

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. 1-2/2018

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, Andry Matilla 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, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano,Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

La dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza della banca sottoposta a procedura di risoluzione

di Gabriella Mazzei*

Sommario

1. La nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie: ratio ispiratrice e strumenti di intervento. - 2. L'applicazione della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie ai fini della risoluzione delle crisi di quattro banche italiane. – 3. La dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza della banca sottoposta a procedura di risoluzione. – 4. Risoluzione delle crisi bancarie, dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza e l'incerta tutela dei diritti soggettivi.

Abstract

L'analisi dei noti eventi relativi alla risoluzione delle crisi di quattro banche italiane, nei quali si collocano anche le relative dichiarazioni giudiziali dello stato di insolvenza, è volta a porre in evidenza un particolare e rilevante profilo delle molteplici difficoltà che connotano l'applicazione della nuova disciplina sulla gestione della crisi bancarie. Il perseguimento degli obiettivi della salvaguardia dell'assetto concorrenziale dei mercati, della stabilità finanziaria, della continuità delle funzioni essenziali dell'ente creditizio in dissesto, dei fondi pubblici con riduzione al minimo del ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario s'impone prevalendo in alcuni casi anche sull'esigenza di certezza giuridica che è tradizionalmente propria, e che dev'essere propria, degli interventi autoritativi idonei ad incidere sui diritti soggettivi.

1. La nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie: ratio ispiratrice e strumenti di intervento

Segnando una decisa inversione di tendenza rispetto alla previgente disciplina interna[1], le nuove e complesse regole su procedure e misure di risanamento e risoluzione delle crisi bancarie perseguono gli obiettivi di impedire effetti distorsivi dell'assetto concorrenziale del mercato bancario e destabilizzanti del sistema finanziario attraverso un deciso potenziamento dei meccanismi di prevenzione volti ad assicurare il più possibile la continuità operativa dell'ente in dissesto nonché ad allocare il rischio dei dissesti bancari sul mercato con forti limitazioni delle forme di intervento attuate con l'impiego di risorse pubbliche[2].

Le nuova disciplina europea sul Meccanismo di risoluzione unico delle crisi bancarie[3] e la relativa normativa nazionale di recepimento e adeguamento[4] mirano così a raggiungere un non semplice né indolore punto di equilibrio e di sintesi tra le esigenze di evitare che dal dissesto dell'ente creditizio derivino «effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria», di «garantire la continuità delle funzioni essenziali» dell'ente in dissesto, di tutelarne adeguatamente i clienti, di «salvaguardare i fondi pubblici riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario»[5].

Dalla ratio ispiratrice della nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie, essenzialmente incentrata sulla prevenzione, deriva l'introduzione di procedure e strumenti di intervento che conferiscono alla risoluzione una funzione residuale nella tutela della stabilità del sistema[6], che sono

---

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

[2] Cfr. 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.; 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.; 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.; J.H. BINDER, *Resolution: Concepts, Requirements and Tools*, in J.H. BINDER, D. SINGH, *Bank Resolution: The European Regime*, Oxford, 2016.

[3] Vedi 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*), e 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 e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010, noto come regolamento SRM (*Single Resolution Mechanism*).

[4] 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.

[5] Vedi l'art. 14, comma 2, del regolamento (UE) n. 806/2014.

[6] Cfr. 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*

volti ad un intervento precoce e a limitare le possibilità di ripercussioni negative sul sistema economico e finanziario[7].

Nel perseguire l'obiettivo di preservare la stabilità del sistema finanziario e la struttura concorrenziale del mercato, l'ambito di intervento delle istituzioni pubbliche viene esteso anche alla fase precedente il manifestarsi del dissesto bancario[8]; sia la fase precedente l'avvio della procedura di risoluzione, sia le diverse fasi della stessa procedura sono volte a prevenire il deterioramento della situazione patrimoniale e finanziaria degli enti creditizi e, in caso di dissesto, a mantenere in vita l'ente creditizio e ad internalizzarne le perdite.

Il recupero degli enti creditizi in crisi avviene mediante la ridefinizione del loro assetto patrimoniale e l'assorbimento da parte dello stesso mercato degli attivi deteriorati.

Da qui misure di intervento volte ad evitare il propagarsi delle criticità a livello di sistema e a mantenere all'interno dell'ente creditizio in dissesto i costi della risoluzione della crisi[9] ponendoli a carico in primo luogo dei soggetti che detengono quote partecipative del capitale sociale, successivamente di coloro che intrattengono con esso rapporti finanziari superiori ad un determinato ammontare, infine del sistema bancario complessivamente considerato, quindi del mercato[10], attribuendo in definitiva al mercato una rilevante funzione di controllo e riequilibrio[11].

Nel nuovo quadro normativo, dunque, la risoluzione delle crisi bancarie è tendenzialmente attuata attraverso tecniche di intervento disancorate dal ricorso al supporto finanziario pubblico straordinario ed incentrate su forme di internalizzazione delle perdite attraverso il coinvolgimento degli azionisti e di alcune categorie di creditori della società bancaria in dissesto nella responsabilità delle perdite riscontrabili in situazioni di crisi. Le misure di risoluzione delle crisi bancarie, che si articolano fondamentalmente nella vendita delle attività d'impresa (*sale of business*), la separazione delle attività (*bad bank*), la costituzione di un «ente-ponte» (*bridge bank*), l'adozione del *bail-in*, sono utilizzabili alternativamente o in modo combinato.

Attraverso meccanismi di svalutazione forzosa delle partecipazioni e dei crediti non protetti, il *bail-in* mira ad accollare i costi della crisi bancaria, anche di rilevanza sistemica, in primo luogo su azionisti e su alcuni creditori dell'ente in dissesto[12], inducendo in tal modo questi ultimi a monitorare sul buon funzionamento e sulla sana

finanziari, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 467 ss.; C. HADJIEMMANUIL, *Bank Resolution Financing in the Banking Union*, in *LSE Legal Studies*, Working Paper n. 6/2015, p. 25 ss.

[7] Gli obiettivi della prevenzione del dissesto economico della banca e delle sue ripercussioni sistemiche nonché della tutela della fiducia nel mercato finanziario emergono in particolare dal considerando n. 1 e dal considerando n. 3 della direttiva 2014/59/UE.

[8] Cfr. I. SUPINO, *Soggettività bancaria. Assetti patrimoniali. Regole prudenziali*, Torino, 2017, p. 91; D. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al n. 3/2015, p. 269 ss.; G. PRESTI, *Il bail in*, in *Banca impr. soc.*, 2015, 3, p. 339 ss.

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

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

[11] Sia consentito il rinvio a G. MAZZEI, *La nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie tra incertezze interpretative e difficoltà applicative*, in *Amministrativ@mente*, n. 11-12/2017, p. 7 ss.

[12] Il *bail-in* comporta, infatti, 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 artt. 43 e ss. della direttiva 2014/59/UE e 27 del regolamento (UE) n. 806/2014.

e prudente gestione dell'ente creditizio con cui intrattengono rapporti[13].

Da ricordare, a questo proposito, che le disposizioni sul MREL (*Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities*) 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 conversione[14]; 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 con l'attribuzione alla Banca d'Italia del compito di definire le caratteristiche delle passività computabili e le modalità di computazione[15].

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 degli enti creditizi in crisi[16].

2. L'applicazione della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie ai fini della risoluzione delle crisi di quattro banche italiane

In applicazione delle nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie recepite nell'ordinamento italiano che le attribuiscono funzione e poteri di Autorità di risoluzione delle crisi nel settore bancario, la Banca d'Italia, con provvedimenti del 21 novembre 2015[17], approvati con decreto dal Ministro dell'economia e delle finanze il giorno successivo, ha disposto l'avvio immediato della procedura di risoluzione[18] di quattro banche italiane allora in amministrazione straordinaria, Banca delle Marche, Banca popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di risparmio di Ferrara, Cassa di risparmio di Chieti.

Sebbene si tratti di banche di dimensione piccola o media, aventi nel complesso una quota del mercato nazionale corrispondente a circa l'uno per cento dei depositi, non è trascurabile la rilevanza degli interessi coinvolti nella vicenda, che si colloca appena al di sotto della soglia di trenta miliardi di attivi prevista dal regolamento (UE) n. 1024/2013 [19] ai fini della competenza della Banca centrale europea.

---

[13] Sui 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, impr., soc.*, 2015, fasc. 3, p. 344 ss.; L. DI BRINA, *"Risoluzione" della 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.

[14] Vedi gli artt. 45 della direttiva n. 2014/59/UE e 12 del regolamento (UE) n. 806/2014.

[15] Vedi l'art. 50 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[16] 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.

[17] Reperibili in www.bancaditalia.it.

[18] Ai sensi dell'art. 32 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[19] Vedi 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.

Accertata la sussistenza dei presupposti legislativamente previsti[20] ed in attuazione di uno specifico programma di risoluzione, si è dato luogo ad una integrale riduzione delle riserve e del capitale rappresentato da azioni, nonché del valore nominale delle passività subordinate computabili nei fondi propri, con conseguente estinzione dei relativi diritti.

Si è, inoltre, proceduto[21] alla costituzione di quattro nuove società bancarie[22] denominate Nuova Banca delle Marche, Nuova Cassa di risparmio di Ferrara, Nuova Cassa di risparmio di Chieti, Nuova Banca dell'Etruria e del Lazio, finalizzate allo svolgimento dell'attività di banche-ponte (*bridge banks*), alle quali sono state cedute le aziende bancarie sottoposte a risoluzione con esclusione delle passività subordinate non computabili nei fondi propri[23], e che, ricapitalizzate, hanno continuato a svolgere regolarmente l'attività di prestazione dei servizi creditizi e finanziari nei rispettivi contesti economici.

In particolare, le quattro banche-ponte sono state ricapitalizzate a circa il nove per cento del totale dell'attivo ponderato per il rischio utilizzando risorse finanziarie del Fondo nazionale di risoluzione, alimentato con i contributi, ordinari e straordinari, di tutte le banche del sistema bancario italiano e amministrato dalla Banca d'Italia. In presenza di adeguate condizioni di mercato, le neocostituite *bridge banks*, provvisoriamente gestite da amministratori designati e sottoposti alla supervisione della Banca d'Italia, saranno poste in vendita cedendo a terzi partecipazioni al capitale, diritti, attività e passività con procedure di mercato trasparenti e con restituzione del ricavato al Fondo nazionale di risoluzione.

Le quattro banche in crisi, alle quali, una volta ceduti gli attivi, sono residuate le perdite poste a carico dei titolari di azioni e di obbligazioni subordinate e, per la parte eccedente, a carico del Fondo nazionale di risoluzione, sono state poste in liquidazione coatta amministrativa e ne è stata dichiarata lo stato di insolvenza.

Pertanto, al fine di evitare il propagarsi delle criticità a livello di sistema e di mantenere all'interno degli enti creditizi in crisi i costi della risoluzione della crisi[24], le perdite accumulatesi nel tempo e valutate utilizzando criteri estremamente prudenti, sono state poste a carico in primo luogo dei soggetti titolari di quote partecipative dei capitali sociali e di obbligazioni subordinate, anch'esse considerate esposte al rischio d'impresa.

Nel rispetto della disciplina europea e interna sulla gestione delle crisi bancarie nonché della disciplina europea sugli aiuti di Stato, il recupero delle quattro banche in dissesto patrimoniale e finanziario è avvenuto, dunque, attraverso la ridefinizione del loro assetto patrimoniale e l'assorbimento da parte dello stesso mercato degli attivi deteriorati. La risoluzione delle crisi delle quattro banche è stata attuata con modalità disancorate dal ricorso al supporto finanziario pubblico straordinario ed incentrate su forme di internalizzazione delle perdite attraverso il coinvolgimento nella responsabilità delle riscontrate perdite delle società bancarie in dissesto degli azionisti e di altri creditori[25], ma anche del com-

[20] Vedi l'art. 17 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[21] Con il decreto-legge 22 novembre 2015, n. 183, recante Disposizioni urgenti per il settore creditizio, non convertito in legge. I suoi effetti, tuttavia, sono stati fatti salvi dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208.

[22] Ai sensi dell'art. 42 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[23] Ai sensi dell'art. 43 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[24] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2/2017, p. 121.; G. BOCCUZZI, *L'Unione bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015, p. 72.

[25] Si è visto, infatti, che il *bail-in* comporta la ripartizione all'interno dell'ente creditizio delle perdite che hanno

plessivo sistema creditizio italiano, che alimenta il Fondo nazionale di risoluzione[26].

I residui prestiti in sofferenza di tutte e quattro le banche in crisi, dopo essere stati svalutati nel loro originario valore, sono stati concentrati in una unica entità, la *bad bank*, dotata dal Fondo di nazionale di risoluzione del capitale minimo necessario per operare con il compito di provvedere alla gestione o alla vendita dei prestiti in sofferenza svalutati.

L'utilizzo di un'unica entità, la *bad bank*, nella quale sono stati concentrati, dopo essere stati svalutati nel loro originario valore, i prestiti in sofferenza di tutte e quattro le banche originarie, ma anche la configurabilità di un assetto proprietario che, sebbene imputato al Fondo nazionale di risoluzione, unisce gli interessi relativi alla gestione delle partecipazioni sociali di riferimento e al proficuo esito della procedura di offerta al mercato delle quattro aziende bancarie, rappresentano modalità di intervento notevolmente innovative rispetto a quelle previste dalla previgente disciplina[27], in cui l'amministrazione straordinaria, la liquidazione coatta amministrativa e le altre misure di prevenzione non consentivano l'interconnessione degli interventi nella gestione delle crisi bancaria[28].

Ne deriva l'estrema complessità di una procedura di risoluzione che ha finito con il gestire in maniera unificata situazioni patrimoniali, finanziarie e gestionali molto differenti, quali erano quelle facenti capo alle quattro banche sopposte a risoluzione con le conseguenze che ne sono derivate in termini di ulteriori incertezze giuridiche per i titolari dei diritti soggettivi coinvolti.

3. La dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza della banca sottoposta a procedura di risoluzione

Nell'ambito della nota vicenda relativa alla risoluzione delle crisi delle menzionate banche italiane si collocano gli interventi dell'autorità giudiziaria ai fini della dichiarazione, ai sensi del testo unico bancario [29] e della legge fallimentare[30],

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 artt. 43 e ss. della direttiva 2014/59/UE e l'art. 27 del regolamento (UE) n. 806/2014.

[26] L'art. 2 del decreto-legge 22 novembre 2015, n. 183, recante Disposizioni urgenti per il settore creditizio, relativo alle «Risorse da versare al Fondo nazionale di risoluzione dopo l'entrata in funzione del Meccanismo di risoluzione unico», ai primi due commi, testualmente dispone: «1. Dopo l'avvio del Meccanismo di risoluzione unico ai sensi dell'articolo 99 del regolamento (UE) n. 806/2014, fermi restando gli obblighi di contribuzione al Fondo di risoluzione unico previsti dagli articoli 70 e 71 del regolamento (UE) n. 806/2014, le banche aventi sede legale in Italia e le succursali italiane di banche extracomunitarie, qualora i contributi ordinari e straordinari già versati al Fondo di risoluzione nazionale, al netto dei recuperi derivanti da operazioni di dismissione poste in essere dal Fondo, non siano sufficienti alla copertura delle obbligazioni, perdite, costi e altre spese a carico del Fondo di risoluzione nazionale in relazione alle misure previste dai Provvedimenti di avvio della risoluzione, versano contribuzioni addizionali al Fondo di risoluzione nazionale nella misura determinata dalla Banca d'Italia, comunque entro il limite complessivo, inclusivo delle contribuzioni versate al Fondo di risoluzione unico, previsto dagli articoli 70 e 71 del regolamento (UE) n. 806/2014. Solo per l'anno 2016, tale limite complessivo è incrementato di due volte l'importo annuale dei contributi determinati in conformità all'articolo 70 del regolamento (UE) n. 806/2014 e del regolamento di esecuzione (UE) n. 2015/81.».

[27] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Commento sub art. 70 d. lgs. 385 del 1993*, in ID. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2012, p. 858 ss.; O. CAPOLINO, G. COSCIA, *Commento sub artt. 70-79 d. lgs. 385 del 1993*, in G. ALPA, P. ZATTI (a cura di), *Commentario breve al Codice civile*, III, Padova, 2009, p. 784 ss.

[28] G. BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management. The International debate and the italian model*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 71, Roma, 2011, p. 35 ss.

[29] Vedi l'art. 82 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, recante il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (testo unico bancario – t.u.b.).

dello stato di insolvenza degli enti creditizi in dissesto patrimoniale e finanziario già sottoposti a procedura di risoluzione con provvedimento della Banca d'Italia del 21 novembre 2015 e a liquidazione coatta amministrativa con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 9 dicembre 2015. Per comodità di esposizione, l'analisi si sofferma sulla sentenza pronunciata dalla sezione fallimentare del Tribunale di Ancora, il 15 marzo 2016, n. 22, con cui è stata dichiarato lo stato di insolvenza della Banca delle Marche.

Temporalmente riferito al momento dell'avvio della procedura di risoluzione[31], l'accertamento giudiziale della sussistenza o meno degli indici di insolvenza, ossia dell'impossibilità di far fronte alle obbligazioni con i mezzi ordinari, presupposto della declaratoria giudiziale dello stato di insolvenza ai sensi della legge fallimentare, ha tenuto conto delle specificità dello stato di insolvenza dell'impresa bancaria, che un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità[32] individua nella particolare rilevanza indiziaria da attribuire al deficit patrimoniale rispetto alla gravità ed irreversibilità della crisi.

Nel caso in esame, dall'analisi della documentazione contabile è emerso l'accumularsi negli anni di rilevanti perdite di esercizio che hanno condotto ad un grave e irreversibile deficit patrimoniale rispetto ai requisiti prudenziali[33], con un patrimonio di vigilanza nettamente al di sotto del minimo prescritto[34], nonché ad una carenza di liquidità giunta ad un elevato grado di emergenza. È emersa, inoltre, l'inefficacia dei meccanismi di vigilanza di ordine generale nonché dei rimedi assunti per prevenire l'insorgere della situazione di criticità oggetto di accertamento giudiziale, confermata dall'accertamento da parte dell'autorità di vigilanza di una non sana e prudente gestione.

Assume significativa rilevanza l'espressa conferma dell'orientamento giurisprudenziale[35] favorevole all'insindacabilità in sede giurisdizionale - salvo i casi di irrazionalità, irragionevolezza e travisamento dei presupposti di fatto - degli atti di esercizio del potere di discrezionalità tecnica

[30] Vedi l'art. 195 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e successive modifiche, legge fallimentare.

[31] Ai sensi dell'art. 36 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[32] Vedi Cass., sez. I, 21 aprile 2006, n. 9408, in *Giust. civ., Mass.*, 2006, 4.

[33] Adeguati livelli di dotazione patrimoniale sono prescritti 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 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.

[34] Il patrimonio di vigilanza delle banche italiane, 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 sviluppo. Cfr., tra gli altri, A. RESTI, A. SIRONI, *Rischio e valore nelle banche: misura, regolamentazione, gestione*, Milano, 2008, *passim*.

[35] Vedi T.A.R. Lazio, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm./T.A.R.*, 2010, 1313 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8016, in *Foro amm./CdS*, 2011, 1915 ss.

legislativamente riconosciuto in materia alla Banca d'Italia[36].
Sulla base di ciò, l'autorità giudiziaria ha deciso di non acccogliere l'istanza dei creditori intervenuti nel procedimento[37] che avevano contestato l'esistenza di uno stato di insolvenza sostenendo, tra l'altro, l'illegittimità della stima sul realizzo dei crediti in sofferenza effettuata dalla Banca d'Italia in quanto eccessivamente severa e non in linea con le valutazioni ordinariamente effettuate nei confronti di altri enti creditizi.
Dall'analisi di tale caso di dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza della banca sottoposta a procedura di risoluzione emergono le incertezze dovute alla «discontinuità» che viene a determinarsi tra l'impresa bancaria ed ogni successiva valutazione concernente la società cedente[38].
Il perfezionarsi del presupposto della dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza[39] della società bancaria cedente, ossia l'impossibilità di far fronte alle obbligazioni con i mezzi ordinari, è una diretta, evidente e inevitabile conseguenza della cessione integrale degli attivi[40] della banca in dissesto alla neocostituita società bancaria con funzione di *bridge bank*.

Ma alla cessione integrale degli attivi della banca in dissesto consegue anche e inevitabilmente il trasferimento dell'attività d'impresa alla neocostituita *bridge bank*, che ne continua l'esercizio. Pertanto l'accertamento ai fini della declaratoria giudiziale dello stato di insolvenza non può avere ad oggetto l'esercizio dell'attività d'impresa della società cedente dal momento che tale attività continua nella società bancaria cessionaria costituita con funzione di ente ponte.

4. Risoluzione delle crisi bancarie, dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza e l'incerta tutela dei diritti soggettivi

Dai ben noti eventi relativi alla risoluzione delle crisi delle menzionate banche italiane emerge un particolare e rilevante profilo delle molteplici incertezze e difficoltà che accompagnano l'applicazione della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie[41], la cui ratio ispiratrice segna un deciso cambiamento di prospettiva rispetto agli obiettivi e alle soluzioni che hanno finora connotato la normativa interna in materia[42].
Si è evidenziato come dalla ratio ispiratrice della nuova disciplina sulla gestione delle crisi bancarie derivi un sistema di misure di intervento decisamente incentrato sulla prevenzione e sull'intervento tempestivo ai fini di un'efficace tutela dell'integrità complessiva del sistema finanziario[43]. Nel nuovo quadro normativo, la risoluzione della crisi degli enti creditizi in dissesto e la continuità delle loro funzioni essenziali sono

[36] Vedi l'art. 5 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, recante il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (testo unico bancario – t.u.b.).
[37] Nel caso oggetto d'esame, le Fondazioni Cassa di risparmio di Pesaro e Cassa di risparmio di Jesi, entrambe intervenute nel procedimento giudiziario in veste di creditori di Banca delle Marche.
[38] Così V. LEMMA, *La nuova procedura di risoluzione: indicazioni per una insolvenza obbligatoria?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1/2016, p. 24 ss.
[39] Sull'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza nella disciplina nazionale previgente, cfr. G. BOCCUZZI, *Commento sub art. 82 d. lgs. 385 del 1993*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, p. 1009 ss.; A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)*, in *Jus civile*, 2014, 2, p. 54 ss.
[40] Con l'esclusione dei prestiti in sofferenza che, svalutati nel loro originario valore, sono stati ceduti alla *bad bank*.
[41] Come 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.
[42] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2/2017, p. 171.
[43] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2/2017, p. 121; Cfr. I. SUPINO, *Soggettività bancaria. Assetti patrimoniali. Regole prudenziali*, Torino, 2017, p. 91.

perseguite attraverso la ridefinizione del loro assetto patrimoniale e l'assorbimento da parte dello stesso mercato degli attivi deteriorati mediante forme di internalizzazione delle perdite che prevedono il coinvolgimento in prima battuta degli azionisti e di alcune categorie di creditori della società bancaria in dissesto.

Per evitare il più possibile il propagarsi delle criticità a livello di sistema, la normativa interna dispone l'avvio delle previste procedure di crisi[44] una volta integratosi il presupposto del dissesto o anche del solo rischio di dissesto, da considerare esistente in caso di irregolarità gestionali, gravi perdite patrimoniali e squilibri finanziari, prevista erogazione di un sostegno finanziario pubblico straordinario[45], con attribuzione alla competente autorità di vigilanza, la Banca d'Italia o la Banca centrale europea, del relativo potere di accertamento[46] da esercitare nel rispetto delle finalità legislativamente indicate[47].

Ne deriva che nel nuovo assetto normativo delineato dal nostro legislatore in sede di recepimento della BRRD[48], il provvedimento con cui la Banca d'Italia avvia la procedura di risoluzione, con rilevanti effetti tra l'altro sui contratti stipulati dall'ente sottoposto a risoluzione[49], precede la declaratoria giudiziale dello stato di insolvenza della banca sottoposta a risoluzione, comunque temporalmente riferito al momento dell'avvio della procedura di risoluzione[50].

Significativa la scelta legislativa di affidare ad un soggetto privato, l'esperto indipendente appositamente incaricato dalla Banca d'Italia, la valutazione relativa all'avvio della risoluzione o alla riduzione e conversione di azioni, di altre partecipazioni e di strumenti di capitale[51].

Scelta legislativa rafforzata dalla esclusione della tutela autonoma dinanzi al giudice amministrativo nonché della possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale contro la valutazione effettuata, finché non è stata adottata la decisione basata sulla valutazione dell'esperto indipendente relativa ad una misura di risoluzione o alla riduzione o conversione di azioni, altre partecipazioni e strumenti di capitale[52].

È evidente che l'attivazione delle misure di risoluzione con il sacrificio imposto ai titolari di specifici diritti di credito sulla base della sola valutazione di un soggetto privato determina un rilevante e un incisivo impatto sul sistema di tutela dei diritti soggettivi, tradizionalmente affidato alla certezza giuridica conseguente ad un accertamento e ad una valutazione da parte dell'autorità giudiziaria con le garanzie offerte dal processo di cognizione.

Emerge una problematica di rilevanza centrale relativa all'applicazione del nuovo sistema di gestione delle crisi bancarie, nel quale il primario obiettivo di politica legislativa rappresentato dall'efficace tutela dell'integrità dei mercati bancario e finanziario - il cui perseguimento richiede rapidità di intervento ai fini del superamento di una situazione già al primo manifestarsi dei segnali di deterioramento, evitando possibili riper-

[44] Vedi l'art. 20 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[45] Vedi gli artt. 17 e 18 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[46] Vedi l'art. 19 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[47] Vedi l'art. 21 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[48] Come rilevato, la direttiva n. 2014/59/EU, nota come BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*), è stata attuata nel nostro ordinamento con il decreto legislativo del 16 novembre 2015, n. 180.

[49] Vedi gli artt. 65 ss. del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[50] Ai sensi dell'art. 36 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[51] Vedi gli artt. 23 e 25 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

[52] Vedi l'art. 26 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

cussioni negative sulla stabilità del complessivo sistema finanziario - si impone prevalendo sull'esigenza di certezza giuridica che è tradizionalmente propria, e che dev'essere propria, degli interventi autoritativi idonei ad incidere sui diritti soggettivi[53].

[53] Cfr. V. LEMMA, *La nuova procedura di risoluzione: indicazioni per una insolvenza obbligatoria*?, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1/2016, II, p. 26; L. DI BRINA, *"Risoluzione"delle banche e"bail-in", alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale (nota a Corte Costituzionale austriaca Verfassungsgerichtshof (VFGH) Sentenza 3 – 28 luglio 2015 (G 239/2014-27, G 98/2015-27)*, 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 giuridico*, 2015, n. 12, p. 1485 ss.