

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2020

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi: divieto di aiuti di stato e principio di proporzionalità

SOMMARIO: 1. Introduzione: le incertezze su ruolo e funzioni dei sistemi di garanzia dei depositi nelle procedure di crisi. – 2. La nuova disciplina europea di gestione delle crisi bancarie e il principio di proporzionalità nell'applicazione della regola del salvataggio interno. – 3. Gli schemi assicurativi a protezione dei depositanti alla luce del diritto europeo. – 4. L'evoluzione degli orientamenti della Commissione europea nella valutazione degli interventi del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi e la necessità di un maggiore flessibilità interpretativa. – 5. La svolta del caso Tercas. Verso uno “strumento nazionale” nella gestione delle crisi di banche minori? – 6. Riflessioni conclusive sulla graduazione proporzionale delle regole.

1. Introduzione: le incertezze su ruolo e funzioni dei sistemi di garanzia dei depositi nelle procedure di crisi

La sentenza pronunciata, nel marzo 2019, dal Tribunale dell'Unione europea¹ sul caso di Banca Tercas² – non definitiva in quanto oggetto di impugnazione da parte della Commissione –, rappresenta un'occasione per riflettere sul ruolo giocato dai sistemi di garanzia dei depositi³ nell'ambito del nuovo assetto europeo di gestione delle crisi bancarie. In un contesto caratterizzato da una copiosa produzione normativa e da un'architettura istituzionale complessa, fonte di plurime

¹ Sentenza del Tribunale (terza sezione ampliata), 19 marzo 2019, nelle cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16, avente ad oggetto una domanda basata sull'articolo 263 TFUE e diretta all'annullamento della decisione (UE) 2016/1208 della Commissione, del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.39451 (2015/C) (*ex* 2015/NN), cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas.

² Tercas-Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo S.p.A. era la capogruppo di un gruppo bancario (“Tercas”) che operava principalmente nella Regione Abruzzo.

³ Sui sistemi di garanzia dei depositi bancari, *ex multis*, cfr. D. VATTERMOLI, *Il nuovo sistema di tutela dei depositanti*, in *Dir. banc. fin.*, 1997, II, 13; I. MECATTI, sub art. 96, 96-bis, 96-ter, 96-quater, in *Comm. t.u.b. Porzio*, Milano, 2010, 762 ss.; A.M. BENTIVEGNA, *Il ruolo incerto dei sistemi di garanzia dei depositi nel nuovo regime*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, II, 461 ss.; S. MACCARONE, *I sistemi di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo*, in *L'Unione bancaria europea*, M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), Pisa, 2016, 573 ss.; G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, Bari, 2018, 319 ss.

difficoltà interpretative riguardo a finalità e competenze, i giudici di Lussemburgo hanno, infatti, offerto un significativo contributo ermeneutico, facendo emergere la necessità di un'applicazione meno rigida delle nuove regole, in considerazione della variabilità ed eterogeneità delle situazioni concrete.

Come noto, nel corso dell'ultimo decennio, la risposta a *shock* avversi e squilibri finanziari involgenti il settore del credito è stata caratterizzata da rilevanti interventi pubblici⁴, che hanno reso particolarmente tangibile il (tradizionale) *trade-off* tra stabilità e concorrenza⁵. Tutto ciò ha comportato dei riflessi, non anodini, sul piano della regolazione pubblica. Da un lato, attraverso l'azione di indirizzo, orientamento, ma anche di disciplina, svolta dalla Commissione europea con le sue Comunicazioni in materia di aiuti di stato al settore bancario. Dall'altro, con la realizzazione di un vero e proprio *framework* normativo di tipo europeo, finalizzato ad armonizzare le politiche di vigilanza e di regolamentazione degli Stati membri, anche in materia di gestione delle crisi bancarie, onde perseguire oltre alla stabilità finanziaria⁶, gli altri due obiettivi cardine della protezione dei risparmiatori e dell'efficienza del sistema finanziario⁷.

Con riferimento agli schemi di garanzia dei depositi, è andato così a delinearsi un quadro regolamentare e interpretativo incerto⁸. Il legislatore europeo ha disciplinato le nuove modalità di intervento degli stessi nelle procedure di crisi, ampliandone il raggio di azione⁹ –

⁴ Si è parlato in dottrina di nuovo interventismo nella forma dello «Stato salvatore», cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, XI, 1083 ss.

⁵ Cfr. V. GIGLIO, *La crisi e il rapporto tra stabilità e concorrenza*, in *Merc. conc. reg.*, 2010, II, 282-283.

⁶ Un altro strumento per garantire la stabilità finanziaria è rappresentato dalla politica monetaria, che persegue principalmente l'obiettivo della stabilità macroeconomica e dei prezzi: la riduzione dei livelli e della volatilità di inflazione, infatti, contribuisce a diminuire l'incertezza e permette agli agenti economici privati di pianificare meglio il proprio consumo e i propri investimenti; indirettamente, può quindi influenzare in modo positivo la stabilità finanziaria.

⁷ Obiettivo della vigilanza stabilito all'art. 5 del T.U.B.

⁸ Utilizza questa espressione S. MACCARONE, *I sistemi di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo*, cit., 574.

⁹ Il riferimento è alla direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa ai sistemi di garanzia dei depositi. Sul punto cfr. G.

riguardo agli aspetti di prevenzione dell'insorgenza delle situazioni critiche – e stabilendo alcune precise regole di grande impatto per le relative ricadute concrete¹⁰. Al contempo, però, l'*Antitrust* europeo, con i suoi compiti politici e di vigilanza, ha assunto, sugli ausili pubblici, una posizione rigorosa, limitando, in senso contrario all'azione del primo, i margini di manovra e di intervento dei sistemi assicurativi, la cui possibilità di agire, di fatto, appare oggi coincidere, stando a tale impostazione, con la sola ipotesi (di contenimento degli effetti della crisi) del rimborso dei depositanti¹¹ e di finanziamento delle risoluzioni bancarie.

Queste forze contrapposte sembrano rappresentare una soluzione poco sistematica del compromesso sopra evocato, volta a perorare separatamente, e in modo talvolta confliggente, le cause dei due intenti opposti, solidità del sistema, su un versante, tutela della concorrenza, sull'altro¹². Il secondo obiettivo, in particolare, ha comportato il consolidamento di una valutazione negativa dell'azione degli schemi di garanzia. Segnatamente, ciò che è stato stigmatizzato è l'incremento del pericolo di azzardo morale¹³ che i medesimi contribuirebbero a realizzare, con conseguente indebolimento della disciplina di mercato.

BOCCUZZI, *La risposta europea alla gestione delle crisi bancarie*, in *Bancaria*, 2016, IV, il quale rileva che «il complessivo quadro normativo derivante dal congiunto operare della DGSD e della BRRD è ancorato, quindi, ad una visione ampia della crisi bancaria, quale fenomeno complesso, che risulta dall'interazione di molteplici fattori, interessi e valori, che richiedono un ampio strumentario attivabile in caso di necessità. Ma di fatto tale ampiezza di capacità operativa sembra essere contraddetta da talune disposizioni e orientamenti applicativi, istitutivi di vincoli e limitazioni, che ne circoscrivono la portata. Essi creano uno stato di incertezza in merito a ciò che i sistemi di garanzia possono fare, ma anche – e soprattutto – a ciò che non possono fare», citato da A. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'Antitrust europeo*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, I, n. 25.

¹⁰ Quale è ad esempio la regola del minor onere.

¹¹ Spesso alquanto gravoso, se non addirittura impraticabile, nel caso di banche di medie e grandi dimensioni. Cfr. A. ARGENTATI, *op. cit.*, 114.

¹² La regolamentazione finanziaria italiana è giunta tardivamente a riconoscere pari dignità a questi obiettivi (concorrenza da una parte e stabilità dall'altra), cfr. G. MINERVINI, M. ONADO, *Efficienza dei sistemi finanziari e tutela del risparmio: disciplina o deregolamentazione?*, in *Regolamentazione e concorrenza*, G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), Bologna, 2000, 122-123.

¹³ Il concetto di azzardo morale nasce nell'ambito della teoria economica per indicare l'assunzione di un rischio i cui beneficiari sono diversi da coloro si dovranno

I sistemi assicurativi, in quanto presidio centrale nella tutela del risparmio e della stabilità macroeconomica, capaci perciò di rafforzare la fiducia collettiva nel settore bancario, costituiscono altresì un elemento fondamentale della c.d. rete di sicurezza finanziaria¹⁴. La decisione del Tribunale dell'Unione europea sul caso Tercas supporta tale lettura rendendo nuovamente possibile per questi strumenti – e in particolare per il Fondo interbancario di Tutela dei Depositi (FITD), istituito nel nostro ordinamento da oltre trent'anni –, svolgere funzioni più ampie rispetto alla sola attività di rimborso dei depositanti in caso di insolvenza degli intermediari (c.d. *pay-box function*). I giudici europei ammettono, infatti, la legittimità di interventi di supporto esterno realizzati dal Fondo per evitare il fallimento degli enti in crisi, sottolineando che siffatte soluzioni “assistite” non sono automaticamente assimilabili a un aiuto di stato. Per qualificarle come tali, e dunque vietarle, riconoscendo la natura pubblicistica delle risorse impiegate, occorre dimostrare in concreto la riconducibilità delle stesse a una decisione di un'autorità pubblica. Viceversa, laddove ciò non avvenga, ci si troverà di fronte a misure adottate, secondo una logica mutualistica, per il perseguimento di un interesse collettivo che risponde, senza per questo tradire la forma e finalità privatistica del soggetto erogatore, anche ad esigenze di interesse generale (v. *infra* § 6).

Il superamento dell'automatismo, sancito dalla sentenza, si pone peraltro nell'ottica della valorizzazione del principio europeo di

fare carico delle eventuali conseguenze negative del medesimo. Esso reca in sé molteplici implicazioni e, con riferimento specifico alla crisi sistemica che ha colpito dapprima i mercati finanziari, poi i debiti sovrani e l'economia reale, evoca temi complessi quali l'equità redistributiva e la disuguaglianza sociale. In particolare, l'azzardo morale in un simile contesto riguarderebbe il comportamento di talune *élites* finanziarie e politiche che avrebbero assunto rischi significativi perché certe di venire salvate dal fallimento. Certezza fondata sul presupposto (amaro) della socializzazione delle perdite, fatte ricadere sui cosiddetti *taxpayers*, ovvero i contribuenti. Cfr. L. GHERARDI, *Dal moral hazard al rilancio della critica sociale transnazionale*, in *Studi di sociologia*, 2013, I, 24 e 28.

¹⁴ Cfr. *Financial Stability Board, Thematic Review on Deposit Insurance Systems, Peer Review Report*, 2012, disponibile su http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_120208.pdf.

proporzionalità¹⁵, che imporrebbe di aver sempre riguardo, nella predisposizione e applicazione delle regole, alla loro stretta rispondenza agli obiettivi perseguiti, contemplando pertanto delle possibili eccezioni giustificate, tra l'altro, anche da diversità strutturali, organizzative o giuridiche degli intermediari¹⁶.

Ciò vale particolarmente per le banche di dimensioni inferiori che, per effetto del *Single Resolution Mechanism*, secondo pilastro dell'Unione europea¹⁷, e della «nuova dottrina» sugli aiuti di stato, emergono come le più svantaggiate sul piano concorrenziale¹⁸, essendo penalizzate da elevati costi di *compliance* e dal contestuale sviluppo di

¹⁵ Con riferimento specifico alla gestione delle crisi bancarie, la necessaria attuazione di tale principio viene sancita espressamente dall'art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 180/2015, con il quale è stata trasposta nel nostro ordinamento la dir. 2014/59/UE sul risanamento e la risoluzione delle banche, che prevede che le azioni di risoluzione debbano tener conto della complessità operativa, dimensionale e organizzativa dei soggetti coinvolti, nonché della natura dell'attività svolta. Altri riferimenti sono diffusamente presenti nella direttiva, con riferimento alla valutazione del piano di risanamento (art. 6), al piano di risoluzione individuale e di gruppo (artt. 10 e 12), agli interventi dell'autorità per rimuovere impedimenti alla possibilità di risoluzione (artt. 17 e 18), alla nomina dell'amministratore temporaneo (art. 29), alle misure di sostegno finanziario pubblico straordinario (art. 32), alla valutazione dell'interesse pubblico alla base dell'avvio della procedura di risoluzione (art. 32), all'esclusione di alcune passività dal *bail-in* (art. 44), nonché all'entità delle sanzioni amministrative (art. 110). Cfr. G.L. GRECO, *One size fits all, il cannone e la mosca*, in *Dir. banc. fin.*, 2019, III, 447.

¹⁶ La validità di tale impostazione improntata al rispetto del principio di proporzionalità sembrerebbe essere confermata dall'approvazione da parte della Commissione europea dello schema di gestione delle crisi delle banche più piccole, ovvero di un regime di liquidazione italiano per le piccole banche con attivi totali inferiori a tre miliardi di euro, che si avvale del ricorso al sistema di garanzia dei depositi per garantire l'accesso dei depositanti ai depositi coperti. Cfr. Commissione, C(2018) 2295 final, 13 aprile 2018.

¹⁷ Il primo è costituito dal "Meccanismo unico di vigilanza" (*Single Supervisory Mechanism* istituito dal Regolamento (UE) n. 1024/2013, col quale vengono attribuiti alla BCE compiti specifici e diretti di vigilanza sulle banche) e il terzo dal "Sistema unico di garanzia dei depositanti" (*European Deposit Insurance System*). Il Meccanismo di risoluzione unico si applica a tutti i soggetti la cui vigilanza è conferita al *Single Supervisory Mechanism*.

¹⁸ Cfr. G.L. GRECO, *op. cit.*, 450-451.

«artificiali economie di scala che in realtà rappresentano diseconomie da regolazione»¹⁹.

Gli enti di credito più piccoli, del resto, hanno maggiori difficoltà a provare l'esistenza di un pubblico interesse che giustifichi, come stabilito dalla normativa europea²⁰, la loro risoluzione, dal momento che, nella maggior parte dei casi, ad assumere valore dirimente ai fini di simile valutazione sono la rilevanza sistemica dell'istituto in dissesto e i suoi effetti avversi sulla stabilità finanziaria. La scarsa elasticità riguardo alla definizione del concetto di interesse pubblico – che dovrebbe anche poter coincidere con la necessità di preservare, nei territori, la continuità dei servizi bancari e delle funzioni creditizie²¹, a favore di famiglie e di piccole e medie imprese, consentendo lo sviluppo di economie locali e regionali – comporta, quindi, un'alta probabilità che il medesimo non venga riscontrato dalle autorità di risoluzione, per tali intermediari, con la conseguente e inevitabile applicazione, conformemente al diritto nazionale²², delle norme in materia di insolvenza.

L'esito giurisprudenziale del caso Tercas lascia però intravedere la possibilità di uscire da questa *impasse* del «troppo piccolo per sopravvivere», consentendo di continuare a utilizzare i fondi di garanzia dei depositanti per interventi “alternativi” al rimborso dei depositi, basati sul principio del “minor onere”²³, nella fase che precede la dichiarazione di dissesto. Tali operazioni compiute per risolvere la crisi

¹⁹ Sul punto, cfr. R. MASERA, *Community banks e banche del territorio: si può colmare lo iato sui due lati dell'Atlantico?*, Roma, 2019, 43.

²⁰ Art. 20, comma 2, del n. 180/2015, esso viene accertato dall'autorità di risoluzione e ricorre quando la risoluzione è necessaria e proporzionata per conseguire gli obiettivi fissati dal successivo art. 21, e la sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa non consentirebbe di realizzarli nella stessa misura.

²¹ Interesse piuttosto rilevante, considerato anche il carattere banco-centrico del nostro sistema finanziario.

²² Questo è ciò che è avvenuto nel caso di Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca dopo che, nel giugno 2017, il *Single Supervisory Mechanism* ne dichiarava il dissesto o il rischio di dissesto e il *Single Resolution Board* riteneva che non sussistesse un interesse pubblico per una loro eventuale risoluzione. Conformemente al diritto nazionale i due enti sono stati, pertanto, sottoposti a liquidazione coatta amministrativa.

²³ Ovvero che il costo di interventi preventivi o alternativi per le banche consorziate sia prognosticamente inferiore a quello derivante dal rimborso diretto dei depositanti.

ex ante sarebbero da inquadrare come espressione di una flessibilità concessa dalla normativa nel consentire agli Stati, in ossequio al principio di proporzionalità, di intervenire anche con soluzioni nazionali (v. *infra* § 5 e 6) laddove le stesse permettano di raggiungere gli stessi obiettivi stabiliti dai trattati.

2. *La nuova disciplina europea di gestione delle crisi bancarie e il principio di proporzionalità nell'applicazione della regola del salvataggio interno*

La crisi, nel settore creditizio, è gestita attraverso procedimenti amministrativi²⁴ e speciali²⁵, nei quali grande importanza è conferita all'autorità pubblica, dotata di ampi poteri discrezionali: l'obiettivo da raggiungere non è tanto il soddisfacimento dei creditori, quanto piuttosto la conservazione dell'impresa bancaria e il mantenimento della stabilità finanziaria²⁶.

Nel nostro ordinamento, la specialità²⁷ è acuita dal fatto che il finanziamento delle operazioni compiute nell'ambito

²⁴ La gestione della crisi bancaria non viene infatti affidata all'autorità giudiziaria, come nel caso delle altre imprese, ma all'autorità amministrativa. Il fallimento bancario è stato dunque sottratto alla giurisdizione dei tribunali, con la sola eccezione della dichiarazione di insolvenza, "unico momento giurisdizionale", cfr. E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Torino, 2017, 5.

²⁵ Sulle peculiarità della disciplina della crisi bancaria, cfr., *ex multis*, A. NIGRO, *La gestione delle crisi bancarie nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. banc. fin.*, 1990, I, 279 ss.; L. DESIDERIO, *Il regime delle crisi delle banche e dei gruppi bancari: novità e riordino della disciplina nel Testo Unico*, *ivi*, 1993, IV, 556 ss.; G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili giuridici ed economici*, Milano, 1998; B. ATTINGER, *Crisis management and bank resolution. Quo vadis, Europe?* in *ECB Legal Working Paper Series*, 2011; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 757 ss.; B. INZITARI, *La disciplina della crisi nel Testo Unico Bancario*, in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, Banca d'Italia, 2014, 121 ss.; L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, *ivi*, 169 ss.; G.L. CARRIERO, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, II, 369 ss.

²⁶ Cfr. E. LOCASCIO ALIBERTI, *Il socio involontario*, Napoli, 2018, 155.

²⁷ Sui profili pubblicistici insiti nell'attività bancaria e sulla "specialità" del regime giuridico che a essa si applica, cfr. P. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, Torino, 2004, 12 ss. Sul punto, cfr. anche M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi*

dell'amministrazione straordinaria²⁸ e della liquidazione coatta amministrativa²⁹ – ovvero le due procedure rientranti, con natura e funzioni diverse, nella c.d. “disciplina della crisi”³⁰ – è spesso avvenuto, per tutelare depositanti e creditori, mediante le casse pubbliche (grazie quindi alle risorse dei contribuenti) e attraverso l'intermediazione dei fondi di assicurazione dei depositi³¹.

di interesse pubblico, in *Moneta e credito*, 1949, V, 105 ss., M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969, 33 ss.

²⁸ L'amministrazione straordinaria (artt. 70 e ss. del T.U.B.), avviata quando è possibile il risanamento dell'impresa (con carattere dunque di reversibilità), coincide con la sostituzione degli organi di amministrazione e di controllo della banca e l'affidamento della sua gestione a soggetti indipendenti. Essa è stata incisivamente modificata dall'intervento del legislatore europeo (che ha previsto, tra le misure di prevenzione della crisi, l'istituto dell'“amministrazione temporanea”), per quanto riguarda i suoi presupposti di attivazione, ma anche con riferimento all'autorità investita del potere di disporla.

²⁹ La liquidazione coatta amministrativa (l.c.a.) (artt. 80 e ss. del T.U.B.) è ancorata all'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori, nel caso in cui la crisi appaia ormai irreversibile, perché risulta impossibile ripristinare la redditività a lungo termine dell'ente in dissesto. Essa consiste, pertanto, in una procedura di tipo concorsuale, con accertamento del passivo (art. 86 e ss.) e piani di riparto (art. 91). Nella sua formulazione originaria, prima delle modifiche dovute all'insorgenza del nuovo quadro regolatorio europeo, l'art. 80 del T.U.B. prevedeva che la l.c.a. venisse disposta in maniera discrezionale dal Ministro dell'economia e finanze, quando le irregolarità nell'amministrazione o le perdite patrimoniali fossero di particolare gravità. Stando, invece, alla nuova formulazione dell'articolo, essa può essere avviata al ricorrere dei presupposti indicati dall'art. 17 del d.lgs. n. 180/2015, quando l'ente si trovi in una condizione di dissesto o a rischio di dissesto e non possano ragionevolmente prospettarsi misure alternative che permettano di superare tale stato in tempi adeguati.

³⁰ Nella disciplina della crisi rientrano anche i «*provvedimenti straordinari*» (artt. 78-79 del T.U.B.). Le origini della medesima risalgono alle normative anteriori alla legislazione generale sul credito del 1936-1938, ovvero all'art. 42 del T.U. del 1929, sulle Casse di risparmio, ed all'art. 20 della l. 656/1932, sulle Casse rurali e artigiane. La legge del 1929 rappresenta, in questo ambito, il modello seguito dalla legislazione bancaria del 1936-38, agli artt. 57-66. Questa disciplina è stata integralmente rifiuta nel T.U.B., subendo una serie di modifiche ad opera prima del d.lgs. n. 415/1996, del d.lgs. n. 342/1999, poi del d.lgs. n. 371/2004, ed infine del d.lgs. n. 181/2015 che ha modificato la rubrica del titolo IV.

³¹ Cfr. G. MINERVINI, *Il ristoro ex d.m., 27 settembre 1974 e il fondo interbancario di tutela dei depositi*, in *Giur. Comm.*, 1990, I, 5 ss., che evidenzia come il c.d. decreto Sindona, emanato per gestire la crisi della Banca Privata Italiana, stabilendo che la Banca d'Italia concedesse anticipazioni per 24 mesi a tasso agevolato alle banche che

Dal punto di vista terminologico oltre che concettuale si pone la necessità di effettuare alcune premesse.

Il concetto di “crisi”, riferito alle banche, deve essere tenuto distinto dalla diversa nozione, introdotta dal diritto europeo, di dissesto. Il primo indica una condizione che può essere risolta col ricorso a interventi di “risanamento” o di tipo “precoce”, volti a ripristinare la regolarità aziendale³² di un istituto di credito in difficoltà ma non insolubile. La seconda, invece, costituisce il presupposto oggettivo della sottoposizione della banca alla risoluzione. Sulla possibilità di interpretare quest’ultima alla stregua di una procedura concorsuale, la dottrina si mostra, tuttavia, divisa tra chi propende per simile lettura, ritenendo che al fine di poter attuare la risoluzione l’ente si debba trovare in uno stato di insolvenza o a rischio di insolvenza³³, e chi, invece, la nega radicalmente, sostenendo che, alla luce del dato normativo, solo la liquidazione coatta amministrativa presenti i caratteri della concorsualità e dunque sia fondata su tali condizioni³⁴.

intervenivano assumendo attività e passività nell’ambito di procedure di liquidazione coatta amministrativa, costituissero una forma di «salvataggio indiscriminato a spese dello Stato». Altro profilo di specialità è costituito dal fatto che le banche sono assoggettate alla disciplina della crisi anche quando vengono accertate violazioni di legge, dei Regolamenti della Banca di Italia e del loro statuto.

³² Sulla distinzione tra i due concetti M. PORZIO, *La banca insolvente*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *op. cit.*, 407.

³³ Cfr. *ivi*, 408, dove l’A. afferma che il termine “dissesto” debba perciò essere interpretato come un sinonimo della parola insolvenza.

³⁴ Cfr. E. RULLI, *op. cit.*, n. 9. Il riferimento è rappresentato dall’art. 80, comma 6, del T.U.B.: «Le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta prevista dalle norme della presente sezione; per quanto non espressamente previsto si applicano, se compatibili, le disposizioni della legge fallimentare (a decorrere dal 15 agosto 2020, codice della crisi e dell’insolvenza)». Concorde nel tenere distinta la procedura di risoluzione dalle procedure concorsuali, ovvero lo stato di dissesto dallo stato di insolvenza, è anche G.L. GRECO, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di risoluzione delle banche*, in *Banca imp. soc.*, 2016, I, n. 14. Afferma inoltre che la «procedura di risoluzione» non è una procedura concorsuale in senso stretto R. LENER, *Il bail-in. L’ambito applicativo*, in *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, V. TROIANO, G. M. UDA (a cura di), Padova, 2018, 280. Sulle peculiarità dell’insolvenza bancaria, cfr. B. INZITARI, *Dissesto, insolvenza e misure di risoluzione*, in *Dir. banc. fin.*, 2019, II, 710 ss. Sembra confermare tale impostazione la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull’applicazione e sulla revisione della dir. 2014/59/UE (direttiva sul risanamento e

Da un punto di vista generale, varie sono le modalità con cui si può porre rimedio a una “crisi bancaria” (termine qui utilizzato in senso ampio). Possono essere attivati dei meccanismi di mercato, quali l’ingresso di nuovi soci, ovvero di nuovi capitali; si può procedere con la liquidazione dell’ente creditizio, in quanto impresa insolvente³⁵; può, infine, intervenire lo Stato, direttamente o per mezzo di soggetti che ad esso fanno capo, e che si fanno carico di fornire i capitali necessari a risolvere la situazione di difficoltà. Naturalmente, l’ingresso del soggetto pubblico e del suo ausilio finanziario, sia in fase “terminale” di espulsione dal mercato, sia iniziale, a supporto cioè della ripresa economica dell’istituto ausiliato, comporta, avendo l’attività bancaria carattere imprenditoriale in un contesto di tipo concorrenziale, il confronto con la disciplina europea degli aiuti di stato³⁶.

Tutte le diverse soluzioni brevemente indicate risultano oggi plasticamente modellate dall’influenza del diritto europeo, che, in risposta alla devastante crisi finanziaria globale del 2008, ha provveduto a orientare gli Stati membri verso una direzione di graduale uniformazione delle loro normative e prassi operative³⁷. Sono state così

la risoluzione delle banche) e del Regolamento (UE) n. 806/2014 (regolamento sul meccanismo di risoluzione unico), COM(2019) 213 *final*, nella quale si afferma che: «Il regime di risoluzione costituisce un’eccezione alla procedura generale di insolvenza applicabile nel quadro delle normative nazionali. In particolare, qualora si determini che una banca sia in dissesto o a rischio di dissesto, nel caso in cui non vi sia alcuna misura alternativa del settore privato e sia di pubblico interesse sottoporre l’ente a risoluzione, si applicano le norme armonizzate previste dalla BRRD/dall’SRMR. In assenza di pubblico interesse a sottoporre la banca a risoluzione, la banca è liquidata, in base alle norme in materia di insolvenza conformemente alla normativa nazionale applicabile».

³⁵ Sebbene si tratti di una modalità di intervento particolarmente delicata da scegliere, poiché implicante gravose conseguenze. Infatti, con la liquidazione si interrompono le funzioni della banca in dissesto, con pregiudizio, soprattutto se si tratta di un ente di grandi dimensioni, arrecato all’economia in generale. Cfr. C. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2019, n. 475, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁶ Gli aiuti, come noto, sono di regola vietati dall’art. 107 del TFUE, sebbene vi siano alcune eccezioni circoscritte, quale è la deroga di cui al par. 3, lett. b), utilizzata negli anni della crisi dalla Commissione per autorizzare i sostegni pubblici alle banche in difficoltà.

³⁷ La dir. 2001/24/CE del 4 aprile 2001 in materia di risanamento e liquidazione delle banche era imperniata sul principio di armonizzazione minima e non richiedeva la convergenza verso un assetto uniforme di regole, basandosi sul principio del riconoscimento reciproco delle procedure nazionali.

introdotte delle misure preventive³⁸, di intervento precoce³⁹ e degli strumenti di risoluzione comuni, volti a favorire il più possibile la preservazione della continuità aziendale degli istituti di credito. Per quanto attiene, invece, all'insolvenza, non è stata prevista alcuna forma di armonizzazione delle discipline nazionali.

Nel nuovo assetto, per far fronte all'instabilità dell'ente creditizio, le autorità preposte⁴⁰ possono quindi agire mediante la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria e la risoluzione, in alternativa o insieme con le prime due⁴¹. Gli strumenti di risoluzione

³⁸ Sono stati previsti degli strumenti di prevenzione, tra i quali rientrano i piani di risanamento, redatti dalle banche stesse e volti a stabilire le misure che andranno ad essere attivate nel caso di deterioramento della loro condizione finanziaria. Vi sono inoltre i piani di risoluzione elaborati, sempre in via preventiva, non dall'intermediario ma dalle Autorità di risoluzione.

³⁹ Riservate alle autorità di vigilanza, sono attivate nelle c.d. situazioni precritiche, ovvero in caso di difficoltà quando però è ancora possibile per l'ente recuperare la propria stabilità. Di esse adesso fa parte anche l'amministrazione straordinaria.

⁴⁰ Il d.lgs. n. 72/2015 e la legge di delegazione europea 114/2015 hanno attribuito alla Banca d'Italia la funzione di «Autorità nazionale di risoluzione», delegando il Governo ad attribuire ad essa i poteri assegnati alle autorità di risoluzione dalla direttiva BRRD. È stata poi creata, con la deliberazione del 23 luglio 2015, una apposita «Unità di Risoluzione e gestione della crisi», divisione interna alla Banca d'Italia che svolge tutti i compiti che il SRM affida alle autorità nazionali. L'art. 3, comma 6, del d.lgs. n. 180/2015, di recepimento della BRRD, stabilisce, infatti, che «La Banca d'Italia, nell'esercizio della propria autonomia organizzativa, prevede adeguate forme di separazione tra le funzioni connesse con la gestione delle crisi e le altre funzioni da essa svolte, in modo da assicurarne l'indipendenza operativa, e istituisce forme di collaborazione e coordinamento tra le relative strutture. Essa rende pubbliche le misure adottate per conseguire gli obiettivi di cui al presente comma». L'Unità di risoluzione amministra anche il Fondo di risoluzione nazionale.

⁴¹ La risoluzione, secondo la prospettiva delineata, sembra estendersi oltre la mera soluzione legale della situazione degli intermediari in crisi (*resolution* in senso stretto, rimessa all'autorità di risoluzione). Alla luce di tale evoluzione regolamentare, sono perciò individuabili tre distinte fasi, attualmente operanti nell'ambito di una crisi bancaria: la fase degli interventi preventivi, quella degli strumenti di risoluzione e la fase delle procedure di liquidazione. Esse possono sovrapporsi, così come evolvere l'una nell'altra (nel caso per esempio di un intervento precoce di vigilanza che diviene un provvedimento di risoluzione). Con riferimento alla risoluzione in senso stretto, venendo integrati presupposti del dissesto, la Banca d'Italia, in quanto autorità competente a livello nazionale (per gli enti di minori dimensioni), procede alla riduzione e/o conversione di azioni, di altre partecipazioni e di strumenti di capitale emessi dalla banca, operazione che prende il nome di *write-down* (svalutazione), e se ciò non risulta sufficiente a rimediare al dissesto, dà luogo alla risoluzione vera e

sono atti a garantire la continuità operativa e la sopravvivenza nel mercato della parte aziendale “sana” e vengono realizzati in via eccezionale a fronte di una condizione di dissesto o di rischio di dissesto dell’ente, cui non si può ovviare con i mezzi ordinari, in particolare con l’intervento di privati o con l’amministrazione straordinaria; inoltre, considerate la tempistica e altre circostanze, non devono risultare praticabili vie alternative (misure di intervento precoce o la svalutazione e/o conversione degli strumenti di capitale) finalizzate a evitare il dissesto; deve poi esservi un interesse pubblico alla risoluzione (che giustifichi e consenta l’esclusione della messa in liquidazione dell’ente di credito⁴²). Quest’ultimo deve essere collegato a uno o più tra gli obiettivi indicati dall’art. 31 della dir. 2014/59/UE del Parlamento e del Consiglio (c.d. BRRD⁴³), che ha istituito per tutti gli Stati membri un comune «Quadro di risanamento e di risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento»: garantire la

propria, oppure alla liquidazione coatta amministrativa. Cfr. L. SCIPIONE, *La pianificazione del risanamento e della risoluzione*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *op. cit.*, 438. Il *write-down* può essere applicato in due modi, o come misura autonoma, o come parte di un programma di risoluzione. Esso può anche essere di tipo integrale (*wipe-out*), coincidendo con la totale cancellazione degli strumenti di capitale primario. La riduzione o conversione delle azioni e delle altre partecipazioni o strumenti di capitale emessi dalla banca è misura a sé stante, da assumere prima e indipendentemente dall’avvio della risoluzione della banca, quando da sola consenta di rimediare al dissesto o al rischio di dissesto. Solo quando non basti in tal senso, essa può venire adottata insieme con una o più misure di risoluzione, immediatamente prima o contestualmente alla loro applicazione, nel cui seno può associarsi, in caso di *bail-in*, alla riduzione o conversione anche delle passività dell’ente e con ciò dei diritti dei creditori, cfr. M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d’insieme*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *op. cit.*, 364.

⁴² Quale fuoriuscita controllata dal mercato, da realizzarsi in caso di mancanza di tale interesse pubblico.

⁴³ *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD, dir. 2014/59/EU). Con la BRRD e la sua trasposizione nel diritto interno, mediante i d.lgs. n. 180/2015 (contenente le disposizioni relative ai piani di risoluzione, che vengono preparati dalle autorità di risoluzione, e alle misure di risoluzione) e n. 181/2015 (con il quale sono state innestate nel T.U.B. le nuove disposizioni in materia di piani di risanamento, di misure di intervento precoce, nonché le modifiche alla preesistente disciplina dell’amministrazione straordinaria, della liquidazione coatta amministrativa e della crisi del gruppo bancario), viene formalmente introdotto nel nostro ordinamento il concetto di “risoluzione”.

continuità delle funzioni essenziali della banca; evitare effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria, prevenendo il rischio del contagio; ridurre al minimo il sostegno finanziario pubblico straordinario⁴⁴ e tutelare i depositanti, i fondi e le attività dei clienti.

Più in particolare, con la crisi del 2008 – definita emblematicamente sistemica⁴⁵ – si è verificata una perdita di fiducia nell'intero sistema bancario e finanziario⁴⁶, che ha determinato una restrizione quantitativa dell'offerta di credito e un problema di illiquidità generalizzata, con gravi ripercussioni in termini di difficoltà di accesso al *funding* da parte delle banche e degli altri operatori di mercato. Il decisore politico si è trovato dunque, in questa fase, a dover fare i conti con l'esigenza di prevenire il rischio sistemico, quale interesse costituzionalmente rilevante, nonché a dover far fronte a quello che viene denominato l'“effetto domino”, legato alla diffusione della crisi. Si sono, pertanto, rivelate necessarie procedure *ad hoc*, oltre che l'afflusso (ingente) di nuovo capitale, proveniente spesso dagli Stati, attraverso la fiscalità generale.

⁴⁴ L'articolo 2, par. 1, n. 28, della BRRD definisce il «sostegno finanziario pubblico straordinario» come corrispondente ad aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (o a qualsiasi altro sostegno finanziario pubblico a livello sovranazionale che se erogato a livello nazionale configurerebbe un aiuto di stato), forniti per mantenere o ripristinare la solidità, la liquidità o la solvibilità di un ente o entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lett. *b)*, *c)* o *d)*, o di un gruppo di cui tale ente o entità fa parte. Tale intervento può prendere la forma di garanzie o di iniezioni di fondi propri (la ricapitalizzazione precauzionale), di cui all'art. 32, par. 4, lett. *d)* della BRRD, e degli strumenti pubblici di stabilizzazione finanziaria (artt. 56-58 BRRD).

⁴⁵ Si fa, in particolare, riferimento, alla diffusione globale della crisi dai mercati finanziari, nel 2007-2008, ai debiti sovrani, a partire dal 2010, in conseguenza degli interventi effettuati da parte di alcuni paesi onde salvaguardare i propri sistemi finanziari rispetto alla c.d. *subprime mortgage financial crisis*. Per un'analisi di quest'ultima, cfr. N. LINCiano, *La crisi dei mutui subprime. Problemi di trasparenza e opzioni di intervento per le Autorità di vigilanza*, in *Quaderni di Finanza CONSOB*, 62, 2008; M. PASSALACQUA, *Il diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, 2012; S. ALVARO, G. SICILIANO, *Crisi sistemiche e regolamentazione finanziaria. Dai bulbi di tulipani ai mutui sub-prime*, in *Quaderni giuridici Consob*, 10, 2016.

⁴⁶ Le istituzioni finanziarie, fortemente integrate e interconnesse, svolgono, del resto, una funzione di rilievo pubblico, offrendo servizi essenziali per l'economia reale, mediante la loro funzione creditizia e il ruolo svolto nell'ambito dei servizi di pagamento; il loro fallimento può risultare appunto per questo assai pericoloso per l'intera economia.

È così emersa la necessità di disciplinare con un corpo normativo specifico il tema degli aiuti di stato alle banche, che ha dato luogo a una serie di Comunicazioni della Commissione⁴⁷ dedicate al settore finanziario e bancario (*crisis communications*)⁴⁸. Esse sono state dettate dal bisogno di dare una risposta alla peculiare situazione

⁴⁷ Trattasi di atti di *soft law*, dunque non vincolanti, che però hanno avuto, come spesso accade per questa tipologia di strumenti, un forte impatto sul piano dell'effettività. Del pacchetto fanno parte: la Comunicazione del 13 ottobre 2008, c.d. Comunicazione sul settore bancario; la Comunicazione del 5 dicembre 2008, c.d. Comunicazione sulla ricapitalizzazione; la Comunicazione del 25 febbraio 2009, c.d. Comunicazione sulla riduzione del valore degli attivi; la Comunicazione del 23 luglio 2009, c.d. Comunicazione sulla ristrutturazione. Infine, sono da menzionare la Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2011, delle norme in materia di aiuti di stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, del 7 dicembre 2010, e la Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2012, delle norme in materia di aiuti di stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, del 6 dicembre 2011. Le Comunicazioni forniscono un quadro coordinato dell'intervento pubblico ammissibile. In esse viene effettuata una distinzione, già operata negli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà* del 2004, tra aiuti per il salvataggio e aiuti per la ristrutturazione. I primi sono interventi finalizzati a «consentire di mantenere in attività un'impresa in difficoltà per il tempo necessario a elaborare un piano di ristrutturazione o di liquidazione». Una volta redatto un piano realizzabile, coerente e di ampia portata, volto a ripristinare la redditività a lungo termine dell'impresa, tutti gli aiuti forniti successivamente vengono considerati aiuti per la ristrutturazione, cfr. F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di stato al settore bancario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, IV, 737.

⁴⁸ In base ai punti 2 e 3 della Comunicazione del 2013 sul settore bancario: «Le comunicazioni legate alla crisi forniscono un quadro complessivo per un'azione coordinata a sostegno del settore finanziario in modo da garantire la stabilità finanziaria riducendo nel contempo al minimo le distorsioni della concorrenza tra banche e nei vari Stati membri nel mercato interno. Stabiliscono le condizioni per l'accesso agli aiuti di Stato e i requisiti da soddisfare in modo che tali aiuti possano essere considerati compatibili con il mercato interno alla luce dei principi stabiliti in materia dal Trattato. Grazie alle comunicazioni legate alla crisi, le norme in materia di aiuti di Stato che disciplinano il sostegno pubblico al settore finanziario sono state aggiornate regolarmente, ove necessario, per adeguarle all'andamento della crisi. I recenti sviluppi richiedono un ulteriore aggiornamento di dette comunicazioni». Sul punto cfr. M. PASSALACQUA, *Aiuti di stato al settore finanziari nell'amministrazione dell'emergenza*, in *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, G. COLOMBINI, M. PASSALACQUA (a cura di), Napoli, 2012; ID., *Il diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, cit.

macroeconomica che si era venuta a creare, caratterizzandosi geneticamente per la loro temporaneità e transitorietà.

Venendo pacificamente riconosciuto che gli istituti di credito a rilevanza sistemica richiedono misure di salvataggio in nome dell'interesse pubblico sovraordinato alla stabilità finanziaria, si è quindi avviata, in modo maggiormente ampio (e in senso questa volta immanente), una riflessione sulle diverse opzioni di intervento, sulle procedure specifiche da seguire e soprattutto sulla provenienza dei capitali richiesti per salvare le banche. Pertanto, per il rispetto della parità concorrenziale e per contrastare gli effetti, in tal senso negativi, delle numerose aperture registrate negli ultimi anni, in ambito europeo sono stati recentemente stabiliti alcuni punti fermi riguardo alla disciplina degli ausili pubblici alle banche.

È stato in primo luogo affermato il principio cardine del *burden sharing*, traducibile in italiano con il termine “condivisione” (e internalizzazione) dei costi delle crisi⁴⁹. Alla base vi è l'idea per cui l'intervento dello Stato si considera legittimo solo quando rappresenta l'*extrema ratio*, laddove il sacrificio degli interessi dei soggetti interni alla banca – azionisti e titolari di obbligazioni subordinate – si riveli insufficiente per risolvere la situazione di dissesto⁵⁰. La necessaria condivisione degli oneri, al fine di poter autorizzare qualsiasi tipo di aiuto alla ristrutturazione – che si tratti di misure di ricapitalizzazione o di sostegno a fronte di attività deteriorate – viene sancita dalla Comunicazione della Commissione del 10 luglio 2013⁵¹ (la settimana

⁴⁹ Già contenuto, seppur in forma embrionale, nella precedente Comunicazione della Commissione sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato, del 23 luglio 2009.

⁵⁰ Secondo una graduazione gerarchica, fondata sui rischi assunti, i costi della crisi sono prima addossati ad azionisti e creditori della banca, poi in presenza di specifici presupposti si può ricorrere (nei paesi dell'Eurozona) al fondo di risoluzione, finanziato dal sistema bancario a integrazione delle risorse dei primi due soggetti. Infine, in via residuale e fatte salve operazioni di ricapitalizzazione precauzionale, è ritenuto ammissibile il ricorso all'intervento pubblico.

⁵¹ La Comunicazione del luglio 2013 stabilisce anche il principio per cui le misure di ricapitalizzazione e di sostegno a fronte di attività deteriorate possano essere autorizzate solo una volta approvato il piano di ristrutturazione della banca interessata. Nella fase di ristrutturazione, la banca deve applicare rigorose politiche di remunerazione dei dirigenti.

adottata dall'inizio della crisi⁵², valida per gli aiuti notificati a partire dal 1° agosto 2013).

Nell'atto sono però previste delle deroghe, ammesse, in ossequio al principio europeo di proporzionalità che impone che le disposizioni europee debbano avere contenuti e forma limitati in relazione a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati⁵³, quando la stretta applicazione del principio dovesse, oltre che violare diritti fondamentali, mettere in pericolo la stabilità finanziaria o produrre dei risultati sproporzionati⁵⁴. Ciò implica la necessità di vagliare sempre la sussistenza di altri possibili rimedi per far fronte alle carenze di capitale e l'esigenza di limitare la partecipazione degli obbligazionisti subordinati a quanto richiesto per ottenere tale risultato. L'affermazione del *burden sharing* è poi accompagnata dall'assunto tale per cui

⁵² Come sottolineato dalla Comunicazione del luglio 2013, la direzione impressa dalle comunicazioni legate alla crisi è quella per cui: «I principi generali del controllo degli aiuti di Stato restano di applicazione anche durante la crisi. In particolare, onde limitare le distorsioni della concorrenza tra banche e in tutti gli Stati membri all'interno del mercato unico e ovviare al cosiddetto rischio morale, gli aiuti dovrebbero essere limitati al minimo necessario ed il beneficiario degli stessi dovrebbe fornire un adeguato contributo proprio ai costi di ristrutturazione. La banca ed i detentori del suo capitale dovrebbero contribuire il più possibile alla ristrutturazione mediante le proprie risorse. Il sostegno statale dovrebbe essere concesso a condizioni che rappresentano un'adeguata condivisione degli oneri da parte di coloro che hanno investito nella banca».

⁵³ Di matrice tedesca, esso è stato dapprima traslato nel diritto comunitario, venendo poi integrato negli ordinamenti dei diversi Stati membri. Nel diritto europeo, segnatamente, l'art. 5, paragrafo 4, del TUE stabilisce che: «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

⁵⁴ Comunicazione della Commissione del luglio 2013, punti 19 e 45. La Commissione ha ammesso il criterio dei risultati sproporzionati nella decisione Eurobank. Decisione 2014/885/UE della Commissione, del 29 aprile 2014, relativa agli aiuti di Stato SA.34825 (2012/C), SA.34825 (2014/NN), SA.36006 (2013/NN), SA.34488 (2012/C) (ex 2012/NN), SA.31155 (2013/C) (2013/NN) (ex 2010/N) cui la Grecia ha dato esecuzione in favore del gruppo Eurobank in materia di: ricapitalizzazione e ristrutturazione di Eurobank Ergasias SA; aiuti per la ristrutturazione a Proton Bank attraverso la creazione e la capitalizzazione di Nea Proton e l'ulteriore ricapitalizzazione di New Proton Bank tramite il Fondo ellenico di stabilità finanziaria; risoluzione di Hellenic Postbank attraverso la creazione di una banca ponte (GU L 357 del 12 dicembre 2014, 112).

“nessun creditore può essere svantaggiato” (*no creditor worse off*), volto ad impedire che i creditori subordinati ricevano, in termini economici, meno di quanto sarebbe valso il loro strumento in caso di procedura di fallimento dovuta alla mancata concessione di aiuti di stato⁵⁵.

La Comunicazione, giuridicamente fondata sull’art. 107, paragrafo 3, lett. *b*), del TFUE⁵⁶, costituisce il prodromo necessario, in ambito europeo, per l’emanazione della successiva BRRD, che ha previsto in senso vincolante sia il *burden sharing* che il più esteso concetto di *bail-in* (divenuto obbligatorio il 1° gennaio 2016)⁵⁷.

Si è affermata in modo innovativo la tesi della preferibilità del c.d. “salvataggio interno”, attuato attraverso le risorse private investite nella banca, rispetto agli strumenti detti di *bail-out*, coincidenti, invece, col ricorso alle risorse pubbliche coinvolgenti tutti i cittadini, in quanto contribuenti.

Il legislatore europeo ha cercato di promuovere, altresì, la vigilanza da parte degli investitori e dei risparmiatori sul buon funzionamento dell’ente in circostanze normali⁵⁸. Anche qui vale, però, il principio del *no creditor worse off*, in forza del quale nessun creditore della banca deve subire, nella procedura di risoluzione, perdite di entità maggiore

⁵⁵ *Ivi*, punto 46.

⁵⁶ Al pari delle altre che l’hanno preceduta, facenti parte del c.d. pacchetto delle *crisis communications*. Prima della crisi, la Commissione si basava, invece, sull’art. 107, par. 3, lett. *c*), TFUE, applicando alle banche, secondo gli Orientamenti del 2004, la disciplina generale in materia di aiuti alle imprese in difficoltà.

⁵⁷ È un principio più esteso rispetto al *burden sharing*, pur se bilanciato dall’introduzione di un requisito minimo di passività soggette a *bail-in*, il c.d. MREL, ovvero il *Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities*, analogo a quello delineato dal *Financial Stability Board* per le banche sistemiche globali, il c.d. TLAC, ovvero il *Total Loss Absorbing Capacity*. Si tratta, cioè, di una dotazione di passività idonee ad essere assoggettate a riduzione o conversione in nuovo capitale nell’ambito della procedura di risoluzione, che le banche devono costituire. Il MREL è «calcolato come l’importo dei fondi propri e delle passività ammissibili, espresso in percentuale delle passività e dei fondi propri totali dell’ente», dir. 2014/59/UE, art. 45, par. 1. Analoga previsione è contenuta all’art. 50 del d.lgs. n. 180/2015. Il termine per la piena entrata a regime del MREL è stato fissato al 2024.

⁵⁸ Cfr. Considerando 67, direttiva BRRD.

rispetto a quelle che avrebbe sopportato in regime di insolvenza ordinaria, ovvero di liquidazione coatta amministrativa⁵⁹.

In base a tale assetto, prima di autorizzare l'intervento statale, devono essere ridotte e finanche azzerate le partecipazioni degli azionisti, poi i crediti degli obbligazionisti, a cominciare da quelli dei portatori di obbligazioni subordinate, nonché i crediti dei depositanti, per la parte eccedente una data giacenza massima nei depositi stessi⁶⁰, che presuntivamente si ritiene superiore alle normali esigenze di cassa di un privato o di un'azienda, e quindi, sempre presuntivamente, rappresenta l'accettazione di uno specifico rischio di insolvenza dell'ente depositario⁶¹. Lo scopo è assicurare così l'assorbimento delle perdite subite dall'ente in dissesto. Il *bail-in* prevede altresì la possibilità di ricapitalizzare quest'ultimo mediante la conversione – imposta autoritativamente – dei crediti in azioni⁶² (il c.d. *bail-in* in senso stretto).

⁵⁹ Con la risoluzione, infatti, si avvia un vero e proprio processo, che implica una valutazione preliminare delle attività e passività della banca, in considerazione sia del risanamento che, in senso controfattuale, della liquidazione coatta amministrativa. L'autorità di risoluzione, al fine di poter procedere con il primo, deve dimostrarne la convenienza per investitori e finanziatori della banca rispetto al trattamento che riceverebbero in caso di inveroamento del secondo scenario.

⁶⁰ I depositi di valore pari o inferiore a 100.000 euro sono sempre esclusi dal *bail-in* e sono coperti dai sistemi di garanzia. I depositi di importo superiore possono essere interessati dal *bail-in* solo per la porzione eccedente la soglia di 100.000 euro e, se detenuti da persone fisiche e piccole o medie imprese, solo se tutte le altre passività assoggettabili a *bail-in* non sono sufficienti (c.d. *pecking order*), mentre se detenuti da altre controparti sono considerati debiti chirografari e, quindi, si collocano allo stesso livello gerarchico delle obbligazioni ordinarie. Tuttavia, dal 1° gennaio 2019, anche questi ultimi depositi eccedenti la soglia di 100.000 euro beneficiano di un trattamento preferenziale e possono subire l'applicazione del *bail-in* solo dopo le obbligazioni ordinarie e gli altri debiti chirografari (ma, in ogni caso, prima dei depositi di persone fisiche e piccole e medie imprese eccedenti i 100.000 euro). Dir. 2017/2399/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, che modifica la dir. 2014/59/UE per quanto riguarda il trattamento dei titoli di debito chirografario nella gerarchia dei crediti in caso di insolvenza.

⁶¹ Cfr. C. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2019, n. 475, cit. punto 3.6.

⁶² Il Regolamento (UE) n. 806/2014 stabilisce, all'art. 3, par. 1, n. 33), che per «strumento del *bail-in*» debba intendersi «il meccanismo per l'esercizio dei poteri di svalutazione e di conversione in relazione alle passività di un ente soggetto a risoluzione»; la direttiva BRRD lo definisce, a sua volta, come meccanismo di svalutazione e di conversione (artt. 43 e 59 e ss.).

Non tutte le passività sono però assoggettabili a *bail-in*, sono infatti ammesse, anche in questo caso, delle deroghe consistenti in esclusioni permanenti, che operano *ope legis*⁶³, e facoltative, che sono oggetto di valutazione caso per caso. Queste ultime, in particolare, rappresentano delle eccezioni, che si realizzano al verificarsi di alcune condizioni, stabilite dalla legge⁶⁴, tra le quali rientra la stretta necessità e proporzionalità dell'esclusione per evitare un contagio che perturberebbe gravemente il funzionamento dei mercati finanziari e

⁶³ Rientrano nell'esclusione permanente dal *bail-in* secondo l'art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 180/2015: i depositi protetti; le passività garantite, incluse le obbligazioni bancarie garantite, le passività derivanti da contratti derivati di copertura dei rischi dei crediti e dei titoli ceduti a garanzia delle obbligazioni, nel limite del valore delle attività poste a garanzia delle stesse, nonché le passività nei confronti dell'amministrazione tributaria ed enti previdenziali, se i relativi crediti sono assistiti da privilegio o altra causa legittima di prelazione; qualsiasi obbligo derivante dalla detenzione da parte dell'ente sottoposto a risoluzione di disponibilità dei clienti, inclusa la disponibilità detenuta nella prestazione di servizi e attività di investimento e accessori ovvero da o per conto di organismi d'investimento collettivo o fondi di investimento alternativi, a condizione che questi clienti siano protetti nelle procedure concorsuali applicabili; qualsiasi obbligo sorto per effetto di un rapporto fiduciario tra l'ente sottoposto a risoluzione e un terzo, in qualità di beneficiario, a condizione che quest'ultimo sia protetto nelle procedure concorsuali applicabili; passività con durata originaria inferiore a sette giorni nei confronti di banche o SIM non facenti parte del gruppo dell'ente sottoposto a risoluzione; passività con durata residua inferiore a sette giorni nei confronti di un sistema di pagamento o di regolamento titoli o di una controparte centrale, nonché dei suoi gestori o partecipanti, purché le passività derivino dalla partecipazione dell'ente sottoposto a risoluzione ai sistemi; passività nei confronti dei seguenti soggetti: dipendenti, limitatamente alle passività riguardanti la retribuzione fissa, i benefici pensionistici o altra componente fissa della remunerazione. Il *bail-in* è applicato alla componente variabile della remunerazione, salvo che essa sia stabilita da contratti collettivi. In ogni caso, esso è applicato alla componente variabile della remunerazione del personale più rilevante identificato ai sensi del Regolamento (UE) n. 604/2014; fornitori di beni o servizi necessari per il normale funzionamento dell'ente sottoposto a risoluzione; sistemi di garanzia dei depositanti, limitatamente ai contributi dovuti dall'ente sottoposto a risoluzione per l'adesione ai sistemi.

⁶⁴ Cfr. art. 49, comma 2, del d.lgs. n. 180/2015. In base al comma 3, tali esclusioni facoltative sono disposte avendo riguardo al principio secondo cui a essere incisi dalle perdite sono prima gli azionisti e successivamente i creditori, secondo il rispettivo ordine di priorità applicabile in sede concorsuale; alla capacità di assorbimento delle perdite della banca in risoluzione che ne risulterebbe, alla necessità di mantenere risorse adeguate per il finanziamento di altre procedure di risoluzione e la natura dei titolari delle passività, ivi inclusi i titolari dei depositi.

delle infrastrutture di mercato con severe ricadute negative sull'economia di uno Stato membro o dell'intera Unione europea.

La stabilità finanziaria, nella disciplina europea della crisi bancaria, rappresenta quindi, oltre che un obiettivo delle nuove regole, anche un interesse che consente graduazioni proporzionali delle stesse⁶⁵.

Il *bail-in*, del resto, concepito come antidoto contro i pericoli dell'azzardo morale e dunque come presidio di solidità del sistema, reca in sé dei limiti, in quanto strumento intrinsecamente rischioso e per questo ritenuto maggiormente adatto a rispondere a eventi di tipo idiosincratico⁶⁶, ossia a singoli e isolati *default*, gestiti in tempi molto rapidi e sostenuti da elevata liquidità. Invece, in un contesto di grave instabilità sistemica, in cui più banche interconnesse entrano in crisi contemporaneamente (lo scenario della grande crisi finanziaria che ha preso avvio dal 2008, il cui riproporsi le nuove regole europee sarebbero atte a scongiurare), il "salvataggio interno" può rivelarsi oltre che insufficiente, addirittura controproducente⁶⁷. Esso sarebbe infatti foriero di fenomeni di contagio, comportando sfiducia nel settore bancario⁶⁸ e finanziario nel suo complesso, e renderebbe, pertanto,

⁶⁵ Tale operazione richiede un bilanciamento di interessi, dal momento che l'esclusione dal *bail-in* confligge inevitabilmente col principio della *par condicio* delle passività. In ogni caso, l'ultima parola sulla decisione di autorizzare l'esclusione spetta alla Commissione.

⁶⁶ EBA *European Banking Authority, Technical Advice on the Delegated Acts on the Circumstances when Exclusions from the Bail-in Tool Are Necessary. Delegated Acts on the Circumstances when Exclusions from the Bail-in Tool Are Necessary*, 6 March 2015; Regolamento Delegato della Commissione (UE) n. 2016/86 del 4 febbraio 2016. Entrambe le autorità riconoscono che l'applicazione dello strumento del *bail-in* può comportare un rischio intrinseco di contagio.

⁶⁷ A. DE ALDISIO, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*", in *Analisi giur. econ.*, 2016, II, 365.

⁶⁸ Sui limiti e l'adeguatezza del nuovo quadro normativo sulla gestione delle crisi bancarie, cfr. I. VISCO, *Indagine conoscitiva sulle condizioni del sistema bancario e finanziario e sulla tutela del risparmio, anche con riferimento alla vigilanza, alla risoluzione delle crisi e alla garanzia dei depositi europee*, Audizione del Governatore della Banca d'Italia presso il Senato della Repubblica, 6a Commissione permanente (Finanze e Tesoro), 19 aprile 2016, 17, che sottolinea come, con riferimento agli effetti del *bail-in*, l'investitore colpito non trovi alcun conforto dal fatto di essere stato tutelato come contribuente.

comunque necessaria un'iniezione di fondi pubblici⁶⁹, con costi a carico dei contribuenti che paradossalmente potrebbero essere ancora più ingenti di quelli sostenuti durante la vigenza del precedente regime di *bail-out*⁷⁰.

In tal senso, sembra auspicabile prospettare, in un'ottica di possibili aggiustamenti della normativa, un'evoluzione dell'attuale impostazione, fondata sul rapporto regola-eccezione, verso l'adozione di un approccio mirato (*targeted* o contrattuale)⁷¹, che estenda la condivisione degli oneri al c.d. *bail-in* solo quando strettamente necessario⁷². Sarebbe inoltre da considerare, nell'attuazione del salvataggio interno, la differenza tra le banche "sistemiche" e gli intermediari di territorio, anche in ossequio alla necessità di tutelare la funzione sociale del sistema bancario⁷³ e del risparmio.

3. *Gli schemi assicurativi a protezione dei depositanti alla luce del diritto europeo*

L'assicurazione dei depositi è una funzione svolta da istituzioni di natura pubblica o privata, avente ad oggetto la protezione dei depositanti da realizzarsi mediante l'eliminazione o la riduzione del

⁶⁹ E. AVGOULEAS, C. GOODHART, *An Anatomy of Banks Bail-ins. Why the Eurozone Needs a Fiscal Backstop for the Banking Sector*, in *European Economy*, 2016, II.

⁷⁰ S. MICOSSI, G. BRUZZONE, M. CASSELLA, *Fine-tuning the use of bail-in to promote a stronger EU financial system*, *CEPS Special Report*, 2016.

⁷¹ Sulla proposta presentata in sede tecnica, durante il negoziato sulla BRRD svoltosi presso il Consiglio dell'Unione, dalla Banca d'Italia e dal Ministero dell'economia e delle finanze, diretta a illustrare le ragioni della preferenza per un approccio contrattuale, cfr. ancora I. VISCO, *Indagine conoscitiva sulle condizioni del sistema bancario e finanziario e sulla tutela del risparmio, anche con riferimento alla vigilanza, alla risoluzione delle crisi e alla garanzia dei depositi europee*, cit., 17.

⁷² Siffatto cambiamento richiederebbe altresì di ripensare i meccanismi di *funding* attualmente basati sul MREL. Cfr. G. BOCCUZZI, R. DE LISA, *Does Bail-in Definitely Rule out Bailout?*, in *Journal of Financial Management Markets and Institutions*, 2017, I, 108.

⁷³ Le imprese bancarie sono, del resto, «connesse al processo complessivo di produzione», F. BELLI, *Legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Torino, 2004, 37 ss.

rischio di mancata restituzione di quanto depositato⁷⁴, in caso di fallimento dell'ente di credito. Destinatari dell'intervento sono dunque i cosiddetti "risparmiatori inconsapevoli"⁷⁵, che si troverebbero a subire perdite ingiuste a fronte del *default* della banca loro debitrice. Ciò che si intende scongiurare, grazie alla creazione di siffatti "schemi assicurativi", è la diffusione del panico tra i risparmiatori (fenomeno detto di *bank run*⁷⁶ o *bank panic*, appunto)⁷⁷, e di riflesso la propagazione di conseguenze sistemiche generate dal dissesto di singoli istituti finanziari. L'obiettivo più ampio è quindi rappresentato dal rafforzamento della fiducia collettiva, elemento fondamentale per lo svolgimento delle funzioni economiche del sistema bancario e finanziario, poiché dalla stessa dipendono la sua stabilità e solidità.

A tale obiettivo concorrono altresì le regole che disciplinano la trasparenza della banca nei rapporti – di tipo fiduciario – con il cliente⁷⁸

⁷⁴ I depositi rappresentano la particolare forma di raccolta che caratterizza le banche, distinguendole dagli altri intermediari finanziari. In base all'art. 69-*bis*, comma 1, lett. c) del T.U.B., sono depositi i crediti relativi ai fondi acquisiti dalle banche con obbligo di rimborso, nel cui novero rientrano anche i certificati di deposito, purché non rappresentati da valori immobiliari emessi in sede. Invece, non costituiscono depositi i crediti relativi a fondi acquisiti dalla banca debitrice rappresentati da strumenti finanziari indicati dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, ovvero il cui capitale non è rimborsabile alla pari, oppure è rimborsabile alla pari solo in forza di specifici accordi o garanzie concordati con la banca o terzi.

⁷⁵ Trattasi dei piccoli risparmiatori, la componente più debole all'interno della categoria dei creditori, la cui condizione di debolezza è accentuata da condizioni di asimmetria informativa che caratterizzano il rapporto con gli intermediari. La protezione degli stessi è assicurata anche mediante controlli di trasparenza e correttezza.

⁷⁶ I depositanti possono essere spinti a ritirare contemporaneamente i depositi da timori, più o meno fondati, insorti rispetto alla solidità patrimoniale di un intermediario. Un caso eclatante di *bank run* è rappresentato, nella storia recente, dal ritiro generalizzato dei depositi presso la banca inglese, specializzata nei mutui immobiliari, Northern Rock, avvenuto nel 2007.

⁷⁷ Sulla differenza tra *bank run* e *bank panic*, cfr. C.J. JACKLIN, S. BHATTACHARYA, *Distinguishing panics and information-based bank runs: welfare and policy implications*, in *Journal of Political Economy*, 1988, I, 56.

⁷⁸ Cfr., *ex multis*, E. CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banc. fin.*, 2002, II, 198 ss.; A. LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle nuove istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contr. Impr.*, 2009, 1244 ss.;

e che ascrivono in capo alla prima specifici obblighi di informazione nei confronti del secondo⁷⁹. Peraltro, a seguito della riforma introdotta dal diritto europeo, sembra emergere con maggior forza la necessità di operare sul fronte della riduzione delle asimmetrie informative per far sì che il risparmiatore sia effettivamente in grado di valutare il rischio di insolvenza dell'ente affidatario nonché i rischi associati ai diversi strumenti di raccolta bancaria⁸⁰. I nuovi meccanismi di gestione delle crisi bancarie si fondano, infatti, sull'idea che questi debba essere incentivato a monitorare l'andamento dell'intermediario⁸¹ e a partecipare così al "sistema dei controlli", sviluppando capacità inedite di valutazione del merito creditizio⁸².

M. DE POLI, *La contrattazione bancaria tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Padova, 2012.

⁷⁹ Si fa riferimento in particolare alle direttive MiFID (dir. 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le dir. 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la dir. 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la dir. 93/22/CEE del Consiglio; dir. 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la dir. 2002/92/CE e la dir. 2011/61/UE). Sul punto cfr. I. SABBATELLI, *Tutela del risparmio e garanzia dei depositi*, Padova, 2012, 36; A. PERRONE, *Gli obblighi di informazione*, in *L'attuazione della MiFID in Italia*, R. D'APICE (a cura di), Bologna, 2010, 499 ss.

⁸⁰ Basti pensare alle c.d. obbligazioni subordinate, distribuite da molte banche come prodotti alternativi alle obbligazioni ordinarie, per le quali diviene dirimente la percezione esatta della loro rischiosità. Sulle necessità di trasparenza e adeguata pubblicità nei confronti dei depositanti, cfr. il Considerando 43, dir. 2014/49/UE, che reca: «L'informazione dei depositanti è un elemento essenziale della loro tutela. È pertanto opportuno che i depositanti siano informati in merito alla loro copertura e allo schema di garanzia dei depositi responsabile nei loro estratti conto. A coloro che intendono aprire un deposito dovrebbero essere fornite le stesse informazioni mediante un foglio di informazione standardizzato, di cui dovrebbero accusare ricevuta. È indispensabile che il contenuto di tali informazioni sia identico per tutti i depositanti. L'uso non regolamentato, a fini pubblicitari, di riferimenti al livello di copertura e all'ambito di copertura di un SGD potrebbe pregiudicare la stabilità del sistema bancario o la fiducia dei depositanti. È opportuno pertanto che il riferimento agli SGD nelle pubblicità sia limitato alla semplice menzione».

⁸¹ Cfr. Considerando 67, dir. 2014/59/UE.

⁸² Sul punto cfr. G.L. GRECO, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di risoluzione delle banche*, cit. 91, il quale sottolinea come certe asimmetrie informative rimangano ineliminabili, poiché «il legislatore italiano, forzando il dato della direttiva BRRD, ha scelto di derogare ai principi che regolano

Il presupposto teorico che pare sorreggere questa impostazione è quello del modello neoclassico di agente economico razionale orientato alla massimizzazione dell'utilità individuale⁸³, strettamente collegato al paradigma della trasparenza e della libera decisione informata⁸⁴. Quest'ultimo si fonda su un approccio c.d. "market driven", secondo il quale il soggetto che detiene più informazioni è tenuto a compiere operazioni di *disclosure* che assicurino la possibilità, per i destinatari, di operare scelte "consapevoli" e dunque razionali. In realtà, la presenza di asimmetrie informative è un dato intrinsecamente ineliminabile del settore dell'intermediazione creditizia, causa dell'esistenza stessa degli intermediari, che rappresentano, pertanto, in termini microeconomici, una soluzione istituzionale a tale particolare tipo di fallimento del mercato⁸⁵. Ciò rende criticabile, o quanto meno complicata, la realizzazione della particolare prospettiva, delineata dal legislatore europeo, nella quale si richiede al risparmiatore di (saper) giudicare il

l'informazione societaria, disponendo che, al fine di garantire la stabilità finanziaria, la comunicazione al pubblico di fatti che possano rappresentare presupposti per il ricorso a strumenti di risoluzione sia ritardata fino al momento in cui è pubblicato il provvedimento con cui si dispone l'avvio della risoluzione». Cfr. anche V. SANTORO, *Crisi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente*, in *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, G. GUIZZI, A. PACIELLO (a cura di), Milano, 2016, 219 ss., dove si evidenzia la mancanza di un sistema di allarme che metta in guardia i creditori non garantiti rispetto alla rischiosità dei loro investimenti. *Contra*, sul cambiamento della figura del depositante in un mercato in cui l'informazione è diffusa e dunque l'inconsapevolezza è sempre meno giustificabile, M. CERA, *Il depositante bancario tra processo economico e mercati*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, II, 276-278.

⁸³ Parla di manifestazione di un ritorno alla dimensione ordoliberalista della concezione del rapporto tra diritto pubblico e mercato A. LUCARELLI, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e stato regolatore*, in *federalismi.it*, 2016, 3, ripreso da P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail out e bail in*, in *Luiss Amministrazione in Cammino*, 12 settembre 2017, 3.

⁸⁴ A. PERRONE, *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 3. L'A. sottolinea come peraltro le *débâcles* dell'ultimo ventennio abbiano esemplificato in modo eclatante la rilevanza sistemica dei limiti cognitivi dei partecipanti al mercato e la possibilità che le molteplici dinamiche della libertà morale conducano a scelte individuali non coerenti con il modello dell'agente economico razionale. Alla luce di tale consapevolezza, con l'emanazione della direttiva MiFID II e del Regolamento (UE) n. 600/2014 (c.d. «MiFIR») sono stati rafforzati i poteri di intervento delle autorità di vigilanza in termini "paternalistici".

⁸⁵ Cfr. S. MEZZACAPO, *La concorrenza tra regolazione e mercato. Ordine giuridico e processo economico*, Bari, 2004, 183 e 197, spec. n. 64.

rischio emittente della propria banca⁸⁶, ovvero la sua liquidità e solvibilità.

Gli effetti di questa impostazione si riflettono anche sulla valutazione del ruolo e dell'importanza dell'assicurazione dei depositi. Se da un lato, infatti, gli schemi di garanzia presentano gli indubbi pregi di garantire, in senso macroeconomico, la stabilità dell'intero sistema finanziario⁸⁷, rafforzando la fiducia nel medesimo, vi è però, dall'altro, la consapevolezza che gli stessi possano al contempo ingenerare pericolosi fenomeni di "azzardo morale"⁸⁸, ovvero forme più o meno evidenti di incentivo al rischio. Confidando sull'intervento di tali sistemi, il depositante verrebbe indotto ad un controllo e una valutazione più superficiale della rischiosità e solidità e della banca cui affidare i propri risparmi, mentre quest'ultima, per parte sua, potrebbe essere soggetta ad una gestione meno "sana e prudente".

Dal punto di vista della loro disciplina normativa, gli schemi di garanzia dei depositi (SGD) – traduzione italiana della locuzione *Deposit guarantee schemes* con cui vengono internazionalmente inquadrati⁸⁹ – sono stati normati in Europa, per la prima volta, dalla dir. 19/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, recentemente rifiuta dalla dir. 2014/49/UE (detta SGD). Quest'ultima⁹⁰, segnatamente,

⁸⁶ Si tratta del rischio di non essere ripagati dalla banca cui hanno fatto credito. Sul rovesciamento dei ruoli tradizionali, cfr. ancora G.L. GRECO, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di risoluzione delle banche*, cit., 92.

⁸⁷ Tali sistemi, relativamente agli interessi pubblici protetti, si inseriscono, dunque, nella macroarea della tutela della stabilità finanziaria (obiettivo generale della vigilanza, ex art. 5 del T.U.B.), oltre che, naturalmente, del risparmio, di cui all'art. 47 della Costituzione Repubblicana.

⁸⁸ Un'assicurazione dei depositi esplicita potrebbe infatti aumentare la probabilità di crisi bancarie oppure indebolire la disciplina di mercato sulla presa di rischio delle banche, cfr. A. DEMIRGÜÇ-KUNT, E. DETRAGIACHE, *Does deposit insurance increase banking system stability? An empirical investigation*, in *Journal of Monetary Economics*, 2002, VII, 1307 ss., A. DEMIRGÜÇ-KUNT, H. HUIZINGA, *Market discipline and deposit insurance*, *ivi*, 2004, II, 375 ss.

⁸⁹ F. ARCIMBOLDI, *Deposit Guarantee Schemes: A European Perspective*, Basingstoke, 2014.

⁹⁰ Recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 30/2016, sul quale cfr. G.L. GRECO, *Note minime sulla protezione dei depositanti bancari dopo il recepimento della direttiva 2014/49/UE. Commento al d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, II.

introduce un significativo principio di svolta, ovvero la necessità di realizzare un sistema paneuropeo di protezione dei depositi bancari, imponendo il criterio dell'armonizzazione uniforme⁹¹ al posto del precedente parametro della soglia, oltre che dell'armonizzazione, minima⁹². La direttiva auspica, inoltre, che, al di là della tradizionale funzione di rimborso dei depositanti⁹³, gli Stati membri, nel rispetto delle norme sugli aiuti di stato⁹⁴, «possano consentire agli SGD di attuare misure volte a ridurre la probabilità di future richieste di rimborso nei confronti di detti sistemi»⁹⁵. Il nuovo quadro normativo europeo si mostra dunque favorevole a preservare il ruolo chiave di prevenzione della crisi svolto dagli schemi assicurativi nella fase antecedente alla risoluzione.

⁹¹ Il Considerando n. 6 della dir. 2014/49/UE afferma che: «[Un] livello uniforme di protezione sarà offerto ai depositanti per tutta l'Unione garantendo lo stesso livello di stabilità degli SGD». Segnatamente, la direttiva armonizza la nozione di deposito (e di deposito protetto), il livello di copertura (pari a 100.000 euro per depositante), le modalità di finanziamento dei DGS e i criteri per il calcolo dei contributi dovuti dagli intermediari, nonché le forme di intervento. Inoltre, con essa, i tempi di rimborso dei depositanti sono portati da 20 a 7 giorni lavorativi. Con essa è stato fatto un primo passo nel senso della costruzione del terzo "pilastro" dell'Unione bancaria europea, tuttora però incompleto, essendo mancanti istituzioni comuni e un fondo di assicurazione dei depositi unico a livello europeo. Cfr. A. BENTIVEGNA, *op. cit.*, 465. La Commissione europea ha presentato, nel novembre 2015, una proposta di Regolamento (COM (2015)586) che istituisce un sistema comune di assicurazione dei depositi bancari (*European deposit insurance system*, EDIS): le banche continuerebbero a finanziare il loro fondo nazionale che progressivamente, sulla base di successive tappe, confluirebbe, entro il 2024, nel fondo europeo di assicurazione dei depositi.

⁹² La dir. 19/94/CE aveva stabilito, infatti, che ciascun paese membro dovesse salvaguardare la soglia minima di protezione dei depositi corrispondente a ecu 20.000, rimanendo però libero nella individuazione dell'ammontare massimo. Il limite minimo di protezione è stato innalzato a euro 50.000 nel 2009, per effetto della dir. 2009/14/CE recante modifica della dir. 94/19/CE, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi per quanto riguarda il livello di copertura e il termine di rimborso, che conteneva un meccanismo volto a ottenere l'automatico aumento della soglia a euro 100.000 a partire da dicembre 2010. Tale limite è divenuto effettivo a partire dal 31 dicembre 2010, per poi essere confermato successivamente dalla direttiva SGD.

⁹³ Il fondo di garanzia, una volta effettuato il rimborso, si surroga nei diritti dei depositanti rimborsati verso la liquidazione e partecipa ai riparti, nei limiti dei rimborsi in concreto effettuati.

⁹⁴ Considerando 3 e 16 dir. 2014/49/UE.

⁹⁵ Considerando n. 3 della dir. 2014/49/UE.

Deve essere altresì menzionata la già citata dir. 2014/59/UE sul risanamento e sulla risoluzione delle banche che, nel determinare la nuova disciplina di settore, coinvolge tali schemi nel finanziamento della risoluzione dell'ente in dissesto⁹⁶. Essa ha, infatti, ampliato il complesso delle fonti di finanziamento delle crisi bancarie al ricorrere delle condizioni di risoluzione⁹⁷, prevenendo l'utilizzo di risorse "interne" alla banca, mediante il *bail-in*, così come la possibilità di avvalersi di due strumenti finanziati dal sistema bancario: i fondi di risoluzione⁹⁸ (*bail-out* privato) e i fondi di garanzia dei depositanti. In particolare, gli schemi assicurativi sono chiamati a contribuire al salvataggio interno per la quota che dovesse gravare sui depositi protetti.

In base alle nuove norme, viene peraltro accordato un trattamento preferenziale (la c.d. *depositor preference*)⁹⁹ ai depositanti rispetto agli altri creditori chirografari di una banca: i depositi fino a 100.000 euro, ovvero quelli protetti dal fondo di garanzia, sono espressamente esclusi da rischi di perdite sia in caso di risoluzione sia di liquidazione coatta

⁹⁶ Art. 109 «Uso dei sistemi di garanzia dei depositi nel contesto della risoluzione» della dir. 2014/59/UE, che prevede il principio secondo cui la passività del sistema di garanzia dei depositi non deve superare l'ammontare delle perdite che lo stesso avrebbe dovuto sostenere se l'ente fosse stato liquidato con procedura ordinaria di insolvenza; cfr. A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, II, 316.

⁹⁷ Sul punto Cfr. F. CIRAULO, *Il finanziamento «esterno» delle risoluzioni bancarie. Tra tecniche normative e diritto vivente*, Padova, 2018; M. CARDI, *Ricapitalizzazioni e garanzie nelle crisi bancarie. Profili istituzionali e gestionali del caso italiano*, Torino, 2017.

⁹⁸ La BRRD prevede l'istituzione di un sistema europeo di meccanismi di finanziamento composto da fondi di risoluzione nazionali, prestati tra i fondi di risoluzione nazionali e messa in comune dei fondi di risoluzione nazionali in caso di risoluzione di gruppo. Essa stabilisce che, nel caso in cui il meccanismo di finanziamento della risoluzione debba farsi carico della copertura delle perdite, il fondo di risoluzione possa intervenire solo una volta che azionisti e creditori abbiano sopportato perdite e contribuito alle esigenze di ricapitalizzazione per un ammontare pari ad almeno l'8% del totale del passivo della banca, e il che contributo del fondo non possa superare il 5% delle passività totali. Ciò segna un elemento di distinzione con gli schemi assicurativi dei depositi, che possono esclusivamente erogare, in risoluzione, un contributo per proteggere da perdite i depositi protetti, non finanziare le azioni di risoluzione. I fondi di risoluzione possono intervenire per le finalità e con le forme disciplinate dall'art. 79 del d.lgs. n. 180/2015.

⁹⁹ Principio introdotto dall'art. 108 della BRRD e, nel nostro ordinamento, dall'art. 91, comma 1-*bis*, lett. b), T.U.B.

amministrativa. Tale preferenza si estende anche alla parte eccedente i 100.00 euro, venendo tali depositi “sacrificati” solo nel caso in cui tutti gli altri strumenti gerarchicamente inferiori, dal punto di vista fallimentare, non bastassero per la copertura delle perdite e il ripristino di un adeguato livello di capitale.

Nell’ordinamento interno i sistemi di garanzia dei depositanti sono disciplinati nel Testo Unico bancario, dalla sezione sesta del titolo IV, dedicato alle misure preparatorie, di intervento precoce¹⁰⁰ e liquidazione coatta amministrativa.

Il sistema italiano prevede due fondi di garanzia: il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD), che comprende le banche costituite in forma di società per azioni e le banche popolari; il Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo, che riunisce le banche di credito cooperativo.

Per recepire la dir. 94/19/CE¹⁰¹, il T.U.B. è stato modificato nel 1996¹⁰², con la previsione di disposizioni sui soggetti aderenti e sulla natura dei sistemi di garanzia, sugli interventi dagli stessi effettuati, sui poteri della Banca d’Italia¹⁰³ e sulla procedura di esclusione delle banche dai sistemi medesimi. Inoltre, la riforma ha stabilito il fondamentale principio dell’adesione obbligatoria degli enti di credito ai sistemi di garanzia dei depositanti (art. 96 del T.U.B.). Ciò ha segnato un cambiamento di non poco momento, poiché ha introdotto una caratteristica tipizzante dell’impresa-banca¹⁰⁴.

Gli schemi di garanzia operano in via obbligatoria, con il rimborso dei depositanti in caso di liquidazione coatta amministrativa delle

¹⁰⁰ Nel nuovo quadro normativo europeo, i compiti relativi all’adozione dei piani di risanamento e alle misure di intervento precoce nei confronti dei soggetti “significativi” sono attribuiti alla BCE in via esclusiva.

¹⁰¹ Dir. 94/19/CE, del Consiglio del 30 maggio 1994, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi.

¹⁰² D.lgs. n. 659/1996, recante «Recepimento della direttiva 94/19/CEE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi».

¹⁰³ Essa esercita dei poteri di controllo avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario.

¹⁰⁴ Cfr. per questa osservazione e per la valenza pubblicistica del fenomeno E. RULLI, *op. cit.*, 118.

banche¹⁰⁵, oppure mediante modalità alternative di tipo facoltativo, disciplinate dagli statuti e regolamenti dei medesimi¹⁰⁶.

Ai sensi dell'art. 96-ter del T.U.B., la Banca d'Italia¹⁰⁷ riconosce i sistemi assicurativi dei depositi, approvandone gli statuti¹⁰⁸, a condizione che gli stessi presentino caratteristiche adeguate allo svolgimento delle proprie funzioni e tali da comportare una ripartizione equilibrata dei rischi di insolvenza sul sistema bancario; se lo statuto prevede che possano essere attuati gli interventi indicati all'articolo 96-bis, comma 1-bis, lett. d)¹⁰⁹, essa verifica che il sistema di garanzia sia dotato di procedure e sistemi appropriati per selezionare la tipologia di intervento, darvi esecuzione e monitorarne i rischi¹¹⁰.

¹⁰⁵ Nel caso del Fondo di garanzia delle Banche di credito cooperativo, è previsto un ulteriore intervento di sostegno da realizzarsi al di fuori di una procedura di crisi bancaria, previa presentazione di un piano di risanamento da parte della banca beneficiaria.

¹⁰⁶ Il loro compito "istituzionale" è il rimborso dei depositi (come anche sottolineato dal Considerando n. 14 della dir. 49/2014/UE); eventuali interventi diversi devono ritenersi eccezionali e subordinati al ricorrere delle condizioni espressamente indicate nelle diverse sedi normative, cfr. S. MACCARONE, *Il ruolo e l'ambito di intervento dei DGS e dei fondi di risoluzione nelle crisi bancarie*, in *Dir. banc. fin.*, 2015, II, 185.

¹⁰⁷ L'art. 7, comma 1, lett. c) della legge n. 114/2015 stabilisce che la supervisione sui sistemi di garanzia è attribuita alla Banca d'Italia.

¹⁰⁸ La Banca d'Italia, visti la direttiva 94/19/CE del 30 maggio 1994 e successive modifiche, l'art. 23 della legge 6 febbraio 1996 n. 52, il d.lgs. 4 dicembre 1996 n. 659, in data 10 dicembre 1996 ha ufficialmente riconosciuto il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, la cui attività è disciplinata da apposito Statuto, approvato dall'Assemblea Straordinaria delle Consorziato l'11 dicembre 1996 e modificato dall'Assemblea Straordinaria delle Consorziato il 26 marzo 1997, il 25 marzo 1998, il 17 marzo 1999, il 16 febbraio 2000, il 23 marzo 2001, il 18 febbraio 2004, il 22 marzo 2006, il 20 giugno 2012, il 28 febbraio 2014, il 26 novembre 2015, il 20 gennaio 2016, il 30 marzo 2016 e il 25 luglio 2016.

¹⁰⁹ Se previsto dallo statuto, possono effettuare interventi nei confronti di banche italiane e succursali italiane di banche extracomunitarie per superare lo stato di dissesto o di rischio di dissesto di cui all'articolo 17, comma 1, lett. a), del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180.

¹¹⁰ Essa verifica altresì che la tutela offerta dai sistemi di garanzia esteri cui aderiscono le succursali italiane di banche extracomunitarie sia equivalente a quella offerta dai sistemi di garanzia italiani ai sensi di quanto previsto all'articolo 96, comma 3, ed informa senza indugio i sistemi di garanzia se rileva che una banca aderente presenti criticità tali da poter determinare l'attivazione del sistema.

In particolare, il Fondo interbancario di tutela dei depositi – la cui attività e organizzazione sono disciplinate dallo Statuto e dal Regolamento sul funzionamento degli Organi, previa approvazione della Banca d'Italia – è un consorzio di diritto privato fra le banche italiane¹¹¹, costituito, nel 1987¹¹², allo scopo primario di garantire i depositi dei clienti¹¹³, laddove una di esse si trovi in una situazione di crisi ed abbia così difficoltà a effettuare i rimborsi¹¹⁴. Tale meccanismo di tutela ha una “genesì spontaneistica”¹¹⁵, non essendo stato previsto né da atti normativi che richiedessero agli enti creditizi di aderirvi obbligatoriamente né da provvedimenti amministrativi di tipo autoritativo. Sono state le stesse banche, in forza della loro autonomia privata, a decidere di costituire un sistema (privatistico) di garanzia dei depositi, sebbene sotto l'influenza della Banca d'Italia¹¹⁶, in ambito nazionale, e della Commissione europea¹¹⁷, sul piano internazionale.

La forma consortile è stata stabilita dall'art. 1 dello Statuto del Fondo, espressione dell'autodisciplina bancaria¹¹⁸, nel quale lo si definiva appunto quale «consorzio volontario tra aziende di credito». In virtù dell'art. 2602, comma 1, del c.c. con siffatta tipologia di contratto «più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la

¹¹¹ A cui aderiscono tutte le banche autorizzate nello Stato.

¹¹² Prima di allora non esistevano nel nostro ordinamento autentici meccanismi di protezione dei depositanti.

¹¹³ Ai sensi dell'art. 4 dello Statuto FITD, il Fondo garantisce, nei limiti previsti dall'articolo 33 del medesimo Statuto, i depositanti delle consorziate italiane e delle succursali di queste negli altri Paesi comunitari, nonché delle succursali di banche extracomunitarie e comunitarie aderenti.

¹¹⁴ *Ivi*, art. 1.

¹¹⁵ Espressione utilizzata da I. SABBATELLI, *Tutela del risparmio e garanzia dei depositi*, cit., 46.

¹¹⁶ *Ivi*, 7. L'A. ricorda, alla nota 32, l'intervento di Carlo Azeglio Ciampi, allora Governatore della Banca d'Italia, all'Assemblea ABI del 1984, C.A. CIAMPI, *Concentrazione bancaria, informazione bancaria e garanzia dei depositi*, in *Bancaria*, 1984, X.

¹¹⁷ Raccomandazione 87/63/CEE della Commissione Europea del 22 dicembre 1986 (in GU n. L 33 del 4.2.1987, p. 16) relativa all'instaurazione, nella Comunità, di sistemi di garanzia dei depositi. All'epoca solo dodici paesi avevano un sistema di tutela dei depositi, per cui l'obiettivo della Raccomandazione era che tutti gli Stati membri provvedessero ad istituire meccanismi di questo tipo entro il 1990.

¹¹⁸ Lo Statuto era stato approvato dal Consiglio dell'Associazione bancaria italiana (ABI) il 30 maggio 1986 e presentato alla Banca d'Italia successivamente.

disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese». Tale fattispecie appare molto elastica e per questo ben adattabile alla realizzazione di obiettivi e interessi comuni dei soggetti partecipanti, motivo per cui era stata scelta come forma giuridica del Fondo. L'idea che animava gli intermediari era, infatti, quella di ricorrere ad uno strumento che implicasse la solidarietà tra gli operatori, che all'epoca aderivano volontariamente, secondo una logica mutualistica e associazionistica¹¹⁹, offrendo una garanzia aggiuntiva del risparmio bancario rispetto all'intervento pubblico, e consentendo così la creazione di una duplice rete di protezione. Solo a seguito della dir. 94/19/CE, l'adesione divenne obbligatoria per gli enti creditizi.

In merito alla natura giuridica di tale schema di garanzia, va rilevato come si tratti di un soggetto privato, dotato di autonomia decisionale e finanziaria, che reperisce le risorse necessarie per il proprio funzionamento e per l'effettuazione dei propri interventi dalle contribuzioni delle banche aderenti. L'ammontare dei contributi viene stabilito con riferimento all'entità dei depositi protetti e dunque rimborsabili ("base contributiva") e correlato – nel caso del FITD – alla rischiosità aziendale¹²⁰, misurata attraverso un sistema di indicatori ("indicatori dei profili gestionali")¹²¹. La dir. 2014/59/UE ha segnato anche il passaggio ad un meccanismo più articolato rispetto al precedente¹²², basato sulla combinazione di contribuzioni ordinarie (versate annualmente, *ex ante*, fino al raggiungimento di un livello obiettivo)¹²³ e sul versamento di eventuali contributi straordinari¹²⁴ (*ex post*), ove le risorse ordinarie siano insufficienti al rimborso dei

¹¹⁹ Logica alla base anche dell'ABI che si era fatta promotrice dell'iniziativa di costituzione del Fondo. Quest'ultimo distribuisce ricchezza che i soggetti consorziati mettono a disposizione sulla base di un obbligo statutario riconducibile allo schema dell'apertura di credito.

¹²⁰ La correlazione dei contributi al grado di rischiosità è un meccanismo studiato per mitigare gli incentivi ad assumere rischi eccessivi per le banche. L'EBA ha definito un modello comune per il calcolo delle contribuzioni in funzione del loro livello di rischio.

¹²¹ Cfr. art. 24, comma 5, dello Statuto FITD.

¹²² Che invece si fondava su contribuzioni *ex post*.

¹²³ In base all'art. 24 dello Statuto del FITD, Il *target level* da raggiungere entro il 2024 corrisponde allo 0,8 % dei depositi coperti di tutte le banche aderenti.

¹²⁴ *Ivi*, art. 26.

depositi, oltre al possibile ricorso a fonti alternative di finanziamento¹²⁵. Il principio seguito è appunto quello mutualistico, per cui è lo stesso sistema che concorre a preservare la propria stabilità¹²⁶.

Lo Statuto, che detta le regole strutturali e operative a cui il FITD è sottoposto, prevede che esso agisca non solo rimborsando i depositanti (la classica funzione di *pay-out*) ma anche mediante altre modalità di intervento¹²⁷. Tali operazioni – completamente discrezionali¹²⁸, essendo previsto come obbligatorio dalla legge solamente il rimborso dei depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa – sono, peraltro, coerenti con l'ampio mandato dei sistemi di garanzia dei depositi riconosciuto dalla nuova disciplina europea sulla gestione delle crisi bancarie¹²⁹, e con la loro funzione mutualistica e volontaria.

L'art. 96-*bis*, comma 1-*bis*, del T.U.B., introdotto dal d.lgs. n. 30/2016, col quale viene data attuazione della dir. 2014/49/UE, sancisce, quindi, espressamente la possibilità di procedere con le c.d. modalità "alternative". Sono così contemplati interventi preventivi, effettuati al fine di evitare il dissesto di un ente in crisi; interventi a sostegno di cessioni, posti in essere nel corso di una liquidazione coatta

¹²⁵ *Ivi*, art. 27. Sul nuovo meccanismo di *funding*, più articolato rispetto al precedente, cfr. A. BENTIVEGNA, *op. cit.*, 469.

¹²⁶ Il conseguimento di un vantaggio mutualistico è proprio lo scopo del contratto di consorzio, in questo caso ravvisabile nella stabilità del sistema e nel rafforzamento della fiducia dei depositanti.

¹²⁷ In termini quantitativi, la maggior parte degli interventi che sono stati realizzati in questi anni dal Fondo è coincisa con operazioni alternative e facoltative, quali sono la sottoscrizione di aumenti di capitale, la prestazione di garanzie, l'acquisto di cespiti, il sostegno nella cessione di attività e passività di banche insolventi ad altre banche solvibili (durante la fase di liquidazione coatta amministrativa) e il ripianamento, eccezionale, di perdite al di fuori della liquidazione.

¹²⁸ Nel caso, ad esempio, di acquisizione delle partecipazioni da parte del fondo (soluzione che si era prospettata in occasione del salvataggio delle quattro banche regionali italiane risolte nel novembre 2015) è necessaria l'autorizzazione da parte della BCE, in quanto autorità competente a rilasciare l'autorizzazione, prevista dal T.U.B. e dalla normativa europea, sull'acquisto di partecipazioni qualificate nelle banche. Nel sistema anteriore alla trasposizione della direttiva 49/2014/UE, tutti gli interventi degli schemi di garanzia, in qualunque forma effettuati, erano soggetti all'autorizzazione della Banca d'Italia.

¹²⁹ La dottrina ha sottolineato come la dir. DGS farebbe emergere una maggiore rilevanza della funzione preventiva di risanamento propria degli schemi assicurativi rispetto al loro più tradizionale compito di assicurazione dei depositi, A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, cit., 332.

amministrativa; contributi da erogare nell'ambito di una risoluzione. Questi ultimi, in particolare, adempiono alla funzione di *loss absorber*: il fondo può essere chiamato a contribuire nel caso di *bail-in*, versando un ammontare corrispondente alla somma per cui i depositi protetti sarebbero stati ridotti ai fini dell'assorbimento delle perdite, se ad essi venisse applicato tale strumento¹³⁰; nella circostanza in cui si faccia ricorso agli altri strumenti della risoluzione, lo stesso deve, invece, versare l'ammontare delle perdite che i depositanti protetti avrebbero subito se avessero ricevuto il medesimo trattamento riservato ai creditori soggetti a perdite aventi lo stesso ordine di priorità¹³¹.

La nuova disciplina europea, sebbene incentivi siffatte operazioni alternative rispetto all'attività obbligatoria di *pay-out* dei depositanti, incide altresì sui margini di azione degli schemi di garanzia, fissando dei limiti al loro utilizzo. L'art. 11, par. 3, della dir. 2014/49/UE prevede infatti che il ricorso di uno schema di garanzia a «misure alternative volte ad evitare il fallimento di un ente creditizio» possa avvenire a condizione, tra l'altro, che «l'autorità di risoluzione non (abbia) adottato alcuna azione di risoluzione ai sensi dell'articolo 32 della direttiva 2014/59/UE»¹³², con ciò stabilendo l'ammissibilità delle stesse nei soli casi in cui manchino le condizioni per un'azione di risoluzione oppure quando questa non sia stata ancora avviata¹³³.

Inoltre, nell'articolo viene anche enunciata la regola del minor onere (*least cost criterion*)¹³⁴, già presente negli statuti dei fondi di garanzia italiani approvati da Banca d'Italia, alla quale è condizionata la possibilità per i sistemi obbligatori di garanzia di realizzare interventi alternativi (sia nel caso di interventi preventivi, di cui al par. 3, che di

¹³⁰ Queste perdite non possono essere superiori a quelle che si sarebbero verificate in caso di liquidazione, e non possono superare il 50% del livello *target* del fondo di assicurazione.

¹³¹ Art. 36, commi 1, 2 e 3, dello Statuto FITD.

¹³² Art. 11, par. 3, lett. a), dir. 49/2014/UE.

¹³³ Nel qual caso, il sistema di garanzia sarà impiegato esclusivamente per l'erogazione del contributo volto ad assorbire le perdite fino al livello di protezione e per assicurare l'accesso ai depositi protetti.

¹³⁴ Essa tenderebbe all'efficienza del sistema, vertendo su una valutazione di vantaggi e di economicità che è effettuata avendo come punto di riferimento il sistema di garanzia, cfr. I. SABBATELLI, *Tutela del risparmio e garanzia dei depositi*, cit., 126, citato da A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, cit., n. 23.

sostegno nella liquidazione coatta amministrativa, di cui al par. 6). In buona sostanza, da essi deve derivare un risparmio oggettivo rispetto all'eventuale operazione di rimborso dei depositi (cfr. art. 96-*bis*, comma 1-*bis*, lett. *c*), e comma 1-*ter*, lett. *c*), T.U.B.), valutato in base ad un giudizio prognostico che tiene conto dei rispettivi costi. Essa rappresenta una misura di bilanciamento del carattere atipico delle modalità alternative di intervento, onde evitare che i fondi di garanzia possano subire un depauperamento incontrollato¹³⁵. I meccanismi mutualistici in base ai quali agiscono gli schemi devono quindi essere orientati da una logica di convenienza economica.

Una questione non priva di significato che viene in luce a tale riguardo concerne la possibilità di interpretare il concetto di “onere” in senso più ampio, inglobando al suo interno anche i costi indiretti del fallimento bancario, quali le ripercussioni sociali (in termini di occupazione) ed economiche (legate ad esempio alla distruzione del valore aziendale) del medesimo¹³⁶. Simile interpretazione estensiva sembrerebbe, peraltro, poter essere avvalorata dalla lettura congiunta della regola del minor onere con il principio della *depositor preference*. La dir. 2014/59/UE ha del resto stabilito che anche i crediti vantati dagli schemi di tutela dei depositi, a seguito della surroga nei diritti e negli obblighi dei depositanti protetti, siano soddisfatti con preferenza rispetto agli altri depositi e ai crediti non garantiti e non privilegiati¹³⁷. Si tratta, come sottolineato dalla dottrina, di un privilegio che assiste i sistemi di garanzia che abbiano effettuato il rimborso dei depositanti in sede di procedura di insolvenza, ma non il loro eventuale intervento di tipo preventivo, a sostegno del salvataggio di una banca in crisi. Se ciò, da un lato, determina un disincentivo per quanto attiene simili

¹³⁵ Cfr. D. MESSINEO, voce «*Il sistema di garanzia dei depositi nell'Unione Europea*», in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 978, citato da A. BENTIVEGNA, *op. cit.*, n. 33.

¹³⁶ Cfr. F. CIRAIOLO, *op. cit.*, 207. Un sistema di garanzia, secondo siffatta lettura estensiva, avrebbe, pertanto, il compito di realizzare un bilanciamento di interessi di carattere generale, andando a lambire un'area normalmente riservata ai soggetti pubblici.

¹³⁷ Art. 91, comma 1-*bis*, lett. *b*), n. 2, T.U.B. Cfr. S. BONFATTI, *La disciplina della depositor preference e il ruolo dei sistemi di garanzia dei depositanti*, in questa *Rivista*, 2016, II, 23 ss.

operazioni¹³⁸, dall'altro legittima, però, una considerazione diversa del "risparmio" eventualmente apportato dall'azione alternativa posta in essere dallo schema assicurativo, che consisterebbe nell'aver evitato una serie di costi indiretti del fallimento bancario, conservando ad esempio il valore e la funzionalità dell'azienda creditizia. Solo in questo modo tali operazioni non obbligatorie potrebbero, infatti, risultare convenienti rispetto al rimborso dei depositi protetti, alla luce dell'applicazione della *depositor preference*¹³⁹.

In senso critico si potrebbe, però, inferire che un siffatto ampliamento delle funzioni degli schemi di garanzia dei depositi avrebbe in concreto l'effetto di forzare le c.d. "banche sane" a farsi carico delle difficoltà degli intermediari meno virtuosi, con la conseguenza, deleteria, di esaurire le risorse dei fondi, mettendo a rischio l'effettivo adempimento del loro mandato primario, ovvero il rimborso dei depositanti. Invero, a questo pericolo sembra porre rimedio l'art. 11, par. 5, della dir. 49/2014/UE, prevedendo che laddove gli Stati membri autorizzino un sistema assicurativo a utilizzare i mezzi finanziari disponibili per misure alternative volte a evitare il fallimento di un ente creditizio, le banche consorziate debbano "ripiantare" tale esborso, anche attraverso contributi straordinari¹⁴⁰, in modo da garantire il mantenimento del livello obiettivo della consistenza dei depositi coperti delle banche consorziate¹⁴¹. Come stabilito anche dalle

¹³⁸ Cfr. S. DE POLIS, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell'Unione Bancaria Europea*, Intervento all'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", 27 aprile 2016, 11. L'A. sottolinea che tale regola, applicata ai fondi di garanzia dei depositi, ne modifica la convenienza ad intervenire con misure alternative poiché, riducendo il "costo" del rimborso, renderebbe più difficoltoso il rispetto del principio del minor onere.

¹³⁹ Per queste riflessioni cfr. F. CIRAIOLO, *op. cit.*, 210.

¹⁴⁰ In base alla lettera f) del par. 3 dell'art. 11, l'autorità competente conferma nella sua valutazione la capacità dell'ente creditizio affiliato di pagare tali contributi straordinari.

¹⁴¹ L'articolo stabilisce: «Se i mezzi finanziari disponibili sono utilizzati ai sensi del paragrafo 3 del presente articolo, gli enti creditizi affiliati trasferiscono immediatamente all'SGD i mezzi utilizzati per le misure alternative, se necessario sotto forma di contributi straordinari, qualora:

- a) si presenti la necessità di rimborsare i depositanti e i mezzi finanziari disponibili dell'SGD siano inferiori a due terzi del livello-obiettivo;
- b) i mezzi finanziari disponibili risultino inferiori al 25 % del livello-obiettivo».

lettere *d*) ed *e*) del par. 3, l'utilizzo di misure alternative da parte dello schema di garanzia è del resto subordinato a obblighi a carico dell'ente creditizio bisognoso del sostegno, che comprendono almeno una vigilanza più rigorosa del rischio e ampi diritti di controllo da parte dello stesso, nonché a impegni nel senso di assicurare l'accesso ai depositi coperti. La previsione assicura pertanto che le misure alternative non abbiano alcun impatto negativo sulle risorse finanziarie dei sistemi di garanzia.

In definitiva, e alla luce di quanto sin qui osservato, sembra potersi affermare che, nell'impostazione configurata dal diritto europeo, i sistemi di assicurazione dei depositi abbiano anch'essi un ruolo da giocare. Come già sottolineato, le banche riconosciute in stato di dissesto o a rischio di dissesto, in mancanza di un interesse pubblico alla loro risoluzione e nell'impossibilità di ricorrere a soluzioni di mercato o di tipo amministrativo, dovranno essere gestite in base alle procedure di insolvenza previste dal diritto interno. Riguardo alla dicotomia che viene in questo modo a delinearsi, una terza via appare però praticabile: l'opzione "nazionale" delle misure alternative poste in essere dagli schemi di garanzia dei depositi al fine di prevenire il fallimento di un istituto di credito, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 11, par. 3, della 49/2014/UE. Si dovrebbe così realizzare un assetto di tipo collaborativo, nel quale venga riconosciuta ai sistemi di garanzia dei depositi una funzione specifica nella gestione delle crisi bancarie: oltre a intervenire nel caso di risoluzione, il finanziamento tramite gli stessi dovrebbe continuare a poter essere utilizzato per facilitare le operazioni di mercato idonee a evitare l'avvio delle procedure previste dal diritto europeo. La cooperazione è del resto esplicitamente richiesta dalle stesse direttive europee, stabilendo, da un lato, l'art. 11, par. 3, della dir. 2014/49/UE, che lo schema, nel realizzare azioni volte a evitare il fallimento di un ente creditizio consulti l'autorità di risoluzione e l'autorità competente in merito alle misure e alle condizioni imposte a quest'ultimo; dall'altro, l'art. 81, par. 3, lett. *f*), della BRRD, che in caso di risoluzione, lo stesso debba essere informato dall'autorità della decisione di avviare la procedura al fine di poter assolvere, se necessario, ai propri compiti¹⁴².

¹⁴² « *DGSs should assess the arrangements in place (legal or administrative provisions, memoranda of understanding, etc.) for obtaining, as provided for in*

4. *L'evoluzione degli orientamenti della Commissione europea nella valutazione degli interventi del FITD e la necessità di una maggiore flessibilità interpretativa*

Nell'assetto creato dalla nuova disciplina europea di risoluzione delle crisi bancarie¹⁴³, la Commissione ha assunto il ruolo di autorità preminente, avendo di fatto l'ultima parola su molte decisioni legate alla risoluzione¹⁴⁴ e vigilando sul rispetto dei suoi due capisaldi: la condivisione degli oneri e il salvataggio interno.

Occorre a questo punto chiedersi se un simile approccio, fondato sull'esigenza di assicurare l'osservanza del divieto di aiuti di stato distorsivi della concorrenzialità del mercato interno, sia adeguato riguardo alla necessità di consentire agli Stati membri l'adozione di misure idonee a tutelare l'interesse pubblico alla solidità del sistema, limitando il più possibile le ripercussioni pregiudizievoli della crisi sull'economia reale. La risposta al quesito, che trova il suo perno sempre nel bilanciamento del *trade-off* tra stabilità e concorrenza, parrebbe poter essere rappresentata dalla capacità dell'*Antitrust* europeo di dare effettiva attuazione al principio di proporzionalità, previsto sia dalla Comunicazione del 2013¹⁴⁵ che dalla BRRD.

Article 4(10) of Directive 2014/49/EU, information on problems detected at a credit institution that are likely to give rise to the intervention of a DGS. In this regard they should assess whether these arrangements would allow sufficiently early information, for example where competent authorities exercise powers under Article 27 of Directive 2014/59/EU (early intervention) or Article 104 of Directive 2013/36/EU10 (supervisory powers), or where competent or resolution authorities determine under Article 32 of Directive 2014/59/EU that an institution is failing or likely to fail » (EBA/GL/2016/04 - Final Report Guidelines on stress tests of deposit guarantee schemes under Directive 2014/49/EU 24 May 2016 - Par.71).

¹⁴³ Cfr. A. CHAMPSAUR, *Playing with fire*, articolo disponibile su <https://www.clearygottlieb.com/~media/cgsh/files/other-pdfs/playing-with-fire.pdf>.

¹⁴⁴ Vi è chi parla di autorità di risoluzione di ultima istanza, cfr. E. MONTANARO, M. TONVERONACHI, *Il vincolo degli aiuti di Stato nell'ambito del Meccanismo Unico di risoluzione. Il caso di quattro piccole banche italiane*, disponibile al link: http://www.disag.unisi.it/sites/st07/files/allegatiparagrafo/19-052016/emmt_risoluzione_e_aiuti_di_stato_def.pdf.

¹⁴⁵ Sull'obbligatorietà della Comunicazione della Commissione, che è un atto di *soft law*, perciò privo di effetti giuridici vincolanti risulta necessario fare un rinvio alla Sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-526/14 Tadej Kotnik e a. / Državni zbor Republike Slovenije, del 19 luglio 2016. In essa, i giudici affermano che non

Un banco di prova per misurare la disponibilità della Commissione a una applicazione flessibile delle regole è rappresentato proprio dagli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi, per i quali sembra emergere al contrario una certa chiusura e rigidità applicativa.

Nell'ambito delle procedure di crisi, il ruolo di tali strumenti, ai quali si riconosce astrattamente un ampio mandato, finisce infatti per essere ridimensionato dall'interpretazione estensiva, data dall'Autorità, di alcune previsioni contenute nella citata Comunicazione sul settore bancario. Nell'atto, viene stabilita, al punto 63, la completa compatibilità dell'intervento di rimborso dei depositanti con la disciplina degli aiuti di stato, mentre diversa risulta essere l'opinione in merito ai descritti interventi preventivi o alternativi realizzati dai sistemi assicurativi a favore di un ente di credito in difficoltà. Ciò che rileverebbe ai fini della loro assimilazione ad ausili pubblici vietati è la natura delle risorse impiegate per effettuare l'operazione, che verrebbero qualificate come "statali", ancorché provenienti dal settore

viola il diritto dell'Unione la ripartizione degli oneri tra azionisti e creditori subordinati in vista dell'autorizzazione, da parte della Commissione, degli aiuti di stato a favore di una banca sottocapitalizzata. In tale ambito, l'Avvocato generale Whal nelle sue conclusioni, del 18 febbraio 2016, aveva sottolineato come l'Autorità non avesse un potere legislativo generale, relativamente all'applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE. Pertanto, l'unico effetto della Comunicazione, in quanto atto di diritto flessibile, avrebbe dovuto essere quello di produrre un limite all'esercizio del suo potere discrezionale. Da ciò, l'Avvocato faceva discendere la conclusione tale per cui la Commissione non avrebbe potuto considerare la condivisione degli oneri *condicio sine qua non* per dichiarare gli aiuti pianificati a favore di una banca in difficoltà compatibili ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. b) del TFUE.

privato¹⁴⁶, qualora venisse ravvisato un controllo esercitato su di esse dallo Stato, che ne autorizza altresì l'utilizzo¹⁴⁷.

Affermare la corrispondenza degli interventi alternativi degli schemi di garanzia ad ausili pubblici, comporta una serie di conseguenze esiziali. Significa, innanzitutto, imporre l'obbligo di rispettare la condizione preliminare del *burden sharing* da parte di azionisti e creditori subordinati, prima che gli stessi vengano avviati. La condivisione degli oneri non può peraltro essere imposta dai sistemi assicurativi, che non hanno alcun potere in tal senso, ma deve essere richiesta dalle autorità competenti. Inoltre, se ciò consente di raggiungere l'obiettivo della minimizzazione dei costi a carico della collettività, non necessariamente riduce quelli a carico delle banche aderenti allo schema, come previsto, invece, dalla normativa europea sui sistemi di garanzia dei depositi. Siffatta impostazione crea delle contraddizioni e rende chiaramente molto difficile per gli stessi poter realizzare operazioni preventive o di sostegno, *ex post*, alla liquidazione ordinata dell'ente ormai fallito. Anche perché una volta riscontrata la presenza di un ausilio pubblico (l'intervento dello schema considerato

¹⁴⁶ La Commissione si è avvalsa di copiosi richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia, evocando in particolare la Causa C-173/73, Italia/Commissione, punto 16; le cause riunite da C-89/90 a C83/90, *Société Compagnie Commerciale de l'Ouest* e altri/*Receveur principal des douanes de La Pallice-Port*, punto 35; la causa C-206/06, *Essent Netwerk Noord* e altri, punti 58-74; la causa T-384/08, *Elliniki Nafpigokataskevastiki* e altri/Commissione, punto 87. In tutte queste pronunce il giudice europeo sottolineava la presenza di un aiuto di stato laddove le risorse erogate da un soggetto privato provenissero da contributi che, per quanto erogati da privati, risultavano essere obbligatori sulla base di una legge che definiva le modalità di raccolta dei fondi così come le finalità da perseguire con i medesimi.

¹⁴⁷ «Gli interventi dei fondi di garanzia dei depositi per rimborsare i titolari dei conti in conformità con gli obblighi degli Stati membri a norma della direttiva 94/19/CE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi non costituiscono aiuti di Stato. Il ricorso a tali fondi o a fondi simili per favorire la ristrutturazione degli enti creditizi può tuttavia costituire aiuto di Stato. Anche se i fondi in questione potrebbero provenire dal settore privato, essi possono costituire aiuti nella misura in cui sono soggetti al controllo dello Stato e la decisione relativa all'utilizzo dei fondi è imputabile allo Stato. La Commissione valuterà la compatibilità degli aiuti di Stato concessi sotto forma di interventi di questo tipo alla luce della presente comunicazione», Comunicazione sul settore bancario, punto 63.

intervento pubblico dalla Commissione¹⁴⁸), per l'ente scatterà necessariamente la procedura di risoluzione¹⁴⁹.

Sarebbe pertanto necessario contemplare forme di interpretazione maggiormente flessibile della disciplina, volte ad accordare, per esempio, delle presunzioni di compatibilità con riferimento ad alcune tipologie di interventi una volta dimostrato il rispetto delle regole stabilite dal diritto europeo, quali la regola del minor onere.

In realtà quello appena descritto è l'approccio seguito dalla Commissione europea nel caso di Banca Tercas, ritenuto, fino alla pronuncia del marzo 2019 del Tribunale dell'Unione europea, l'unico possibile alla luce della nuova disciplina sugli aiuti di stato, oggi invece rimesso in discussione grazie all'interpretazione difforme dei giudici europei.

Nel febbraio 2015, infatti, la Commissione informava la Repubblica italiana della propria decisione di avviare il procedimento di cui all'art. 108, par. 2, TFUE¹⁵⁰, relativamente all'intervento del FITD, autorizzato da Banca d'Italia, nella soluzione della crisi di Banca Tercas-Cassa di

¹⁴⁸ L'intervento del fondo consisterebbe, secondo la Commissione, in una misura di *last resort*, al pari di qualsiasi altro aiuto pubblico, previa applicazione del principio di condivisione degli oneri, cfr. C. BRESCIA MORRA, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, II, 289.

¹⁴⁹ Sul punto, cfr. G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, cit., 404.

¹⁵⁰ Art. 108, par. 2: «Qualora la Commissione, dopo aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni, constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, oppure che tale aiuto è attuato in modo abusivo, decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale decisione entro il termine stabilito, la Commissione o qualsiasi altro Stato interessato può adire direttamente la Corte di giustizia dell'Unione europea, in deroga agli articoli 258 e 259. A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell'articolo 107 o ai regolamenti di cui all'articolo 109, quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione. Qualora la Commissione abbia iniziato, nei riguardi di tale aiuto, la procedura prevista dal presente paragrafo, primo comma, la richiesta dello Stato interessato rivolta al Consiglio avrà per effetto di sospendere tale procedura fino a quando il Consiglio non si sia pronunciato al riguardo. Tuttavia, se il Consiglio non si è pronunciato entro tre mesi dalla data della richiesta, la Commissione delibera».

risparmio della provincia di Teramo in amministrazione straordinaria¹⁵¹. Segnatamente, venivano previste tre misure: un contributo a copertura del *deficit* patrimoniale di Tercas; una garanzia a copertura del rischio di credito¹⁵² associato a specifiche esposizioni della stessa; una garanzia a copertura dei costi derivanti dal trattamento fiscale del primo intervento¹⁵³. Erano state così richieste alle autorità italiane¹⁵⁴ informazioni sull'operazione posta in essere¹⁵⁵ e, in base alle risposte ottenute, l'Autorità aveva stabilito di dare luogo al procedimento di indagine formale. Infine, nel dicembre 2015, quest'ultima adottava la propria decisione, concludendo che si sarebbe

¹⁵¹ La banca era stata posta in amministrazione straordinaria da aprile 2012. Nel 2013, Banca Popolare di Bari, contattata dal commissario straordinario nominato dalla Banca d'Italia e incaricato di gestire l'ente durante l'amministrazione straordinaria, si era resa disponibile a sottoscrivere un aumento di capitale a favore della banca crisi. Essa poneva, però, come condizione per la sua partecipazione, che il FITD si facesse carico di coprire il *deficit* patrimoniale della banca. L'altra condizione posta era che venisse effettuata una *due diligence* su Banca Tercas, a seguito della quale il FITD, pur avendo ottenuto l'autorizzazione di Banca d'Italia, ha deciso di sospendere l'intervento previsto in considerazione delle incertezze relative all'assetto economico-patrimoniale della banca interessata alla misura. Il FITD si era poi avvalso di una società di revisione e consulenza, alla luce delle cui risultanze aveva stabilito nuovamente la convenienza dell'intervento ottenendo una nuova autorizzazione della Banca d'Italia.

¹⁵² Tipico delle banche, consiste nel rischio che la controparte affidata non risulti in grado di far fronte ai propri impegni contrattuali, determinando così, per la medesima, una perdita inattesa, tale da poterne mettere a rischio la stabilità finanziaria nell'immediato futuro.

¹⁵³ Queste misure erano state autorizzate dalla Banca d'Italia il 7 luglio 2014.

¹⁵⁴ Si tratta più precisamente di interlocuzioni avviate con il Ministero dell'economia e finanze da parte della Direzione Generale per la Concorrenza della Commissione Europea (DG-COMP). La Commissione era venuta a sapere dalla stampa e tramite le pagine *web* sia della banca Tercas-Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo S.p.A. che del sistema di garanzia dei depositi italiano, ossia il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, dell'intervento di sostegno del FITD a favore di tale banca.

¹⁵⁵ La Comunicazione sul settore bancario del 2013 stabilisce anche un modello di concertazione fondato su contatti informali tra Stati membri e Commissione, nei quali essa svolge una funzione di consulenza sulla legittimità, *ex ante*, dell'intervento di sostegno previsto dai primi per la ristrutturazione delle banche. L'obiettivo di tale "pre-notifica" è guidare gli Stati, per far sì che sia assicurato il rispetto dei requisiti di condivisione degli oneri in conformità alle norme sugli aiuti di stato.

trattato di aiuto di stato illegittimo e dunque incompatibile, e disponeva pertanto che lo stesso venisse recuperato¹⁵⁶.

La Commissione, in particolare, interpretando in maniera estensiva la Comunicazione del luglio 2013, fondava il proprio convincimento sull'attribuzione della natura di "risorsa statale" ai fondi impiegati dal FITD, con l'autorizzazione della Banca d'Italia, a favore di Tercas, e giungeva pertanto a riscontrare l'imputabilità dell'intervento realizzato allo Stato. I contributi obbligatori imposti, gestiti e ripartiti in conformità con la legge o altre norme pubbliche implicherebbero, infatti, secondo la Commissione, un trasferimento delle risorse di quest'ultimo, anche quando non sono amministrati dalle autorità pubbliche. In definitiva, le risorse del FITD, in base a siffatta lettura, dovrebbero essere considerate come "statali", in quanto versate dalle banche consorziate in adempimento dell'obbligo legale di aderire al Fondo di garanzia dei depositanti.

In secondo luogo, veniva evidenziata la presenza di un pubblico mandato del sistema di garanzia dei depositi¹⁵⁷, con riferimento all'operazione realizzata. Tale affermazione è però contestabile, nella misura in cui esso si riferisce al solo rimborso dei depositanti, dal

¹⁵⁶ Decisione (UE) 2016/1208 della Commissione, del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di stato SA.39451 (2015/C) (*ex* 2015/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas. In esecuzione di tale decisione, Banca Tercas ha restituito le somme a suo tempo percepite, maggiorate degli interessi. Contestualmente all'esborso è stato erogato analogo importo da parte dello Schema volontario nel frattempo costituito come organismo autonomo e separato all'interno del FITD. L'intervento dello Schema volontario veniva considerato dalla Commissione del tutto compatibile con la disciplina sugli aiuti di stato. Nel 2016, a distanza di pochi mesi l'uno dall'altro, la Repubblica italiana, Banca Popolare di Bari e il FITD presentavano ricorso presso il Tribunale dell'Unione europea contro la posizione assunta dalla Commissione.

¹⁵⁷ In forza del riconoscimento, operato dal T.U.B., del FITD come sistema obbligatorio di garanzia dei depositi. In particolare, la Commissione sottolineava che: «Con l'adozione dell'articolo 96-*bis*, comma 1, del T.U.B., le autorità italiane hanno scelto di consentire al loro sistema di garanzia dei depositi riconosciuto, il FITD, di intervenire al fine di prevenire il fallimento di un ente creditizio. Pertanto, gli interventi di sostegno del FITD nelle crisi bancarie sono in linea con il pubblico mandato di tutela dei depositanti sotto il controllo delle autorità degli Stati membri, ma tale strumento ha un carattere supplementare e non corrisponde alla funzione obbligatoria stabilita nel diritto dell'Unione (2014/49) di rimborsare i depositanti coperti in caso di liquidazione». Punti 52 e 53 della Sentenza del Tribunale (terza sezione ampliata), 19 marzo 2019.

momento che la scelta sulla realizzazione o meno di interventi alternativi, come abbiamo visto, viene rimessa all'autonomia statutaria dei fondi stessi.

Terzo elemento considerato determinante dalla Commissione era poi il controllo pubblico esercitato dalla Banca d'Italia, che avrebbe, infatti, operato una supervisione costante sulla coerenza dell'uso delle risorse del Fondo rispetto al perseguimento di un obiettivo di interesse pubblico – la tutela del risparmio –, incidendo profondamente sulla decisione, in senso affermativo, di impiegarle a sostegno di Tercas.

Siffatta operazione attuata nei confronti della banca italiana, a parere della Commissione, avrebbe avuto dunque effetti distorsivi della concorrenza, dal momento che ne ha evitato l'uscita dal mercato, avvantaggiandola rispetto ad altre imprese straniere.

Con il caso Tercas, come ampiamente evidenziato dalla dottrina, si è perciò concretizzato un profondo cambiamento degli orientamenti della Commissione¹⁵⁸, che, in considerazione di quanto avvenuto negli anni della crisi, valuta oggi in modo assai più restrittivo il contributo dei fondi garanzia e la loro funzione di ausilio agli intermediari in condizioni di instabilità¹⁵⁹. Paragonato a un intervento pubblico, tale contributo deve essere sottoposto necessariamente all'approvazione da parte della Direzione Concorrenza al pari di ogni misura che comporti l'impiego di risorse pubbliche, previa attenta valutazione dei piani di ristrutturazione degli istituti bancari¹⁶⁰. Un simile assetto finisce

¹⁵⁸ Appare peraltro ampliato il novero degli interessi sottesi alla disciplina degli aiuti di stato, in quanto al tradizionale interesse alla salvaguardia della libera concorrenza nel mercato unico si affianca anche l'obiettivo della tutela dell'integrità dei bilanci pubblici degli Stati membri. Cfr. A. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'Antitrust europeo*, cit., 123 e 127, che sottolinea come il *burden sharing* venga interpretato dalla Commissione quale attuazione delle norme sugli aiuti di Stato, arrivando la stessa «in nome di preoccupazioni attinenti all'equilibrio dei bilanci pubblici» a piegare un pilastro del diritto europeo della concorrenza «a finalità spurie».

¹⁵⁹ Per queste riflessioni, più ampiamente cfr. A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, cit., 326.

¹⁶⁰ Nel caso di Tercas, viene censurata proprio la mancata aderenza della prassi seguita rispetto a tale nuovo corso. In primo luogo, non avendo ricevuto un piano di ristrutturazione (nonostante la richiesta formale rivolta all'Italia), la Commissione non ritiene soddisfatto il criterio, stabilito dalla Comunicazione sul settore bancario del 2013, del ripristino della redditività a lungo termine dell'impresa. In secondo luogo, non appare rispettato neanche il principio di ripartizione degli oneri per quanto

pertanto per conferire all'autorità un ampio e incisivo potere – quasi decisivo – nell'ambito delle procedure di gestione delle crisi¹⁶¹.

La cesura rispetto al precedente *modus operandi* è particolarmente evidente con riferimento alla nota vicenda del Banco di Sicilia e della Sicilcassa¹⁶², rispetto alla quale un intervento analogo del Fondo, in occasione della liquidazione coatta amministrativa della seconda banca, era stato dichiarato legittimo¹⁶³. In quel caso, oggetto dell'esame dell'*Antitrust* europeo erano state le misure di sostegno alla cessione al Banco di Sicilia di attività e passività della Sicilcassa¹⁶⁴; si era ritenuto che l'intervento del FITD¹⁶⁵ – che aveva concorso alla copertura delle perdite derivanti dalla cessione, senza diritto di rivalsa nei confronti della liquidazione, per mille miliardi di lire – non costituisse aiuto di stato ai sensi del Trattato (nonostante che al Fondo

riguarda i creditori subordinati, per i quali, diversamente dagli azionisti, non sarebbe stata effettuata la conversione o svalutazione dei prestiti.

¹⁶¹ Sul ruolo di “supplenza” svolto dalla Commissione europea negli anni della crisi, prima della costituzione delle autorità di risoluzione delle crisi bancarie, cfr. M. PASSALACQUA, *Aiuti di stato al settore finanziari nell'amministrazione dell'emergenza*, cit., 280; ID., *Il diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, cit., 184.

¹⁶² Decisione della Commissione 2000/600/Ce del 10 novembre 1999 recante approvazione condizionata dell'aiuto accordato dall'Italia alle banche pubbliche Banco di Sicilia e Sicilcassa. La seconda, in particolare, era una piccola banca regionale che nel 1995 aveva registrato rilevanti perdite di importo superiore ai fondi propri, tali da rendere impossibile il rispetto dei coefficienti prudenziali fissati dalla normativa comunitaria. Ciò ha determinato la successiva liquidazione dell'ente di credito e la cessione delle sue attività al Banco di Sicilia per la cifra simbolica di 1 lira. Nel febbraio 1999, in relazione allo stato di dissesto dell'impresa, il Tribunale di Palermo ne ha, infine, dichiarato lo stato di insolvenza. Cfr. D. GRAMMATICO, *Sicilcassa: una morte annunciata. La svendita del sistema creditizio siciliano e la crisi delle banche in Italia*, Palermo, 1998; G. ROTONDO, D. VATTERMOLI, *Aiuti di stato alle imprese bancarie in difficoltà*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 271.

¹⁶³ Occorre però sottolineare che nel caso della Banca Tercas si tratta di un intervento *in bonis*, con continuità aziendale, laddove per Sicilcassa vi era stata liquidazione coatta amministrativa.

¹⁶⁴ Cfr. d.l. n. 292/1997 recante «Interventi urgenti per la soluzione della crisi della Sicilcassa S.p.a. e per il risanamento e rilancio del Banco di Sicilia S.p.a.».

¹⁶⁵ Il FITD intervenne coprendo lo sbilancio di cessione (la differenza tra le attività cedute e le passività assunte) al Banco di Sicilia, ovvero con un intervento addizionale al salvataggio pubblico. La Banca d'Italia intervenne, invece, ricorrendo alle anticipazioni previste dal decreto Sindona per coprire ulteriori eventuali perdite non immediatamente qualificabili

aderissero allora anche banche pubbliche). La Commissione lo aveva giudicato ammissibile perché compatibile col mercato interno, sebbene non finalizzato a porre rimedio a una situazione di grave turbamento dell'economia ma solo alla difficoltà di uno specifico ente bancario¹⁶⁶. Venivano, in particolare, valutate positivamente l'autonomia e l'indipendenza del FITD, che non risultava aver subito influenze e ingerenze esterne nella decisione di intervenire a favore di Sicilcassa. In maniera speculare rispetto al caso di Banca Tercas, ma con esito appunto opposto, veniva infatti considerata irrilevante la partecipazione di un delegato di Banca d'Italia, senza diritto di voto, al CdA del Fondo. Alla luce del principio (allora solo statutario) del minor onere e del criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato, l'intervento "alternativo" appariva così più conveniente rispetto a eventuali operazioni di rimborso dei depositanti¹⁶⁷.

Tenuto conto di questa evoluzione, per non imbattersi nel divieto opposto dalla Commissione a partire dal 2013 e nell'eventuale procedura di cui all'art. 108, par. 2, del TFUE, dalla stessa avviata (e specificamente per superare l'impedimento verificatosi nella vicenda di Banca Tercas, a tale proposito), sono allora stati ideati degli strumenti alternativi di tipo "volontario"¹⁶⁸. In particolare, è stato costituito, nella forma giuridica della associazione non riconosciuta, il cosiddetto "Schema volontario di intervento"¹⁶⁹, la cui funzione, in base

¹⁶⁶ Fondamentale fu per la Commissione il fatto che la maggioranza dei voti espressi in seno all'organo deliberativo del Fondo provenisse da banche private.

¹⁶⁷ Cfr. I. SABBATELLI, *Tutela del risparmio e garanzia dei depositi*, cit., 179. All'epoca della decisione sugli aiuti al Banco di Sicilia e a Sicilcassa, la Commissione europea non aveva ancora elaborato le condizioni che devono ricorrere affinché il sostegno fornito da un sistema di garanzia dei depositi costituisca un aiuto di Stato, né adeguato la propria valutazione dell'imputabilità alle disposizioni degli organi giurisdizionali dell'Unione stabilite nella sentenza *Stardust Marine* (sentenza 16 maggio 2002, Francia/Commissione, C-482/99) e alla successiva giurisprudenza. Cfr. punti 146-147 della sentenza nelle cause riunite T-98/16, Italia / Commissione, T-196/16, Banca Popolare di Bari SCpA, già Tercas-Cassa di risparmio della provincia di Teramo S.p.A. (Banca Tercas S.p.A.) /Commissione, e T-198/16, Fondo interbancario di tutela dei depositi/Commissione, Lussemburgo 19 marzo 2019.

¹⁶⁸ La possibilità di costituire i fondi volontari è stabilita dal d.lgs. n. 30/2016 e prevista dal T.U.B. all'art. 96-*quater*.4.

¹⁶⁹ Si fa riferimento alla modifica dello statuto del FITD, deliberata dall'Assemblea straordinaria in data 26 novembre 2015, con la quale è stato previsto uno schema volontario all'interno dello stesso Fondo, dotato di una propria

all'articolo 44 dello Statuto del FITD, è quella di sostenere le banche aderenti per il loro risanamento nonché per il perseguimento della stabilità finanziaria del settore bancario nel suo complesso (evitando le conseguenze negative per i creditori derivanti dalla liquidazione coatta amministrativa, così come la distruzione del valore aziendale¹⁷⁰). Lo Schema volontario ha quindi rappresentato una soluzione per "aggirare" le restrizioni imposte al ruolo di sostegno nella ricapitalizzazione delle banche svolto dagli schemi obbligatori di garanzia dei depositi.

L'osservazione che potrebbe essere mossa al riguardo concerne l'opportunità del nuovo assetto che si è venuto in tal modo a creare. Infatti, molte banche consorziate si trovano oggi a dover duplicare i contributi versati, essendosi aggiunto allo schema c.d. "obbligatorio" quello volontario. Siffatta soluzione, fondata sullo sviluppo di un meccanismo volontaristico parallelo, appare con ogni evidenza assai gravosa per il sistema bancario. Il ramo volontario "avallato" dalla Commissione riproduce del resto pedissequamente le caratteristiche dello schema tradizionale: i singoli interventi e la copertura degli oneri connessi al funzionamento dello schema volontario (e agli interventi medesimi)¹⁷¹ sono finanziati mediante le risorse fornite dalle banche

governance, nonché di autonomia patrimoniale e contabile, a cui le banche potranno aderire liberamente. Le banche consorziate vi aderiscono in via volontaria (quasi tutte le banche italiane ne fanno parte, ovvero il 92,1 % delle banche consorziate) e su base contrattuale. Le decisioni sugli interventi sono vincolanti per le stesse, salvo per quelle che abbiano espresso voto contrario in occasione della delibera assembleare che ha disposto l'intervento e il cui dissenso risulti dal relativo verbale. L'Assemblea delle banche aderenti, ex art. 50 dello Statuto del FITD, è organo dello Schema volontario. Vi è poi un Consiglio di gestione che è formato da dieci Consiglieri e due membri di diritto, il Presidente del FITD e il Presidente dell'ABI. Infine, vi sono il Presidente, il Direttore Generale e il Collegio sindacale del FITD.

¹⁷⁰ L'accordo è finalizzato al perseguimento di scopi di comune interesse da realizzare svolgendo attività di natura non commerciale.

¹⁷¹ Che possono coincidere con la concessione di finanziamenti; il rilascio di garanzie; l'assunzione di partecipazioni; l'acquisto di attività, passività, aziende, rami d'azienda, beni e rapporti giuridici individuabili in blocco.

aderenti¹⁷²; ogni operazione è discrezionale¹⁷³. Inoltre, si può ulteriormente osservare che nell'art. 11, par. 3, della dir. 2014/49/UE, non vi è alcun riferimento agli schemi volontari ma solo a quelli di tipo "obbligatorio"¹⁷⁴.

La "chiusura" mostrata dalla Commissione, limitando fortemente la panoplia di azioni "legittime" dei fondi di garanzia dei depositi, ha avuto nell'ordinamento interno un impatto poderoso.

La storia è nota: nel novembre del 2015, un mese prima della decisione sul caso Tercas, le quattro banche italiane di media e piccola dimensione, Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara e Cassa di Risparmio della provincia di Chieti, sono state risolte mediante la combinazione del *write-down*, con lo strumento dell'ente-ponte e della società veicolo, in attuazione della disciplina stabilita dalla dir. 2015/59/UE, nonché del d.lgs. n. 180/2015, di trasposizione della medesima. Gli enti si trovavano in amministrazione straordinaria e per essi era stata accertata

¹⁷² Il cui ammontare (per quanto riguarda le risorse per gli interventi) è deliberato dall'Assemblea, contestualmente all'approvazione dell'operazione. Le risorse sono fornite in via autonoma rispetto alle contribuzioni obbligatorie dovute dalle banche consorziate al FITD per la costituzione della sua dotazione finanziaria. Gli interventi possono essere effettuati anche mediante il ricorso a finanziamenti concessi da terzi a condizioni di mercato.

¹⁷³ Come specificato dall'articolo 47 dello Statuto del FITD, lo Schema interviene a favore di banche aderenti nei confronti delle quali siano state adottate misure di intervento precoce, ai sensi del Titolo IV, capo I, Sezione 01-I del T.U.B., ivi incluse le misure di cui agli articoli 53-*bis* e 67-*ter*, o per superare lo stato di dissesto o di rischio di dissesto ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. *b*) e del combinato disposto degli articoli 20, comma 1, lett. *a*) e 27, comma 1, lett. *a*) del d.lgs. n. 180 del 16 novembre 2015. Gli interventi possono essere effettuati quando sussistano concrete prospettive di risanamento della banca, sulla base di piani di ristrutturazione efficaci e credibili che consentano la minimizzazione degli oneri per il sistema volontario, tenuto conto delle alternative disponibili. Inoltre, in caso di dissesto o di rischio di dissesto accertato dalla Banca d'Italia, gli interventi possono essere realizzati a condizione che, ricorrendone i presupposti previsti dalla normativa, siano state preventivamente adottate misure di riduzione o di conversione degli strumenti di capitale in capitale primario di classe 1, ovvero quando essi riguardino operazioni precedentemente effettuate che richiedano, nei confronti della stessa banca destinataria, integrazioni o diverse configurazioni.

¹⁷⁴ Cfr. G. BOCCUZZI, *The New European Framework for Banking Crisis Management. Will it be enough?*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 12 marzo 2016.

la condizione di dissesto o di rischio dissesto¹⁷⁵, presupposto oggettivo per avviare la risoluzione.

Le misure, previste dal d.l. n. 183/2015 recante «Disposizioni urgenti per il settore creditizio», sono state avviate dalla Banca d'Italia¹⁷⁶, previa autorizzazione della Commissione Europea, alla luce della Comunicazione del luglio 2013, rispettando pertanto il principio della condivisione degli oneri. Le perdite venivano così assorbite da azionisti e obbligazionisti subordinati.

¹⁷⁵ All'origine delle pesanti perdite patrimoniali che hanno dato luogo al dissesto vi sono le percentuali molto elevate di crediti deteriorati detenuti dalle quattro banche.

¹⁷⁶ Le quattro procedure venivano avviate mediante quattro provvedimenti gemelli, adottati da Banca d'Italia il 21 novembre 2015, per essere poi approvati dal Ministro dell'Economia e delle Finanze il giorno successivo. Le banche erano state classificate come *less significant* e perciò fatte rientrare nella competenza di vigilanza della Banca d'Italia.

Nessun intervento di tipo preventivo ad opera del FITD¹⁷⁷ è stato dunque possibile per gestire il dissesto dei quattro istituti di credito, che sono stati poi risolti¹⁷⁸.

La procedura di risoluzione e gli strumenti utilizzati per le quattro banche, peraltro, hanno avuto conseguenze molto più incisive e negative (per il sistema bancario e gli investitori *retail*) di quelle che

¹⁷⁷ La vicenda delle quattro banche regionali commissariate si interseca con l'interlocuzione portata avanti dalla Commissione con Banca Tercas, poiché anche per esse era stata prospettata la possibilità dell'intervento da parte del FITD. Nell'ottobre 2015 il presidente del Fondo, nel ricordare l'impegno del medesimo in relazione all'amministrazione straordinaria dei quattro enti di credito, infatti, manifestava il proprio favore a effettuare interventi di tipo alternativo per il loro salvataggio. Gli stessi, nello specifico, avrebbero infatti, avuto un costo di gran lunga inferiore rispetto all'eventuale rimborso dei depositanti, nell'ipotesi di liquidazione coatta amministrativa, operazione che sarebbe peraltro risultata impossibile perché avrebbe richiesto un utilizzo di risorse di cui il Fondo interbancario non disponeva. Determinante risulta essere, dunque, la posizione che verrà assunta in merito alla situazione di Tercas. Nell'attesa della decisione, viene inviata dalla Commissione, nel novembre 2015, una lettera al Ministero dell'economia e finanze italiano, dalla quale emerge che l'utilizzo del Fondo Interbancario per la ricapitalizzazione delle banche è soggetto alle norme europee sugli aiuti di stato, mentre diversamente, se altre banche decidono da sole di intervenire in un meccanismo pienamente privato (*rectius* lo Schema volontario), tale intervento esulerebbe dall'ambito del controllo dell'Unione europea sugli ausili pubblici. A fronte di siffatto scenario, il Governo italiano emanava il d.l. n. 183/2015, recante «Disposizioni urgenti per il settore creditizio», con il quale si è proceduto alla scissione delle quattro banche in “*good bank*” e “*bad bank*”, con lo scorporo dei crediti in sofferenza. Nelle prime, le parti buone, ovvero le banche-ponte ricapitalizzate, sono confluite tutte le attività diverse dai prestiti “in sofferenza”, mentre nella seconda, società veicolo priva di licenza, sono stati concentrati i prestiti in sofferenza rimasti dopo che le perdite erano state fatte assorbire dalle azioni e dalle obbligazioni subordinate. Per le banche è stato applicato il *burden sharing* ma non il *bail-in*, entrato in vigore in Italia nel gennaio 2016.

¹⁷⁸ Laddove l'intervento fosse stato ugualmente realizzato, senza ottenere il parere favorevole della Commissione europea, ciò avrebbe imposto, ai sensi delle norme contabili, l'effettuazione di accantonamenti prudenziali di ammontare pari all'intervento, in relazione al rischio di contenzioso che si sarebbe instaurato, così vanificandone l'effetto; gli intermediari disposti a sottoscrivere aumenti di capitale non sarebbero comunque intervenuti per i fattori di incertezza e di rischio legale. La BCE, quale Autorità competente, non avrebbe autorizzato le operazioni mancando il consenso della Commissione europea. Cfr. I. VISCO, *Indagine conoscitiva sulle condizioni del sistema bancario e finanziario e sulla tutela del risparmio, anche con riferimento alla vigilanza, alla risoluzione delle crisi e alla garanzia dei depositi europee*, cit., 15.

avrebbe comportato la misura alternativa preclusa al Fondo dalla Commissione europea¹⁷⁹.

Il caso di Banca Tercas si interseca inoltre alla recente crisi di Banca Popolare di Bari, intervenuta nel salvataggio dell'ente di credito abruzzese e sottoposta, nel dicembre 2019, a procedura di amministrazione straordinaria, in ragione delle ingenti perdite patrimoniali accumulate. La stessa era stata infatti autorizzata dalla Banca d'Italia, nel luglio 2014, ad acquisire il controllo di Banca Tercas, intervento accompagnato, come illustrato, dal contributo finanziario del FITD. Secondo l'Autorità, che si è espressa sulla vicenda con una nota¹⁸⁰, la rigidità mostrata dalla Commissione nell'attestare la natura pubblica delle risorse impiegate dal Fondo avrebbe avuto effetti particolarmente svantaggiosi per l'intermediario pugliese. Da essa sarebbe dipeso un grave ritardo nei tempi di integrazione tra le due banche, causato dalla necessità di costituire lo Schema volontario al fine di poter operare il sostegno da parte del sistema di garanzia, altrimenti vietato in quanto ritenuto aiuto di stato. Invero, la pubblicazione di tale documento da parte della Banca d'Italia risulta motivata dall'esigenza di illustrare le principali iniziative intraprese dalla medesima nell'ambito dell'azione di Vigilanza condotta nei confronti della Popolare di Bari ma anche di fare chiarezza rispetto al coinvolgimento di quest'ultima nell'operazione di salvataggio di Tercas¹⁸¹. L'Autorità sottolinea a tal fine che la decisione

¹⁷⁹ Cfr. Per tale valutazione ancora G. BOCCUZZI, *The New European Framework for Banking Crisis Management. Will it be enough?*, cit.

¹⁸⁰ Documento Banca d'Italia del 16 dicembre 2019, denominato «Approfondimenti sulla crisi della Banca Popolare di Bari».

¹⁸¹ Il punto “controverso”, in particolare, riguarderebbe il prestito concesso da Banca d'Italia a Tercas, il 20 dicembre 2012, a titolo di liquidità di emergenza – la c.d. *emergency liquidity assistance* (Ela), misura finalizzata a permettere alla banca in crisi di liquidità, ma non insolvente, di mantenere la continuità operativa –, interamente rimborsato da quest'ultima il 5 novembre 2013, contestualmente all'erogazione di un finanziamento da parte di Banca Popolare di Bari all'ente di credito abruzzese per lo stesso importo, avvenuto a seguito della rimozione del blocco alle operazioni straordinarie da parte della Vigilanza. Tale circostanza sembrerebbe pertanto far emergere una possibile tensione fra funzione monetaria e funzione di vigilanza, (risolta a livello europeo con l'attribuzione della vigilanza alla BCE, secondo un modello di separazione funzionale, ovvero con la creazione del *Supervisory Board*) nella misura in cui Banca

della Popolare di Bari di acquisire l'ente di credito abruzzese sarebbe fondata su ragioni di tipo strategico. Segnatamente, l'operazione si sarebbe inserita in un piano industriale, nel quale era previsto un programma di ricapitalizzazione pluriennale finalizzato a sostenere lo sviluppo del gruppo bancario, sollecitato anche dalla Vigilanza¹⁸².

Nel caso di specie, il ruolo dello Schema di garanzia dei depositi si trova nuovamente ad essere al centro della scena. Banca d'Italia mette in evidenza, infatti, sempre all'interno della nota, la gravità delle ricadute negative che si verificherebbero sul tessuto economico e sul risparmio locale¹⁸³, laddove Banca Popolare di Bari dovesse essere liquidata, con rimborso dei risparmiatori da parte del FITD, senza cessione di attività e passività a un altro intermediario. In tale circostanza, il Fondo si troverebbe a risarcire i depositanti protetti per un importo complessivo superiore alla propria dotazione finanziaria, con la conseguenza di dover attivare integralmente un finanziamento sottoscritto nell'agosto 2019 con un *pool* di banche per ottenere prontamente risorse per i rimborsi. Ciò implicherebbe, quale conseguenza a cascata, il ricorso a contribuzioni straordinarie a carico del sistema bancario, che determinerebbero ulteriori perdite significative.

Onde poter realizzare però la cessione di attività e passività, ossia la prospettiva meno traumatica per la soluzione della crisi, occorre individuare una banca interessata ad acquisire il compendio aziendale, ma anche dare luogo, secondo l'Autorità, a un consistente intervento

d'Italia avrebbe "utilizzato" la Popolare di Bari e il FITD come "strumenti" per rientrare del prestito fornito a Tercas. Sulla vicenda, Banca d'Italia si è espressa con un comunicato stampa del 17 dicembre 2019, recante «Precisazioni su Banca Popolare di Bari». Sul rapporto tra funzione di politica monetaria e funzione vigilanza cfr. L. BINI SMAGHI, *Monetary Policy and supervision: moral hazard and conflict of interest?*, in *Towards the European Banking Union. Achievements and open problems*, E. BARUCCI, M. MESSORI (a cura di), Firenze, 2014, 55 ss.

¹⁸² Che avrebbe richiesto peraltro la pianificazione di specifiche iniziative per mantenere requisiti patrimoniali adeguati.

¹⁸³ La cessazione dell'attività della banca implicherebbe il blocco dell'operatività con forte pregiudizio della continuità di finanziamento di famiglie e imprese; gli impatti sul territorio sarebbero considerevoli, anche alla luce della cospicua quota degli impieghi erogati dalla Banca Popolare di Bari nelle regioni di insediamento. Cfr. Documento Banca d'Italia del 16 dicembre 2019, cit., 5.

pubblico a fondo perduto, finalizzato a coprire lo sbilancio di cessione e, in funzione delle richieste del cessionario, anche gli oneri di riorganizzazione e il fabbisogno di capitale a fronte degli assorbimenti patrimoniali da parte delle attività acquisite¹⁸⁴.

Un ingente supporto finanziario pubblico è del resto previsto anche dal d.l. n. 142 del 16 dicembre 2019 recante «Misure urgenti per il sostegno al sistema creditizio del Mezzogiorno e per la realizzazione di una banca di investimento»¹⁸⁵. Il decreto, che consta di soli tre articoli, dispone segnatamente il potenziamento delle capacità patrimoniali e finanziarie della Banca del Mezzogiorno-Mediocredito Centrale (MCC)¹⁸⁶ affinché la stessa possa operare quale banca di investimento per accompagnare la crescita e la competitività delle imprese del Sud Italia¹⁸⁷. Con riferimento a Banca Popolare di Bari, l'idea è che l'aumento di capitale consenta a MCC, insieme al FITD e a eventuali altri investitori, di partecipare alla ricapitalizzazione e al rilancio dell'ente creditizio. Il Fondo viene considerato, pertanto, anche in questa vicenda un attore imprescindibile per la soluzione della crisi bancaria.

5. La svolta del caso Tercas: verso uno “strumento nazionale” nella gestione delle crisi di banche minori?

Il riconoscimento di siffatta centralità dello schema di garanzia dei depositi risulta peraltro ancor più fondato sulla base della decisione del Tribunale dell'Unione europea, del 19 marzo 2019¹⁸⁸, pronunciata relativamente a un pacchetto di cause riunite concernenti il ricorso

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Sul d.l. n. 142 del 16 dicembre 2019 e le sue implicazioni, cfr. B. INZITARI, *Banca Popolare di Bari e disciplina degli aiuti di Stato*, in www.dirittobancario.it, 27 dicembre 2019.

¹⁸⁶ Banca del Mezzogiorno-Mediocredito Centrale è un ente creditizio controllato interamente da Invitalia, società del ministero dell'Economia e Finanze.

¹⁸⁷ Nel lungo termine l'obiettivo sarebbe quello di costituire una nuova banca di investimento mettendo insieme le acquisizioni fatte dal Mediocredito Centrale. I modelli attualmente esistenti in Europa di Banche pubbliche di investimento sono quello francese, spagnolo e inglese, accomunati dalla finalità di apportare finanziamenti alle piccole e medie imprese, incentivi pubblici e capitale di rischio.

¹⁸⁸ Sentenza del Tribunale (terza sezione ampliata), 19 marzo 2019.

contro la decisione della Commissione sull'intervento del FITD a favore di Tercas. Con la pronuncia è stata, infatti, ripristinata la possibilità, al momento comunque precaria in attesa della sentenza della Corte di Giustizia¹⁸⁹, per i sistemi assicurativi di intervenire con maggiore flessibilità nel risanamento delle banche e nella prevenzione della loro insolvenza.

I giudici hanno ritenuto determinante, per accogliere le ragioni dei ricorrenti, la mancanza, nelle argomentazioni della Commissione, di elementi sufficienti a supportare la tesi che le misure alternative sarebbero state adottate dal Fondo sotto l'influenza o il controllo delle autorità pubbliche. Le presunzioni automatiche utilizzate dall'*Antitrust* europeo non risultano a tal fine adeguate, occorrendo, per il Tribunale, la dimostrazione dell'effettiva influenza dominante esercitata da parte di queste ultime nel caso concreto. Al contrario, è stata considerata essenziale la natura giuridica del FITD quale consorzio di diritto privato, sprovvisto di caratteristiche di natura organica che possano legarlo a soggetti pubblici: esso agisce per conto e nell'interesse "privato" delle consorziate, che consiste nell'evitare le conseguenze economiche più onerose di un rimborso dei depositi, a seguito di liquidazione coatta amministrativa.

¹⁸⁹ Il 29 maggio 2019, la Commissione europea ha presentato infatti ricorso in appello contro la sentenza dei giudici del Tribunale di primo grado sul caso Tercas. L'impugnazione della Commissione si fonda su due motivi. In primo luogo, l'Autorità ritiene che il Tribunale abbia violato l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE avendo commesso un errore sull'onere della prova che la stessa deve soddisfare al fine di determinare la sussistenza dei requisiti dell'imputabilità e delle risorse statali, imponendole di dimostrare positivamente l'esistenza di un'influenza dominante, in tutte le fasi del processo che hanno condotto all'adozione delle misure in esame, da parte delle autorità pubbliche sull'ente che concede l'aiuto, soltanto in ragione del fatto che quest'ultimo è un ente privato; il Tribunale avrebbe inoltre commesso un errore su tale onere della prova, procedendo all'esame e alla valutazione degli indizi prodotti dalla Commissione nella decisione controversa in modo atomistico, senza considerarli nel loro insieme e facendo astrazione del più ampio contesto in cui essi s'inquadrano. In secondo luogo, le conclusioni del Tribunale sarebbero ulteriormente viziate da gravi inesattezze materiali relative ai fatti e all'interpretazione del diritto italiano rilevante, che risultano in modo manifesto dagli atti di causa. Cfr. Impugnazione proposta il 29 maggio 2019 dalla Commissione europea avverso la sentenza del Tribunale (Terza Sezione ampliata) del 19 marzo 2019, cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16, Italia e a. / Commissione (Causa C-425/19 P).

Il Tribunale sottolinea, inoltre, la totale autonomia espressa dagli enti di credito aderenti allo schema nel decidere di effettuare eventuali interventi alternativi di sostegno¹⁹⁰. Dirimente risulta il fatto che l'obbligo di contribuire al finanziamento dell'intervento deciso dal Fondo non sia generato da una disposizione normativa¹⁹¹ ma da una previsione statutaria, di natura privatistica¹⁹². Di conseguenza, come già opportunamente osservato dalla dottrina¹⁹³, le risorse obbligatorie del Fondo non sarebbero direttamente collegate agli interventi alternativi dal medesimo posti in essere, essendo obbligatorio per legge solo il rimborso dei depositanti.

La Commissione ha poi utilizzato come indizio probante dell'imputabilità allo Stato delle misure realizzate dal sistema assicurativo proprio il ruolo della Banca d'Italia, dotata di incisivi poteri autorizzatori. Ma stando all'interpretazione dei giudici europeo, l'autorizzazione relativa agli interventi di sostegno¹⁹⁴, al tempo richiesta espressamente dal T.U.B.¹⁹⁵, rientrerebbe nella generale missione di vigilanza e supervisione affidata all'Autorità, preordinata alla sana e prudente gestione delle banche, senza compromettere le

¹⁹⁰ Autonomia decisionale che escluderebbe, quindi, la presenza di qualsivoglia mandato pubblico. Quest'ultimo, secondo la legge italiana, non involgerebbe gli interventi di sostegno ma soltanto il rimborso dei depositanti, in quanto sistema di garanzia, quando una banca membro del FITD è oggetto di una liquidazione coatta amministrativa. Tale intervento sarebbe dunque l'unico di tipo obbligatorio (entro il limite di 100.000 euro per depositante), realizzato mediante l'uso delle risorse raccolte da banche consorziate.

¹⁹¹ Come quando lo schema è specificamente incaricato dallo Stato della gestione dei contributi versati dai membri a titolo di garanzia legale dei depositi dei risparmiatori.

¹⁹² Cfr. punto 154 della Sentenza del Trib. UE, cit.

¹⁹³ A. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'Antitrust europeo*, cit., 123.

¹⁹⁴ Interventi che peraltro possono poi anche non venire posti in essere dal Fondo, che non è in alcun modo vincolato alla loro realizzazione effettiva una volta che siano stati autorizzati.

¹⁹⁵ Fino alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 30/2016, l'art. 96-ter, comma 1, lett. d) prevedeva che La Banca d'Italia, avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e del sistema bancario autorizzasse gli interventi dei sistemi di garanzia e le esclusioni delle banche dai sistemi stessi. L'attuale previsione stabilisce che tali interventi possono essere realizzati a condizione che la Banca d'Italia abbia accertato che non sia stata avviata un'azione di risoluzione e comunque non ne sussistano le condizioni; che la banca beneficiaria dell'intervento sia in grado di versare i contributi straordinari.

scelte autonome dei soggetti vigilati¹⁹⁶. Il riferimento agli Schemi controllati dallo Stato italiano potrà semmai valere, nel nuovo assetto determinato dal legislatore europeo, per i fondi di risoluzione nazionali istituiti presso la Banca d'Italia¹⁹⁷, nei quali l'autorità pubblica esercita una oggettiva forma di controllo (art. 79, comma 1, d.lgs. n. 180/2015), sebbene le risorse provengano comunque dalle banche, i cui versamenti sono raccolti prima e indipendentemente dalle operazioni di risoluzione (art. 78 del d.lgs. n. 180/2015)¹⁹⁸.

La decisione del Tribunale europeo sembra pertanto aprire ad una diversa soluzione di quel conflitto endemico tra le ragioni della concorrenza e quelle della stabilità, che caratterizza il settore creditizio. Inoltre, il disallineamento tra interventi dei sistemi di garanzia dei depositi finalizzati al risanamento delle banche e il concetto di ausili pubblici, basato sul riconoscimento del mancato impiego da parte dei medesimi di risorse pubbliche, e dunque sulla non imputabilità delle operazioni da essi svolte allo Stato, comporta delle rilevanti conseguenze.

Emergono, soprattutto, delle nuove possibilità per la gestione delle crisi delle banche italiane di minore dimensione, cui possono essere consacrate le misure preventive e alternative¹⁹⁹ dei fondi di garanzia.

La disciplina europea è del resto figlia di un più ampio disegno elaborato in sede internazionale, nel quale i meccanismi di risoluzione

¹⁹⁶ Inoltre, per quanto riguarda la presenza di delegati della Banca d'Italia alle riunioni degli organi direttivi del FITD, il giudice europeo ritiene che gli stessi avrebbero avuto un ruolo puramente passivo di meri osservatori. Cfr. punti 115-132 della sentenza del Tribunale UE.

¹⁹⁷ Essa può tuttavia disporre che i fondi di risoluzione siano istituiti presso altri soggetti, come i fondi di garanzia dei depositi, cui ne verrebbe delegata la gestione, cfr. art. 80 del d.lgs. n. 180/2015.

¹⁹⁸ Di essi si occupa il punto 64 della Comunicazione sul settore bancario del 2013, che reca: «Gli aiuti di Stato concessi sotto forma di interventi da parte di un fondo di risoluzione saranno esaminati a norma della presente comunicazione al fine di valutarne la compatibilità con il mercato interno».

¹⁹⁹ «L'Italia si sta battendo in sede europea per trovare una modalità per affrontare le crisi bancarie evitando una liquidazione atomistica: lo ha fatto con successo presso la Corte di Giustizia Europea, la cui recente sentenza Tercas riapre la strada per l'uso di uno strumento nazionale nella gestione delle crisi di banche di minore dimensione». Con queste parole si è espresso il Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte, durante un intervento al Senato, il 12 aprile 2019.

venivano concepiti dal *Financial Stability Board*²⁰⁰ avendo riguardo in particolare alle istituzioni finanziarie globali di rilevanza sistemica²⁰¹. Siffatta impostazione imperniata sulla taglia degli enti in dissesto, è anche quella che ha guidato la stesura della dir. 59/2014/UE, il cui riferimento è rappresentato degli intermediari con ramificazioni *cross border*, coinvolti nell'ambito di crisi sistemiche transazionali. Nel caso delle banche non sistemiche, però, il quadro regolatorio non è intervenuto in maniera specifica, in quanto la priorità era rappresentata dalla necessità di contenere i rischi e gestire le sfide dei *default* di grandi intermediari attivi in più Paesi e dunque fortemente interconnessi. Si tratta certamente di banche che esistono in tutti gli ordinamenti e il cui fallimento effettivamente può arrecare uno sconvolgimento grave delle economie non solo degli Stati in cui le stesse hanno sede ma altresì di quelli con cui si trovano ad operare.

Il bene pubblico da difendere non è però solamente la stabilità sistemica di tipo transnazionale ma anche quella del sistema bancario interno²⁰².

In Italia, molte banche hanno, infatti, una rilevanza economica contenuta e seguono un modello di intermediazione semplice, nel quale centrale risulta la fiducia dei risparmiatori²⁰³. L'idea di differenziare questo tipo di enti, per ciò che attiene alle modalità di attuazione delle misure di gestione della crisi, dagli istituti bancari definiti sistemici, potrebbe appunto trovare fondamento, come già osservato nei precedenti paragrafi, nell'esigenza di rispettare il principio di

²⁰⁰ Nell'ottobre 2011, il *Financial Stability Board* elabora un documento denominato *Key attributes of effective resolution regimes for financial institutions*, che rappresenta lo schema in base al quale il legislatore europeo ha costruito e redatto la nuova disciplina delle crisi bancarie.

²⁰¹ Le cosiddette G-SIFI ovvero le *global-systemically important financial institutions*, ossia quelle imprese il cui dissesto può minare la stabilità del sistema finanziario in un'accezione sia regionale che internazionale, su cui cfr. A. BROZZETTI, «Ending of too big to fail» *tra soft law e ordinamento bancario europeo. Dieci anni di riforme*, Bari, 2018, 24 ss.

²⁰² Sul punto e sulla distinzione tra i due obiettivi, cfr. G. SANTONI, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, V, 620.

²⁰³ Che rischia di venire meno nel caso in cui questi ultimi temano di non essere rimborsati, con effetti di complessiva perdita della fiducia nell'intero sistema bancario.

proporzionalità, andando a superare quello che viene criticamente definito dalla dottrina l'approccio *one size fits all*²⁰⁴.

Ciò anche in considerazione del fatto che nel nuovo assetto regolatorio, ai fini dell'attivazione della procedura di risoluzione, in alternativa alla liquidazione atomistica dell'ente, con rimborso successivo dei depositanti, diviene fondamentale il requisito della sussistenza dell'interesse pubblico. Sebbene l'elenco delle fattispecie rientranti in tale nozione, stabilito all'art. 21 del d.lgs. n. 180/2015, si mostri molto ampio, le autorità europee, nella loro interpretazione della norma, sembrano far coincidere l'esistenza del medesimo esclusivamente con la rilevanza sistemica della banca in difficoltà. Questa lettura esclude perciò tutti quegli enti che si trovano ad avere una loro importanza in ambiti territoriali circoscritti o che svolgono funzioni essenziali per contesti economici specifici. Per questi ultimi parrebbe dunque potersi inverare la sola prospettiva della fuoriuscita dal mercato, secondo logiche puramente pro-concorrenziali, laddove, sempre dal mercato, non emergano potenziali soluzioni di salvataggio (qual è ad esempio la cessione di attività e passività della banca da liquidare ad un acquirente interessato)²⁰⁵. Le banche, in un simile contesto, tenderanno progressivamente ad aggregarsi al fine di soddisfare la condizione di "interesse pubblico", determinata dagli aspetti dimensionali, necessaria per l'attivazione dei meccanismi risolutivi e dell'eventuale sostegno statale. Per una sorta di eterogenesi dei fini, però, un meccanismo di tal tipo potrebbe provocare effetti restrittivi della concorrenza, dal momento che, a causa degli elevati gradi di concentrazione delle imprese bancarie, incentivati dal vantaggio competitivo ottenuto dalle banche di maggiori dimensioni, si andrebbe a ridurre il numero degli enti creditizi presenti sul mercato. Inoltre, ciò renderebbe inefficienti gli schemi di garanzia dei depositi, caratterizzati da logiche mutualistiche, perché per la presenza di un

²⁰⁴ Si fa qui riferimento alla riflessione di G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, cit., 385.

²⁰⁵ Con conseguente distruzione di valore per tutti gli *stakeholders* della banca liquidata e aumento della sfiducia del pubblico nel sistema bancario. La distruzione di valore derivata dalla vendita delle attività da liquidare a prezzi inferiori a quelli di mercato verrebbe infatti scaricata sui creditori della banca, inclusi i depositanti non assicurati. Lo scenario sarebbe quello di una serie di gravi ripercussioni negative per il tessuto economico di riferimento.

numero esiguo di banche il fallimento di una di esse sarebbe eccessivamente oneroso per gli altri partecipanti al sistema²⁰⁶.

Con riguardo alla questione della stabilità finanziaria, poi, è possibile osservare che un sistema bancario concentrato e non sufficientemente diversificato, nel quale prevalgono pochi grandi intermediari, risulta anche più esposto al rischio di crisi sistemiche e alle conseguenze di quello che è stato definito il problema del “*too-big-to fail*”.

In tal senso, appare cruciale, specie per le banche di minori dimensioni, onde evitare gli effetti nefasti dell’insolvenza, la possibilità di avvalersi di interventi di sostegno e di risanamento operati dai fondi di garanzia²⁰⁷, in una fase preventiva, quando le perdite possono ancora essere riassorbite dal capitale. Si andrebbe così a valorizzare anche la funzione di *loss* e *risk minimizer*²⁰⁸ cui tali schemi possono adempiere, impedendo il deterioramento della crisi ma anche preservando i valori aziendali dell’ente.

6. Riflessioni conclusive sulla graduazione proporzionale delle regole

Considerate le peculiarità del settore bancario e delle banche, in quanto imprese che involgono nel compimento della propria attività numerosi interessi di natura pubblica, occorrerebbe in questo ambito, come richiesto anche dalla recente decisione dei giudici europei, analizzare in concreto l’effettiva capacità degli interventi posti in essere dagli strumenti di prevenzione e gestione della crisi, quali possono essere considerati anche i sistemi di garanzia dei depositi, di generare effetti distorsivi della concorrenza. Ciò dovrebbe avvenire tenendo in debita considerazione, alla luce del principio di proporzionalità, i benefici arrecati dai singoli interventi sul piano della stabilità del sistema bancario nel suo complesso, quale interesse pubblico rilevante

²⁰⁶ F. CIRAULO, *op. cit.*, 189, n. 6.

²⁰⁷ Cita l’esempio dell’Agenzia federale per l’assicurazione dei depositi statunitense (FDIC - *Federal Deposit Insurance Corporation*), C. BARBAGALLO, *Crisi e regolamentazione finanziaria: cambiamenti e prospettive*, Intervento del primo marzo 2019 all’Università di Modena e Reggio Emilia. Dipartimento di Economia Marco Biagi.

²⁰⁸ Funzioni previste dal *Financial Stability Board, Compendium of Key International Standards of Financial Stability*.

che deve essere tutelato. Il principio della condivisione degli oneri – prodromo del *bail-in* e cardine della nuova disciplina europea di gestione delle crisi bancarie –, secondo la Commissione, può del resto essere derogato quando quest’ultima sia messa a rischio, oltre che nel caso in cui si tratti di violare diritti fondamentali e di produrre, con la rigida attuazione del medesimo, dei risultati sproporzionati²⁰⁹.

Con le loro operazioni, gli schemi assicurativi, pur essendo soggetti privati che agiscono sulla base di criteri di convenienza economica, sembrano in effetti poter ricoprire un ruolo anche di tipo latamente “pubblicistico”, nella misura in cui svolgono una funzione di sistema, costituita dalla ricerca di un punto di equilibrio tra i diversi interessi economici coinvolti nella crisi di un intermediario²¹⁰. La riflessione riguarda i confini tra i concetti di interesse pubblico, mutualistico e privato, sovente resi fluidi dalla nozione di “responsabilità sociale d’impresa”²¹¹, con la quale si fanno entrare nel contesto imprenditoriale considerazioni ulteriori rispetto alla sola ricerca del profitto. Nel caso di specie, potrebbe parlarsi di un interesse collettivo, visto che collettive, e non pubbliche, sono le risorse che impiega il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi nella realizzazione dei propri interventi. Esso si configura, secondo quanto specificato da illustre dottrina, come “individuale e insieme extra-individuale”²¹², ovvero quale sommatoria di interessi singoli per la soddisfazione di un bisogno collettivo. Quest’ultimo viene perciò tradizionalmente distinto dal più

²⁰⁹ Comunicazione del 2013 sul settore bancario, punti 19 e 45.

²¹⁰ Su questo, cfr. A. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l’Antitrust europeo*, cit., 120 e n. 29, laddove l’autrice, citando G. BOCCUZZI, *La risposta europea alla gestione delle crisi bancarie: alcuni riflessioni critiche*, cit., sottolinea che «il calcolo del costo del rimborso dei depositanti può non essere solo il risultato dell’esborso iniziale al netto dei recuperi in liquidazione, ma dovrebbe tener conto anche degli effetti di contagio e degli altri effetti indiretti che possono derivare dalla liquidazione della banca sul sistema bancario, che comunque è chiamato a pagare il costo della crisi».

²¹¹ Tema che per le banche viene approfondito da R. COSTI, *Banca etica e responsabilità sociale delle banche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 172 ss. Cfr. anche R.E. FREEMAN, S. DMYTRIYEV, *Corporate Social Responsibility and Stakeholder Theory: Learning From Each Other*, in *Symphonya. Emerging Issues in Management*, 2017, II, 7 ss.

²¹² Il riferimento è a W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, 105. L’A. è considerato uno dei massimi esponenti del c.d. “istituzionalismo giuridico”, insieme a Maurice Hauriou, in Francia, e a Santi Romano, in Italia.

universale interesse generale²¹³. Eppure, nel settore creditizio è proprio l'azione degli schemi di garanzia dei depositi che mostra la debolezza di una tale distinzione. Grazie ad essa, è infatti possibile preservare la presenza delle banche sul mercato e garantire il contenimento dei costi, in termini sia economici sia di fiducia dei risparmiatori, ovvero perseguire interessi che vanno al di là della semplice tutela delle banche consorziate.

Valorizzare la valenza latamente “pubblicistica” – nei termini sopra illustrati – degli schemi di garanzia dei depositi non significa disconoscere il carattere puramente imprenditoriale dell'attività bancaria²¹⁴ e la sua collocazione in un assetto di mercato concorrenziale. Vi è semmai da far leva sulla natura ibrida pubblico-privata²¹⁵ di tali sistemi, nei quali la configurazione privatistica, ancorata alla provenienza dei contributi, versati da imprese appunto private (le banche), che sono, per legge, caratterizzate dalla veste giuridica delle società per azioni, convive con una regolazione eteronoma di tipo pubblicistico, capace di incidere sugli interventi dei soggetti aderenti. Tale articolazione dimostra che è possibile la commistione fra interessi di carattere privatistico e interessi di carattere pubblicistico, rappresentando il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi il punto di incontro tra gli stessi, in quanto strumento che permette di ottenere, mediante il conseguimento di una finalità privata – evitare un esborso troppo oneroso ai membri del settore bancario – anche il perseguimento di finalità pubbliche, quali risultano essere la tutela del risparmio e della stabilità finanziaria²¹⁶.

²¹³ Per tali riflessioni cfr. M. PASSALACQUA, “Oltre” la concezione proprietaria dei beni comuni. *Diritto, economia e interesse generale*, in *Luiss Amministrazione in Cammino*, 27 dicembre 2017, 9; ID. *Diritti urbani e interesse generale alla rigenerazione di siti industriali dismessi «nella Città»*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), Bologna, 305 ss.

²¹⁴ Carattere imprenditoriale confermato dall'uso dello strumento societario oltre che affermato a chiare lettere dall'art. 10, comma 1, del T.U.B.

²¹⁵ Sul punto cfr. G. SCIASCIA, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, II, 428, cit. da F. CIRAOLO, *op. cit.*, 279.

²¹⁶ Per tali riflessioni cfr. C. BUZZACCHI, *Il fondo interbancario nel caso Tercas e la tutela del risparmio: mandato pubblico o privato?*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2018, II.

In altri ordinamenti, queste considerazioni sono peraltro alla base del riconoscimento dei c.d. *Institutional Protection Schemes* (IPS), schemi che operano come meccanismi di mutua protezione tra le banche associate, la cui principale missione è quella di porre in essere misure in funzione preventiva del fallimento degli intermediari aderenti garantendone la liquidità e solvibilità²¹⁷. Ad essi il nuovo *framework* normativo europeo guarda con favore. La dir. 2014/49/UE ne fa, infatti, espressa menzione, stabilendo che i sistemi di tutela istituzionale costituiscono una delle forme con cui possono essere istituiti gli schemi di garanzia dei depositi²¹⁸; inoltre, anche la BRRD vi si riferisce, considerandoli strumenti che possono servire a evitare la procedura di risoluzione, in quanto idonei a impedire il dissesto dell'ente in tempi ragionevoli²¹⁹. Una simile valutazione positiva potrebbe allora essere estesa anche agli interventi preventivi di riduzione del rischio realizzati, più in generale, dagli schemi di garanzia dei depositi, in quanto misure alternative capaci di ripristinare l'operatività dell'intermediario.

²¹⁷ Il Regolamento (UE) n. 575/2013, all'art. 113, par. 7, definisce i sistemi di tutela istituzionale come un accordo di responsabilità contrattuale o previsto dalla legge che tutela i soggetti aderenti e, in particolare, garantisce la loro liquidità e la loro solvibilità per evitare il fallimento ove necessario. Generalmente la regolazione contrattuale avviene a livello di associazione di categoria. Sono diffusi soprattutto in Germania (Sparkassen e Volksbanken), Austria (banche Raiffeisen) e Spagna (Casse di risparmio) e non corrispondono né ai gruppi bancari né ai *network* di banche.

²¹⁸ In tal caso gli aderenti non saranno tenuti a versare anche le quote di adesione allo Schema di garanzia nazionale.

²¹⁹ Articolo 32: Condizioni per la risoluzione: «1. Gli Stati membri provvedono a che le autorità di risoluzione possano avviare un'azione di risoluzione per un ente di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), solo se l'autorità di risoluzione ritiene soddisfatte tutte le condizioni seguenti: b) tenuto conto della tempistica e di altre circostanze pertinenti, non si può ragionevolmente prospettare che qualsiasi misura alternativa per l'ente in questione, incluse misure da parte di un IPS, sotto forma di intervento del settore privato o di azione di vigilanza, tra cui misure di intervento precoce o di svalutazione o di conversione contrattuale degli strumenti di capitale pertinenti ai sensi dell'articolo 59, paragrafo 2, permetta di evitare il dissesto dell'ente in tempi ragionevoli»; cfr. S. DE POLIS, *DGS alternative measures in banking crises under the new EU framework*, Intervento al *Banking Union WG Meeting European Forum of Deposit Insurers*, Roma, 26 giugno 2015.

Il tutto avverrebbe in modo pienamente coerente con le aperture mostrate, in termini di mandato istituzionale riconosciuto agli schemi di protezione dei depositanti dalla dir. 2014/49/UE²²⁰.

Peraltro appare ormai pacifico, in base alle diverse analisi che sono state realizzate sull'attuazione della nuova disciplina europea di gestione delle crisi bancarie, che alcuni principi, limiti e vincoli da esso imposti potrebbero, se applicati rigidamente, ovvero senza valorizzare le possibilità di graduazione proporzionale delle regole consentita dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, in senso contrario alle intenzioni del legislatore, richiedere interventi pubblici ancora più ingenti e dunque comportare costi per la collettività molto elevati, ben superiori rispetto ai benefici attesi. Con riferimento alle c.d. banche non sistemiche, gli effetti, così determinati, di una loro massiccia liquidazione atomistica darebbero del resto luogo a evidenti conseguenze negative sul piano della fiducia nel sistema bancario nel suo complesso e dunque dell'instabilità finanziaria.

Una maggiore flessibilità nell'integrazione di soluzioni alternative rispetto a quelle stabilite in modo uniforme per tutti gli Stati membri dalla disciplina europea risulterebbe dunque necessaria per ovviare a tali problematiche. Essa sarebbe inoltre consentita anche dal fatto che la BRRD rappresenta un modello di armonizzazione minima, permettendo il ricorso ad altri strumenti disponibili a livello nazionale quando gli stessi consentano di raggiungere i medesimi obiettivi stabiliti dalla direttiva²²¹, che, peraltro non necessariamente coincidono (e debbono coincidere) con quelli del controllo sugli aiuti di stato.

²²⁰ Segnatamente rilevano in quest'ottica il Considerando n. 3 che afferma che «Alla luce dei costi economici complessivi del fallimento di un ente creditizio e degli effetti negativi sulla stabilità finanziaria e sulla fiducia dei depositanti, è auspicabile prevedere non solo la funzione di rimborso dei depositanti, ma anche la sufficiente flessibilità affinché gli Stati membri possano consentire agli SGD di attuare misure volte a ridurre la probabilità di future richieste di rimborso nei confronti di detti sistemi»; il Considerando n. 16, ai sensi del quale «Un SGD, ove consentito dal diritto nazionale, dovrebbe poter anche andare oltre la mera funzione di rimborso e utilizzare i mezzi finanziari disponibili per evitare il fallimento di un ente creditizio, onde evitare i costi di un rimborso dei depositanti e altri effetti negativi»; nonché, infine, il più volte menzionato art. 11, par. 3, che consente, a determinate condizioni, gli interventi dei sistemi obbligatori per misure alternative di tipo preventivo.

²²¹ Il considerando n. 131 della BRRD reca: «Poiché l'obiettivo della presente direttiva, vale a dire l'armonizzazione delle norme e delle procedure di risoluzione

degli enti, non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri ma, a motivo delle conseguenze che il dissesto di un ente può avere sull'intera Unione, può essere conseguito meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. La presente direttiva si limita a quanto necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità stabilito nello stesso articolo».