



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 11-12/2017

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, AndryMatilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

La nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie tra incertezze interpretative e difficoltà applicative

di Gabriella Mazzei*

Sommario

1. Premessa. - 2. Le finalità della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie: una netta rottura con il passato. - 3. Competenze, procedure e strumenti di intervento nella nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie. - 4. Dal piano di risanamento al piano di risoluzione. - 5. L'incidenza della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie sui tradizionali meccanismi di *corporate governance* bancaria. - 6. La prima fase applicativa della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie tra incertezze e difficoltà.

Abstract

L'Unione bancaria europea, andando oltre la finalità della realizzazione di un mercato unico per volgere al più ambizioso obiettivo di un'effettiva integrazione europea, segna un'importante discontinuità nella storia della regolamentazione bancaria.

Decisamente ispirate alle logiche del mercato, le nuove regole sulla gestione delle crisi bancarie introducono meccanismi di intervento finalizzate essenzialmente a prevenire il dissesto bancario e le sue ripercussioni sistemiche, disancorate dal ricorso al supporto finanziario pubblico straordinario, incentrate su forme di internalizzazione delle perdite e sulla rilevante funzione di controllo e di riequilibrio svolta dallo stesso mercato.

Ma un clima di sfiducia connota la fase di prima applicazione della normativa interna di recepimento delle nuove regole europee, dovuto alle non poche incertezze interpretative e difficoltà applicative che vengono analizzate nel presente lavoro e che inducono a ritenere non ancora del tutto maturi i tempi per una corretta applicazione dei nuovi meccanismi di gestione delle crisi bancarie e per un effettivo conseguimento dei risultati attesi con l'introduzione del Meccanismo di risoluzione unico.

1. Premessa

I noti eventi relativi alla recente crisi finanziaria che ha scosso le economie di gran parte dei paesi industrializzati¹ hanno posto in evidenza l'inadeguatezza del modello della vigilanza armonizzata ripartita su base nazionale², che, no-

* Professore associato di Diritto privato comparato nella Università degli Studi di Roma "Unitelma Sapienza" - gabriella.mazzei@unitelmasapienza.it. Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blinde peer review*.

¹ Nell'ambito della vasta letteratura sulle origini e le caratteristiche delle recenti crisi finanziarie, senza pretese di esaustività, cfr. P. KRUGMAN, *Fuori da questa crisi, adesso!*, Milano, 2012, *passim*; F. COLOMBINI, A. CALABRÒ, *Crisi finanziarie. Banche e stati. L'insostenibilità del rischio di credito*, Torino, 2011; M. CERA, *Crisi finanziaria, interventi legislativi e ordinamento bancario*, in *Studi in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, p. 1195 ss.; A. PRINCIPE, *Impresa bancaria e crisi dei mercati finanziari*, Napoli, 2010, *passim*; J.E. STIGLITZ, S. GRIF-FITH-JONES, J.A. OCAMPO, *Time for a visiblehand: lessons from the 2008 world financialcrisis*, Oxford, 2010, *passim*; F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2008). Il caso italiano*, Padova, 2009, *passim*; G. MONTEODORO, *Economia della crisi, trasformazioni dello Stato, governo dei giudici*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1/2009, p. 59 ss.; R. MASERA, *La crisi globale: finanza, regolazione e vigilanza alla luce del rapporto de Larosiere*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1/2009, p. 147 ss.; E. VENTURI, *Globalizzazione, interconnessione dei mercati e crisi finanziaria. Identificazione di possibili interventi correttivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 80 ss.; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009, *passim*; M. RISPOLI FARINA, G. ROTONDO, *La crisi dei mercati finanziari*, Milano, 2009, *passim*; G. CARRIERO, *La crisi dei mercati finanziari: disorganici appunti di un giurista*, in *Dir. banc.*, 2009, p. 197 ss.; A. TROTTA, *I sistemi finanziari fra innovazione e instabilità. Lezioni dalla crisi dei mutui subprime e riflessioni sulle prospettive per banche e mercati*, Torino, 2009, *passim*; M. ONADO, *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Bari, 2009, *passim*; R.A. POSNER, *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*, Harvard, 2009; G. COOPER, *The origin of financial crisis: centralbank, credit bubbles and the efficient market fallacy*, Vintage, 2008, *passim*.

²Cfr. G. MONTEODORO, *Poteri di intervento delle autorità europee e giustiziabilità*, in V. TROIANO, R. MOTRONI (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela, regole di governance, mercati*, Padova, 2016, p. 387 ss.; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 73/2013, p. 5 ss.

nostante i previsti meccanismi di coordinamento tra le autorità nazionali, rimaneva connotato da un elevato grado di difformità tra gli ordinamenti interni sui piani dell'interpretazione e applicazione delle regole comunitarie, delle prassi di vigilanza³, dei regimi sanzionatori⁴.

Si è dunque imposta la necessità di un sistema europeo di vigilanza pienamente integrato.

Pertanto, dopo la ridefinizione dell'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo, che, dando seguito alle proposte contenute nel *Rapporto de Larosière*⁵, è stata attuata con l'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria - SEVIF (*European System of Financial Supervision - ESFS*), finalizzato a «preservare la stabilità finanziaria, creare fiducia nell'intero sistema finanziario e assicurare una sufficiente protezione dei consumatori di servizi finanziari»⁶, si è provveduto a rafforzare la spinta federa-

³Sulla rilevanza delle prassi di vigilanza, cfr. F. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e finanza etica*, Bari, 1997, *passim*.

⁴Cfr. F. CIRAULO, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari. Dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2, 2011, p. 415 ss.; R. TOMASIC, *Bejond "Light Touch" Regulation of BritishBanksafter the Financial Crisis*, in I. MACNEIL, J. O'BRIEN (eds), *The future of financialregulation*, Oxford, 2010, p. 110 ss.

⁵Le raccomandazioni contenute nel *Rapporto de Larosière* sul rafforzamento dei meccanismi europei di vigilanza sono state accolte dalla Commissione europea con la Comunicazione della Commissione, *Vigilanza finanziaria europea*, COM(2011) 252 def., del 27 maggio 2009.

⁶Vedi l'articolo 2, paragrafo 1, del regolamento n. 1093 del 2010. cfr. V. TROIANO, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016, p. 560. Con i regolamenti (UE) nn. 1092/2010, 1093/2010, 1094/2010, 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, e successive modifiche, è stato introdotto il Sistema europeo di vigilanza finanziaria - SEVIF (*European System of Financial Supervision - ESFS*), composto dal Comitato europeo per il rischio sistemico - CERS (*European Systemic Risk Board - ESRB*), responsabile della vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario, e da un complesso sistema di autorità responsabili della vigilanza micropudenziale nei ri-

lista verso un'effettiva integrazione e stabilità finanziarie⁷ giungendo alla realizzazione di una vera e propria Unione bancaria europea⁸.

L'istituzione dell'Unione bancaria europea⁹ ha segnato un'importante discontinuità nella storia della regolamentazione bancaria europea. La fi-

spettivi ambiti settoriali e territoriali di intervento, articolato nelle tre Autorità europee di vigilanza – AEV (*European Supervisory Agencies* - ESAs), l'Autorità bancaria europea - ABE (*European Banking Authority* - EBA), l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati - AESFEM (*European Securities and Markets Authority* - ESMA) e l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali - AEAP (*European Insurance and Occupational Pensions Authority* - EIOPA), che cooperano in seno al Comitato congiunto, nonché le Autorità di vigilanza nazionali.

⁷Cfr. D. SCHOENMAKER, *Il trilemma finanziario*, in *Economic Letters*, 2011, n. 111, p. 57 ss.

⁸Cfr. F. CAPRIGLIONE, *L'unione bancaria europea*, Torino, 2013, *passim*; M. SARCINELLI, *L'unione bancaria europea e la stabilizzazione dell'Eurozona*, in *Moneta e credito*, 2013, p. 7 ss.; AA.VV., *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 75, 2013; E. WYMEERSCH, *The European Banking Union. A first Analysis*, Ghent University - Financial Law Institute, WP 2012-07, 2012.

⁹Cfr. F. CAPRIGLIONE, *European Banking Union. A challenge for a more united Europe*, in *Law and Economics Early Review*, 1/2013, p. 5 ss.; F. CAPRIGLIONE, *L'unione bancaria europea*, Torino, 2013, *passim*; R. IBRIDO, *L'unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, 2017, *passim*; M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, *passim*; D. SORACE, *I "pilastri" dell'Unione bancaria*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, pp. 91 ss.; F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario europeo dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Assago, 2014, p. 76 ss.; S. MICOSI, *Banking union in the making*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, vol. 2, part. 1, p. 80 ss.; M. SARCINELLI, *L'unione bancaria europea e la stabilizzazione dell'Eurozona*, in *Moneta e credito*, 2013, p. 7 ss.

Sullo stretto collegamento esistente fra la realizzazione di un sistema integrato di vigilanza europea e l'introduzione di schemi comuni di risoluzione delle crisi bancarie e di assicurazione dei depositi cfr. M. RISPOLI FARINA, *Verso la vigilanza unica europea*, in M. RISPOLI FARINA, G. ROTONDO, *La crisi dei mercati finanziari*, Milano, 2009, II, pag. 15 ss.; G. NAPOLETANO, *La risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria. Verso l'Unione bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, p. 747 ss.

nalità perseguita dalla creazione di un sistema bancario unitario in Europa va, infatti, oltre gli obiettivi di un mercato unico e di una maggiore solidità e stabilità del sistema bancario e finanziario per volgere al più ambizioso obiettivo della realizzazione di un'effettiva integrazione europea¹⁰.

La riforma si è articolata nell'introduzione del Meccanismo di vigilanza unico - MVU (*Single Supervisory Mechanism* - SSM)¹¹, divenuto operativo nel 2014, del Meccanismo di risoluzione unico - MRU (*Single Resolution Mechanism* - SRM)¹², divenuto operativo nel 2016, e del Sistema europeo di assicurazione dei depositi - SEAD (*European Deposit Insurance Scheme* - EDIS)¹³.

Ma l'introduzione del sistema bancario unitario nella realtà giuridica ed economica italiana è stata finora connotata da un clima di incertezza e sfiducia dovute ai molteplici dubbi interpretativi sollevati dalla dottrina e dalle notevoli difficoltà applicative evidenziate dalla stessa autorità di vigilanza nazionale.

¹⁰Cfr. F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013, *passim*; F. CAPRIGLIONE, *European Banking Union. A challenge for a more united Europe*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, vol. 2, part. 1, p. 5 ss. Mario Draghi, nel suo discorso inaugurale del Meccanismo unico di supervisione, Francoforte, 20 novembre 2014, consultabile su www.ecb.europa.eu, ha definito l'Unione bancaria europea «il più grande passo verso un'integrazione più profonda dalla creazione della Unione economica e monetaria».

¹¹Vedi il regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

¹²Vedi il regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del Meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico.

¹³Vedi la direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi.

Tra i diversi profili problematici, vi è in primo luogo quello relativo al riparto di funzioni e poteri tra la BCE, a cui il nuovo quadro normativo attribuisce specifici compiti di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi, e le autorità nazionali di vigilanza, alla non chiara né agevole delimitazione dei rispettivi ambiti di intervento nonché alle complesse modalità di raccordo dei rispettivi interventi, in un contesto fortemente accentrato, in cui buona parte delle funzioni di regolazione e vigilanza vengono spostate dalle istituzioni nazionali a quelle eurolunitarie ed in cui alle prime sembrerebbero residuare le funzioni esecutive¹⁴. Maggiori incertezze e difficoltà connotano la fase di prima applicazione del secondo pilastro dell'Unione bancaria, il Meccanismo di risoluzione unico, dovute alla complessità delle nuove regole sulle procedure e misure tecniche di risoluzione delle crisi bancarie, introdotte nel nostro ordinamento con i decreti di attuazione della cosiddetta BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*)¹⁵ e di conseguente modifica del T.u.b e del T.u.f.¹⁶, destinate ad incidere profondamente sulla realtà giuridica ed economica interna nonché

sugli assetti proprietari e sulla stessa *corporate governance* degli enti creditizi italiani.

Ancora provato da una crisi finanziaria dalla quale stenta ad uscire definitivamente a causa della mancanza di un'adeguata ripresa della crescita economica e produttiva, il sistema bancario italiano versa in condizioni che non consentono un'indolore introduzione del Meccanismo di risoluzione unico ed ostacolano il conseguimento degli attesi risultati.

2. Le finalità della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie: una netta rottura con il passato

In un incondizionato riferimento alla logica di mercato, in vista dell'obiettivo primario di garantire l'assetto concorrenziale del mercato bancario, la nuova disciplina europea sulla gestione delle crisi bancarie è volta ad uniformare la disciplina di settore e assicurare un'azione coordinata a livello UE, a rafforzare i meccanismi di prevenzione e di intervento precoce, a garantire la continuità operativa dell'ente bancario, ad orientare le ripercussioni economiche negative delle crisi bancarie su soggetti che a vario titolo intrattengono rapporti con l'ente creditizio in crisi limitando il più possibile il ricorso a forme di intervento realizzate con l'impiego di fondi pubblici (*no bail-out clause*)¹⁷.

¹⁴Cfr. per tutti L. TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, p. 53 ss.

¹⁵Vedi la direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, nota come BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*).

¹⁶Vedi il decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180, *Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento*, e il decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 181, *Modifiche del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento*.

¹⁷Cfr. tra gli altri S. LUCCHINI et al., *State Aid and the Banking System in the Financial Crisis: From Bail-out to Bail-in*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, vol. 8, n. 2, p. 88 ss.; F. TUTINO, *Fiducia nelle banche, bail-in, tutela del risparmio: un approccio sistemico di lungo periodo*, in *Rivista bancaria*, 2016, n. 4-5, p. 191 ss.; B. INZITARI, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale dalle perdite (d. lgs. 180/2015)*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 1 ss.; L. DI BRINA, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 466 ss.; F. ALLEN et al., *Moral Hazard and Government Guarantees in the Banking Industry*, in *Journal of Financial Regulation*, 2015, vol. 1, n. 1, p. 30 ss.; R. SMITS, *Is my money safe at European banks? Reflections on the "bail-in" provi-*

Le finalità perseguite dalle nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie, le procedure e gli strumenti di risanamento e risoluzione delle crisi bancarie da esse introdotte segnano una decisa inversione di rotta rispetto alla previgente disciplina italiana in materia, che prevedeva forme di concorso sociale nel superamento delle crisi bancarie, attraverso un meccanismo di socializzazione delle perdite che trasferiva sull'intera collettività il costo degli interventi finanziari volti al salvataggio delle banche in crisi¹⁸.

Tali forme di intervento in favore di banche in stato di insolvenza¹⁹ contrastano con la ratio ispiratrice della nuova disciplina europea in esame, volta ad introdurre strumenti di intervento efficaci, tempestivi, idonei a prevenire le crisi bancarie, a limitare le possibilità di ripercussioni negative sul sistema economico e finanziario nonché a ridurre al minimo l'utilizzo del «denaro dei contribuenti»²⁰.

sions in recent EU legal texts, in Capital Markets Law Journal, Oxford, 2014, vol. 9, n. 2, p. 137 ss.

¹⁸In oltre cinquant'anni di applicazione della disciplina interna, nella maggior parte dei casi, alla soluzione della crisi bancaria non si è giunti previa applicazione della liquidazione coatta amministrativa, ma attraverso forme d'integrazione tra l'ente creditizio in crisi assoggettato ad amministrazione straordinaria e un altro ente appartenente al settore che, a fronte della sua disponibilità ad assumersi il carico dei crediti deteriorati, riceveva risorse finanziarie pubbliche. Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema bancario*, Milano, 2016, p. 48 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del diritto dell'economia: il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 537 ss.

¹⁹La possibilità di tali interventi è stata esclusa in seguito all'attribuzione esclusiva alla BCE della sovranità monetaria senza l'attribuzione anche della funzione di prestatrice di ultima istanza. Cfr. P. CIOCCA, *La banca che ci manca*, Roma, 2014, *passim*.

²⁰Vedi il considerando n. 1 della direttiva 2014/59/UE, che testualmente recita: «La crisi finanziaria ha evidenziato una mancanza significativa di strumenti adeguati a livello di Unione per gestire con efficacia gli enti creditizi e le imprese di investimento («enti») in crisi o in dissesto. Tali strumenti sono necessari, in particolare, per prevenire stati di insol-

Pertanto, il nuovo sistema appare volto a raggiungere un non semplice punto di equilibrio e di sintesi tra l'esigenza di «garantire la continuità delle funzioni essenziali» dell'ente creditizio, quella di evitare che dalla crisi dello stesso possano derivare «effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria», quella di «salvaguardare i fondi pubblici riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario» nonché quella di tutelare adeguatamente i clienti dell'ente in dissesto²¹.

Assume rilevanza prioritaria la finalità di impedire effetti distorsivi dell'assetto concorrenziale del mercato bancario e destabilizzanti del sistema economico-finanziario garantendo il più possibile la continuità operativa dell'ente bancario incorso in una situazione di crisi.

In considerazione di ciò, il nuovo quadro sulla risoluzione delle crisi bancarie è stato ritenuto come fondamentalmente incentrato sulla prevenzione e alle procedure e strumenti di risoluzione è stata attribuita una funzione essenzialmente residuale nella tutela della stabilità del sistema²².

venza o, in caso di insolvenza, per ridurre al minimo le ripercussioni negative preservando le funzioni dell'ente interessato aventi rilevanza sistemica. Durante la crisi, queste sfide sono state un fattore determinante che ha costretto gli Stati membri a procedere al salvataggio degli enti utilizzando il denaro dei contribuenti. L'obiettivo di un quadro credibile di risanamento e di risoluzione è quello di ovviare quanto più possibile alla necessità di un'azione di questo tipo». Gli obiettivi della prevenzione del dissesto economico della banca e delle sue ripercussioni sistemiche nonché della tutela della fiducia nel mercato finanziario emergono anche dal considerando n. 3.

²¹Vedi l'articolo 14, comma 2, del regolamento (UE) n. 806/2014.

²²Cfr. V. LEMMA, *La nuova procedura di risoluzione: indicazioni per una insolvenza obbligatoria?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1/2016, II, p. 31; L. DI BRINA, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 467 ss.; C. HADJEMANUIL, *Bank Resolution Financing in the Banking Union*, in *LSE Legal Studies, Working Paper* n. 6/2015, p. 25 ss.

Le nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie, infatti, finalizzano l'intervento pubblico al recupero degli enti creditizi in crisi mediante la ridefinizione del loro assetto patrimoniale e l'assorbimento da parte dello stesso mercato degli attivi deteriorati. Ne derivano misure di intervento di carattere essenzialmente preventivo e volte a mantenere all'interno dell'ente creditizio in dissesto i costi della risoluzione della crisi, evitando forme di contagio delle criticità a livello di sistema²³.

Al fine di preservare la stabilità del sistema finanziario e l'assetto concorrenziale del mercato bancario, la fase precedente l'avvio della procedura di risoluzione ed i diversi momenti di essa sono volti ad assicurare la continuità operativa dell'ente creditizio in crisi e a porre le perdite derivanti dal suo dissesto a carico in primo luogo dei soggetti che detengono quote partecipative nel suo capitale sociale e successivamente a carico di coloro che intrattengono con esso rapporti finanziari superiori ad un determinato ammontare²⁴, evitando fenomeni di «privatizzazione dei profitti quando la banca è in vita» e di «socializzazione delle perdite nei casi di insolvenza»²⁵.

3. Competenze, procedure e strumenti di intervento nella nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie

Dalla ratio ispiratrice della nuova disciplina europea sulla gestione delle crisi bancarie, finaliz-

zata ad introdurre efficaci e tempestive misure di carattere prevalentemente preventivo, derivano profondi mutamenti sul piano delle competenze in materia, della loro ripartizione tra istituzioni unitarie e nazionali, delle forme procedurali e delle misure di intervento, con una decisa estensione dell'ambito di intervento delle istituzioni pubbliche anche alla fase precedente il manifestarsi del dissesto bancario²⁶.

Il nuovo sistema di gestione delle crisi bancarie delinea un composito quadro istituzionale articolato in diversi centri decisionali²⁷ e rende quindi necessaria una complessa concertazione tra di essi per l'attivazione delle procedure e degli strumenti di risoluzione²⁸.

In questa sede basterà dire che in vista degli obiettivi di promuovere e favorire la cooperazione e l'azione coordinata a livello dell'Unione europea evitando risposte nazionali frammentarie nonché di agire tempestivamente al fine di prevenire ed impedire in un lasso di tempo ragionevole il dissesto di un ente in crisi, al Comitato di risoluzione è affidato il monitoraggio, in cooperazione con la BCE e con l'autorità nazionale competente, delle situazioni oggetto di possibili interventi²⁹.

Alla BCE è affidato il ruolo di organo di supervisione con rilevanti poteri decisori; comunica lo stato di insolvenza alla Commissione, al Comitato unico di risoluzione e alle competenti autorità nazionali.

Il Comitato unico di risoluzione ha il compito principale di valutare l'esistenza di rilevanti rischi di ricadute negative sul sistema finanziario

²³Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2/2017, p. 121.

²⁴Da segnalare la previsione di un limite all'entità del coinvolgimento di tali soggetti, individuato nel principio in base al quale «nessun creditore sostiene perdite più ingenti di quelle che avrebbe sostenuto se l'ente ... fosse stato liquidato con procedura ordinaria di insolvenza». Vedi l'articolo 34, comma 1, lettera g, della direttiva 2014/59/UE.

²⁵Cfr. G. BOCCUZZI, *L'Unione bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015, p. 72.

²⁶Cfr. I. SUPINO, *Soggettività bancaria. Assetti patrimoniali. Regole prudenziali*, Torino, 2017, p. 91.

²⁷Vedi l'articolo 18, del regolamento (UE) n. 806/2014.

²⁸Cfr. L. DI BRINA, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 467 ss.

²⁹Vedi il considerando n. 53 del regolamento (UE) n. 806/2014.

nel suo complesso nonché l'esistenza di possibili soluzioni offerte dal settore privato.

Il piano di risoluzione è adottato dal Comitato unico in coordinamento con le istituzioni nazionali competenti, le quali svolgono funzioni esecutive delle misure di risoluzione stabilite.

Sebbene non sia tra le istituzioni competenti in materia di gestione delle crisi bancarie, la Commissione, garante dell'assetto concorrenziale del mercato e dotata di competenza esclusiva e ampi poteri decisorii in tema di aiuti di Stato, svolge un ruolo molto importante che incide anche sull'efficacia delle misure di vigilanza e di risoluzione in tale materia; alla Commissione è affidata la valutazione sulla possibilità di interventi di sostegno finanziario pubblico straordinario da effettuare in deroga al generale divieto normativo e al Consiglio quella sull'esistenza dell'interesse pubblico all'avvio della procedura di risoluzione³⁰.

Come rilevato, la BRRD tende ad evitare per quanto possibile il ricorso a forme di sostegno finanziario pubblico straordinario nella risoluzione di crisi bancarie³¹.

Salvo casi eccezionali, l'istituzione di organismi nazionali di risoluzione deve avvenire in modalità tali da garantire che il personale sia «strutturalmente separato da [...] il personale addetto alle funzioni» di vigilanza «per garantire indipendenza operativa e per evitare conflitti di interes-

se» nell'esercizio delle due funzioni³². Nella consapevolezza della innegabile presenza di profili di interdipendenza e complementarietà nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e di risoluzione nell'ambito del mercato interno per i servizi finanziari³³, la ratio posta a fondamento della prescritta distinzione e separazione dei soggetti responsabili del loro esercizio è da individuare, dunque, nell'esigenza di garantire la loro autonomia decisionale³⁴.

La disciplina del Meccanismo unico di risoluzione prevede l'intervento di un Fondo di risoluzione unico³⁵, quale «elemento essenziale senza il quale l'SRM non potrebbe funzionare adeguatamente»³⁶.

Sono state individuate quattro forme di intervento di risoluzione delle crisi bancarie, utilizzabili alternativamente o in modo combinato: la vendita delle attività d'impresa (*sale of business*), la separazione delle attività (*badbank*), la costituzione di un «ente-ponte» (*bridge bank*), l'adozione del *bail-in*.

In particolare, quest'ultima forma d'intervento comporta la cancellazione delle perdite che hanno determinato la crisi attraverso la loro ripartizione sequenziale, riducendo in primo luogo i crediti degli azionisti e successivamente quelli di altri determinati creditori, con esclusione dei depositari di somme inferiori a 100.000 euro.

³⁰Vedi l'articolo 107, primo comma del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Cfr. A. CANEPA, *Dai salvataggi bancari ai crediti deteriorati: la complessa applicazione delle regole sugli aiuti di stato fra flessibilità e rigidità*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3/2016, p. 258 ss.; D. ROSSANO, *Gli aiuti di Stato alle banche e le ritrattazioni della Commissione: tra distorsioni della concorrenza e (in)stabilità finanziaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1/2016, II, p. 1 ss.

³¹Vedi gli articoli 31, paragrafo 2, lettera c e 32, paragrafo 4, lettera d, della direttiva n. 2014/59/UE nonché l'articolo 14, paragrafo 2, lettera c del regolamento (UE) n. 806/2014.

³²Vedi l'articolo 3, comma 3, della direttiva 2014/59/UE, cosiddetta BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*).

³³Vedi il considerando n. 11 del regolamento (UE) n. 806/2014.

³⁴Sul tema, cfr. D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Milano, 2017, p. 64; M. MACCHIA, *Il Single Resolution Board*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, p. 321 ss.; S. DEL GATTO, *Il Single Resolution Mechanism. Quadro d'insieme*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, p. 268 ss.

³⁵Vedi gli articoli 67 e ss. del regolamento (UE) n. 806/2014.

³⁶Vedi il considerando n. 19 del regolamento (UE) n. 806/2014.

Fondato, quindi, su meccanismi di svalutazione forzata delle partecipazioni e dei crediti non protetti, il *bail-in*³⁷ mira a conseguire la risoluzione di una crisi bancaria, anche di rilevanza sistemica, accollandone i costi in misura minima sui contribuenti ed in misura congrua su azionisti e su alcuni creditori dell'ente creditizio in dissesto³⁸, inducendo in tal modo questi ultimi a vigilare sul suo buon funzionamento³⁹.

Assumono rilievo su questo piano le disposizioni sul MREL (*Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities*), che prevedono l'obbligo degli enti creditizi di rispettare, in ogni momento e su base individuale e consolidata, un requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili che possono essere soggetti a svalutazione e con-

versione⁴⁰, disposizioni che sono state recepite nel nostro ordinamento con l'introduzione dell'obbligo di rispettare un requisito minimo di passività soggette al *bail-in* e del potere regolamentare della Banca d'Italia sulle caratteristiche delle passività computabili e sulle modalità con cui sono computate⁴¹.

4. Dal piano di risanamento al piano di risoluzione

Alla finalità di prevenzione che ispira le nuove regole sulla gestione delle crisi bancarie è volta anche la disciplina europea, recepita nel nostro ordinamento, relativa ai piani di risanamento, individuale o di gruppo, che prevede l'obbligo della banca o della capogruppo di un gruppo bancario di dotarsene al fine di indicare le misure che dovranno essere adottate per ripristinare la situazione patrimoniale e finanziaria in caso di suo significativo deterioramento e di violazione, attuale o possibile, dei requisiti prudenziali⁴².

Il piano di risanamento è definito dall'organo amministrativo della banca e reca le informazioni previste dalla normativa europea⁴³ e quelle sup-

³⁷Sui diversi profili della disciplina del *bail-in*, cfr. R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 287 ss.; D. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *federalismi.it*, 1, 13 gennaio 2016; G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca, impresa, società*, 2015, fasc. 3, p. 344 ss.; L. DI BRINA, *"Risoluzione" delle banche e "bail-in" alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4/2015, II, p. 184 ss.; G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corriere giur.*, 2015, 12, p. 1485 ss.; F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario europeo dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Assago, 2014, p. 104 ss.

³⁸Vedi in particolare gli articoli 43 e ss. della direttiva 2014/59/UE e l'articolo 27 del regolamento (UE) n. 806/2014.

³⁹Il considerando 73 del regolamento (UE) n. 806/2014, recita testualmente: «Un regime di risoluzione efficace dovrebbe ridurre al minimo i costi della risoluzione di un'entità in dissesto sostenuti dai contribuenti e assicurare che anche la risoluzione di entità di rilevanza sistemica sia possibile senza mettere a repentaglio la stabilità finanziaria. Con lo strumento del *bail-in* si consegue tale obiettivo garantendo che gli azionisti e creditori dell'entità in dissesto sostengano una congrua quota di perdite e si facciano carico di una quota adeguata dei costi derivanti dal dissesto dell'entità. Lo strumento del *bail-in* darà pertanto agli azionisti e ai creditori delle entità un maggiore incentivo a vigilare sul buon funzionamento dell'entità in circostanze normali [...]».

⁴⁰Vedi gli articoli 45 della direttiva n. 2014/59/UE e 12 del regolamento (UE) n. 806/2014.

⁴¹Vedi l'articolo 50 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

⁴²Per la normativa europea, vedi gli articoli 5 e ss. della direttiva 2014/59/UE. Per la normativa interna di recepimento, vedi il decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 181, che ha modificato il t.u.b. e il t.u.f. inserendovi disposizioni sui piani di risanamento.

⁴³Vedi anche il regolamento delegato (UE) 2016/1075 della Commissione, del 23 marzo 2016, che integra la direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione che precisano il contenuto dei piani di risanamento, dei piani di risoluzione e dei piani di risoluzione di gruppo, i criteri minimi che l'autorità competente deve valutare per quanto riguarda i piani di risanamento e i piani di risanamento di gruppo, le condizioni per il sostegno finanziario di gruppo, i requisiti per i periti indipendenti, il riconoscimento contrattuale dei poteri di svalutazione e di conversione, le procedure e il contenuto delle disposizioni in materia di notifica e

plementari eventualmente richieste dai sistemi giuridici interni⁴⁴. È aggiornato almeno annualmente oppure a seguito di cambiamenti di rilevanza sostanziale della situazione finanziaria o della struttura giuridica o organizzativa dell'ente creditizio oppure con maggiore frequenza richiesta dall'autorità nazionale di supervisione.

La completezza e adeguatezza del piano di risanamento è sottoposto alla valutazione da parte dell'autorità nazionale competente in conformità dei criteri indicati nella disciplina europea. Con decisione motivata e conforme al principio di proporzionalità l'autorità nazionale competente, in sede di valutazione del piano di risanamento, può chiedere di apportare le necessarie modifiche e può anche richiedere all'ente creditizio di ridurre il profilo di rischio, adottare misure di ricapitalizzazione, modificare la propria struttura di *governance* e la propria strategia⁴⁵.

Si tratta, pertanto, di uno strumento di pianificazione che incide significativamente sulla funzione di supervisione incrementando le possibilità di richiedere, anche mediante interventi precoci, l'adozione di misure idonee ad incidere positivamente sulla stabilità ed efficienza operativa dell'ente creditizio⁴⁶, che vanno dalla convocazione degli organi collegiali della banca, all'assunzione di provvedimenti specifici quali il divieto di distribuire utili o altri elementi del patrimonio, la fissazione di limiti all'importo della parte variabile delle remunerazioni⁴⁷ nonché la rimozione di uno o più esponenti aziendali qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio

per la sana e prudente gestione della banca⁴⁸ fino alla chiusura di succursali⁴⁹.

I piani di risanamento costituiscono un dispositivo di *governance* ai sensi dell'articolo 74 della direttiva 2013/36/UE, inserendosi coerentemente nel quadro delle scelte aziendali sul governo dei rischi (*Risk Appetite Framework* – RAF) e sulla pianificazione patrimoniale (*Internal Capital Adequacy Assessment Process* – ICAAP).

Al fine di garantire lo svolgimento di un'azione pubblica coordinata e coerente con gli obiettivi normativamente perseguiti, la disciplina europea prevede, inoltre, meccanismi di scambi di informazioni e di raccordo operativo prescrivendo l'obbligo dell'autorità di supervisione di trasmettere i piani di risanamento e qualsiasi relativo cambiamento all'autorità di risoluzione competente, che può esaminarli e formulare opportune raccomandazioni⁵⁰.

Da evidenziare, infine, la rilevante funzione svolta dal piano di risanamento quale strumento utile al flusso informativo, al dialogo e alla collaborazione tra gli enti creditizi e le istituzioni pubbliche competenti, in coerenza con la logica preventiva che ispira la nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie, volta al risanamento dell'ente creditizio in difficoltà al fine di evitare possibili ripercussioni negative sull'intero sistema finanziario.

Nei casi in cui l'ente creditizio versi in condizioni di dissesto attuale o potenziale e non sussistano altre misure idonee ad evitarlo in tempi ragionevoli, nell'ambito degli ampi poteri attribuiti alle autorità di settore per la realizzazione degli obiettivi di prevenzione normativamente perseguiti, le nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie recepite nel nostro ordinamento prevedono l'adozione dei piani di risoluzione

dell'avviso di sospensione e il funzionamento operativo dei collegi di risoluzione.

⁴⁴Vedi l'articolo 5 della direttiva 2014/59/UE.

⁴⁵Vedi l'articolo 6 della direttiva 2014/59/UE.

⁴⁶Cfr. I. SUPINO, *Soggettività bancaria. Assetti patrimoniali. Regole prudenziali*, Torino, 2017, p. 95 s.; V. TROIANO, A. SACCO GINEVRI, *The "preparation" function in the new banking legislative framework*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 15 giugno 2016.

⁴⁷Vedi gli articoli 53-bis del t.u.b. e 7 del t.u.f.

⁴⁸Vedi gli articoli 53-bis, lettera e, del t.u.b. e 56-bis del t.u.f.

⁴⁹Vedi gli articoli 78 del t.u.b. e 51 del t.u.f.

⁵⁰Vedi l'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva 2014/59/UE.

predisposti dall'autorità nazionale di risoluzione e anch'essi aggiornati e revisionati, se necessario, annualmente o a seguito di cambiamenti sostanziali nella struttura giuridica o organizzativa dell'ente, nella sua attività o nella sua situazione finanziaria⁵¹.

Sebbene i due strumenti di pianificazione si pongano tra di loro in linea di continuità accomunati come sono dalla medesima finalità del superamento delle situazioni di difficoltà in cui versa l'ente creditizio, sono riscontrabili significative differenze nella maggiore incisività delle misure individuate nei piani di risoluzione, che possono giungere fino al trasferimento forzoso delle azioni e alla totale espropriazione del patrimonio dell'ente⁵².

La BRRD, nell'introdurre regole di armonizzazione minima nel settore, non giunge fino alla centralizzazione del processo decisionale in materia di risoluzione⁵³. Residuano, infatti, significativi margini di discrezionalità delle autorità nazionali di risoluzione in fase di applicazione della disciplina uniforme e di valutazione delle complesse situazioni economiche e finanziarie.

Ne deriva per le autorità nazionali di risoluzione la possibilità di ampliare i propri poteri nella predisposizione dei piani di risoluzione, sebbene

pur sempre entro il limite del rispetto del principio di proporzionalità, che richiede di graduare l'entità delle misure limitando l'intervento a quanto strettamente necessario al perseguimento degli obiettivi desiderati, tenendo conto della struttura organizzativa, giuridica e finanziaria della banca gravata da criticità.

Ed è proprio in considerazione della rilevante portata degli effetti degli interventi di risoluzione, idonei ad incidere fortemente sulla realtà giuridico-economica dell'ente creditizio sottoposto a risoluzione, che il legislatore europeo ha avvertito l'esigenza di precisare che le misure di risoluzione «dovrebbero essere giustificate dalla ragione superiore di applicarle nell'interesse pubblico della stabilità finanziaria»⁵⁴ e che «l'azione di risoluzione è considerata nell'interesse pubblico se è necessaria al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione» normativamente definiti⁵⁵ «ed è ad essi proporzionata se la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura.»⁵⁶.

⁵¹Per la normativa europea vedi gli articoli 10 e ss. della direttiva 2014/59/UE. Per la normativa interna di recepimento, vedi il decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180, *Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento*, e il decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 181, *Modifiche del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento*.

⁵²Cfr. L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 75, Roma, 2014, p. 147 ss.

⁵³Vedi il considerando n. 10 del regolamento (UE) n. 806/2014.

⁵⁴Vedi il considerando n. 29 della direttiva 2014/59/UE e i considerando nn. 46 e 58 del regolamento (UE) n. 806/2014.

⁵⁵Il considerando n. 58 del regolamento (UE) n. 806/2014 testualmente recita: «[...] In tal caso si configura un interesse pubblico ad applicare strumenti di risoluzione, il cui obiettivo dovrebbe essere quello di garantire la continuità dei servizi finanziari essenziali, mantenere la stabilità del sistema finanziario, limitare l'azzardo morale riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico per le entità in dissesto e tutelare i depositanti.». Sul tema, cfr. D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Milano, 2017, p. 83; K.P. WOJCIK, *Bail-in in the banking union*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, p. 99; E. RULLI, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Supplemento al n. 3/2015, p. 308.

⁵⁶Vedi l'articolo 32, paragrafo 5, della direttiva 2014/59/UE e l'articolo 18, paragrafo 5 del regolamento (UE) n. 806/2014.

5. L'incidenza della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie sui tradizionali meccanismi di *corporate governance* bancaria

Le analizzate forme di intervento introdotte dalle nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie e recepite nel nostro ordinamento giuridico giungono a prevedere forme di coinvolgimento non solo degli azionisti della società bancaria in dissesto ma anche, sebbene successivamente ai primi ed entro determinati limiti, alcune categorie di creditori nella responsabilità delle perdite riscontrabili nella situazione di crisi.

In particolare, si è visto che l'adozione del *bail-in*⁵⁷ comporta l'internalizzazione delle perdite che hanno determinato la crisi dell'ente creditizio sottoposto a risoluzione, prevedendo la riduzione in primo luogo dei crediti degli azionisti e successivamente di quelli di altri creditori dell'ente in dissesto, con esclusione dei depositari di somme inferiori a 100.000 euro⁵⁸.

Pertanto e come rilevato, il *bail-in* mira a conseguire la risoluzione della crisi bancaria accollandone i costi in misura minima sui contribuenti ed in misura congrua su soggetti che a vario titolo intrattengono rapporti con l'ente in dissesto, in tal modo inducendo questi ultimi, e dunque il

mercato, a vigilare sul buon funzionamento dell'ente creditizio.

Attraendo nelle procedure di risoluzione anche le obbligazioni ed altri crediti, con l'esclusione dei depositi che non superano determinati importi, il *bail-in* finisce con l'incidere significativamente sui meccanismi di *corporate governance* tradizionalmente volti a realizzare in primo luogo gli interessi degli azionisti.

L'ampliamento dell'insieme dei soggetti chiamati a rispondere delle perdite dell'ente creditizio sottoposto a procedura di risoluzione, riducendo significativamente le differenze tra la posizione dei detentori di capitale di rischio e la posizione dei depositanti e dei creditori in genere, incide inevitabilmente sullo stretto rapporto tra proprietà e amministrazione che ha sempre connotato il controllo societario e rende, pertanto, necessarie corrispondenti innovazioni dei meccanismi tradizionali della *corporate governance* bancaria⁵⁹.

La nuova disciplina sulla risoluzione delle crisi bancarie contribuisce in misura rilevante a rendere ormai anacronistico l'attuale sistema di *corporate governance* bancaria, a rendere obsolete le attuali regole organizzative e funzionali della gestione dell'impresa bancaria, incentrate sul rapporto inscindibile tra proprietà ed amministrazione nella gestione aziendale e di conseguenza sul potere autoritativo dei titolari del capitale azionario della società bancaria.

Ne deriva un'ulteriore e decisiva spinta verso la ricerca di un rapporto equo ed equilibrato tra potere e responsabilità nella ridefinizione del tradizionale modello di *corporate governance* alla luce delle attuali ed effettive dinamiche nell'interazione tra mercato, gestione aziendale,

⁵⁷Sui diversi profili della disciplina del *bail-in*, cfr. R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 287 ss.; D. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *federalismi.it*, 1, 13 gennaio 2016; G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca, impresa, società*, 2015, fasc. 3, p. 344 ss.; L. DI BRINA, *"Risoluzione" delle banche e "bail-in" alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4/2015, II, p. 184 ss.; G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corriere giur.*, 2015, 12, p. 1485 ss.; F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario europeo dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Assago, 2014, p. 104 ss.

⁵⁸Vedi in particolare gli articoli 43 e ss. della direttiva 2014/59/UE e l'articolo 27 del regolamento (UE) n. 806/2014.

⁵⁹Cfr. F. CAPRIGLIONE, R. MASERA, *La corporate governance delle banche: per un paradigma diverso*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4/2016, p. 296 ss.; M. LAMANDINI, *Governance dell'impresa bancaria: un (piccolo) interrogativo sulle prospettive evolutive*, in A. PRINCIPE (a cura di), *Il governo delle banche*, Milano, 2015, p. 107 ss.

principio di autorità⁶⁰ e in considerazione della specificità della funzione svolta dagli *stakeholder* -sa cui occorre riconoscere una corrispondente posizione di rilievo⁶¹.

La nuova normativa sulla gestione delle crisi bancarie rende, dunque, inevitabile un ripensamento ed un'attenta revisione delle regole, dei processi e dei sistemi della *corporate governance* bancaria per una gestione dell'impresa creditizia più coerente all'assetto degli interessi ad essa sottesi⁶².

6. La prima fase applicativa della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie tra incertezze e difficoltà

La ratio ispiratrice dei recenti interventi del legislatore europeo sulla gestione delle crisi bancarie segna un deciso cambiamento di prospettiva rispetto agli obiettivi e alle soluzioni che hanno finora connotato la normativa italiana in materia, con un impatto tale da potervi a ragione ravvisare una «rivoluzione copernicana del nostro ordinamento finanziario»⁶³.

Decisamente ispirate alle logiche del mercato e all'obiettivo prioritario di garantire l'assetto concorrenziale del mercato bancario, le nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie sono finalizzate essenzialmente a prevenire il deterioramento della situazione patrimoniale e finanziaria degli enti creditizi e, in caso di dissesto, a mantenere in vita l'ente creditizio evitando pos-

sibili ripercussioni negative sul sistema finanziario.

Nell'obiettivo primario di non alterare le corrette dinamiche concorrenziali del mercato, la risoluzione delle crisi bancarie è, nel nuovo quadro normativo europeo, tendenzialmente attuata attraverso tecniche di intervento disancorate dal ricorso al supporto finanziario pubblico straordinario ed incentrate su forme di internalizzazione delle perdite.

Le forme di intervento introdotte dalle nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie prevedono, infatti, il coinvolgimento degli azionisti e di alcune categorie di creditori della società bancaria in dissesto nella responsabilità delle perdite riscontrabili in situazioni di crisi⁶⁴.

Pertanto, i costi della risoluzione della crisi bancaria sono posti a carico in misura minima sui contribuenti ed in misura congrua sui soggetti che a vario titolo intrattengono rapporti con l'ente creditizio in dissesto, inducendo in tal modo questi ultimi, quindi in definitiva il mercato, a vigilare sul buon funzionamento dell'ente medesimo.

Ma un clima di sfiducia e insicurezza ha accompagnato l'entrata in vigore della normativa interna di recepimento della BRRD⁶⁵ dovuto alle non poche incertezze interpretative emerse dalle riflessioni della dottrina sul nuovo e complesso quadro normativo articolato in molteplici e differenti misure d'intervento e alle notevoli difficoltà

⁶⁰Cfr., tra gli altri, O.E. WILLIAMSON, *The New Institutional Economics: Taking Stocks, Looking Ahead*, in *Journal of Economic Literature*, 2000, vol. XXXVIII, p. 595 ss.

⁶¹Cfr., tra gli altri, S.L. SCHWARCZ, *Rethinking Corporate Governance for a Bondholder Financed, Systemically Risky World*, in *William & Mary Law Review*, 2016, vol. 58, p. 1347 ss.

⁶²Cfr. tra gli altri I. SUPINO, *Soggettività bancaria. Assetti patrimoniali. Regole prudenziali*, Torino, 2017, p. 131 ss.; M. BROGI, *Corporate Governance*, Milano, 2016, *passim*.

⁶³Così F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2/2017, p. 171.

⁶⁴Si è visto, infatti, che il *bail-in* comporta la ripartizione all'interno dell'ente creditizio delle perdite che hanno determinato la crisi, attraverso la riduzione in primo luogo dei crediti degli azionisti e successivamente di quelli di altri creditori dell'ente in dissesto, con esclusione dei depositari di somme inferiori a 100.000 euro. Vedi gli articoli 43 e ss. della direttiva 2014/59/UE e l'articolo 27 del regolamento (UE) n. 806/2014.

⁶⁵Come rilevato, la direttiva n. 2014/59/EU, nota come BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*) è stata attuata nel nostro ordinamento con i decreti legislativi del 16 novembre 2015, n. 180 e n. 181.

incontrate dagli enti creditizi italiani in questa prima fase applicativa delle normative in esame.

In particolare, il meccanismo del *bail-in*, comportando la traslazione delle perdite causate dal dissesto dell'ente creditizio sugli azionisti e su determinate categorie di creditori, espone i depositi bancari il cui ammontare supera i 100.000 euro al rischio di rilevanti perdite con le conseguenti e notevoli insicurezze nel mercato, accentuate dagli ampi poteri discrezionali riconosciuti all'autorità nazionale di risoluzione nella concreta individuazione dei crediti assoggettabili a *bail-in*⁶⁶.

L'esposizione a tali nuove tipologie di rischi connessi all'eventuale sottoposizione dell'ente creditizio alle procedure di risoluzione delle crisi bancarie incide negativamente sull'interesse degli investitori ad acquistare titoli azionari di enti che svolgono attività d'intermediazione creditizia, con evidenti effetti disincentivanti tali forme d'investimento.

Ne deriva una forte riduzione della capacità delle banche italiane di raggiungere adeguati livelli di dotazione patrimoniale nel rispetto di quanto prescritto dalle regole volte a rafforzare i criteri prudenziali in materia di «fondi propri» degli enti finanziari, recate nel cosiddetto *Capital Requirements Package*, che ha ridisegnato la normativa

in tema di adeguatezza patrimoniale delle banche⁶⁷.

Da qui tutta la contraddittorietà di una situazione nella quale l'eventuale applicazione delle nuove regole sulla gestione delle crisi bancarie disincentiva gli investimenti in titoli azionari di enti creditizi italiani rendendo notevolmente più difficoltose e problematiche per tali enti le operazioni di aumento di capitale da porre in essere nel rispetto della regolamentazione prudenziale,

⁶⁷Con il *Capital Requirements Package*, costituito dalla direttiva 2013/36/UE (*Capital Requirements Directive – CRD IV*) e dal regolamento (UE) n. 575/2013 (*Capital Requirements Regulation – CRR*), è stato realizzato il ravvicinamento di regole tecniche, criteri applicativi, prassi operative e modalità di esercizio dei poteri relativi alla vigilanza bancaria al fine di rendere più uniforme e rigoroso il regime di vigilanza bancaria attraverso il superamento delle principali divergenze tra le normative nazionali di recepimento delle direttive europee in materia di attività bancaria e di vigilanza sulla stessa e l'eliminazione di quelle norme interne suscettibili di produrre effetti anticoncorrenziali o di favorire arbitraggi regolamentari. La normativa del 2013 ha recepito le raccomandazioni del Comitato di Basilea contenute nell'Accordo del 2010 noto come Basilea III, finalizzato a migliorare la capacità del settore bancario di assorbire *shock* derivanti da tensioni economiche e finanziarie, indipendentemente dalla loro origine, a migliorare la gestione del rischio, la *governance* e la trasparenza delle banche. Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali (disciplina europea e specificità della normativa italiana)*, in L. DE ANGELIS, G. MARTINA, A. URBANI (a cura di), *La riforma societaria alla prova dei suoi primi dieci anni, con riflessioni sul diritto cartolare e delle assicurazioni*, Padova, 2016, p. 89 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sulla MiFID II (tra aspettative degli investitori e realtà normativa)*, in V. TROIANO, R. MOTRONI (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela - regole di governance - mercati*, Padova, 2016, p. 182 ss.; F. ACCETTELLA, *L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 462 ss.; N. LYNGEN, *Basel III: Dynamics of State Implementation*, in *Harvard International Law Journal*, 2012, vol. 53, n. 2, p. 519 ss.; G. LUSIGNANI, L. ZICCHINO, *Il rafforzamento patrimoniale delle banche: prime indicazioni sull'impatto delle nuove proposte di Basilea*, in *Banca, impresa, società*, 2010, n. 2, p. 237 ss.; F. CANNATA, M. QUAGLIARIELLO, *La riforma regolamentare proposta dal Comitato di Basilea: una visione d'insieme*, in *Bancaria*, 2010, 2, p. 14 ss.

⁶⁶Si pensi, ad esempio, alle disposizioni sul MREL (*Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities*), che prevedono l'obbligo degli enti creditizi di rispettare, in ogni momento, su base individuale e consolidata, un requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili che possono essere soggetti a svalutazione e conversione (articoli 45 della direttiva n. 2014/59/UE e 12 del regolamento (UE) n. 806/2014). Tali disposizioni sono state recepite nel nostro ordinamento con l'introduzione dell'obbligo di rispettare un requisito minimo di passività soggette al *bail-in* e di un ampio potere regolamentare della Banca d'Italia sulle caratteristiche delle passività computabili e sulle modalità con cui sono computate (vedi l'articolo 50 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180).

in sede di revisione dei livelli di adeguatezza patrimoniale.

La riduzione della capacità degli enti creditizi italiani di attrarre investimenti in quote di capitale sociale⁶⁸ incide inevitabilmente e negativamente sul patrimonio di vigilanza delle banche italiane che, calcolato in base a criteri prudenziali, assicura loro la capacità di affrontare i rischi insiti nello svolgimento dell'attività creditizia e quindi, in definitiva, adeguate condizioni di sviluppo⁶⁹, già piuttosto gravate dall'abbassamento dei margini di redditività conseguente alla recente crisi finanziaria⁷⁰.

Si è visto che il nuovo sistema di gestione delle crisi bancarie delinea un composito quadro istituzionale articolato in diversi centri decisionali⁷¹ e rende quindi necessaria una complessa concertazione tra di essi in vista dell'attivazione delle procedure e degli strumenti di risoluzione⁷².

Pur perseguendo il superamento delle inadeguatezze di sistemi normativi nazionali e delle ancora notevoli divergenze sostanziali e procedurali esistenti tra di essi⁷³, il legislatore europeo ha percorso la strada della frammentazione del potere pubblico, moltiplicando i centri di esercizio della funzione di regolazione e di amministrazione attiva⁷⁴.

Emergono, pertanto, le difficoltà di far convergere le diverse posizioni verso la definizione di congrue scelte operative con il rischio di una prevalenza di quelle concertate rispetto ad altre più idonee ed efficaci; un rischio che risulta, inoltre, accentuato dalla necessità di operare in sinergia con la funzione di vigilanza, che il legislatore europeo delinea come distinta e strutturalmente separata, in vista di uno stabile ed efficiente equilibrio tra le varie autorità che compongono l'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario con ruoli e poteri diversi⁷⁵.

Alla luce delle evidenziate contraddizioni, incertezze e difficoltà che connotano questa prima fase applicativa della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie, ben si comprendono le perplessità manifestate dalla più attenta dottrina⁷⁶ e dalla giurisprudenza⁷⁷ nonché la richiesta avanzata dalla Banca d'Italia di rinviarne l'applicazione⁷⁸, richiesta condivisa da chi ha evidenziato la necessità di disposizioni transitorie volte a ritardare in Italia l'applicazione del nuovo regime con particolare riferimento al *bail-in*⁷⁹.

Da rilevare, infine, la mancanza nell'attuale realtà socio-economica italiana delle precondizioni necessarie ad un corretto ed efficace funzionamento del nuovo sistema di gestione delle crisi bancarie nel quale, come rilevato, viene in defini-

⁶⁸cfr. F. CAPRIGLIONE, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del diritto dell'economia: il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 537 ss.

⁶⁹Cfr., tra gli altri, A. RESTI, A. SIRONI, *Rischio e valore nelle banche: misura, regolamentazione, gestione*, Milano, 2008, *passim*.

⁷⁰F. CAPRIGLIONE, *La nuova finanza: operatività, supervisione, tutela giurisdizionale. Il caso «Italia». Considerazioni introduttive (La finanza post-crisi: forme operative e meccanismi di controllo)*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, p. 91 ss.

⁷¹Vedi l'articolo 18, del regolamento (UE) n. 806/2014.

⁷²Cfr. L. DI BRINA, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 467 ss.

⁷³Vedi il considerando n. 4 della direttiva 2014/59/UE.

⁷⁴Cfr. R. IBRIDO, *L'unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, 2017, p. 2.

⁷⁵Cfr. I. SUPINO, *Soggettività bancaria. Assetti patrimoniali. Regole prudenziali*, Torino, 2017, p. 99.

⁷⁶Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2/2017, p. 145.

⁷⁷Vedi Tar Lazio, sentenza del 7 gennaio 2017, n. 166, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2/2017, p. 1 ss., con nota di D. ROSSANO, *Di tutta l'erba un fascio: il caso Carife e delle altre tre banche*.

⁷⁸Vedi l'Audizione del Governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco, tenuta presso la VI Commissione permanente (Finanze e tesoro) del Senato della Repubblica, Roma, 19 aprile 2016.

⁷⁹Cfr. L. GUIISO, L. ZINGALES, *L'Italia chiedi la moratoria sui bail-in*, editoriale pubblicato su *Il Sole 24 Ore* del 30 dicembre 2015.

tiva attribuita al mercato una rilevante e complessa funzione di monitoraggio, controllo e riequilibrio sul sistema bancario e finanziario.

Come lucidamente evidenziato in dottrina, non appaiono ancora maturi i tempi per l'introduzione di un nuovo sistema normativo i cui meccanismi di intervento presuppongono un'effettiva ed elevata conoscenza da parte dei risparmiatori-investitori dell'entità del rischio cui sono esposti⁸⁰ e che avrebbe dovuto prevedere quella gradualità necessaria a consentire «ai risparmiatori di acquisire piena consapevolezza del nuovo regime e di orientare le loro scelte di investimento in base al mutato scenario»⁸¹.

⁸⁰Così F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2/2017, p. 170.

⁸¹Così il Governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco, nel suo Intervento al 22° Congresso Assiom Forex, Torino, 30 gennaio 2016, p. 9, reperibile su www.bancaditalia.it.