento in grado di limitare gli effetti nefasti scaturenti dall’uscita traumatica del circuito economico di un centro di imputazione di atti e rapporti giuridici. Sotto tale ottica, l’interesse pubblico perseguito sembra potersi declinare nella ricerca della *stabilità* del mercato finanziario, intesa però non soltanto dal punto di vista economico, ma anche (e nei limiti del possibile) come invarianza dei (e nei) rapporti giuridici *in itinere*²⁶.

²³ La tutela dei depositanti protetti dai sistemi di garanzia dovrebbe essere di «competenza», appunto, dei sistemi di tutela, non della disciplina della risoluzione.

²⁴ Non è ben chiaro, invero, a quali *costi* della risoluzione (da minimizzare) ed a quale *valore* (da preservare) specificamente si alluda all’art. 21. È tuttavia presumibile che tanto i costi quanto il valore abbiano a che fare, direttamente o indirettamente, con il patrimonio dell’ente in dissesto: sul punto cfr. le osservazioni di STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta*, cit., p. 570.

²⁵ Nello stesso senso NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm.*, 2018, I, pp. 191-192; FIORDIPONTI, *Le aspettative restitutorie*, cit., pp. 527-528; SANTONI, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 621.

²⁶ Che poi, almeno da questo punto di vista – ossia, prescindendo dal diverso sistema di allocazione delle perdite o di sopportazione dei costi –, coincide con l’interesse pubblico sotteso alle operazioni di liquidazione c.d. “tecnica”, che per lungo tempo hanno rappresentato lo strumento principe per la gestione delle crisi bancarie in Italia.

Nella materia *de qua*, tuttavia, il *trade-off* non è – meglio: *non può essere*, per ipotesi data – tra continuità aziendale e miglior soddisfacimento dei creditori, che rappresentano i “poli funzionali” normalmente evocati nel diritto concorsuale comune, atteso che tra i principi guida della risoluzione vi è, oltre al rispetto tendenziale della *par condicio creditorum*, quello del *No Creditor Worse Off Than in Liquidation (NCWOTL)*, che si traduce nell'impossibilità di riconoscere ai creditori dell'ente in dissesto un trattamento peggiore rispetto a quello che ad essi spetterebbe in ipotesi di apertura della l.c.a. di cui al t.u.b.

La risoluzione deve dunque perseguire *anche* il miglior soddisfacimento dei creditori, che rientra così a pieno titolo tra gli obiettivi *necessari* della procedura, integrandone in ultima analisi la funzione giuridicamente rilevante.

4. Segue. La natura giuridica.

Quanto appena detto consente di passare velocemente all'ultima parte della relazione, quella dedicata alla individuazione della *natura giuridica* della procedura di risoluzione.

Non v'è dubbio che a tal fine un ottimo punto di osservazione possa essere offerto dal confronto con la procedura di l.c.a. bancaria, che come si è appena detto, viene evocata dal d.lgs. n. 180/2015 come termine di comparazione per la verifica del rispetto delle condizioni per l'apertura della risoluzione²⁷.

Credo che la procedura di risoluzione debba essere inquadrata – almeno nell'ipotesi, definibile tipica, in cui la stessa produca anche la rimozione degli organi ordinari della banca – tra le cc.dd. *gestioni straordinarie*, di natura *amministrativa* e a carattere *ablativo*²⁸, destinata a porre rimedio a crisi di funzionamento, non necessariamente a carattere patrimoniale, *reversibili* e con effetti che non si esauriscono nella sfera

Sul punto v. VATTERMOLI, *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, Milano, 2001, pp. 7 ss.

²⁷ V. il già citato art. 20, co. 2 d.lgs. n. 180/2015. Sul tema dei rapporti tra risoluzione e l.c.a. v., altresì, le osservazioni di GUIZZI, *I rapporti con altri procedimenti o strumenti di soluzione delle crisi bancarie*, in questo fascicolo.

²⁸ E v. CARIDI, *L'amministrazione speciale. Struttura, funzione disciplina*, in CHITI e SANTORO, *L'unione bancaria europea*, cit., p. 466, che individua nell'amministrazione speciale, ossia nella nomina dei commissari speciali, una «*gestione sostitutiva coattiva*».

dei rapporti interni all'ente che ne è assoggettato, coinvolgendo altresì le situazioni giuridiche dei *terzi* (in particolare, dei creditori)²⁹.

Questa proiezione verso l'esterno fa assumere alla risoluzione bancaria una connotazione del tutto peculiare nell'ambito delle gestioni straordinarie, avvicinandola, dal punto di vista degli *effetti*, al tipico operare delle *procedure concorsuali*, contraddistinte appunto dall'essere *necessariamente a rilevanza esterna*.

D'altra parte, la risoluzione presenta i medesimi *presupposti* della l.c.a.; inoltre, lo si è visto, la dichiarazione giudiziale dello *stato di insolvenza*, possibile anche se l'ente lo abbia in un secondo momento e per effetto della risoluzione superato, rende applicabili le *norme penali* contenute nel Titolo VI della legge fallimentare e quelle in tema di *revoca degli atti pregiudizievole ai creditori*; ed infine, gli atti posti in essere nel corso della risoluzione *non sono soggetti a revocatoria*.

Nonostante le rilevate similitudini – di un certo peso, ai fini del discorso, proprio quella in tema di accertamento giudiziale dello stato di insolvenza –, la risoluzione bancaria non può tuttavia essere riguardata come una *procedura concorsuale*, per il semplice, ma *decisivo* rilievo, che attraverso di essa *non viene attuata in forma coattiva la responsabilità patrimoniale dell'ente in dissesto*³⁰.

Ed invero, *nessun concorso*, né sostanziale né formale, si apre tra i creditori, l'avvio della procedura non determinando alcun vincolo generale di destinazione sul patrimonio responsabile, né, conseguentemente, alcun blocco delle azioni esecutive individuali; i crediti nei confronti dell'ente non scadono al momento dell'apertura, e durante il corso della procedura non v'è sospensione del corso degli interessi³¹.

Nel senso appena segnalato depongono, infine, le norme che stabiliscono la temporanea ed estremamente breve, ossia sino alla mezzanotte del giorno lavorativo successivo alla pubblicazione del programma di risoluzione, sospensione degli obblighi di pagamento e di consegna da parte della banca in risoluzione e la limitazione, ugualmente temporanea e breve, dell'escussione di garanzie nei confronti di quest'ultima:

²⁹ In generale, sulle gestioni straordinarie o commissariali v. NIGRO, *La disciplina della crisi patrimoniale delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XXV, Torino, 2012, pp. 114 ss.

³⁰ Per considerazioni non del tutto coincidenti v. TERRANOVA, *Diritti soggettivi e attività d'impresa nelle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2017, I, pp. 669 ss. (in part. 697-698).

³¹ Fermi restando, ovviamente, gli effetti prodotti dalle singole misure di risoluzione.

norme che, lungi dal rappresentare il riflesso della natura concorsuale della procedura di risoluzione, ne attestano, al contrario, l'*irriducibilità*.

Eppure, come si è anticipato, è proprio alla l.c.a. (*recte*: al trattamento che gli azionisti ed i creditori riceverebbero nell'ambito della stessa) che il d.lgs. n. 180/2015 fa riferimento per valutare se la procedura di risoluzione sia, nel caso specifico, adottabile.

a) Il confronto con la procedura concorsuale amministrativa serve in primo luogo – e lo si è visto – per fissare la soglia massima delle perdite che ciascun azionista o creditore della banca in dissesto può subire per effetto della risoluzione³².

Nel diritto comune della crisi delle imprese non è la prima volta che per l'applicazione di una certa misura si utilizza come parametro di riferimento il trattamento che avrebbero ricevuto i creditori in caso di apertura di una procedura concorsuale a carattere *liquidativo-satisfattivo*³³.

Nella procedura *de qua*, però, c'è qualcosa di diverso, che svela, a ben vedere, la reale portata della risoluzione bancaria. Nell'art. 22, co. 1, lett. c) – replicato, sul punto, dall'art. 87, co. 1 – si fa invero riferimento alle *perdite subite* dagli azionisti e, eventualmente, dai creditori, per effetto della misura di risoluzione, che vengono poste in relazione con quelle che gli stessi soggetti avrebbero sopportato in caso di apertura della l.c.a.

La procedura di cui ci stiamo occupando si caratterizza, allora, per il fatto non già di *soddisfare crediti* (e, più in generale, interessi economici), bensì di *allocare perdite*. Il che è pienamente in linea con quanto si è detto in precedenza, circa la non riconducibilità della risoluzione alle procedure di attuazione coattiva della responsabilità patrimoniale della banca in dissesto.

La concreta operatività della risoluzione – e, in particolare, dello strumento del *bail-in* – deve dunque fare i conti con un modello *virtuale* della l.c.a., che rappresenti ciò che sarebbe accaduto (in termini, occorre ribadire, di perdite), in ipotesi di apertura della procedura concorsuale.

³² Cfr. art. 22, co. 1, lett. c): «nessun azionista e creditore subisce perdite maggiori di quelle che subirebbe se l'ente sottoposto a risoluzione fosse liquidato, secondo la liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal t.u.b. o altra analoga procedura concorsuale applicabile»; la stessa norma, quasi ad attestarne l'importanza sistematica, è replicata, con formulazione praticamente identica, nell'art. 87, co. 1.

³³ E si pensi alle norme, in tema di concordato preventivo, di cui agli artt. 160, co. 2 e 180, co. 4 l. fall.

Restano, ovviamente, tutti i problemi legati all'assenza di un test di mercato che consenta di determinare il valore reale dell'impresa bancaria in dissesto (sia esso a *going concern* o di liquidazione), nella specie sostituito da mere stime³⁴.

b) L'altro pilastro sul quale si fonda la struttura edificata a protezione degli aventi diritto sul patrimonio della banca in dissesto è rappresentato dal rispetto della *par condicio creditorum*³⁵, che tuttavia, inserendosi in un meccanismo di allocazione di perdite, ben può essere definita *virtuale*.

L'espressione sembra invero particolarmente adatta a descrivere l'operatività della regola (o meccanismo) della parità di trattamento dei creditori – nella specie estesa ai soci della banca in dissesto – nell'ambito della procedura di risoluzione, attesa la portata intrinsecamente concorsuale di tale regola e la consequenziale irrilevanza che la stessa dovrebbe avere fuori dall'esecuzione (individuale o collettiva) sui beni del debitore.

Le due regole assolvono una funzione complementare l'una all'altra, operando però su piani differenti. Ed invero. Se il rispetto del principio del *NCWOTL* risponde ad un criterio di *efficienza* di stampo *paretiano*, evitando che per mezzo della risoluzione si realizzino trasferimenti di valore a danno degli interessati, con il richiamo alla *par condicio* il legislatore si colloca invece sul piano dell'*equità*, facendo sì che l'eventuale *surplus* generato dalla risoluzione venga allocato – sotto forma di minori perdite – secondo l'ordine verticale e quello orizzontale di distribuzione del patrimonio responsabile, replicando, ancora una volta, la ripartizione dell'attivo in ambito concorsuale.

Si può aggiungere che nella specie la regola della parità di trattamento, oltre ad essere virtuale, è altresì *invertita*. Posto che di essa, come si

³⁴ In generale, sui problemi connessi all'attuazione della responsabilità patrimoniale di un'impresa in dissesto in difetto di una liquidazione reale della massa attiva, ossia di un test di mercato, cfr., tra gli altri, COOGAN, *Confirmation of a Plan Under the Bankruptcy Code*, in 32 *Case W. Res. L. Rev.*, 1982, p. 313, nt. 62; BAIRD e BERNSTEIN, *Absolute Priority, Valuation Uncertainty, and the Reorganization Bargain*, in 115 *Yale L. J.*, 2006, pp. 1930 ss. (gli autori da ultimo citati riportano (a 1943) anche una frase di BLACK, *Noise*, in 41 *J. Fin.*, 1986, p. 533, secondo il quale «*all estimates of value are noisy*»); ADLER e AYRES, *A Dilution Mechanism for Valuing Corporations in Bankruptcy*, in 111 *Yale L. J.*, 2001-2002, pp. 83 ss.; BEBCHUK, *A New Approach to Corporate Reorganization*, in 101 *Harvard L. Rev.*, 1988, pp. 775 ss.

³⁵ Cfr. art. 22, co. 1, lett. b): «*Salvo che sia diversamente previsto dal presente decreto, gli azionisti e i creditori aventi la stessa posizione nell'ordine di priorità applicabile in sede concorsuale ricevono pari trattamento e subiscono le perdite secondo l'ordine medesimo*».

è avuto modo di anticipare, occorre tenere conto non già ai fini del soddisfacimento dei creditori, bensì per “distribuire” perdite, è chiaro che in tale distribuzione si dovrà necessariamente partire da coloro che, tra tutti gli aventi diritto sul patrimonio della banca in dissesto, presentano il grado di *seniority* più basso, ossia gli azionisti, e procedere in senso ascendente tra le passività ammissibili, sino ai creditori privilegiati. In un ordine esattamente inverso, appunto, a quello che con funzione *satisfattiva* è delineato dall’art. 111 l. fall.

Infine, non v’è dubbio che il perseguimento della parità di trattamento tra i creditori (e tra gli azionisti) sia solo *tendenziale*, attesa la possibilità per l’Autorità di risoluzione di escludere dall’ambito delle passività ammissibili determinate poste del passivo della banca.

È proprio sul terreno della possibile alterazione del principio della parità di trattamento tra i creditori che sembra cogliersi uno dei riflessi più limpidi del potere discrezionale esercitabile dell’Autorità di risoluzione nella gestione dei dissesti bancari. Un potere – è opportuno sottolineare – che, visto dall’esterno, può rappresentare un serio ostacolo al mantenimento della fiducia degli investitori nella procedura di risoluzione (e, più in particolare, nello strumento del *bail-in*)³⁶, con inevitabili ricadute sulla idoneità di quest’ultima ad assicurare la stabilità dei mercati.

Un sistema, concludo, reso ancor più incerto ed instabile per gli investitori dal meccanismo sostitutivo del test di mercato adottato ai fini del *NCWOTL*, ossia la stima (operata sia *ex ante* sia, con funzione «riparatrice», *ex post*) delle attività e delle passività dell’ente in dissesto, snodo cruciale e maggiormente critico, a mio parere, dell’intera procedura di risoluzione³⁷.

³⁶ Non a caso, nel documento elaborato dal FSB, *Principles on Bail-in execution*, 21 giugno 2018, disponibile *on line* sul sito www.fsb.org (e sul quale cfr., VATTERMOLI, *Introduzione ai Principle on Bail-in Execution*, in *Dir. banc.*, 2018, II, p. 113), viene posto l’accento sulla necessità che «*Discretionary exclusions from the scope of bail-in and departures from pari passu treatment of similarly situated creditors should be non-discriminatory and applied only where they are necessary to meet the resolution objectives consistent with the Key Attributes, to contain the potential systemic impact of a firm’s failure or to maximise the value for the benefit of all creditors as a whole*» (Principle n. 2).

³⁷ FIORDIPONTI, *Le aspettative restitutorie*, cit., p. 531: «*per i soggetti protagonisti della partecipazione alla copertura delle perdite si prospettano conseguenze equiparate agli effetti della liquidazione, che sono però immaginati sulla base di una valutazione di prospettiva, necessariamente teorica*».

L'apertura

GIUSEPPE SANTONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pianificazione del risanamento. – 3. Gli strumenti di intervento precoce. – 4. Il programma di risoluzione e la valutazione-delle attività e delle passività. – 5. I presupposti della risoluzione. – 6. L'avvio del procedimento. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Ringrazio sentitamente i gentili ospiti professori Alessandro Nigro e Daniele Vattermoli per il cortese invito a partecipare a questo incontro di studio, su un argomento così attuale e controverso.

Il tema che mi è stato affidato, l'apertura della risoluzione, suscita l'interrogativo iniziale di individuare il momento di apertura.

La risposta più agevole che verrebbe spontaneo dare, anche perché di certo è formalmente la più corretta, è quella che individua tale momento nella adozione del provvedimento amministrativo di accertamento della sussistenza dei presupposti della risoluzione, e che dunque dispone l'avvio della risoluzione.

Tuttavia, tale risposta finisce con il trascurare che la risoluzione deve essere considerata il culmine di un complesso processo decisionale, volto a realizzare le cinque finalità (in realtà sintetizzabili in tre) individuate come gli obiettivi della risoluzione dall'art. 31 della Direttiva BRRD, e riprese dall'art. 21 del d.lgs. 180/2015, e sui quali mi soffermerò brevemente di seguito.

Ora, se si condivide che il processo decisionale a monte della risoluzione, o – se si preferisce – il meccanismo di risoluzione, sia ampio e complesso ed inizi ben prima che la procedura di risoluzione sia formalmente avviata con gli atti amministrativi che ne dispongono l'inizio, si rende necessario soffermarsi brevemente sulle componenti principali di quel processo.

2. La pianificazione del risanamento.

Il primo tassello di tale processo decisionale consiste certamente nella adozione delle misure di pianificazione del risanamento della banca in crisi, ed in particolare nel cd. piano di risanamento che ciascun intermediario bancario o finanziario, in quanto sottoposto alla disciplina di risoluzione, ha l'obbligo di predisporre (art. 69-ter, t.u.b.), unitamente

alla stipula di eventuali accordi infragruppo di sostegno finanziario (art. 69-*duodecies*, t.u.b.).

Il cd. piano di risanamento è stato significativamente assimilato al cd. *living will*¹, o se si preferisce testamento biologico, o DAT (dichiarazione anticipata di trattamento), come il biotestamento è denominato nella recente legge 22 dicembre 2017, n. 219, con il quale il paziente può esprimere le proprie volontà in merito ai trattamenti sanitari che intende ricevere.

Il piano di risanamento, individuale o di gruppo, è rivolto a individuare i soggetti coinvolti nella eventuale ripatrimonializzazione della banca, le dimensioni degli interventi, le modalità attraverso le quali saranno attuati, i prevedibili risultati ai quali tendono, la verifica dell'idoneità della soluzione individuata a superare l'eventuale dissesto della banca. La Direttiva comunitaria, e con essa la legge italiana, al riguardo hanno ripreso integralmente l'impostazione originaria del *Dodd Frank Act* americano, modificandola in un punto significativo. Mentre infatti per la legislazione americana la pianificazione preliminare spetta alla società bancaria o finanziaria, salvo il potere dell'autorità di controllo ed anche della *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC: in breve, il Fondo federale di tutela dei depositi) di valutare la funzionalità e la credibilità del piano, ed imponendo, ove necessario delle misure correttive; invece, nel sistema della disciplina europea, il potere suppletivo delle autorità di controllo – sia europea che nazionali, secondo le rispettive competenze – è ulteriormente rafforzato con il riconoscimento di autonomi poteri di richiesta di modifiche del piano alla banca o alla capogruppo, anche con l'indicazione delle modifiche da apportare, nonché di impartire l'ordine delle modifiche da apportare e fino ad arrivare al potere di richiedere alla banca o alla capogruppo di dare attuazione al piano di risanamento, fissando un termine.

Ma soprattutto, come vedremo, nel momento della concreta attuazione della risoluzione, il programma di risoluzione da attuare sarà quello predisposto dalla autorità.

Proprio tale autonomo potere di pianificazione, e comunque il forte potere di controllo che la direttiva comunitaria ed i diversi ordinamenti europei assegnano alle autorità di risoluzione, nell'ambito delle rispet-

¹ Vedi GUACCERO, *Global Crisis, Globalization of Remedies. Comparative Remarks on the Approach to Banking and Financial Crisis in the US and the EU*, in *Ann. dir. comp. e st. leg.*, 2017, p. 348.

tive competenze, riguardo alla valutazione dei piani di risanamento, fa comprendere che l'adozione dei successivi provvedimenti di apertura della risoluzione rientrano in un quadro di pianificazione e di programmazione pubblica la cui compatibilità con una economia di mercato resta a mio avviso da giustificare.

Colpisce al riguardo il ruolo che nella disciplina comunitaria ed italiana anche organismi per così dire intermedi finiscono con l'assumere, quale ad esempio il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, i cui compiti sicuramente si accentueranno ulteriormente nel momento in cui avrà definitiva attuazione il terzo pilastro dell'Unione Bancaria Europea, attraverso la istituzione di un Fondo europeo di assicurazione unico dei depositi.

Uno degli aspetti più paradossali dei noti e recenti esempi di applicazione delle discipline conseguenti all'Unione Bancaria Europea risiede nella circostanza che l'italiano Fondo Interbancario di Tutela dei depositi aveva in passato una minore soggezione all'autorità di vigilanza italiana, e comunque svolgeva funzioni di pubblico interesse minore, rispetto agli omologhi tedeschi o francesi², e dunque una maggiore autonomia decisionale, e ciò nonostante i suoi interventi sono stati ritenuti come idonei a violare la disciplina degli aiuti di stato in misura maggiore di quegli omologhi.

Mentre, in nome del mercato e della sua tutela, si è venuto delineando un sistema di intervento se non di interferenza nella gestione degli intermediari da parte delle autorità pubbliche di controllo, specie europee, che non ha antecedenti nella precedente, e generalmente considerata meno liberista, esperienza italiana. Con la conseguenza che spesso il giudizio sulla misura del carattere pro-concorrenziale o meno di determinati interventi sembra essere legato non tanto alla loro entità o alle modalità previste, ma dalla considerazione di chi li pone in essere.

3. Gli strumenti di intervento precoce.

Solo un cenno ad un momento ulteriore e successivo rispetto alla pianificazione della risoluzione, ma comunque anteriore rispetto alla formale emanazione del provvedimento di risoluzione. Tale momento è costituito dal ricorso ai cd. strumenti di intervento precoce, vale a di-

² Vedi BENTIVEGNA, *Il ruolo (incerto) dei sistemi di garanzia dei depositanti nel nuovo regime*, in AGE, 2016, p. 467, nt. 23.

re dalla adozione di misure volte a anticipare ed anche a prevenire un eventuale provvedimento di risoluzione. Tra tali misure rientrano per lo più provvedimenti adottati dalle autorità di vigilanza o con il beneplacito di queste, quali ad esempio ordini di fare o non fare, rimozione di esponenti aziendali, nomina di commissari a fianco degli amministratori ed infine l'adozione della «nuova» amministrazione straordinaria³. Si tratta di misure che devono essere considerate come alternative alla risoluzione, ma la cui adozione non vale in termini assoluti ad escluderne la futura adozione, laddove si rivelino come insufficienti ad impedire il verificarsi dei relativi presupposti.

4. Il programma di risoluzione e la valutazione delle attività e delle passività.

Passando alla adozione del provvedimento di risoluzione vero e proprio, va sottolineato come questo debba essere necessariamente preceduto dalla predisposizione di un programma di risanamento adottato dall'autorità di risoluzione competente, nel quale, ai sensi dell'art. 32, d.lgs. 180/15, devono essere individuate le misure di risoluzione da adottare sulla base della valutazione effettuata ai sensi degli artt. 23 e ss.; inoltre, ove tra le misure previste nel piano vi sia anche il *bail in*, il piano deve indicarne l'ammontare e quali categorie di passività siano escluse, in base al successivo art. 49.

Tra le diverse ulteriori eventuali misure che, singolarmente o cumulativamente, il piano deve indicare vanno ricordati: la entità delle misure di *burden sharing*, il ricorso al fondo di risoluzione, la possibile permanenza in carica degli esponenti aziendali, la costituzione di un ente ponte e/o di una società veicolo per la gestione delle attività, con indicazioni relative ad operazioni di cessione all'ente ponte o alla società veicolo di beni e rapporti giuridici, ovvero di cessione delle partecipazioni al capitale sociale dell'ente ponte, o delle attività o passività di questo.

In pratica, il programma di risoluzione prevede tutte le misure che saranno adottate con il provvedimento di risoluzione, e la sua redazione si fonda sulla valutazione equa, prudente e realistica delle attività e delle passività della banca, effettuata, ai sensi dell'art. 23, su incarico della Banca d'Italia, da un esperto indipendente, che può essere anche il com-

³ STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in *AGE*, 2016, p. 569.

missario straordinario dell'amministrazione straordinaria. Se sussistono motivi di urgenza, la valutazione dell'art. 23 può essere sostituita da una valutazione provvisoria effettuata dalla Banca d'Italia, che include una stima motivata di eventuali ulteriori perdite. La valutazione provvisoria dovrà essere poi seguita da una valutazione definitiva: come esempio, va ricordato che nel noto caso delle quattro banche poste in risoluzione nel novembre 2015, le valutazioni a monte di tutti i provvedimenti adottati sono state provvisorie.

La valutazione costituisce uno degli snodi più importanti dell'avvio della procedura di risoluzione. In primo luogo, ai sensi dell'art. 24, essa fornisce elementi affinché sia accertata l'esistenza dei presupposti della risoluzione, o comunque delle misure di *burden sharing*; inoltre, perché fornisce elementi per individuare le azioni di risoluzione da adottare, anche tenendo conto del piano di risoluzione elaborato dalla stessa banca o dallo stesso gruppo bancario; ancora, perché quantifica l'entità della riduzione o della conversione degli strumenti di capitale necessari per coprire la perdita, e in caso di *bail-in*, le passività ammissibili a riduzione o conversione; infine, se le azioni di cessione prevedono la cessione di attività e di passività ad un ente ponte o ad una società veicolo, o anche ad un soggetto terzo, perché individua i beni ed i rapporti giuridici oggetto delle rispettive cessioni.

Il nesso tra valutazione e programma di risoluzione è evidente. La valutazione fornisce tutti gli elementi necessari per accertare i presupposti della risoluzione, ma fornisce anche l'indicazione del rimedio da adottare.

È evidente come tale disciplina riveli il tentativo di obiettivizzare il più possibile l'accertamento dei presupposti della crisi e dei rimedi da adottare, esternalizzando le relative valutazioni ad un esperto indipendente, il quale espressamente può essere chiamato a rispondere dei danni cagionati per dolo o colpa grave (art. 23, co. 3).

In realtà, come vedremo, una delle critiche più dure che è stata mossa alla nuova disciplina delle crisi bancarie è l'eccessiva discrezionalità delle autorità, sia nell'accertamento dei presupposti della crisi che dei rimedi da adottare⁴. L'obiettivazione, e il ricorso a prassi per così dire di mercato, quale deve essere considerata la rimessione della valutazione

⁴ Hanno parlato di potere «enorme» (Lener) o «near dictatorial» (Presti), citati in FIORDIPONTI, *Le aspettative restitutorie di azionisti e creditori ai tempi del bail-in*, in *AGE*, 2016, p. 537.

ad una società di revisione esterna, appare tuttavia una novità più formale che sostanziale, poiché il peso “politico” delle decisioni da adottare resta comunque tutto sulla autorità pubblica competente, mentre l'intervento del revisore esterno si pone come un parere tecnico che va ad integrare e rafforzare le motivazioni dei provvedimenti da adottare.

5. I presupposti della risoluzione.

Passando ad esaminare i presupposti della risoluzione, essi sono comuni anche alle altre procedure di gestione delle crisi bancarie, come esplicitamente enuncia la rubrica dell'art. 17, d.lgs. 180/15: si tratta del dissesto o del rischio di dissesto della banca ed ancora l'impossibilità di prospettare ragionevoli misure alternative che consentano di superare il dissesto o il rischio di dissesto in tempi adeguati, quali l'intervento di uno o più soggetti privati o di un sistema di tutela, o anche un'azione di vigilanza, come misure di intervento precoce o la stessa amministrazione straordinaria.

Non mi dilungo sul dissesto o sul rischio di dissesto⁵, né sull'impossibilità di adottare misure alternative, bensì sulla circostanza che il loro accertamento è effettuato dalla Banca d'Italia, o dalla Banca Centrale Europea, secondo il riparto di competenze previsto dall'art. 19.

Poiché i presupposti sono comuni a tutte le procedure e le misure di crisi, occorre verificare come l'Autorità provveda ad individuare la procedura di crisi da adottare nel caso concreto. Il criterio seguito è quello della esclusione progressiva dell'utilità del ricorso alle misure meno invasive.

La prima misura è quella cd. del *burden sharing*, ovvero della riduzione o della conversione di azioni, di altre partecipazioni o strumenti di capitale emessi dalla banca, ove esse siano sufficienti a rimediare lo stato di dissesto o il rischio di questo. In caso di insufficienza, si ricorre alla liquidazione coatta amministrativa o alla risoluzione: a quest'ultima previo accertamento dell'interesse pubblico a conseguire gli obiettivi previsti dall'art. 21

L'ordine in cui il decreto elenca tali obiettivi è oltremodo significativo. Al primo posto è indicata la continuità delle «*funzioni essenziali*» della banca (peraltro non precisate): generalmente, la locuzione è fatta

⁵ Per il quale rinvio al mio, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione dello stato di insolvenza*, in AGE, 2016, pp. 516 e ss.

coincidere dagli interpreti con la continuità aziendale, al punto che più di un autore concorda con la definizione della risoluzione come *concordato coatto con continuità aziendale*⁶. La formula, suggerita da Gaetano Presti, è fortunatissima e molto citata⁷, ma si basa in realtà su un ossimoro, che, a mio avviso, anziché spiegare, confonde le idee. Infatti, a meno di ritenere il piano di risanamento predisposto (per legge) dalla banca o dal gruppo bancario come una sorta di piano concordatario, dal quale peraltro ben può discostarsi il programma di risoluzione adottato dall'autorità, non si comprende dove sia l'accordo negoziale che dovrebbe caratterizzare il concordato. Che poi l'accordo sia qualificato come coatto, rende ancora più evidente l'artificio retorico che è celato dalla brillante formulazione. Ciò chiarito, non vi è dubbio che la continuità aziendale costituisca il primo tra tutti gli obiettivi che la norma intende perseguire attraverso la risoluzione, con ciò individuando nell'interruzione della attività (e direi: in primo luogo, la chiusura degli sportelli, ed il panico fra i risparmiatori che essa genera) l'evento principale da evitare ed impedire al verificarsi della crisi bancaria: ciò che ne spiega la collocazione al primo posto fra gli obiettivi, e prima di altri di portata apparentemente più generale.

Gli ulteriori obiettivi della risoluzione indicati nell'art. 21 sono: di evitare effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria, in particolare attraverso la prevenzione del contagio, mantenendo la disciplina di mercato, e salvaguardando i fondi pubblici, senza ricorrere o riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario; la tutela dei depositanti e degli investitori oltre che dei fondi e delle altre attività dei clienti.

Le valutazioni effettuate dall'autorità di vigilanza sono di particolare importanza per comprendere il meccanismo della risoluzione, i cui principi sono enunciati nell'art. 22, in otto punti, elencati dalla lettera a) alla lettera h), i primi quattro dei quali fanno tutti riferimento alle perdite e all'ordine e ai modi nei quali sono ripartite: il primo, e a mio avviso più significativo criterio, è che le perdite sono subite dagli azionisti e dai creditori nell'ordine e nei modi stabiliti dal decreto.

⁶ Vedi PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca, impr., soc.*, 2015, p. 346

⁷ La condivide, tra gli altri, CALANDRA BUONAUORA, *La disciplina del risanamento e della risoluzione delle banche. Aspetti critici*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2017, p. 7.

Tali ordine e modi hanno suscitato un vivace dibattito sul se la risoluzione sia o meno una procedura concorsuale, nel senso cioè se essa sia ispirata ai principi del concorso.

Al riguardo, è stato sottolineato con forza da Bruno Inzitari, come la banca sottoposta a risoluzione sia innanzitutto sottoposta ad un vero e proprio spossessamento⁸, perché viene meno ogni potere decisionale dell'assemblea; gli organi di amministrazione e controllo decadono (ma come visto, non necessariamente); i commissari speciali assumono la rappresentanza legale e poteri di tutti gli organi sociali, oltre ad assumere il potere di dare esecuzione alle misure di risoluzione (art. 37) e a promuovere l'azione sociale di responsabilità e quella dei creditori sociali; azione che, nel caso di mancata nomina dei commissari può essere esercitata anche da un commissario *ad acta* all'uopo nominato.

Tuttavia, e ricollegandomi idealmente alle numerose altre considerazioni svolte oggi da Daniele Vattermoli, deve essere osservato che l'art. 22, co. 1, lettera b), prevede che «*salvo che sia diversamente previsto dal presente decreto, gli azionisti e i creditori aventi la stessa posizione nell'ordine di priorità applicabile in sede concorsuale ricevono pari trattamento e subiscono le perdite secondo l'ordine medesimo*». Dunque, proprio tale principio generale della risoluzione prevede espressamente che il principio di parità di trattamento possa essere derogato dal decreto.

Ed infatti, l'art. 52, co. 2, lett. a), dopo avere enunciato che le misure di *bail-in* sono disposte «*in modo uniforme nei confronti di tutti gli azionisti ed i creditori dell'ente appartenenti alla stessa categoria, proporzionalmente al valore nominale dei rispettivi strumenti finanziari o crediti, secondo la gerarchia applicabile in sede concorsuale e tenuto conto delle clausole di subordinazione (...)*», precisa «*salvo quanto previsto dall'art. 49, commi 1 e 2*». Le disposizioni oggetto del richiamo elencano le passività, vale a dire – per usare il lessico giuridico – i *crediti verso la banca* esclusi dal *bail-in*, per legge o in via eccezionale individuati dalla Banca d'Italia, previa adozione del procedimento previsto dal successivo co. 4. Si tratta di passività che espressamente (art. 49, co. 3, lett. a), «*possono ricevere un trattamento più favorevole rispetto a quello che spetterebbe a passività ammissibili dello stesso grado o di grado sovraordinato se l'ente sottoposto alla risoluzione fosse liquidato, secondo la liquidazione coatta*

⁸ Vedi INZITARI, *La risoluzione e la condivisione concorsuale delle perdite*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, V, Milano, 2016, p. 1219.

amministrativa disciplinata dal Testo Unico Bancario o altra analoga procedura concorsuale applicabile».

Personalmente, ho difficoltà a capire come si possa conciliare tale disposizione con il principio *no creditor worse off* (NCWO). Tale principio vieta ogni trattamento del creditore peggiore rispetto a quello che avrebbe ricevuto se la banca fosse stata assoggettata alla liquidazione coatta amministrativa. Esso è considerato come il principale presidio di tutela del creditore della banca assoggettata a risoluzione, ed è ribadito in varie norme: in primo luogo nell'art. 52, co. 2, lett. b), ma anche e soprattutto negli artt. 87, 88 e 89, norme che prevedono l'obbligo di procedere *ex post* ad una nuova valutazione, da parte di un esperto indipendente, incaricato dalla Banca d'Italia, che può essere anche il medesimo esperto che aveva effettuato la valutazione *ex art.* 23 e ss. Si tratta di una valutazione, che può condurre anche a riconoscere il diritto del creditore trattato in modo peggiore a ottenere un indennizzo equivalente alla differenza tra il trattamento ricevuto e quello che gli sarebbe spettato se la banca fosse stata sottoposta a liquidazione coatta amministrativa.

Ciò che non mi riesce di capire è come sia possibile che una certa categoria di creditori, quelli esclusi dal *bail-in*, possano ricevere un trattamento più favorevole rispetto a quello che sarebbe loro spettato in caso di l.c.a., senza che le altre categorie di creditori, assoggettate al concorso che si sarebbe avviato con la l.c.a., non ricevano inevitabilmente in conseguenza di ciò un trattamento peggiore.

Ne consegue che, a mio avviso, si deve escludere che la procedura di risoluzione possa essere ritenuta una procedura concorsuale, vale a dire con regole di concorso assimilabili a quelle regolate dalla legge fallimentare.

6. L'avvio del procedimento.

Passando ora ad esaminare i profili procedurali dell'avvio della risoluzione, va innanzitutto rilevato che il provvedimento di avvio della risoluzione emanato dalla Banca d'Italia deve essere previamente approvato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze, il cui decreto è espressamente condizione di efficacia del provvedimento della Banca d'Italia (art. 32, co. 2). La Banca d'Italia può determinare la decorrenza degli effetti del provvedimento solo dopo aver ricevuto la comunicazione dell'approvazione da parte del MEF. Inoltre il provvedimento di avvio è trasmesso alla BCE, all'ente sottoposto a risoluzione e agli ulteriori destinatari (sistemi di garanzia e autorità previste dall'art. 32, co. 4).

La Banca d'Italia può attuare il programma di risoluzione dando esecuzione alle misure previste sia con propri provvedimenti di carattere particolare, sia demandando ai commissari speciali il compimento di atti; in entrambi i modi possono essere adottati atti che tengono luogo di quelli spettanti agli organi sociali, agli azionisti e ai detentori di altre partecipazioni. La norma appena enunciata, contenuta nell'art. 34, è di particolare importanza, perché consente alle autorità o anche ai commissari speciali di dar luogo alle riduzioni e alle conversioni delle azioni o degli altri strumenti finanziari, che costituiscono la prima e più radicale misura conseguente all'accertamento dello stato di dissesto della banca.

Venendo poi alle misure di risoluzione, esse sono disciplinate negli artt. 39 e ss. Le misure possibili previste dall'art. 39 sono:

- 1) la cessione in blocco dei beni e dei rapporti giuridici ad un soggetto terzo, vale a dire ad un'altra banca, già esistente sul mercato. Si tratta della misura più vicina alla "vecchia" cessione delle attività e passività a favore di una banca acquirente, che si pone come "cavaliere bianco";
- 2) la cessione d'azienda ad un ente ponte (o cd. *bridge bank*), il quale dovrà essere altresì dotato di adeguati mezzi finanziari, nonché essere tempestivamente autorizzato all'esercizio dell'attività bancaria;
- 3) il *bail-in*, come disciplinato negli artt. 48 ss.;
- 4) la cessione di beni e rapporti giuridici ad una società veicolo per la gestione di attività, che tuttavia può essere adottato solo congiuntamente ad una delle altre tre.

Non mi dilungo sul contenuto delle varie misure, nell'odierno convegno oggetto di altre relazioni; vorrei però esprimere la mia profonda perplessità sulla efficienza dello strumento costituito dall'ente ponte, per come è risultato nella vicenda delle quattro banche. Esso infatti trova la sua giustificazione nella esigenza di creare una discontinuità tra la banca sottoposta a risoluzione e l'esigenza di continuare l'attività bancaria. Tuttavia, l'ente ponte si è rivelato uno strumento del tutto inadeguato a creare la discontinuità necessaria. L'attività bancaria continua ad essere svolta negli stessi locali, dalle stesse persone, fatto salvo il cambio del vertice aziendale (ove questo avvenga) e perciò la clientela non avverte nessun mutamento di identità del soggetto bancario. In breve, e a mio avviso, lo strumento dell'ente ponte è del tutto incapace di funzionare e personalmente esprimo l'auspicio ed il suggerimento non solo che esso non venga più utilizzato in futuro, ma anzi che esso venga emendato dalla disciplina di legge.

7. Conclusioni.

Vengo rapidamente alle conclusioni, nelle quali svolgerò alcune considerazioni sulle critiche più diffuse rivolte al sistema normativo come sopra delineato. Una prima critica si riferisce alla circostanza che le misure adottate dal legislatore comunitario per far fronte alla grande crisi finanziaria non sono state focalizzate solo sul salvataggio delle banche in difficoltà, come è avvenuto negli USA, da cui pure quelle misure hanno tratto ispirazione. Esse infatti hanno avuto come principale obiettivo di evitare distorsioni concorrenziali tra banche sane e banche in difficoltà, oltre che appartenenti a Stati membri differenti. È stato al riguardo osservato⁹ che la natura peculiare del sistema giuridico dell'UE, basato su una sorta di doppia sovranità, per il quale gli aiuti di Stato sono concessi dagli Stati membri, ma il rispetto delle norme sulla concorrenza è imposto a livello dell'UE, ha finito per concedere alla Commissione un ruolo chiave nella legislazione emanata in risposta alla crisi riguardante il controllo sui salvataggi da effettuarsi con fondi pubblici. E ciò nonostante che la legislazione comunitaria sia molto più permissiva di quella statunitense nel consentire aiuti di stato alle banche in difficoltà.

A ciò si aggiungano le dure critiche mosse non solo all'eccessiva discrezionalità in generale concesse alle diverse autorità che intervengono per accertare i presupposti degli interventi e delle procedure previste dalla Direttiva BRRD, oltre che nella individuazione delle misure da adottare, ma anche alla sovrapposizione di competenze tra le diverse autorità.

Una delle carenze maggiori della nuova disciplina delle crisi bancarie è da rinvenire proprio nell'eccessiva frammentazione dei poteri di decisione e di intervento tra diverse autorità, le quali devono pervenire quasi a concertare le proprie decisioni, con tempi inevitabilmente lunghissimi e perciò incompatibili con le esigenze di rapidità imposte dal contrasto dei dissesti bancari e dal conseguente pericolo di contagio.

In particolare, nella gestione delle crisi bancarie italiane è emerso un potere eccessivo che la Commissione Europea si è attribuito, in forza delle proprie competenze relative alla tutela del mercato, con la conseguenza che ha finito con il condizionare scelte riguardanti materie sicuramente estranee alle sue valutazioni, quale ad esempio il valore da attribuire ai crediti in sofferenza¹⁰.

⁹ Vedi GUACCERO, *Global Crisis*, cit., p. 358.

¹⁰ Cfr. GIUNTA e ROSSI, *Che cosa sa fare l'Italia. La nostra economia dopo la Grande*

La sensazione complessiva è che la nuova legislazione comunitaria in materia di crisi bancarie, andando oltre le roboanti dichiarazioni di principio di salvaguardia del sistema bancario europeo, avesse come finalità principale quella di concedere agli organi comunitari un controllo più pregnante sulla erogazione degli aiuti di stato alle banche nazionali da parte dei singoli stati membri. Il che si è tradotto in concreto nell'uscita dal mercato italiano di alcune banche poco significative: è evidente, invece, che l'eventuale uscita dal mercato di una banca sistemica giustifichi, come di fatto ha giustificato nel caso Monte dei Paschi, un aiuto di stato di ingente portata per evitare il contagio.

Tuttavia, l'esperienza delle quattro banche ha dimostrato come la crisi di fiducia nel sistema bancario ed il pericolo di contagio possano essere generati anche per vicende relative a banche di piccole dimensioni, specie se per ragioni di lotta e di speculazione politica si dà un clamore mediatico suicida per il Paese che lo asseconda: le crisi bancarie si gestiscono in silenzio, come Beneduce e una prassi ormai quasi secolare della Banca d'Italia hanno insegnato. Delle crisi bancarie meno si parla, soprattutto sui giornali e nei *talk show* televisivi, e meglio è.

Non possono essere perciò condivise le critiche fondate sul rilievo della incompatibilità della opacità della gestione delle crisi bancarie, come affrontate in Italia, con il metodo democratico imposto dalla legislazione europea. Al riguardo, si deve rilevare che la trasparenza avrebbe dovuto riguardare semmai il processo legislativo che ha condotto all'approvazione della nuova disciplina che si sta esaminando, attraverso la sottoposizione al dibattito parlamentare e alla pubblica opinione dell'esame dei costi, con l'indicazione dei rispettivi destinatari, delle diverse opzioni possibili, come ad esempio avvenne negli USA, in occasione dell'approvazione del *Banking Act* del 1933¹¹. Ed invece l'attenzione vivacissima della classe politica e della pubblica opinione italiana dedicata

Crisi, Bari, 2017, p. 193; CALANDRA BUONAURO, *La disciplina*, cit., p. 11, nt. 15.

¹¹ Sul punto, cfr. GIORDANO, *Storia del sistema bancario italiano*, Roma, 2007, p. 46, il quale pone a confronto la vivacità del dibattito parlamentare statunitense che portò all'emanazione del *Glass Steagall Act*, con l'assoluta segretezza a seguito della quale furono portati a compimento dei coevi salvataggi bancari italiani (su cui, cfr. *ivi*, pp. 36 ss.). L'A. non manca peraltro di sottolineare come il *modus operandi* italiano sollevò all'epoca vivaci critiche, e ricorda tuttavia i diversi esiti del salvataggio del Credito Italiano, nel febbraio 1931, rispetto a quello pubblico, quasi contemporaneo (maggio 1931), del *Creditanstalt* austriaco, il cui fallimento generalmente è considerato come la vicenda che diede inizio alla grande crisi bancaria europea di quegli anni.

alle crisi bancarie degli ultimi anni finisce con il porsi in fortissimo contrasto con la quasi assoluta disattenzione dedicata alla emanazione della predetta disciplina, anche quando adottata a livello comunitario.

La diffusa diffidenza, causata dall'incomprensione degli obiettivi generali perseguiti, mi spinge a condividere e sottoscrivere la previsione formulata da Alessandro Nigro nella introduzione all'odierno convegno, secondo cui la risoluzione non è attesa da un luminoso futuro.

Gli organi

MICHELE PERRINO

SOMMARIO: 1. Premessa. Interazione degli organi delle procedure di risoluzione. – 2. Organi a livello europeo. Il Fondo unico di Risoluzione. – 3. Il Comitato di risoluzione unico. – 4. Consiglio e Commissione. – 5. I Collegi di risoluzione. – 6. Organi a livello nazionale. La Banca d'Italia. – 7. Ministero Economia. Commissari speciali. – 8. L'amministratore speciale. L'amministratore temporaneo. – 9. Comitato di sorveglianza. – 10. Gli organi della società bancaria. – 11. I riflessi sull'organo amministrativo. – 12. L'impatto sulla competenza decisionale dei soci. – 13. Valutazioni d'insieme e conclusive.

1. Premessa. Interazione degli organi delle procedure di risoluzione.

Nell'accingermi ad affrontare il tema assegnatomi degli "organi" della risoluzione bancaria, mi prendo la libertà di interpretarlo in termini allargati: non solo trattando degli organi in senso stretto deputati all'applicazione e attuazione delle procedure di risoluzione, ma anche degli stessi organi della società bancaria, nella misura in cui in vario modo coinvolti in tale contesto.

A tal fine, nell'individuare anzitutto gli organi delle procedure di risoluzione, occorre distinguere il livello europeo da quello nazionale, pur nella loro stretta interrelazione e necessità di raccordo (cfr. cons. 38 e 54 Reg. CE 15 luglio 2014, n. 806/2014, sulla necessità di *memorandum* di intesa fra Comitato di risoluzione unico e autorità di risoluzione nazionali).

In particolare, la reciproca interazione degli organi delle procedure di risoluzione bancaria è governata da regole che disciplinano: l'obbligo del segreto (art. 5 d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180; art. 88, Reg. n. 806/2014; ma v. anche l'art. 32, co. 7, sulla disapplicazione della l. n. 241/1990, e l'art. 60, co. 2, d.lgs. n. 180/2015, sulla generale dispensa di BItalia da informazioni, comunicazioni, depositi e registrazioni circa l'esercizio dei poteri di risoluzione); la collaborazione fra autorità (art. 6,

d.lgs. n. 180/2015; anche art. 3, co. 6) anche degli altri stati membri (art. 30, 76 d.lgs. n. 180/2015), nonché fra organi della procedura di risoluzione e organi della banca (art. 9, art. 30, d.lgs. n. 180/2015), fra Comitato e organismi del SSM (cons. 89 Reg. n. 806/2014), fra Commissione UE e Comitato di risoluzione unico (cfr. art. 18, co. 10, Reg. n. 806/2014/2015: «*La Commissione ha il potere di ottenere dal Comitato tutte le informazioni che ritiene pertinenti per svolgere i compiti che le sono attribuiti*»).

2. Organi a livello europeo. Il Fondo unico di Risoluzione.

Com'è noto, nell'architettura dell'Unione bancaria europea, il sistema unico di risoluzione delle crisi (*Single Resolution Mechanism*, SRM), attuato a mezzo della Direttiva del 15 maggio 2014, n. 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive-BRRD*) e del Regolamento UE n. 806/2014 – con la previsione di norme di procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi, che contemplano fra l'altro la costituzione di un Fondo Unico di Risoluzione (*Single Resolution Fund*) – costituisce uno dei tre pilastri (il secondo) del c.d. Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) o *Single Supervisory Mechanism* (SSM)¹.

L'esigenza di unificazione delle regole e degli strumenti si lega alla necessità che il costo del denaro e più ampiamente dei servizi bancari dipenda dal merito creditizio delle banche e della clientela, anziché dal luogo di stabilimento delle banche e dalle diversità dei relativi contesti normativi e amministrativi nella gestione delle crisi bancarie e nell'aprestamento delle risorse per farvi fronte. Di qui, in particolare, anche la necessità della creazione di un Fondo di risoluzione unico e di un Comitato di risoluzione unico per la gestione e amministrazione di quel Fondo.

Quanto in particolare al Fondo, la cui istituzione e applicazione è regolata in modo uniforme dal Reg. UE n. 806/2014, si tratta – come precisa il cons. 19 di quest'ultimo provvedimento – di «*un elemento essen-*

¹ Insieme agli altri due pilastri: 1) il rafforzamento delle regole di vigilanza prudenziale, mediante istituzione del SEVIF (Sistema Europeo Vigilanza Finanziaria, risultante da tre autorità di vigilanza: EBA-European Banking Authority, ABE in italiano; EIOPA-European Insurance and Occupational Pensions Authority, AEP in italiano; ESMA-European Securities and Market Authority, AESFEM in italiano); 2) il sistema unico di garanzia dei depositi, istituito in base alla direttiva 2014/49/UE. Il SEVIF è peraltro affiancato dallo ESRB-European Systemic Risk Board (Comitato Europeo per il Rischio Sistemico).

ziale senza il quale l'SRM non potrebbe funzionare adeguatamente. Se il finanziamento della risoluzione rimanesse nazionale per lungo tempo, il legame tra emittenti sovrani e settore bancario non si romperebbe del tutto e gli investitori continuerebbero a fissare le condizioni di prestito basandosi sul luogo di stabilimento delle banche piuttosto che sul loro merito di credito».

Il Fondo è così chiamato alla funzione di *«evitare che prassi nazionali divergenti ostacolino l'esercizio delle libertà fondamentali o falsino la concorrenza nel mercato interno».* A tal fine, *«è opportuno che il Fondo sia finanziato mediante contributi versati dalle banche a livello nazionale e che le sue risorse siano messe in comune a livello dell'Unione»:* il Fondo è infatti alimentato con contributi ordinari *ex ante* e straordinari *ex post* da parte di tutti gli enti creditizi oggetto del SSM (cfr. artt. 70-71 Reg. n. 806/2014).

3. Il Comitato di risoluzione unico.

In base al Considerando n. 11, Reg. UE n. 806/2014, *«nel contesto del meccanismo di risoluzione unico (Single Resolution Mechanism, SRM), un potere di risoluzione centralizzato per gli Stati membri partecipanti è affidato al Comitato di risoluzione unico istituito ai sensi del presente regolamento («Comitato») e alle autorità nazionali di risoluzione».*

Il Comitato (*Single Resolution Board, CRU*), ai sensi dell'art. 42, Reg. n. 806/2014, *«è un'agenzia dell'Unione con una struttura specifica corrispondente ai suoi compiti. Esso ha personalità giuridica»;* ed in ciascuno Stato membro *«gode della più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dall'ordinamento giuridico nazionale»*, potendo in particolare acquistare o alienare beni mobili e immobili e stare in giudizio.

È composto da 5 membri, oltre ad un componente *«nominato da ciascuno Stato membro partecipante in rappresentanza delle loro autorità nazionali di risoluzione»* (art. 43 Reg. n. 806/2014). Per di più, *«la Commissione e la BCE designano ciascuna un rappresentante, che ha il diritto di partecipare alle riunioni delle sessioni esecutive e delle sessioni plenarie in qualità di osservatore permanente»*, di *«partecipare alle discussioni»* e di *«accesso a tutti i documenti».*

Esso è il proprietario del Fondo di risoluzione unico (art. 67, co. 3, Reg. 806/2014), lo amministra (art. 75, Reg. 806/2014) e vi ricorre *«solo al fine di garantire un'applicazione efficiente degli strumenti e poteri di risoluzione»* (art. 67 e 76, Reg. n. 806/2014).

Riguardo in particolare ai poteri e funzioni del Comitato dell'organo in esame, esso assume le decisioni in tema di risoluzione di società e gruppi bancari posti sotto la vigilanza diretta della BCE, cioè le banche più significative, con il compito di applicare le regole e le procedure uniformi, sancite dal Reg. n. 806/2014, e di farlo *«insieme al Consiglio e alla Commissione e alle autorità nazionali di risoluzione nell'ambito del meccanismo di risoluzione unico (SRM)»* (art. 1, co. 2, Reg. n. 806/2014).

In dettaglio, il Comitato *«è incaricato di elaborare i piani di risoluzione e di adottare tutte le decisioni relative alla risoluzione per: a) le entità di cui all'articolo 2 che non fanno parte di un gruppo e i gruppi: i) che sono considerati significativi a norma dell'articolo 6, paragrafo 4, del Regolamento (UE) n. 1024/2013 o ii) in relazione ai quali la BCE ha deciso, a norma dell'articolo 6, paragrafo 5, lettera b), del regolamento (UE) n. 1024/2013, di esercitare direttamente tutti i poteri pertinenti e b) altri gruppi transfrontalieri»* (art. 7, Reg. n. 806/2014). E adotta il programma di risoluzione anche per le altre banche e gruppi, *«se l'azione di risoluzione richiede l'utilizzo del Fondo»* (art. 7, co. 3, cpv. 2, Reg. n. 806/2014).

Quindi, può (art. 7, Reg. n. 806/2014) estendere la sua azione anche alle banche che non costituiscono oggetto di vigilanza diretta della BCE. Infatti, *«ove necessario, per garantire un'applicazione coerente di standard elevati di risoluzione»*, in seguito alla notifica da parte di un'autorità nazionale di risoluzione di una misura di risoluzione *in itinere*, il Comitato può *«effettuare una segnalazione all'autorità nazionale di risoluzione pertinente, qualora il Comitato ritenga che il progetto di decisione»*, sia pure riferito a un'entità o un gruppo diversi da quelli soggetti a vigilanza diretta della BCE, non è conforme con il regolamento o con le sue istruzioni generali; per arrivare perfino ad una sostituzione forzata, cioè decidere in qualsiasi momento, in particolare se la propria segnalazione suddetta non è trattata in modo adeguato, di propria iniziativa e previa consultazione dell'autorità nazionale di risoluzione interessata o su richiesta di quest'ultima, di esercitare direttamente tutti i poteri pertinenti a norma del regolamento, anche in relazione a qualsiasi entità o gruppo bancario diverso da quelli per cui il Comitato funge come sopra da autorità di risoluzione.

4. Consiglio e Commissione.

Malgrado la latitudine dei poteri descritti, il CRU resta una autorità priva di una significativa autonomia decisionale paragonabile a quella delle autorità di risoluzione nazionali, come vedremo specificamente a

proposito della Banca d'Italia. Esso opera infatti sotto il controllo incisivo della Commissione e del Consiglio; il che, come è stato notato², si legherebbe alla preoccupazione di non violare la c.d. “dottrina Meroni” – di cui alla decisione C. Giustizia 13 giugno 1958, casi riuniti C-9/56 e C-10/56 *Imprese Meroni e c., industrie metallurgiche, spa v. Alta Aut. CECA* – nel senso che la disciplina in esame, nel prevedere un coinvolgimento di Commissione e Consiglio nella azioni del Comitato, sarebbe giustificata dal divieto di delega da parte delle istituzioni dell'Unione di «*un potere discrezionale che comporti una ampia libertà di valutazione ed atto ad esprimere, con l'uso che ne viene fatto, una politica economica vera e propria*»; mentre «*non vi ricadrebbero invece dei poteri d'esecuzione nettamente circoscritti, ed il cui esercizio può per ciò stesso venir rigorosamente controllato in base a criteri obiettivi stabiliti dall'autorità delegante*»³.

In definitiva: alla Commissione spetta la valutazione della conformità al quadro ordinamentale delle decisioni discrezionali assunte dal Comitato; al Consiglio competono poteri di esecuzione e di controllo su proposta della Commissione.

Tale riparto di funzioni, in ordine al coinvolgimento di Commissione e Consiglio nelle decisioni del CRU, si traduce nell'iter complesso previsto dall'art. 18, Reg. n. 806/2014, per l'adozione di una procedura di risoluzione europea. In particolare, il CRU adotta un programma di risoluzione (art. 18, co. 1, Reg. n. 806/2014): a) se «*l'entità è in dissesto*

² Cfr. SORACE, *I «pilastr» dell'Unione bancaria*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di Chiti e Santoro, Pisa, Pacini, 2016, p. 110; DEL GATTO, *Single resolution mechanism. Quadro d'insieme*, ivi, p. 286.

³ Eloquente è in tal senso il Considerando 24 Reg. n. 806/2014: «*Dato che solo le istituzioni dell'Unione possono stabilire la politica di risoluzione dell'Unione e che l'adozione di ogni specifico programma di risoluzione lascia un margine di discrezionalità, è necessario prevedere un'adeguata partecipazione del Consiglio e della Commissione in quanto istituzioni che possono esercitare competenze di esecuzione a norma dell'articolo 291 TFUE. La valutazione degli aspetti discrezionali delle decisioni di risoluzione assunte dal Comitato dovrebbe essere operata dalla Commissione. Stante il notevole impatto delle decisioni di risoluzione sulla stabilità finanziaria degli Stati membri e sull'intera Unione nonché sulla sovranità di bilancio degli Stati membri, è importante che al Consiglio siano conferiti i poteri di esecuzione necessari all'adozione di determinate decisioni in materia di risoluzione. Dovrebbe pertanto essere il Consiglio, su proposta della Commissione, ad esercitare un controllo efficace sulla valutazione fatta dal Comitato della sussistenza di un interesse pubblico e a valutare eventuali modifiche non irrilevanti dell'ammontare delle risorse del Fondo da utilizzare per un dato intervento di risoluzione.*».

o a rischio di dissesto» b) se, «considerate la tempistica e altre circostanze pertinenti, non si può ragionevolmente prospettare che qualsiasi misura alternativa per l'entità in questione [...] permetta di evitare il dissesto dell'entità in tempi ragionevoli» c) se «l'azione di risoluzione è necessaria nell'interesse pubblico».

La valutazione circa la sussistenza di quest'ultimo presupposto, la necessità cioè dell'azione di risoluzione «nell'interesse pubblico», è quanto mai terreno di discrezionalità; dal che l'esigenza di coinvolgimento della Commissione e del Consiglio nella valutazione di tale presupposto, che l'art. 18, co. 5, Reg. n. 806/2014, individua nel senso che l'azione di risoluzione è considerata nell'interesse pubblico se: è necessaria al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione di cui all'articolo 14; ed è ad essi proporzionata; e se la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura.

Basti pensare alle divergenti valutazioni operate dal CRU nella decisione del 7 giugno 2017 di avvio della risoluzione del Banco Popular Español S.A.⁴, poi realizzata con la cessione al Banco Santander, argomentando nel senso del cospicuo impatto che l'applicazione della ordinaria procedura di insolvenza (anche considerata l'applicabilità alle banche in Spagna della stessa legislazione dell'insolvenza prevista per le altre imprese, salvo alcuni adattamenti) avrebbe avuto sulla stabilità del sistema, stante fra l'altro la dimensione del gruppo, l'ampiezza della sua azione e le sue interconnessioni; e nelle decisioni del 23 giugno 2017 di negato avvio invece della risoluzione per Banca popolare di Vicenza e veneto Banca s.p.a.⁵, con considerazioni basate assai succintamente su: la limitatezza della clientela, con implicito riferimento – come spiega la Banca di Italia sul suo sito⁶ – alla limitata sfera territoriale di operatività; la ridotta interconnessione con altre istituzioni finanziarie, tale da limitare i rischi sistemici di stabilità; l'idoneità di una liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza a realizzare adeguatamente gli interessi coinvolti (con il che la giustificazione ripete sostanzialmente il tenore dell'art. 18, co. 5, Reg. n. 806/2014, senza aggiungere alcuna esplicazione).

⁴ Cfr. <https://srb.europa.eu/en/content/banco-popular>.

⁵ Cfr. <https://srb.europa.eu/en/content/banca-popolare-di-vicenza-veneto-banca>.

⁶ Cfr. <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/domande-e-risposte-sulla-soluzione-della-crisi-di-veneto-banca-e-banca-popolare-di-vicenza>.

Ai sensi dell'art. 18, co. 7, Reg. n. 806/2014, *«immediatamente dopo l'adozione del programma di risoluzione»; e prima di procedere alla sua effettiva attuazione, «il Comitato lo trasmette alla Commissione». Quindi, «entro 24 ore dalla trasmissione del programma di risoluzione da parte del Comitato, la Commissione lo approva o obietta ad esso per quanto riguarda gli aspetti discrezionali del programma di risoluzione»; infine, «entro 12 ore dalla trasmissione del programma di risoluzione da parte del Comitato, la Commissione può proporre al Consiglio: a) di obiettare al programma di risoluzione a motivo del fatto che il programma di risoluzione adottato dal Comitato non soddisfa il criterio dell'interesse pubblico»; b) di approvare o di obiettare a una modifica significativa dell'importo del Fondo previsto nel programma di risoluzione del Comitato».*

Obiezioni e proposte di modifica di Commissione e Consiglio non possono essere disattese dal CRU. Infatti, *«il programma di risoluzione può entrare in vigore soltanto se il Consiglio o la Commissione non hanno espresso obiezioni entro un periodo di 24 ore dopo la trasmissione da parte del Comitato».*

Qualora invece, *«entro 24 ore dalla trasmissione del programma di risoluzione da parte del Comitato, il Consiglio abbia approvato la proposta della Commissione per la modifica del programma di risoluzione per motivi connessi all'utilizzo del Fondo o la Commissione abbia obiettato»* relativamente ai profili discrezionali del programma, *«il Comitato, entro otto ore, modifica il programma di risoluzione conformemente alle motivazioni espresse».*

Radicale è peraltro l'effetto preclusivo dell'opposizione eventualmente espressa dal Consiglio *«a sottoporre un ente a risoluzione a motivo del fatto che il criterio di interesse pubblico di cui al paragrafo 1, lettera c), non è soddisfatto»; nel qual caso «l'entità interessata è liquidata in modo ordinato conformemente alla legislazione nazionale applicabile», senza ulteriore possibilità dunque di applicazione del programma di risoluzione (cfr. art. 18, co. 8, Reg. n. 806/2014).*

5. I Collegi di risoluzione.

Una considerazione specifica merita la figura dei Collegi di risoluzione, previsti in tema di risoluzione delle crisi dei gruppi transfrontalieri dagli artt. 87 ss. BRRD, e in Italia contemplati dall'art. 70, d.lgs. n. 180/2015.

Come è noto, la BRRD esprime la fondamentale esigenza (cons. 33): che i piani di risanamento e di risoluzione di un gruppo siano elaborati

per il gruppo stesso nel suo complesso, e individuino misure in relazione a un ente impresa madre e a tutte le singole filiazioni appartenenti al gruppo; che le autorità competenti si adoperino per giungere a una decisione congiunta sulla valutazione e l'adozione di tali piani; che nella stesura dei piani di risoluzione di gruppo si tenga conto specificamente del potenziale impatto delle azioni di risoluzione in tutti gli Stati membri nei quali il gruppo opera; che le autorità di risoluzione degli Stati membri nei quali il gruppo detiene filiazioni siano implicate nella stesura del piano (cons. 34); che nella risoluzione di gruppi transfrontalieri si raggiunga un equilibrio fra, da un lato, la necessità di procedure consone all'urgenza della situazione e funzionali al raggiungimento di soluzioni efficaci, eque e tempestive per il gruppo nel suo complesso, e, dall'altro, l'esigenza di preservare la stabilità finanziaria in tutti gli Stati membri in cui il gruppo opera (cons. 27, Reg. UE n. 806/2014).

Di qui l'opportunità che le diverse autorità di risoluzione confrontino le loro posizioni all'interno di un collegio di risoluzione, facendo sì che le azioni di risoluzione proposte dalla autorità di risoluzione a livello di gruppo (su cui *infra*) siano preparate e discusse fra le diverse autorità di risoluzione nel quadro dei corrispondenti piani a livello di gruppo, e comprendendo all'interno dei collegi di risoluzione le posizioni delle autorità di risoluzione di tutti gli Stati membri in cui il gruppo opera.

In tal senso, il collegio di risoluzione non è un organo decisionale, ma una piattaforma, cioè un meccanismo di raccordo e coordinamento inteso a facilitare il processo decisionale delle autorità nazionali, mettendo capo a decisioni congiunte, poi formalmente da assumere ed attuare da parte delle differenti autorità nazionali interessate in guisa da *«agevolare una risoluzione coordinata, che ha più probabilità di produrre i migliori risultati per tutti gli enti di un gruppo»* (cons. 98).

A tal fine, l'iter disegnato dalla BRRD è che *«l'autorità di risoluzione a livello di gruppo»* (che, ai sensi dell'art. 2, n. 44, BRRD, è *«l'autorità di risoluzione nello Stato membro in cui si trova l'autorità di vigilanza su base consolidata»*) *«dovrebbe proporre il programma di risoluzione di gruppo e sottoporlo al collegio di risoluzione»*, con l'effetto che *«le autorità nazionali di risoluzione dissenzienti o che decidano di avviare autonomamente azioni di risoluzione dovrebbero motivare il proprio disaccordo e comunicare tali motivazioni, unitamente ai particolari delle eventuali azioni di risoluzione che intendano avviare autonomamente, all'autorità di risoluzione a livello di gruppo e alle altre autorità di risoluzione interessate dal programma di risoluzione di gruppo»* (cons. 98).

Nel dettaglio, i collegi di risoluzione sono costituiti dalle autorità di risoluzione a livello di gruppo (art. 88, co. 1, BRRD) e dalle stesse pre-

sieduti (co. 5), e includono (co. 2) le autorità di risoluzione di tutti gli Stati membri in cui sono presenti le espressioni organizzative (filiazioni, imprese madri, succursali significative etc.).

Una variante è costituita dai collegi europei di risoluzione, previsti dall'art. 89 BRRD, secondo cui *«se un ente di un paese terzo o un'impresa madre di un paese terzo ha enti filiazione nell'Unione stabiliti in due o più Stati membri, oppure due o più succursali nell'Unione ritenute significative da due o più Stati membri, le autorità di risoluzione degli Stati membri in cui sono stabiliti tali enti filiazioni nell'Unione o in cui tali succursali significative sono situate costituiscono un collegio europeo di risoluzione»* (co. 1), il quale *«svolge le funzioni ed esegue i compiti di cui all'articolo 88 in relazione agli enti filiazioni e, nella misura in cui detti compiti siano pertinenti, alle succursali»* (co. 2).

Di entrambe le indicate figure tiene conto l'art. 70, co. 1, d.lgs. n. 180/2015, prevedendo che *«la Banca d'Italia istituisce collegi di risoluzione e collegi europei di risoluzione, partecipa ai collegi istituiti da altre autorità e attua le decisioni assunte in seno a questi ultimi, nei casi e con le modalità previste dall'ordinamento dell'Unione Europea»*; ribadendo che *«in caso di soggetti facenti parte di un gruppo con componenti aventi sede legale in altri Stati membri o con succursali significative stabilite in altri Stati membri, la redazione dei piani di risoluzione, la valutazione della risolvibilità, la determinazione delle misure volte ad affrontare o rimuovere gli impedimenti alla risolvibilità, la determinazione del requisito minimo di passività soggette a bail-in, nonché la predisposizione e l'approvazione dei programmi di risoluzione, quando riguardano il gruppo, avvengono nell'ambito dei collegi di risoluzione previsti dagli articoli 88 e 89 della direttiva 2014/59/UE., e in conformità alle norme tecniche di regolamentazione adottate dalla Commissione Europea»* (ivi).

6. Organi a livello nazionale. La Banca d'Italia.

La Banca d'Italia è l'autorità nazionale italiana di risoluzione, di cui all'art. 3 Direttiva n. 2014/59/UE, BRRD.

L'art. 3, co. 6, d.lgs. n. 180/2015, dispone che *«la Banca d'Italia, nell'esercizio della propria autonomia organizzativa, prevede adeguate forme di separazione tra le funzioni connesse con la gestione delle crisi e le altre funzioni da essa svolte, in modo da assicurarne l'indipendenza operativa, e istituisce forme di collaborazione e coordinamento tra le relative strutture»*. Di qui l'istituzione presso la Banca d'Italia di una apposita *«Unità di Risoluzione e Gestione delle crisi»*.

Sono proprie delle autorità di risoluzione funzioni ad amplissimo raggio: predisposizione e aggiornamento dei piani di risoluzione (art. 7, d.lgs. n. 180/2015); valutazione della risolvibilità; comunicazione alla banca o alla capogruppo di eventuali ostacoli alla risolvibilità e indicazione delle misure per superare gli stessi impedimenti (art. 14, d.lgs. n. 180/2015); imposizione di misure di rimozione degli impedimenti alla risolvibilità (art. 16, d.lgs. n. 180/2015)⁷; determinazione del requisito minimo di passività soggette a *bail-in* ai sensi dell'articolo 50, d.lgs. n. 180/2015; avvio della risoluzione, individuazione (anche sulla base della valutazione preventiva di cui all'art. 24, d.lgs. n. 180/2015, effettuata da un esperto indipendente) e adozione delle relative misure; istituzione e disposizione dell'utilizzo del fondo/o dei fondi di risoluzione nazionali (art. 79, d.lgs. n. 180/2015), presso la stessa Banca d'Italia (art. 78, d.lgs. n. 180/2015) o presso soggetti da essa individuati (art. 80, d.lgs. n. 180/2015); chiusura della risoluzione (art. 38, d.lgs. n. 180/2015).

In particolare, l'avvio della risoluzione (art. 4, d.lgs. n. 180/2015) ha luogo con provvedimento della Banca d'Italia approvato dal Ministro dell'Economia (cfr. art. 32, commi 1 e 2, d.lgs. n. 180/2015).

Gli artt. 60 e 61 sono rispettivamente dedicati ai poteri generali e accessori di risoluzione (in effetti previsti quali poteri strumentali sia all'attuazione delle misure di risoluzione in senso stretto di cui al capo IV, sia alla messa in opera delle misure di riduzione/conversione di azioni, altre partecipazioni e strumenti di capitale di cui al capo II), con previsione di un amplissimo ventaglio di poteri profondamente incisivi sulla banca in risoluzione e sui diritti di creditori e azionisti, su cui non mi soffermo attenendo alla materia delle funzioni e degli strumenti delle misure di risoluzione, che esula dal tema affidatomi.

Interessa invece sottolineare la centralità dell'autorità nazionale di risoluzione nel senso di un suo ruolo sostanzialmente egemonico, tale da sostanzialmente ridurre a suoi meri bracci operativi gli altri due organi, commissari speciali e comitato di sorveglianza. Basti richiamare il testo dell'art. 34, co. 2, d.lgs. n. 180/2015, secondo cui *«Il programma è attuato dalla Banca d'Italia in una o più delle seguenti modalità: a) con atti di uno o più commissari speciali dalla stessa nominati, che esercitano i poteri disciplinati dall'articolo 37 e dal Capo V; b) con atti che tengono luogo di quelli dei competenti organi sociali, degli azionisti e dei titolari*

⁷ Si tratta di misure preparatorie di assetti, che in caso di risoluzione successiva si prestino alla attuazione più rapida ed efficace delle relative misure

di altre partecipazioni; c) con provvedimenti di carattere particolare, anche rivolti agli organi dell'ente sottoposto a risoluzione, ai sensi del comma 4». Perciò Banca d'Italia opera solo in parte attraverso i commissari, in gran parte invece direttamente.

7. Ministero Economia. Commissari speciali.

Veniamo dunque al ruolo dei commissari speciali, subito dopo aver dedicato un cenno al Ministero dell'Economia

Ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 180/2015: «1. *Il Ministro dell'economia e delle finanze approva il provvedimento di cui all'articolo 32 con cui la Banca d'Italia dispone l'avvio della risoluzione ed esercita le funzioni di sua competenza previste dal presente decreto». E «l'approvazione del Ministro dell'economia e delle finanze», in base all'art. 32, co. 2, d.lgs. n. 180/2015, «è condizione di efficacia del provvedimento. La Banca d'Italia, ricevuta la comunicazione dell'approvazione del Ministro dell'economia e delle finanze, determina la decorrenza degli effetti del provvedimento, anche in deroga all'articolo 21-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241».*

Tornando ai commissari speciali, come già ricordato, l'art. 34, co. 2, d.lgs. n. 180/2015, ne prevede la nomina da parte della Banca d'Italia, quale modalità di attuazione del programma che la stessa autorità di risoluzione può però attuare anche direttamente.

La loro disciplina è dettata con un faticoso sistema di rinvii al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (t.u.b.), disposti dall'art. 37, co. 3, secondo cui «3. *Ai commissari speciali si applicano le disposizioni relative ai commissari liquidatori nella l.c.a. bancaria contenute nell'articolo 81, commi 2 e 3, nell'articolo 84, commi 3, 4, 6, 7 e nell'art. 85 del Testo Unico Bancario*»⁸.

⁸ Così richiamando, in dettaglio, le disposizioni relative a: (art. 81, co.2) pubblicità della nomina sul sito web della Banca d'Italia e obbligo di deposito nel registro delle imprese degli atti di nomina degli organi della l.c.a., entro 15 gg dalla comunicazione; (art. 81, co. 3) potere di Banca d'Italia di revoca e sostituzione dei commissari e dei membri del comitato di sorveglianza; (art. 84, co. 3) potere della Banca d'Italia di «emanare direttive per lo svolgimento della procedura» e di «stabilire che talune categorie di operazioni o di atti debbano essere da essa autorizzate e che per le stesse sia preliminarmente sentito il comitato di sorveglianza»; (art. 84, co. 4) dovere dei commissari di presentazione annuale di «una relazione sulla situazione contabile e patrimoniale della banca e sull'andamento della liquidazione, accompagnata da un rapporto del Comitato di sorveglianza»; (art. 84, co. 6) applicazione ai commissari liquidatori e al comitato di sorveglianza dell'art. 72,

Inoltre, ai sensi dell'art. 35, co. 3, d.lgs. n. 180/2015, *«L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e di quella dei creditori sociali contro i membri degli organi amministrativi e di controllo e il direttore generale, dell'azione contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, nonché dell'azione del creditore sociale contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, spetta ai commissari speciali sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia. In mancanza di loro nomina, l'esercizio dell'azione spetta al soggetto a tal fine designato dalla Banca d'Italia».*

Riguardo specificamente alla latitudine dei poteri e più in generale al ruolo dei commissari speciali nel sistema degli organi della risoluzione, l'art. 37, co. 1, d.lgs. n. 180/2015, stabilisce che *«I commissari speciali, salva diversa previsione del provvedimento di nomina, hanno la rappresentanza legale dell'ente sottoposto a risoluzione, assumono i poteri degli azionisti, dei titolari di altre partecipazioni e dell'organo di amministrazione di quest'ultimo, promuovono e adottano le misure necessarie per*

co. 7, 8 e 9 t.u.b. (nel testo come sostituito dal d.lgs. n. 181/2015), cioè della disciplina dei poteri e funzionamento degli organi dell'amministrazione straordinaria (relativa a decisione a maggioranza e rappresentanza a firma congiunta di 2 componenti, in caso di pluralità dei commissari, decisione a maggioranza e rappresentanza a firma congiunta di 2 componenti; possibilità di deleghe a uno o più commissari; deliberazioni a maggioranza del comitato di sorveglianza, con prevalenza del voto del presidente, limitazione della responsabilità dei commissari e dei membri del comitato di sorveglianza per atti compiuti nell'espletamento dell'incarico ai soli casi di dolo o colpa grave, su azioni civili nei loro confronti promosse previa autorizzazione della Banca d'Italia); (art. 84, co. 7) possibilità per i commissari, previa autorizzazione di Banca d'Italia e parere favore del comitato di sorveglianza, di *«farsi coadiuvare nello svolgimento delle operazioni da terzi, sotto la propria responsabilità e con oneri a carico della liquidazione»*; nonché, con l'autorizzazione di Banca d'Italia, di delegare a proprie spese a terzi il compimento di singoli atti; (art. 85) disciplina degli adempimenti iniziali dei commissari liquidatori, quali gli obblighi di presa in consegna dell'azienda dai precedenti organi di amministrazione o di liquidazione ordinaria redigendo un sommario processo verbale; di acquisizione di una situazione dei conti e formazione dell'inventario, con applicazione dell'art. 73, co. 1, ultimo periodo, 2 e 4 (riguardo, rispettivamente, all'assistenza alle operazioni di almeno un componente del comitato di sorveglianza; alla possibilità, in caso di mancato intervento degli organi amministrativi disciolti o per altre ragioni, di un insediamento d'autorità, *«con l'assistenza di un notaio e, ove occorra, con l'intervento della forza pubblica»*; e, in caso di mancata approvazione del bilancio dell'esercizio precedente, al deposito da parte dei commissari presso il registro delle imprese, *«in sostituzione del bilancio, di una relazione sulla situazione patrimoniale ed economica, redatta sulla base delle informazioni disponibili. La relazione è accompagnata da un rapporto del comitato di sorveglianza»*, con esclusione comunque di ogni distribuzione di utili).

conseguire gli obiettivi della risoluzione, secondo quanto disposto dalla Banca d'Italia e previa sua autorizzazione, quando prevista dall'atto di nomina o successivamente».

Se si pone a confronto questa disposizione con gli artt. 84 e 90 t.u.b., in tema di commissari liquidatori nella l.c.a. bancaria, ci si rende conto di una sostanziale diversità di accenti.

In base all'art. 84, co. 1, t.u.b., *«i commissari liquidatori hanno la rappresentanza legale della banca, esercitano tutte le azioni a essa spettanti e procedono alle operazioni della liquidazione. I commissari, nell'esercizio delle loro funzioni, sono pubblici ufficiali»*; ed in virtù dell'art. 90, co. 1, t.u.b., *«I commissari liquidatori hanno tutti i poteri occorrenti per realizzare l'attivo»*.

Invece, i commissari speciali agiscono sempre e comunque secondo quanto disposto dalla Banca d'Italia e in esecuzione dei suoi dettami, quale suo braccio operativo. Al punto da far ritenere che ai commissari speciali «spettano compiti e poteri *non esclusivi* e soprattutto *derivati*»⁹; e perfino da suggerire che *«gli stessi agiscano più che come vero e proprio organo della procedura, quali meri delegati della Banca d'Italia, che si configura allora come l'unico organo in senso tecnico della risoluzione»*¹⁰, cioè quale genuino dominus della procedura di risoluzione, rispetto al quale i commissari speciali degradano ad una sorta di “meri commissari ad acta”¹¹.

Compete peraltro ai commissari, ai sensi dell'art. 56, d.lgs. n. 180/2015, il *«piano di riorganizzazione aziendale»*, che occorre predisporre *«quando il bail-in è applicato per ricapitalizzare un ente sottoposto a risoluzione, conformemente all'articolo 48, comma 1, lettera a»* (cfr. art. 56, co. 1, d.lgs. n. 180/2015). Tale piano *«è redatto e attuato da uno o più commissari speciali nominati ai sensi dell'articolo 37 o dall'organo di amministrazione dell'ente, se non decaduto, e contiene gli elementi indicati dalla Banca d'Italia con provvedimenti di carattere generale o particolare»* (art. 56, co. 2, d.lgs. n. 180/2015). Solo nella redazione di tale piano può forse esprimersi un certo spazio di autonomia dei commissari rispetto all'autorità di vigilanza, nel senso di una possibile “iniziale” redazione

⁹ Cfr. CARIDI, *L'amministrazione speciale: struttura, funzione e disciplina*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di Chiti e Santoro, Pisa, 2016, p. 484.

¹⁰ Cfr. CARIDI, *L'amministrazione*, cit., p. 490.

¹¹ Cfr. SANTONI, *Tre interrogativi sull'operazione di salvataggio delle quattro banche. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc., www.dirittobancario.it*, 11, 2016, p. 1; CARIDI, *L'amministrazione*, cit., p. 491.

che non avvenga per forza “sotto dettatura”; ma è uno spazio contenutissimo e più formale che reale, dato che spetta comunque alla Banca d'Italia valutarne l'adeguatezza «*a ripristinare la sostenibilità economica a lungo termine dell'ente sottoposto a risoluzione*», approvandolo in caso positivo, o altrimenti comunicando i propri rilievi e chiedendo ai commissari (o all'organo amministrativo, se a questo affidato) di modificare il piano tenendone conto (art. 56, co. 5), anche ove occorra con una seconda revisione e possibile proposta di modifica (co. 6) e richiesta di revisione anche in corso di attuazione (art. 56, co. 8).

Per un verso, quindi, la nomina dei commissari speciali realizza un'ipotesi di gestione sostitutiva coattiva, con portata ablativa anche dei diritti degli azionisti; per altro verso, è prevista l'integrale soggezione degli stessi commissari all'autorità di risoluzione.

Sotto entrambi i profili, la figura dei commissari speciali non sembra dunque corrispondere appieno a quella dei commissari liquidatori della l.c.a. bancaria, e costituisce piuttosto la traduzione nazionale della figura dell'amministratore speciale prevista dalla BRRD.

8. L'amministratore speciale. L'amministratore temporaneo.

Quanto a quest'ultima figura, l'art. 23 del Reg. n. 806/2014 stabilisce che il programma di risoluzione adottato e applicato dal Comitato possa prevedere «*inoltre, ove opportuno, la nomina da parte delle autorità nazionali di risoluzione di un amministratore speciale per l'ente soggetto a risoluzione a norma dell'articolo 35 della direttiva 2014/59/UE. Il Comitato può stabilire che sia nominato lo stesso amministratore speciale per tutte le entità affiliate a un gruppo laddove ciò sia necessario per agevolare soluzioni intese a ripristinare la solidità finanziaria delle entità interessate*» (ult. comma). La figura di questo «*amministratore speciale*» è poi sommariamente delineata dall'art. 35 della BRRD, all'interno del Titolo IV intitolato alla «*Risoluzione*».

Si tratta perciò di un possibile strumento delle procedure di risoluzione. In particolare, ai sensi dell'art. 35 BRRD, «*gli Stati membri provvedono a che le autorità di risoluzione possano nominare un amministratore speciale in sostituzione dell'organo di amministrazione dell'ente soggetto a risoluzione*». «*L'amministratore speciale assume tutti i poteri degli azionisti e dell'organo di amministrazione dell'ente*» (co. 2) ed «*ha il compito statutario di adottare tutte le misure necessarie a promuovere gli obiettivi di risoluzione di cui all'articolo 31 e attuare azioni di risoluzione in base alle decisioni dell'autorità di risoluzione*» (co. 3). Sicché ricorre

qui quella ipotesi di “gestione sostitutiva coattiva”¹² già rilevata quanto ai commissari speciali.

In base all’art. 35, co. 2, BRRD, *«tuttavia, l’amministratore speciale può esercitare tali poteri esclusivamente sotto il controllo dell’autorità di risoluzione»*. Si tratta perciò di una figura integralmente soggetta alla autorità di risoluzione, che può *«revocare l’amministratore speciale in qualsiasi momento»* (co. 4). D’altra parte, ai sensi dell’art. 35, comma 6, BRRD, *«l’amministratore speciale non può essere nominato per un periodo superiore a un anno. Tale periodo può essere rinnovato, in via eccezionale, qualora l’autorità di risoluzione ritenga che sussistono ancora le condizioni per la nomina di un amministratore speciale»: previsione, questa della durata non superiore ad un anno, che non corrisponde a quanto previsto dall’art. 37, comma 4, d.lgs. n. 180/2015, secondo cui «la durata dell’incarico dei commissari» speciali è stabilita senza paletti temporali dalla Banca d’Italia, e «il periodo può essere prorogato», emergendo così al riguardo un disallineamento fra le due figure, rispettivamente previste dalla direttiva europea e dalla legge nazionale, su cui si tornerà.*

Figura ancora diversa è quella prevista dall’art. 29 BRRD, all’interno del Titolo III intitolato alle misure di *«Intervento precoce»*, dell’Amministratore temporaneo.

Ai sensi dell’art. 29, co. 1, BRRD, *«Gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti possano nominare uno o più amministratori temporanei dell’ente, qualora la sostituzione dell’alta dirigenza o dell’organo di amministrazione ai sensi dell’articolo 28 sia ritenuta insufficiente da parte dell’autorità competente per porre rimedio alla situazione»* (co.1).

«All’atto della nomina l’autorità competente specifica i poteri dell’amministratore temporaneo che sono proporzionati alle circostanze. Questi poteri possono comprendere alcuni o tutti i poteri dell’organo di amministrazione dell’ente ai sensi del relativo statuto e della legislazione nazionale, ivi compreso il potere di esercitare alcune o tutte le funzioni amministrative dell’organo di amministrazione dell’ente» (co. 2); operando *«secondo un principio di proporzionalità e in base alle circostanze»: in sostituzione temporanea dell’organo di amministrazione dell’ente; ovvero in affiancamento temporaneo all’organo di amministrazione stesso»* (co. 1).

¹² Cfr. CARIDI, *L’amministrazione*, cit., p. 472.

Come è stato osservato, mentre l'«Amministratore Speciale» (AS) corrisponde (pur con le rilevate discrasie) al «*commissario speciale*» di cui al d.lgs. n. 180/2015, l'Amministratore temporaneo (AT) sembra figura più prossima al commissario straordinario¹³. Si tratta invero di un «*delegato dell'autorità di risoluzione con funzioni meramente esecutive*», «*una longa manus della stessa*»¹⁴, con «*una connotazione 'ablativa' dell'amministrazione speciale*» tenuto conto del subentro nei diritti degli stessi azionisti, che «*supera quella che caratterizza, nel t.u.b., la posizione dei commissari liquidatori*»¹⁵, ed evidenzia, come anticipato, la sostanziale continuità fra amministrazione speciale nella BRRD e nel Reg n. 806/2014 e i commissari speciali di cui all'art. 37 d.lgs. n. 180/2015. Con la necessità che si pone allora di conformare quest'ultima figura alla prima anche quanto alla già rilevata divergenza relativa alla durata della nomina, non specificata dall'art. 37, co. 4, d.lgs. n. 180/2015, e invece limitata dall'art. 35, co. 6, BRRD, a «*un periodo non superiore a un anno*», *salvo possibilità di rinnovo peraltro solo «in via eccezionale»*.

9. Comitato di sorveglianza.

Ai sensi dell'art. 37, co. 6, d.lgs. n. 180/2015, «*unitamente ai commissari speciali, è nominato un comitato di sorveglianza, composto da tre a cinque membri, che designa a maggioranza di voti il proprio presidente. Al comitato si applicano le disposizioni relative al comitato di sorveglianza contenute negli articoli 81, commi 2 e 3 e 84 del Testo Unico Bancario*».

Qui v'è sostanziale identità con compiti e regole di funzionamento del comitato di sorveglianza nella l.c.a., come conferma l'integrale richiamo dell'art. 84 t.u.b., oltre che dei co. 2 e 3 dell'art. 81, circa pubblicità della nomina sul sito web della Banca d'Italia, e obbligo di deposito nel registro delle imprese degli atti di nomina degli organi della l.c.a., entro 15 giorni dalla comunicazione.

¹³ Cfr. CARIDI, *L'amministrazione*, cit., pp. 468, 477.

¹⁴ Cfr. CARIDI, *L'amministrazione*, cit., p. 473

¹⁵ *Loc. cit.*

10. Gli organi della società bancaria.

Se questo è il panorama degli organi delle procedure di risoluzione bancaria, pure occorre considerare il versante dei riflessi dell'applicazione delle misure di risoluzione sugli organi della società bancaria.

Come altrove ho già avuto occasione di notare¹⁶, a venire in considerazione è qui un peculiare sistema di regolazione e traslazione del rischio di impresa su titolari dell'iniziativa societaria, organi sociali e creditori della banca in crisi che, con differenze significative a fronte di quanto è dato riscontrare nel diritto concorsuale "comune", e con profili di novità rispetto allo stesso diritto societario dell'ordinaria crisi d'impresa commerciale, vale, con specifico riguardo agli organi sociali della banca sottoposta alla misura di risoluzione, ad arricchirne e per certi versi mutarne i compiti, imponendo doveri di informazione, allerta, iniziativa ed elaborazione di programmi di intervento, collaborazione con l'Autorità di vigilanza e i soggetti da questa preposti alla gestione della crisi; doveri scaturenti non solo in presenza del presupposto del dissesto o anche solo di un mero pericolo di dissesto, ma ancor prima già nella fase attiva e fisiologica dell'impresa bancaria, attraverso la doverosa preventivazione dell'eventualità di una crisi futura e (mercé l'elaborazione, ora per allora, di un "piano di risanamento") delle misure di contrasto da dispiegare al suo attualizzarsi; come pure a paralizzarne competenze e funzioni fino all'estremo dell'esautorazione temporanea o definitiva.

11. I riflessi sull'organo amministrativo.

Quanto in particolare agli obblighi di allerta, iniziativa ed elaborazione di programmi di intervento, l'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 180/2015, impone all'organo di amministrazione o di controllo di una banca di informare tempestivamente la Banca d'Italia o la BCE, a seconda di quale sia l'autorità di vigilanza competente, «*se ritiene che la banca è in dissesto o a rischio di dissesto ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. a)*» d.lgs. n. 180/2015, situazioni queste definite dal comma 2 del medesimo art. 17.

Riguardo poi ai doveri di preparazione a fronteggiare la crisi:

¹⁶ Cfr. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di Chiti e Santoro, cit., p. 358 (da cui anche le successive citazioni); il lavoro è pubblicato anche in *Riv. dir. soc.*, 2016, pp. 267 ss.

–è introdotta una apposita ed aggiuntiva competenza dell'assemblea straordinaria di società facente parte di un gruppo bancario, in ordine all'approvazione e alla revoca di un accordo per fornirsi sostegno finanziario fra società del gruppo medesimo (senza che né tale approvazione né la revoca diano luogo ad alcun diritto di recesso dei soci, come ha cura di precisare l'art. 69-*quaterdecies*, co. 5, t.u.b., come introdotto dall'art. 12, d.lgs. n. 181/2015, in base agli art. 19 ss., BRRD), la cui predisposizione e, una volta approvato, attuazione compete d'altra parte all'organo amministrativo, che deve riferire annualmente al riguardo all'assemblea (art. 69-*quaterdecies*, co. 2 e 3, t.u.b., sulla base in particolare dell'art. 21 BRRD, sulla competenza degli *azionisti* all'approvazione dell'accordo);

–l'organo amministrativo della società bancaria deve predisporre e approvare «*un piano di risanamento individuale che preveda l'adozione di misure volte al riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria in caso di suo significativo deterioramento*», e poi riesaminarlo e, se necessario, aggiornarlo almeno annualmente o con la maggiore frequenza richiesta dalla Banca d'Italia (BRRD, art. 5; art. 69-*quater* t.u.b., come introdotto dall'art. 12, d.lgs. n. 181/2015);

–sempre l'organo amministrativo è tenuto a collaborare ai fini della predisposizione e del tempestivo aggiornamento del piano di risoluzione individuale (che la Banca d'Italia ha il compito di predisporre anticipatamente per ciascuna banca, cfr. art. 7, d.lgs. n. 180/2015), fornendo le informazioni necessarie a tal fine (cfr. art. 9, d.lgs. n. 180), con ciò incrociando il terreno degli obblighi di collaborazione.

Con riferimento, in particolare, a questi ultimi doveri, in base all'art. 22, co. 1, lett. e, d.lgs. n. 180/2015, i componenti degli organi di amministrazione e di controllo e l'alta dirigenza, pure allorquando, come di regola, decaduti dalla carica e sostituiti, restano in ogni caso obbligati a fornire «*alla Banca d'Italia o ai commissari speciali l'assistenza necessaria, anche in caso di cessazione dalla carica*».

Nel caso di *bail-in* con ricapitalizzazione dell'ente, ai sensi dell'art. 56, d.lgs. n. 180/2015, l'organo di amministrazione, se non decaduto, è peraltro tenuto (in alternativa ai commissari speciali, se nominati ex art. 37) a redigere un piano di riorganizzazione aziendale e ad attuarlo, riferendo almeno ogni sei mesi alla Banca d'Italia sui relativi progressi (co. 2 e 7). Inoltre, si prevede che siano gli organi di amministrazione, su delega delle assemblee, «*a deliberare l'aumento di capitale necessario per consentire, in caso di bail-in, la conversione di passività in azioni computabili nel capitale primario di classe 1*» (art. 58, co. 1, d.lgs. n. 180/2015), con espressa disapplicazione dei limiti a siffatta delega posti

dall'art. 2443, co. 1 e 2, c.c., oltre che delle condizioni poste dall'art. 2438 c.c. (che cioè le azioni precedentemente emesse siano state interamente liberate) e 2441 c.c. quanto al diritto di opzione degli azionisti attuali (cfr. art. 58, co. 2, d.lgs. n. 180/2015).

Passando ora al secondo piano suindicato, la regola base è che gli organi con funzione di amministrazione e di controllo e l'alta dirigenza dell'ente, ove sottoposto a procedura di risoluzione, decadono con effetto automatico a partire *«dall'insediamento dei commissari speciali o dal primo atto compiuto dalla Banca d'Italia in luogo dei competenti organi sociali»* (cfr. art. 35, co. 1, d.lgs. n. 180/2015) e *«sono sostituiti»* (art. 22, co. 1, lett. e). Ciò salvo che la loro permanenza in carica, di tutti o alcuni dei componenti, non serva a conseguire gli obiettivi stessi della risoluzione e sia perciò così disposto dal relativo provvedimento di avvio della procedura (artt. 22, comma 1, lett. e); 32, co. 1, lett. b.5; 35, co.1 lett. b, d.lgs. n. 180/2015); nel qual caso peraltro resta fermo il potere della Banca d'Italia di *«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»* (art. 60, co. 1, lett. m, d.lgs. n. 180/2015).

D'altra parte, in luogo degli organi decaduti sono i commissari speciali, se nominati, che *«hanno la rappresentanza legale dell'ente sottoposto a risoluzione, assumono i poteri [...] dell'organo di amministrazione di quest'ultimo, promuovono e adottano le misure necessarie per conseguire gli obiettivi della risoluzione»* (art. 37, co. 1, d.lgs. n. 180/2015).

Ancor prima del varo delle vere e proprie misure di risoluzione, inoltre, fra le c.d. misure di intervento precoce (di cui ai nuovi artt. 69-*octiesdecies* ss. t.u.b., come introdotti dall'art. 13, d.lgs. n. 181/2015; cfr. art. 27 ss., BRRD) sono previsti nuovi poteri della Banca d'Italia di disporre la rimozione o ordinare il rinnovo dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza della banca, allorché risulti fra l'altro che *«il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo»*.

12. L'impatto sulla competenza decisionale dei soci.

Un altro profilo di incidenza delle misure di risoluzione bancaria sulle ordinarie competenze degli organi sociali, concerne la disattivazione forzosa dei diritti amministrativi, delle prerogative e dei rimedi connessi alla posizione partecipativa, così da sterilizzarne la capacità di influenza sulla attività e le sorti della banca in crisi e così rimuovere ogni possi-

bile ostacolo all'attuazione delle tecniche autoritative di regolazione e riassetto.

Così, nel quadro anzitutto delle misure di rimozione degli impedimenti alla "risolvibilità" (definita dall'art. 12, co. 2, d.lgs. n. 180/2015, nei termini della assoggettabilità della banca a l.c.a. o a risoluzione minimizzando gli effetti negativi sistemici assicurando la continuità delle funzioni essenziali), la Banca d'Italia può imporre modifiche di forma giuridica e struttura operativa della banca assai penetranti, fino al conferimento dell'intera azienda bancaria ad una società controllata, senza che a fronte dell'adozione obbligatoria delle relative decisioni spetti agli azionisti – pur in presenza della sostanziale modificazione dell'oggetto sociale così in via eteronoma realizzata – il diritto di recesso di cui all'art. 2437 c.c. (BRRD, art. 17, co. 5, lett. g; art. 16, co. 2, lett. a, d.lgs. n. 180/2015).

Nel caso poi di effettivo avvio della risoluzione, *«sono sospesi i diritti di voto in assemblea e gli altri diritti derivanti da partecipazioni che consentono di influire sull'ente sottoposto a risoluzione»* (art. 35, comma 1 lett. a, d.lgs. n. 180/2015; art. 72, comma 2, BRRD); *mentre all'attuazione del programma di risoluzione provvede la Banca d'Italia, fra l'altro e come già visto discorrendo degli organi in senso stretto della risoluzione: o «con atti di uno o più commissari speciali dalla stessa nominati»* (art. 34, co. 2, lett. a, d.lgs. n. 180/2015), i quali *«assumono i poteri degli azionisti, dei titolari di altre partecipazioni»* (oltre che dell'organo di amministrazione) e *«promuovono e adottano le misure necessarie per conseguire gli obiettivi della risoluzione»* (art. 37 co. 1, d.lgs. n. 180/2015; art. 35, BRRD); o in via diretta *«con atti che tengono luogo di quelli (oltre che, n.d.r.) dei competenti organi sociali, degli azionisti e dei titolari di altre partecipazioni»* (art. 34, co.2, lett. b, d.lgs. n. 180/2015).

In quest'ultima direzione, fra l'altro, la Banca d'Italia può:

–*«disporre direttamente l'aumento di capitale»* necessario alla conversione di passività in azioni, in seno al *bail-in* (cfr. art. 58, co. 3, d.lgs. n. 180/2015), senza attendere che vi proceda l'assemblea dei soci (art. 60, co. 1, lett. h, d.lgs. n. 180/2015) o l'organo amministrativo per delega dell'assemblea (ivi, comma 1);

–disporre direttamente, o autorizzare il commissario speciale a disporre *«fusioni o scissioni di enti sottoposti a risoluzione, di soggetti nei confronti dei quali è disposta la riduzione o la conversione di strumenti di capitale, di enti-ponte o di veicoli per la gestione dell'attività»*, con produzione degli effetti previsti dal codice civile immediatamente scaturenti dalla *«pubblicazione della decisione sul sito internet della Banca d'Italia, anche in assenza degli adempimenti pubblicitari richiesti dalla legge»* (art. 99, co. 3, lett. a, d.lgs. n. 180/2015).

La sterilizzazione in termini analogamente generalizzati delle prerogative amministrative, onde favorire l'attuazione delle finalità di regolamentazione coattiva della crisi, può peraltro riguardare anche, nella già menzionata ipotesi di cessione delle azioni o delle altre partecipazioni della banca in risoluzione ad un soggetto terzo, ai sensi dell'art. 40 s., d.lgs. n. 180/2015, l'esercizio dei diritti corporativi in capo al terzo cessionario, disponendosi che sino al rilascio in favore di quest'ultimo dei necessari provvedimenti autorizzativi per l'acquisizione di partecipazioni nelle banche, di cui agli artt. 19 ss. t.u.b., o – in caso di mancata autorizzazione – sino all'obbligatoria alienazione delle partecipazioni come sopra acquisite, *«i diritti di voto in assemblea e gli altri diritti derivanti dalle partecipazioni cedute che consentono di influire sulla società sono sospesi e possono essere esercitati esclusivamente dalla Banca d'Italia, la quale non risponde per l'esercizio di tali diritti o per l'astensione dall'esercizio degli stessi, se non in caso di dolo o colpa grave»* (cfr. art. 41, co. 3, lett. b, d.lgs. n. 180/2015); ed il medesimo regime si applica anche ai diritti relativi a partecipazioni qualificate acquisite in conseguenza di conversione per via di *bail-in*, finché non siano completate le valutazioni per l'autorizzazione ai sensi dell'art. 19 t.u.b. (cfr. art. 53, co. 1, d.lgs. n. 180/2015).

Ancora, nei confronti della banca in risoluzione alla quale *«viene applicato il bail-in può essere disposta la trasformazione della forma giuridica, anche successivamente alla chiusura della risoluzione»*, nel qual caso non spetta ai soci – pur sempre nella rilevata ottica di rimozione di ogni intralcio all'operazione, anche in considerazione delle conseguenze che l'*exit* del socio potrebbe altrimenti avere sul patrimonio dell'ente – il diritto di recesso di cui agli artt. 2437 e 2497-*quater* c.c.; mentre più in generale non trovano applicazione *«le disposizioni della Sezione I del Capo X del Titolo V del Libro V del codice civile, ad eccezione degli articoli 2498 e 2500, che si applicano in quanto compatibili»* (art. 48, co. 2, d.lgs. n. 180/2015).

13. Valutazioni d'insieme e conclusive.

Non si tratta peraltro di regole del tutto inedite, bensì di diversa e maggiore intensità di accenti e incisività degli interventi rispetto al contesto di diritto comune (societario e della crisi di impresa). Come in altra

sede ho avuto modo di osservare¹⁷, non rivoluzionario appare anzitutto e a ben vedere l'assetto di tendenziale disattivazione di prerogative e rimedi degli azionisti, onde impedirne ogni azione di contrasto all'attuarsi forzoso delle misure di risoluzione della crisi, ove solo si rammentino altre note disposizioni di legge nazionale, che pure comprimono i diritti degli azionisti in pendenza di procedura (in senso lato) di crisi, quali l'art. 2499 sui limiti alla ammissibilità della trasformazione della società, a seconda della sua compatibilità con finalità e stato della procedura concorsuale applicata; o l'art. 200, co. 1, l. fall., sulla cessazione delle funzioni assembleari dall'apertura della liquidazione coatta amministrativa. E neppure eterodosso appare il previsto esautoramento delle stesse prerogative corporative degli azionisti, quanto fra l'altro all'attuazione delle operazioni riorganizzative societarie funzionali alla regolazione della crisi, mediante il loro esercizio sostitutivo forzoso ad opera di organi della procedura, essendo anche questo un fenomeno già osservato – oltre che nel diritto societario ordinario, con l'art. 2446, co. 2, c.c., in tema di riduzione giudiziale forzosa del capitale sociale – nel diritto concorsuale comune: e ciò, segnatamente, quanto al concordato preventivo, sotto forma di proposte interpretative per cui è l'organo attuatore della procedura a poter e dovere dar seguito alle operazioni di riassetto societario divise come contenuto della misura di crisi, quali mero atto esecutivo ormai sottratto al potere di condizionamento degli azionisti; e più recentemente per via delle precise disposizioni, che all'art. 185 l. fall. (come novellato dall'art. 3, co. 6, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132) consentono al tribunale di attribuire al commissario giudiziale o a un amministratore giudiziario il potere di compiere ogni atto necessario, ove il debitore non vi provveda, all'esecuzione della proposta concordataria, ivi incluso l'esercizio del voto per la delibera di aumento del capitale sociale del debitore (ivi, comma 6).

Lungi dal rivelarsi dirompenti rispetto alle regole ordinarie, anche le viste previsioni in tema di integrazione e articolazione dei doveri di condotta degli organi di amministrazione e controllo appaiono piuttosto la positivizzazione, in termini certo speciali ed adeguati al peculiare contesto della crisi bancaria, di quanto un sempre più esteso indirizzo interpretativo è andato elaborando – nell'orizzonte del diritto societario della crisi, ma senza di necessità accreditarne uno statuto di rigorosa autonomia disciplinare – in chiave di specifici obblighi di comportamento

¹⁷ Cfr. PERRINO, *Il diritto*, cit., pp. 366 ss.

degli organi sociali e di conseguenti responsabilità, in situazioni di crisi dal loro iniziale profilarsi fino alla vera e propria insolvenza, quanto ad esempio a doveri di monitoraggio, allerta, selezione e varo di opportune procedure legali di composizione della crisi, avvio delle pertinenti operazioni di riorganizzazione o definizione dei rapporti societari; obblighi e responsabilità specifiche, la cui emersione distinta in fase di crisi, rispetto alla vita ordinaria dell'impresa, trova del resto inequivoche conferme normative in disposizioni del diritto comune delle società di capitali, a partire dagli artt. 2485 e 2486 c.c. rispetto al verificarsi di cause di scioglimento delle società, oltre che nelle norme della legge fallimentare che contemplano il potere/dovere di accesso degli amministratori alle procedure ivi regolamentate (e cfr., fra l'altro, l'art. 152, co. 2, lett. b, l. fall., richiamato anche dall'art. 161, co. 4, l. fall.).

Pure le regole in tema di possibile o automatica sospensione o disattivazione definitiva delle funzioni degli organi sociali, si aggiunga, con l'obiettivo di spianare la strada a misure coattive di intervento sulla crisi bancaria, trovano significativi *pendant* nelle già note disposizioni comuni di diritto della crisi, sia societaria generale che specificamente di società bancarie, quali: sul versante generale, la disciplina della possibile rimozione giudiziale degli amministratori in caso di gravi irregolarità nella gestione, ai sensi dell'art. 2409 c.c., o in caso di scioglimento della società non debitamente seguito dall'avvento dei liquidatori, in base all'art. 2487, co. 2, c.c.; o la già richiamata disposizione dell'art. 200, co. 1, l. fall., secondo cui dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa «cessano le funzioni delle assemblee e degli organi di amministrazione e controllo», salvo che in ordine alla proposizione di un concordato ai sensi dell'art. 214 l. fall.; e, su quello prettamente bancario, la disciplina contenuta all'art. 53-*bis* t.u.b. (come inserito dall'art. 1, co. 20, d.Lgs. 12 maggio 2015, n. 72), relativamente al potere della Banca d'Italia fra l'altro di convocare d'autorità gli organi collegiali fissandone l'ordine del giorno e proponendo le specifiche decisioni da assumere (co. 1, lett. b e c), e di «disporre, qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca, la rimozione di uno o più esponenti aziendali» (co. 1, lett. e); o le previsioni circa lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo, disposto con il decreto di apertura della procedura di amministrazione straordinaria, ex art. 70 t.u.b., e sull'effetto sospensivo dello stesso provvedimento a carico delle funzioni delle assemblee; e ancora la prevista cessazione delle funzioni degli organi amministrativi, di controllo e assembleari a seguito dell'emanazione del

decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa della banca, a norma dell'art. 80 t.u.b.

Esiste, sempre problematico, il tema dei diritti fondamentali potenzialmente posti a rischio. Del resto, la disciplina della risoluzione bancaria per un verso prende atto, fin dalle premesse della BRRD (cfr. cons. 13, 24, 29, 49, BRRD), della inemendabile idoneità degli strumenti e poteri previsti per la risoluzione della crisi bancaria, nel perseguire gli obiettivi di salvaguardia della continuità delle funzioni bancarie onde evitare o limitare effetti negativi sulla stabilità finanziaria, ad incidere sui diritti degli azionisti e dei creditori, così come sulla libertà d'impresa dello stesso ente bancario come attore economico, e con ciò ad interferire con i presidi posti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in particolare, con l'art. 16 in tema di libertà d'impresa e con l'art. 17 in tema di diritto di proprietà; oltre che con l'art. 47 sulla tutela giurisdizionale, cfr. cons. 88, BRRD) e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, in particolare dall'art. 1, protocollo 1, in tema di diritto di proprietà (disciplina, quest'ultima, posta al centro della valutazione di ammissibilità di interventi ablativi senza indennizzo delle partecipazioni sociali, mediante la nazionalizzazione dell'istituto bancario inglese Northern Rock in crisi, dalla decisione della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 10 luglio 2012, Dennis Grainger e a. c. Regno Unito); per altro verso stabilisce che l'applicazione degli stessi strumenti e poteri, soprattutto nei casi in cui il perseguimento degli anzidetti obiettivi di continuità e stabilità in qualche modo imponga di incidere su capisaldi come la parità di trattamento dei creditori, debba in ogni caso risultare giustificata dal pubblico interesse, imporre disparità proporzionate al diverso rischio sostenuto, non comportare indebite discriminazioni, dirette o indirette, per motivi di cittadinanza, sotto ogni profilo conformandosi al principio di proporzionalità di cui all'art. 52 della Carta (cons. 49, BRRD).

Altro, non meno problematico è il tema della trasparenza e del controllo democratico delle posizioni di vasto potere attribuito agli organi della risoluzione e fin qui osservate.

Il tema è presente nella disciplina europea del CRU, allorché il Cons. 42, Reg. n. 806/2014, impone il dialogo costante con il Parlamento europeo, la Commissione e il Consiglio *«al fine di garantire trasparenza e controllo democratico, così come a tutela dei diritti delle istituzioni dell'Unione, è opportuno che il Comitato risponda al Parlamento europeo e al Consiglio di qualsiasi decisione assunta in base al presente regolamento»*; ciò nella consapevolezza che *«a fini di trasparenza e di controllo democratico, è opportuno conferire ai parlamenti nazionali*

determinati diritti ad essere informati delle attività del Comitato e a dialogare con il Comitato».

Ed il successivo cons. 43 si occupa dei rapporti con i parlamenti nazionali, disponendo che *«il parlamento nazionale di uno Stato membro partecipante o la sua commissione competente dovrebbero poter invitare il presidente a partecipare a uno scambio di opinioni concernente la risoluzione di enti di detto Stato membro, insieme con un rappresentante dell'autorità nazionale di risoluzione. Tale ruolo dei parlamenti nazionali risulta opportuno alla luce del potenziale impatto delle azioni di risoluzione sulle finanze pubbliche, sugli enti e i rispettivi clienti e dipendenti, nonché sui mercati degli Stati membri partecipanti».*

Su tali premesse, l'art. 45, Reg. n. 806/2014 prevede fra l'altro obblighi di relazione annuale del CRU al Parlamento europeo, ai parlamenti nazionali degli Stati membri partecipanti conformemente all'articolo 46, al Consiglio, alla Commissione e alla Corte dei conti europea, e di audizione del CRU su richiesta dei parlamenti europeo e nazionali e del Consiglio.

Non sono invece immediatamente riconoscibili disposizioni specifiche in materia nella disciplina italiana di recepimento, quanto alla posizione, come visto sovraordinata, attribuita a Banca d'Italia quale autorità nazionale di risoluzione, al di là della generale previsione (di cui all'art. 19, comma 4, l. 28 dicembre 2005, n. 262, recante *«Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari»*), dell'obbligo di trasmettere al Parlamento e al Governo, entro il 30 giugno di ciascun anno, una relazione sull'attività svolta nell'anno precedente, senza peraltro disposizioni specifiche riguardo all'esercizio dei poteri di risoluzione in discorso. Ed è un terreno che meriterebbe anche questo allora – della trasparenza e del controllo democratico, in una temperie culturale sempre meno disponibile a deleghe opache di potere a salvaguardia della stabilità del sistema – di essere invece coltivato e sviluppato con attenzione.