

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2021

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, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

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 ABBA 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

SEDE DELLA REDAZIONE

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

L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi

SOMMARIO: 1. Il contributo europeo alla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle banche: finalità dell'istituto – 2. L'amministrazione straordinaria nel *climax* dell'intervento precoce – 3. I presupposti del commissariamento. – 3.1. Segue: il rinvio alle violazioni e alle irregolarità di cui all'art. 69-*octiesdecies* TUB. – 3.2. Segue: crisi patrimoniale e crisi finanziaria. – 3.3. Segue: l'istanza di auto-commissariamento. – 4. Compiti e poteri dei commissari. – 5. Note conclusive sul rapporto tra commissariamento e potere di conversione e riduzione di strumenti di capitale e passività ammissibili.

1. Il contributo europeo alla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle banche: finalità dell'istituto

Le recenti vicende di Banca Carige e di Banca Popolare di Bari contribuiscono a delineare meglio i tratti dell'amministrazione straordinaria degli enti creditizi, recentemente riformata dal recepimento nel Testo Unico Bancario, attraverso il D.Lgs. 16 novembre 2015, n. 181, della disciplina europea sul cd. "intervento precoce" (o "*early intervention*") dell'Autorità di vigilanza, di cui agli artt. 27-30 della Direttiva 2014/59/UE (cd. "*Bank Recovery and Resolution Directive*").

A seguito del recepimento degli articoli citati, ad es., l'Autorità può chiedere a una banca di attuare, anche in parte, il proprio piano di risanamento, può rimuovere dalla propria carica i componenti dell'organo amministrativo e di quello di controllo o dell'alta dirigenza della stessa, ordinandole di rinnovarli (è il cd. "*power of removal*"), etc. Detti poteri d'intervento precoce migliorano la capacità dell'Autorità di vigilanza di prevenire una crisi bancaria, andando a completare il *range* di poteri già attribuiti a Banca d'Italia dagli artt. 53-*bis* e 67-*ter* TUB e alla Banca Centrale Europea dall'art. 16 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 (cd. "*Single Supervisory Mechanism Regulation*") e consentendo così alle stesse d'intervenire efficacemente in tutti i casi in

cui la normale operatività di una banca sia a rischio¹. Più precisamente, l'introduzione dei poteri d'intervento precoce muove dalla presa di coscienza che l'efficacia delle misure applicate ai sensi degli artt. 53-*bis* e 67-*ter* TUB e 16 SSMR è limitata e che esse non sono adatte a rimediare a situazioni particolarmente critiche: la maggior parte di queste misure, infatti, si sostanzia in ordini dell'Autorità alla banca, che, in quanto tali, possono essere disattesi, eseguiti non correttamente o senza successo. I poteri d'intervento precoce e, in particolare, il *removal* di cui all'art. 28 BRRD e il commissariamento di cui all'art. 29 BRRD vogliono rimediare a tale limite, consentendo all'Autorità financo d'ingerirsi nella gestione dell'ente nelle situazioni più problematiche².

Venendo all'oggetto delle riflessioni di questo scritto, è stato l'art. 29 BRRD ad avere impegnato gli Stati membri ad attribuire alle rispettive Autorità di vigilanza il potere di nominare un amministratore temporaneo in sostituzione dell'organo amministrativo dell'ente in difficoltà o in affiancamento allo stesso; misura, questa, *ictu oculi* analoga all'amministrazione straordinaria già disciplinata nel nostro ordinamento agli artt. 70 ss. TUB³ e, prima ancora, agli artt. 56 ss. della

¹ Quanto detto trova conferma al par. 4.4.6 della relazione d'accompagnamento alla proposta di BRRD presentata dalla Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del 6 giugno 2012, COM (2012) 280 *final*, in *eur-lex.europa.eu*. In arg. v. M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, Milano, II ed., 2020, 188; M. RISPOLI FARINA e L. SCIPIONE, *Recovery and Resolution Planning*, in *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, M.P. CHITI e V. SANTORO (a cura di), Londra, 2019, 275; M. PELLEGRINI, *Piani di risanamento e misure di early intervention*, in *La Gestione delle Crisi Bancarie*, V. TROIANO e G.M. UDA (a cura di), Milano, 2018, 216; F. CIRAULO, *Il Finanziamento «Esterno» delle Risoluzioni Bancarie*, Padova, 2018, 108; M. HAENTJENS, *Preparation and early intervention*, in *EU Banking and Insurance Insolvency*, G. MOSS Q.C. *et al.* (a cura di), Oxford, II ed., 2017, 214; e M. SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, Oxford, 2016, 197.

² Si pensi al caso in cui, ai sensi dell'art. 16, co. 2, lett. b), SSMR, la BCE richieda a una banca di rivedere i propri processi d'erogazione del credito perché contrari ai canoni di una sana e prudente gestione e capaci di esporla a gravi perdite patrimoniali. La banca potrebbe disattendere tale richiesta o assecondarla ma in modo non soddisfacente: la BCE, allora, ben potrebbe sottoporre l'ente ad amministrazione straordinaria e affidare ai commissari nominati l'incarico di rivedere le procedure suddette.

³ Invero, sarebbe stata la stessa normativa italiana a ispirare il legislatore europeo: basti notare che il già citato progetto iniziale della Direttiva faceva riferimento, all'art.

Legge Bancaria del '36, con la conseguenza che le novità introdotte dal diritto europeo si sono innestate su una procedura già compiutamente regolata e matura, apparendo quindi, in un certo senso, relative⁴. Lo stesso, peraltro, può dirsi in relazione agli ordinamenti di altri Stati membri che già conoscevano istituti simili: ad es., l'*administración provisional* nel diritto spagnolo⁵, l'*administration provisoire* in quello francese⁶ e la nomina di un *Sonderbeauftragter* in quello tedesco⁷.

24, a un istituto chiamato "amministrazione straordinaria", non "temporanea". Così R. CERONE, L'amministrazione straordinaria delle banche tra passato e futuro, in *La Gestione delle Crisi Bancarie*, cit., 508; L. SCIPIONE, La pianificazione del risanamento e della risoluzione, in *L'Unione Bancaria Europea*, M.P. CHITI e V. SANTORO (a cura di), Pisa, 2016, 440 s.; e, prima dell'emanazione della BRRD, S. ROSSI, Intervento di apertura, in *Quaderno di Ricerca Giuridica di Banca d'Italia n. 75*, AA.VV., Roma, 2014, 14.

⁴ E infatti, secondo la relazione illustrativa al D.Lgs. 16 novembre 2015, n. 180, 6, in *camera.it* (i.e. l'altro Decreto protagonista del recepimento della BRRD), la disciplina dell'amministrazione straordinaria, salvo talune modifiche, «rimarrà sostanzialmente inalterata rispetto a quella vigente».

⁵ V. già gli artt. 31 ss. *Ley 26/1988, de 29 de julio*, relativi alla disciplina della *administración provisional* delle banche in crisi (procedura attualmente regolata agli artt. 70 ss. *Ley 10/2014, de 26 de junio* e 10 *Ley 11/2015, de 18 de junio*).

⁶ L'art. 44 *Loi n. 84-46 du 24 janvier 1984* già contemplava la possibilità per l'Autorità di nominare un *administrateur provisoire* al quale trasferire i poteri degli organi gestori della banca. Oggi l'istituto è regolato dall'art. L612-34 del *Code Monétaire et Financier*, che conserva, con alcune modifiche, la precedente disciplina. A questo si aggiunge il successivo art. L612-34-1, che recepisce l'art. 29 BRRD e regola la nomina di «*un ou plusieurs administrateurs temporaires*». Invero, la disciplina di cui all'art. L612-34-1 pare molto simile a quella di cui all'art. L612-34, se non, salvo talune differenze, un suo duplicato: infatti, il legislatore francese ha optato per recepire l'art. 29 BRRD in una nuova disposizione, diversamente, invece, da quanto ha fatto il legislatore italiano, che ha innestato la disciplina europea negli artt. 70 ss. TUB onde evitare situazioni di incertezza sulle misure da applicare; problema, questo, che pare sussistere anche nell'ordinamento tedesco (v. nt. seguente).

⁷ Come anticipato, anche l'ordinamento tedesco presenta margini di incertezza applicativa circa l'istituto in esame: il *Kreditwesengesetz*, alla sez. 45c, già contemplava la possibilità per l'Autorità di nominare presso una banca un rappresentante speciale (*Sonderbeauftragter*) che svolgesse i compiti di uno o più amministratori, dirigenti o organi della stessa, sostituendoli, o che esercitasse altre specifiche funzioni. In sede di recepimento della BRRD, poi, il legislatore tedesco ha previsto, nel *Sanierungs- und Abwicklungsgesetz*, alla sez. 38, che ripropone quasi pedissequamente l'art. 29 BRRD, la possibilità per l'Autorità di nominare un amministratore provvisorio (*Vorläufiger Verwalter*) che sostituisca il *management* di

Tornando al diritto italiano, il recepimento della BRRD dà all'amministrazione straordinaria una nuova collocazione sistematica⁸, inserendola tra le varie misure esperibili dall'Autorità di vigilanza al fine di prevenire l'acuirsi della crisi di una banca⁹, andandone così a tutelare i creditori, specie i depositanti¹⁰. La BRRD, peraltro, chiarisce il fine ultimo dell'istituto: se, già prima della riforma del 2015, era condivisibile la tesi secondo cui il commissariamento era diretto a riportare *in bonis* un ente in crisi e, anche, a preservare la stabilità del sistema finanziario tutto¹¹, ora, la necessità di preservare la stabilità del

un ente in crisi per risanarne la situazione economica. La sez. 38 SAG non ha sostituito la disciplina del *Sonderbeauftragter* ma, anzi, al co. 5, ne fa salva l'applicabilità: a riguardo è critico J.H. BINDER, Germany, in *EU Banking and Insurance Insolvency*, cit., 334, che considera la sez. 38 SAG una duplicazione, non necessaria e foriera di incertezze, della sez. 45c KWG. Invero, la nomina del *Sonderbeauftragter* pare applicabile con maggiore elasticità, non essendo indicati dei presupposti tassativi, rispetto alla nomina del *Vorläufiger Verwalter*, che, invece, può essere disposta laddove l'applicazione del *power of removal* non sia idonea a ripianare la situazione dell'ente. Non solo, i due istituti sono distinti anche per quanto riguarda le rispettive funzioni: il *Vorläufiger Verwalter* ha il compito di riportare la banca *in bonis*; il *Sonderbeauftragter*, invece, ha compiti diversi a seconda del caso (ad es., potrà anche preparare uno schema di risoluzione, come previsto dalla sez. 45c, co. 2, pt. 9, KWG). In arg. v. M. SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks*, cit., 202 s.

⁸ Così R. LENER, *The implementation of BRRD and the banking crisis in Italy*, in *Riv. dir. soc.*, 2017, I, 723; e F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normative e logiche di mercato*, in *La Gestione delle Crisi Bancarie*, cit., 17.

⁹ Sulle finalità dell'intervento precoce v., *ex multis*, M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, cit., 188; F. RIGANTI, *Il Sistema dei Controlli Interni nelle Banche tra Vigilanza Esterna e Corporate Governance*, Torino, 2019, 66; F. CIRAIOLO, *Il Finanziamento «Esterno» delle Risoluzioni Bancarie*, cit., 107 s.; e M. SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks*, cit., 194 ss.

¹⁰ Così già C.M. PRATIS, *La Disciplina Giuridica delle Aziende di Credito*, Milano, 1959, 322 s.; e recentemente F. DIMICHINA, *La responsabilità civile e disciplinare degli organi dell'amministrazione straordinaria delle banche*, in *Riv. trim. dir. econ.*, I, 2020, 705.

¹¹ V. già G. RESTUCCIA, *L'Amministrazione Straordinaria delle Aziende di Credito*, Milano, 1983, 14; G. RUTA, *Il Sistema della Legislazione Bancaria*, Roma, II ed., 1975, 687; A. NIGRO, *Crisi e Risanamento delle Imprese: Il Modello dell'Amministrazione Straordinaria delle Banche*, Milano, 1985, 91-101 e spec. 95-97; e, in giurisprudenza, Trib. Venezia, 16 gennaio 1974, e Trib. Lecce, 31 luglio 1978, entrambe in O. CAPOLINO, *Quaderno di Ricerca Giuridica di Banca d'Italia n. 30*, Roma, 1993, 10.

sistema finanziario è chiaramente sancita come prevalente e, anzi, assorbente rispetto all'esigenza di ripristinare la normale operatività della banca. A riguardo, il considerando n. 40 BRRD è chiaro nello stabilire che le Autorità di vigilanza dovrebbero disporre di poteri d'intervento precoce, compreso il potere di nominare un amministratore temporaneo, *per preservare la stabilità finanziaria*.

Quanto scritto ha importanti conseguenze pratiche: l'Autorità, nel valutare la misura più idonea da applicare per rimediare alle difficoltà dell'ente (*removal*, commissariamento, *etc.*), dovrà tenere conto anche dell'impatto che la stessa potrebbe avere sul sistema finanziario, evitando quindi di ricorrere a misure che potrebbero turbarne la stabilità. Non solo: laddove l'ente sia sottoposto ad amministrazione straordinaria, i commissari, da un lato, dovranno agire nell'interesse dello stesso per riportarlo in *bonis*; dall'altro, dovranno sempre valutare, in stretto dialogo con l'Autorità, come ogni iniziativa possa incidere sul sistema finanziario.

Il caso di Banca Tercas, commissariata dal 2012 al 2014, è un esempio di quanto affermato: essa, prima di essere acquistata da Popolare di Bari, è stata ricapitalizzata dal Fondo Interbancario di Tutela dei Depositanti. L'intervento del Fondo, essendo questo finanziato dai contributi delle banche aderenti, avrebbe potuto destabilizzare il sistema bancario: tuttavia, la ricapitalizzazione è stata ritenuta – e anche per questo sostenuta da Banca d'Italia – meno gravosa dell'eventuale rimborso dei depositanti che lo stesso Fondo avrebbe dovuto operare in caso di liquidazione coatta dell'ente e, quindi, meno pregiudizievole per la stabilità del sistema¹².

Peraltro, il carattere particolarmente invasivo del commissariamento porta a chiedersi se esso abbia anche una funzione sanzionatoria¹³. Sono molteplici le ragioni a sostegno di una risposta negativa: al di là della collocazione della procedura nel Titolo IV TUB e non, invece, nel

¹² In arg. v. D. ROSSANO, *Il Tribunale UE boccia la Commissione Europea sul caso Tercas*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, II, spec. 26.

¹³ Di questo avviso G. FRÈ, *Nuovi procedimenti e nuovi problemi in tema di società azionarie. La nuova disciplina delle aziende di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 591; C.M. PRATIS, *op. cit.*, 322; M. SPINELLI e G. GENTILE, *Diritto Bancario*, Padova, II ed., 1991, 163; e N. ROCCO di TORREPADULA, sub *art. 70*, in *Comm. t.u.b. Costa*, vol. II, Torino, 2013, 737; e, in giurisprudenza, C. Stato, 28 ottobre 1980, n. 1008, in O. CAPOLINO, *op. cit.*, 10 s.

Titolo VIII relativo alle *sanzioni*, dove, peraltro, all'art. 144-ter, co. 3, è prevista la specifica sanzione accessoria dell'interdizione dallo svolgimento di funzioni d'amministrazione, direzione e controllo¹⁴; al di là di questo, va ribadito come la procedura sia finalizzata a riportare *in bonis* una banca in difficoltà e a preservare la stabilità del sistema finanziario. Tesi, questa, che trova conferma nella lettera dell'art. 72, co. 1-bis, TUB, secondo cui i commissari hanno il compito di «accertare la situazione aziendale, rimuovere le irregolarità e promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti e della sana e prudente gestione». Certo, anche una sanzione è, in parte, finalizzata al ripristino di una situazione di legalità e di regolarità operativa; la sua funzione principale, tuttavia, è quella di dissuadere un soggetto dal porre in essere un comportamento ritenuto scorretto dall'ordinamento e di punirlo qualora vi dia luogo. Nell'amministrazione straordinaria, invece, il carattere afflittivo della procedura è solo consequenziale all'esigenza di ripristinare la normale operatività della banca: esso è un effetto della procedura, non un suo fine. Pertanto, è condivisibile la tesi secondo la quale il voler attribuire una natura sanzionatoria al commissariamento porterebbe a sottovalutarne le finalità¹⁵.

La negazione di una funzione sanzionatoria e, nello specifico, punitiva del commissariamento, tuttavia, non esclude che esso abbia una, pur secondaria, funzione *dissuasiva*, deterrente rispetto a comportamenti contrari a una sana e prudente gestione¹⁶. Infatti, la

¹⁴ In un'ottica comparatistica, è apprezzabile l'art. 70, co. 2, *Ley 10/2014*, il quale precisa che l'intervento precoce può essere esercitato *independientemente* dall'avvio di un procedimento sanzionatorio, sancendone così, indirettamente, la natura non sanzionatoria.

¹⁵ Così G. RESTUCCIA, *op. cit.*, 19; G. RUTA, *op. cit.*, 686 s.; e, in giurisprudenza, C. Giust. Amm. Sicilia, 19 marzo 2002, n. 145, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, 104 s.; e TAR Puglia, 18 agosto 1992, n. 282, C. Stato, 28 marzo 1990, n. 213, TAR Calabria, 31 maggio 1988, n. 220, e spec. C. Stato, 29 settembre 1966, n. 603, tutte in O. CAPOLINO, *op. cit.*, 10-12; nonché, in relazione al carattere non sanzionatorio del *power of removal*, TAR Lazio, 1° febbraio 2017, n. 1627, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, II, 97, con nota di D. SICLARI, *Modalità e limiti del sindacato giurisdizionale sulle misure di vigilanza prudenziale e di intervento precoce*, 99 ss.

¹⁶ In tal senso la già citata relazione al progetto di BRRD, a p. 11, afferma che il commissariamento «costituirà un elemento di disciplina per la dirigenza e gli azionisti». In arg. v. M. SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks*, cit., 197; M. HAENTJENS, *op. cit.*, 217; e già A. NIGRO, *Crisi e Risanamento delle Imprese*, cit., 100.

possibilità d'essere sostituiti dall'Autorità stimola gli amministratori a intraprendere una gestione accorta, non eccessivamente propensa al rischio. Non solo, il commissariamento è anche un monito per i soci della banca, specie quelli di maggioranza: se, da un lato, la procedura «non dovrebbe interferire indebitamente con i diritti degli azionisti» (così il considerando n. 40 BRRD); dall'altro, ad es., in caso di commissariamento per perdite, gli stessi potrebbero vedere i propri diritti diluiti da un aumento di capitale caldeggiato dai commissari per rimediare alla situazione (ne è un chiaro esempio il caso di Carige, la cui assemblea del 20 settembre 2019, chiamata a deliberare un aumento di capitale, ha portato a un cambiamento della maggioranza). Gli azionisti, allora, consci di questa possibilità, saranno incentivati a monitorare con attenzione l'operato di amministratori e alta dirigenza e a preferire una gestione meno rischiosa, anche se poco redditizia.

Le riflessioni finora svolte sulle finalità dell'amministrazione straordinaria consentono di anticipare quanto si approfondirà nei paragrafi che seguiranno: se, prima della riforma del 2015, la natura del commissariamento era controversa, essendo detta procedura spesso disposta per preparare il terreno alla liquidazione coatta dell'ente in crisi, fungendo, così, da *anticamera* all'uscita dello stesso dal mercato¹⁷; ora, invece, l'amministrazione straordinaria è divenuta una misura di vigilanza, connotata dalle finalità squisitamente preventive¹⁸ che caratterizzano l'agire dell'Autorità competente¹⁹, fermo restando che, come si dirà, l'opera di prevenzione può fallire.

Sul piano pratico, l'indizio più evidente di questa più o meno nuova natura dell'amministrazione straordinaria è l'attribuzione all'Autorità

¹⁷ Così R. LENER, *op. cit.*, 723. In arg. v. poi V. DESARIO, L'attività di vigilanza: le crisi bancarie, in *Banche in Crisi 1960-1985*, F. BELLÌ *et al.* (a cura di), Bari, 1987, 37 s.; e A. NIGRO, *Crisi e Risanamento delle Imprese*, cit., 74-76.

¹⁸ Ed infatti, sul piano definitorio, l'art. 1, co. 1, lett. *mm*), D.Lgs. n. 180/2015 considera l'amministrazione straordinaria quale *misura di prevenzione*. V. anche l'art. 69-*bis*, co. 1, lett. *f*), TUB che, tra i *provvedimenti di risanamento*, individua anche la procedura in esame.

¹⁹ In tal senso, prima della riforma del 2015, O. CAPOLINO *et al.*, La crisi delle banche e delle imprese finanziarie, in *Diritto delle Banche e degli Intermediari Finanziari*, E. GALANTI (a cura di), Padova, 2008, 884; e G. BOCCUZZI, *La Crisi dell'Impresa Bancaria: Profili Economici e Giuridici*, Milano, 1998, 136.

di vigilanza dell'esclusiva competenza sulla stessa²⁰: come è noto, prima del 2015, il commissariamento era disposto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, pur su proposta dell'Autorità di vigilanza. Oggi, invece, il MEF ha un ruolo di primo piano solo nella liquidazione coatta e nella risoluzione: la prima è disposta dal Ministero, su proposta di Banca d'Italia, *ex art. 80, co. 1, TUB*; la risoluzione, invece, è disposta da Banca d'Italia, qui nella sua veste di Autorità di risoluzione, ma previa approvazione del Ministero *ex art. 32, co.1, D.Lgs. n. 180/2015*, o dal Comitato di Risoluzione Unico, se competente in base a quanto previsto dall'*art. 7, co. 2, del Regolamento (UE) n. 806/2014 (cd. "Single Resolution Mechanism Regulation")*.

Ad ogni buon conto, il legislatore non ha estromesso del tutto dall'intervento precoce le Autorità preposte alla gestione della crisi, ossia il MEF, Banca d'Italia in veste di Autorità di risoluzione e il Comitato di Risoluzione Unico. Le stesse, infatti, devono essere prontamente informate dall'Autorità di vigilanza della situazione in cui versa l'ente e delle misure d'intervento precoce eventualmente adottate, onde tenersi pronte qualora queste non diano i risultati sperati: così dispongono gli *artt. 69-vicies, co. 2, TUB* e *13, co. 2, SRMR*, il quale precisa che il Comitato di Risoluzione Unico, informato dell'esercizio dei poteri d'intervento precoce, *può già preparare la risoluzione dell'ente*²¹.

Da ultimo, giova notare come l'attribuzione all'Autorità di vigilanza della competenza a disporre l'amministrazione straordinaria abbia risolto un annoso problema: prima della riforma, non erano infrequenti

²⁰ Infatti, la BRRD ha impegnato gli Stati membri ad attribuire la competenza della gestione dell'intervento precoce, amministrazione temporanea inclusa, all'Autorità di vigilanza. In altri ordinamenti europei, peraltro, già prima del recepimento della BRRD, la competenza a disporre il commissariamento di un ente creditizio era attribuita all'Autorità di vigilanza: ad es., l'*art. 32, co. 1, Ley 26/1988* attribuiva tale potere al *Banco de España*, il quale era comunque tenuto a dar conto del proprio intervento, motivandolo, al *Ministro de Economía y Hacienda*.

²¹ In arg. v. M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e Unione Bancaria*, Torino, 2018, 143 s.; M. SEPE, *Supervisione bancaria e risoluzione delle crisi: separatezza e contiguità*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, I, 318 s.; M. HAENTJENS, *op. cit.*, 216; M. SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks*, *cit.*, 198 s.; e A. MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili ordinamentali*, in *L'Unione Bancaria Europea*, *cit.*, 391.

i casi in cui il decreto di commissariamento adottato dal MEF rinviava acriticamente, quanto all'individuazione dei presupposti d'avvio della procedura, alla relazione tecnica di Banca d'Italia, creando un certo imbarazzo in capo al giudice chiamato a valutare la legittimità di tale motivazione *per relationem*²². Il problema è ora risolto, essendo il giudice chiamato a valutare il solo provvedimento emanato dall'Autorità e la relativa motivazione, che, come si dirà meglio a breve, dovrà individuare con precisione i presupposti del commissariamento e dare opportuna spiegazione circa la scelta dello stesso quale misura più idonea a far fronte alla situazione di crisi.

2. L'amministrazione straordinaria nel climax dell'intervento precoce

Sia Banca Carige sia Banca Popolare di Bari sono state commissariate per problemi di *governance* e per il progressivo deterioramento della propria situazione patrimoniale²³. In astratto, dette criticità integrano i presupposti per l'applicazione di misure tra loro assai diverse, ossia quelle di cui agli artt. 53-bis e 67-ter TUB e 16 SSMR, la richiesta di attuare le misure previste dal piano di risanamento, il *removal* e l'amministrazione straordinaria. Nei casi di Carige e Popolare di Bari, la scelta di disporre il commissariamento è dipesa dalla *gravità* delle condizioni in cui le due banche versavano: infatti, la disciplina dell'intervento precoce è costruita secondo un rapporto di proporzionalità tra gravità della crisi dell'ente e misura potenzialmente idonea a farvi fronte, in un *climax* ascendente verso situazioni di sempre maggiore criticità e invasività dell'eventuale rimedio²⁴.

²² V. C. Stato, 19 febbraio 2015, n. 835, e C. Stato, 9 febbraio 2015, n. 657, entrambe in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, rispettivamente 270 e 276; e C. Stato, 20 dicembre 2012, n. 6583, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, spec. 156.

²³ Per un esaustivo inquadramento delle cause della crisi di Carige e di Popolare di Bari, v., rispettivamente, l'Audizione parlamentare di Banca d'Italia del 23 gennaio 2019 e quella del 9 gennaio 2020, entrambe in *dirittobancario.it*. Con riferimento a Popolare di Bari, v. anche recentemente M. ONADO, *E poi non ne rimase nessuno. Agatha Christie, il sistema bancario meridionale e la Banca Popolare di Bari*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, 539 ss.

²⁴ Così il par. II.5.1 del Cap. II, Sez. I, Parte II della Circolare n. 269/2008 di Banca d'Italia (XII agg.), in *bancaditalia.it*; e, in dottrina, F. CIRAIOLO, *Il Finanziamento «Esterno» delle Risoluzioni Bancarie*, cit., 108 s.; M. MACCHIA, *op. cit.*, Torino, 2018,

Più precisamente, la normativa in esame è così strutturata: l'art. 70, co. 1, TUB, oltre alla previsione di gravi perdite patrimoniali e all'istanza motivata dell'organo amministrativo o dell'assemblea straordinaria della banca, individua quali ulteriori presupposti per il commissariamento le gravi violazioni e irregolarità di cui all'art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. b). Quest'ultimo, che enuclea i presupposti per l'applicazione del *power of removal* – ossia gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie, gravi irregolarità nell'amministrazione o un deterioramento della situazione della banca o del gruppo particolarmente significativo –, subordina l'applicazione dello stesso all'ipotesi in cui l'attuazione delle misure di cui agli artt. 53-*bis*, 63-*ter* o 69-*noviesdecies* TUB e, anche se non menzionate espressamente, di quelle di cui all'art. 16 SSMR sia ritenuta inidonea a rimediare alla situazione. Nel caso di Popolare di Bari, ad es., la banca si era dimostrata incapace di portare avanti un serio piano di risanamento²⁵.

Il legislatore italiano, quindi, da un lato, ha conservato i presupposti “storici” del commissariamento previsti dall'art. 70, co. 1, TUB prima del 2015 e, *mutatis mutandis*, già dalla L. Bancaria del '36 all'art. 57, co. 1; dall'altro lato, ha consentito all'Autorità di far fronte alle situazioni di difficoltà di una banca in maniera più efficiente e proporzionata, dotandola di una pluralità di rimedi esperibili. Nel sistema appena delineato, il commissariamento è un'*extrema ratio* per far fronte a criticità che non siano state superate applicando le misure appena elencate²⁶ o che, secondo una valutazione prognostica dell'Autorità, non possano essere risolte applicandole (infatti, considerare il commissariamento un'*extrema ratio* non implica che l'Autorità sia prima tenuta a esperire misure meno invasive, potendo le stesse già apparire inidonee a rimediare alla situazione²⁷). Peraltro, nel caso in cui neppure l'amministrazione straordinaria sia ritenuta o sia stata capace di prevenire il dissesto della banca, non potrà essere

145; e spec. L. SEMINARA, *Amministrazione straordinaria delle banche: condizioni e competenze delle Autorità creditizie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 299.

²⁵ Così la citata audizione parlamentare di Banca d'Italia a p. 14.

²⁶ In tal senso R. CERCONE, *op. cit.*, 499 s.; e L. SEMINARA, *op. cit.*, 299.

²⁷ Così L. SILVA MORAIS, *Lessons from the first resolution experiences in the context of Banking Recovery and Resolution Directive*, in *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, cit., 383.

percorsa altra strada se non la risoluzione o la liquidazione coatta²⁸. Peraltro, giova ricordare che l'*irreversibilità* di una crisi dipende proprio dalla capacità dell'azione di vigilanza di porvi rimedio: infatti, ai sensi degli artt. 17, co. 1, lett. b), D.Lgs. n. 180/2015 e 18, co. 1, lett. b), SRMR, un ente può essere sottoposto a liquidazione coatta o risoluzione se non si possono prospettare misure alternative, commissariamento incluso, che permettano di superare lo stato di crisi.

La scelta sul *se*²⁹, sul *quando*³⁰ e sul *come* intervenire rientra nella sfera della discrezionalità di cui gode l'Autorità: posto che una stessa situazione può astrattamente integrare un presupposto per l'applicazione di una misura meno invasiva del commissariamento³¹

²⁸ A riguardo v. M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, cit., 188; e, in giurisprudenza, TAR Lazio, 1° febbraio 2017, n. 1627, cit., 89 e 96 s.

²⁹ Che l'Autorità non sia obbligata a intervenire è intuibile dalla lettera dell'art. 70, co. 1, TUB, secondo cui essa può disporre il commissariamento dell'ente. In tal senso già R. GOLDSCHMITH, *L'amministrazione straordinaria delle aziende di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1937, I, 71 (criticato però da R. COSTI, *L'Ordinamento Bancario*, Bologna, IV ed., 2007, 773).

³⁰ In arg. v. A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 392 s.

³¹ Ad es., le gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari e statutarie e le gravi irregolarità amministrative sono presupposti sia del *power of removal* sia del commissariamento. Condivisibilmente, M. MALTESE, sub *art. 69-octiesdecies*, in *Comm. t.u.b. Capriglione*, Padova, IV ed., 2018, 963, sottolinea come la vera distinzione tra le due misure non riguarda tanto i presupposti delle stesse ma gli effetti che conseguono alla loro applicazione: da un lato, il *removal* di cui all'art. 69-*vicies semel* colpisce, rimuovendoli dalle rispettive cariche, tutti i componenti degli organi d'amministrazione e di controllo e tutti o alcuni membri dell'alta dirigenza della banca, che è poi tenuta a rinnovarli, previa approvazione dell'Autorità di vigilanza; dall'altro lato, il commissariamento determina lo scioglimento degli organi amministrativi e di controllo della banca, i quali, tuttavia, non sono rinnovati da quest'ultima, ma sostituiti da soggetti imposti dall'Autorità, dando inizio a una gestione coattiva dell'ente. Per completezza, va sottolineata anche l'*alterità*, rispetto alle misure citate, del *removal* previsto dagli artt. 53-*bis*, co. 1, lett. e), 63-*ter*, co. 1, lett. e), TUB e 16, co. 2, lett. m), SSMR, che si sostanzia nella rimozione dell'esponente aziendale "*unfit to his role*" e la cui permanenza in carica sia pregiudizievole per la sana e prudente gestione dell'ente. Dietro a tutte queste misure c'è la volontà di assicurare la gestione della banca nelle mani di soggetti competenti, sia nelle situazioni di difficoltà sia in quelle di normalità; e ciò perché «le buone banche non sono fatte [solo] dalle buone leggi, ma [anche] dai buoni banchieri» (così G.P. AUGENTI, *Amministrazione straordinaria e liquidazione coatta delle aziende di*

ma anche quello di una ben più invasiva³², l’Autorità, dopo aver avuto contezza del verificarsi della circostanza fattuale, è tenuta a esaminarne la *gravità*, ossia l’impatto che l’anomalia riscontrata ha o potrebbe avere sulla *viability* della banca e sulla stabilità del sistema finanziario.

Esaminata la gravità della situazione, l’Autorità valuterà se sia necessario intervenire e, nel caso, quale sia lo strumento più adeguato a rimediare alle criticità riscontrate, ossia il commissariamento oppure misure meno invasive o più drastiche, in ossequio al principio di proporzionalità³³. Peraltro, va sottolineato come l’Autorità dovrà tenere in debito conto che il proprio intervento potrebbe anche dar luogo a un peggioramento della situazione: ad es., il commissariamento dell’ente potrebbe generare il panico tra i depositanti e dar luogo a una corsa agli sportelli, con una conseguente crisi di liquidità, nonché costituire una causa di risoluzione di contratti stipulati con altre banche o terze parti, *etc.*³⁴.

Quanto detto implica che la motivazione del provvedimento di

credito, in *Diritto e pratica commerciale*, 1938, I, 280). In arg. v. Ciraolo, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, in *questa Rivista*, 2017, II, *passim* e spec. 207 s.; nonché A. ANTONUCCI, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell’ambito del Single Supervisory Mechanism*, in *Banca imp. soc.*, 2016, 39 ss.

³² Si pensi alle perdite patrimoniali che costituiscono un presupposto, oltre che del commissariamento ai sensi dell’art. 70, co. 1, TUB, anche della risoluzione e della liquidazione coatta: v. gli artt. 17, co. 2, lett. b), D.Lgs. n. 180/2015 e 18, co. 4, lett. a), SRMR. La scelta della procedura applicabile, come precisato dalle norme citate, dipenderà dalla gravità delle perdite stesse, che devono essere *gravi* ai fini del commissariamento, di *eccezionale gravità* e tali da privare la banca dell’intero patrimonio o di un suo importo significativo ai fini della liquidazione coatta e della risoluzione.

³³ Peraltro, uno dei motivi per i quali il provvedimento con cui la BCE ha disposto il commissariamento di Carige è stato impugnato dinnanzi alla Corte di Giustizia europea è proprio l’asserita mancanza di proporzionalità tra la situazione di crisi e la misura adottata per farvi fronte: v. le note informative relative alle cause T-502/19 *Corneli / BCE*, in *Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea*, 16 settembre 2019, C 312/39 s.; e T-612/20 *Malacalza Investimenti / BCE*, *ibidem*, 16 novembre 2020, C 390/47.

³⁴ In tal senso P. DE BIASI, *Il potere di rimuovere gli amministratori dell’ente creditizio*, in *Scritti per Franco Belli – II. Studi*, A. BROZZETTI *et al.* (a cura di), Pisa, 2014, 566 s.; F. CIRAULO, *Il Finanziamento «Esterno» delle Risoluzioni Bancarie*, cit., 111; L. SCIPIONE, *op. cit.*, 441; e N. KLEFTOURI, *Deposit Protection and Bank Resolution*, Oxford, 2015, 169.

commissariamento emanato dall’Autorità dev’essere particolarmente dettagliata e dare adeguatamente conto dei fatti che hanno determinato l’intervento, della loro gravità e, quindi, del perché sia stata scelta proprio l’amministrazione straordinaria per porvi rimedio e non altre misure³⁵. Questo sia per garantire l’esercizio dei diritti di difesa di coloro che siano eventualmente interessati a impugnare il provvedimento sia per assicurare la tenuta del provvedimento stesso rispetto a eventuali impugnazioni.

3. I presupposti del commissariamento

Venendo all’esame dei presupposti del commissariamento, l’art. 70, co. 1, TUB stabilisce che l’Autorità di vigilanza può disporre l’amministrazione straordinaria di un ente creditizio «quando ricorrono le violazioni o le irregolarità di cui all’articolo 69-*octiesdecies*, comma 1, lettera *b*), oppure sono previste gravi perdite del patrimonio ovvero quando lo scioglimento è richiesto con istanza motivata dagli organi amministrativi ovvero dall’assemblea straordinaria»³⁶.

Prima di esaminare singolarmente i presupposti citati, pare opportuno precisare che gli stessi – salvo l’istanza dell’organo amministrativo o dell’assemblea straordinaria, per i motivi che si diranno in seguito – sono tra loro *autonomi*, essendo sufficiente il ricorrere di uno solo di essi per legittimare l’intervento dell’Autorità: l’art. 70, co. 1, facendo uso di congiunzioni disgiuntive, non lascia spazio ad alcun dubbio³⁷.

Gli stessi presupposti, poi, sono da considerarsi *tassativi* in ragione

³⁵ In arg. v. A. CASTIELLO D’ANTONIO, *L’amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro normativo. Profili sistematici*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, 558 s.

³⁶ L’art. 98, co. 2, TUB, poi, individua delle circostanze ulteriori, al ricorrere delle quali può essere disposto il commissariamento di una banca capogruppo, ossia *i*) gravi inadempienze nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento; e *ii*) l’assoggettamento di una delle società del gruppo a fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta o altra procedura analoga, tale da poter alterare in modo grave l’equilibrio finanziario o gestionale del gruppo stesso.

³⁷ In arg. v. recentemente C. Stato, 19 febbraio 2015, n. 835, cit., 274; e, in dottrina, F. CAPRIGLIONE e I. SUPINO, sub *art. 70*, in *Comm. t.u.b. Capriglione*, cit., 1000.

del carattere eccezionalmente invasivo dell'istituto in esame³⁸: infatti, il commissariamento si sostanzia in una gestione coattiva dell'impresa, che incide sulla libertà d'iniziativa economica dell'ente. Peraltro, il sacrificio di detta libertà così come la compressione dei diritti degli azionisti della banca trovano giustificazione nel fine di preservare la stabilità del sistema finanziario e in quello di tutelare i creditori – depositanti in *primis* – dell'ente, riportandolo *in bonis*; finalità, queste, riconducibili alla tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.³⁹.

Se i presupposti del commissariamento non fossero tassativi e se ne ammettesse l'applicazione anche in situazioni atipiche, la procedura risulterebbe di certo più versatile, godendo l'Autorità di una maggiore discrezionalità nel suo utilizzo⁴⁰; discrezionalità che, tuttavia, andrebbe a collidere con l'esigenza di certezza del diritto e che, inoltre, potrebbe sfociare in situazioni d'abuso, nelle quali l'Autorità potrebbe commissariare una banca al minimo segnale di crisi per prevenirne l'acuirsi, oppure utilizzare l'istituto in chiave punitiva, deviandone totalmente la *ratio*.

Invero, la tassatività dei presupposti è “annacquata” dal loro contenuto, andando gli stessi a abbracciare uno spettro di situazioni di crisi così ampio che l'elenco è sì tassativo ma *de facto* ricomprende qualsiasi *grave* situazione di anomalia legale, patrimoniale,

³⁸ Tesi questa già sostenuta da G.P. AUGENTI, *op. cit.*, 283; G. RESTUCCIA, *op. cit.*, 54; e A. NIGRO, *Crisi e Risanamento delle Imprese*, cit., 25, in relazione ai presupposti individuati dalla L. Bancaria del '36.

³⁹ In tal senso A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa*, cit., 394 s.; e già TAR Calabria, 31 maggio 1988, n. 220, cit., 11.

⁴⁰ Questa pare essere l'impostazione scelta dal legislatore tedesco, che, per la nomina di un rappresentante speciale ai sensi della sez. 45c KWG, non prevede presupposti tassativi. Infatti, il co. 2 della disposizione citata fornisce una lista di doveri e poteri che possono essere di volta in volta attribuiti al rappresentante speciale al ricorrere di determinate situazioni; lista che, tuttavia, è da ritenersi aperta (così M. SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks*, cit., 203), sicché l'Autorità potrebbe nominare il rappresentante anche in altre situazioni e con poteri e doveri diversi rispetto a quelli indicati dalla sez. 45c KWG, con il solo limite del rispetto del principio di proporzionalità. Per quanto riguarda, invece, la nomina di un amministratore temporaneo ai sensi della sez. 38, co. 1, SAG, la stessa può essere disposta *solo* laddove l'applicazione del *removal* e, beninteso, degli altri poteri d'intervento precoce sia inidonea a rimediare a un significativo deterioramento della situazione economica dell'ente.

amministrativa, *etc.* in cui può incorrere una banca: peraltro, data la complessità di una crisi bancaria, non è facile costringere entro parametri predeterminati i presupposti in base a cui può essere disposto il commissariamento⁴¹. Inoltre, come si dirà in seguito, due presupposti in particolare – il deterioramento particolarmente significativo della situazione della banca e, soprattutto, l’istanza di commissariamento proveniente dall’organo amministrativo o dall’assemblea straordinaria della stessa –, per come sono formulati, sembrano legittimare l’Autorità a intervenire anche in presenza di situazioni atipiche.

Va poi precisato che i presupposti dell’amministrazione straordinaria previsti dal Testo Unico vanno esaminati anche alla luce delle linee guida dell’Autorità Bancaria Europea sulle condizioni che attivano l’intervento precoce⁴². Nello specifico, l’ABE ha enucleato una serie di condizioni (cd. “*trigger*”) al verificarsi delle quali l’Autorità di vigilanza dovrebbe valutare se fare o meno uso dei propri poteri d’intervento precoce nei confronti di una banca⁴³: trattasi di eventi di carattere straordinario e tali da ripercuotersi sull’equilibrio finanziario dell’ente⁴⁴, di anomalie negli indicatori monitorati ai fini del

⁴¹ Così R. COSTI, *op. cit.*, 773; G. BOCCUZZI, *La Crisi dell’Impresa Bancaria*, cit., 160 s.; e già C.M. PRATIS, *op. cit.*, 303 s.

⁴² ABE, *Orientamenti sulle condizioni che attivano il ricorso all’intervento precoce*, EBA/GL/2015/03, 29 luglio 2015, in *eba.europa.eu*.

⁴³ Si noti che le linee guida dell’ABE fanno riferimento ai soli poteri di cui all’art. 27 BRRD e non anche al *removal* e al commissariamento di cui agli artt. 28 e 29: più precisamente, il verificarsi di uno dei *trigger* dovrebbe portare l’Autorità a valutare se fare o meno uso dei poteri di cui all’art. 27. Ciò non toglie che, se la situazione è particolarmente grave – e, per quanto riguarda l’ordinamento italiano, integra uno dei presupposti di cui agli artt. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. *b*) e 70, co. 1, TUB –, l’Autorità ben potrà applicare il *removal* o disporre il commissariamento dell’ente.

⁴⁴ La lista di “eventi significativi” che potrebbero pregiudicare la corretta operatività dell’ente è particolarmente dettagliata (v. i parr. 23-28 delle linee guida), andando a includere situazioni di particolare rischio operativo, quali attività di negoziazione non autorizzate, frodi, calamità naturali, gravi problemi informatici, *etc.*; situazioni di crisi di liquidità causate, ad es., da un notevole deflusso di fondi; criticità nella *governance* dovute, ad es., alla perdita inattesa di dirigenti o personale che riveste ruoli chiave; *etc.* In arg. A. CAMPBELL e P. MOFFATT, *Early intervention*, in *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*, M. HAENTJENS e B. WESSELS (a cura di), Cheltenham, 2019, 88, sottolineano come la lista elaborata dall’ABE sia meramente esemplificativa, potendo ben essere integrata da altri eventi (a riguardo il tenore letterale del par. 24 delle linee guida è chiaro). V. poi M. HAENTJENS, *op. cit.*, 215.

cd. “*Supervisory Review and Evaluation Process*” o di un esito dello stesso che indichi situazioni di elevato rischio per la viabilità complessiva dell’ente o per l’adeguatezza del capitale o della liquidità, per il modello e la strategia imprenditoriali o per la *governance* e i controlli interni. Ciò premesso, è evidente come, da un lato, dette linee guida contribuiscono all’esigenza di certezza del diritto perseguita dal principio di tassatività dei presupposti del commissariamento⁴⁵; dall’altro, tuttavia, trattandosi di norme di *soft law*⁴⁶, il loro carattere non vincolante lascia all’Autorità un ampio margine di discrezionalità nell’applicarle e, anche, nel discostarvisi. E infatti Banca d’Italia *tiene conto* delle linee guida in esame⁴⁷, posto che lo spirito delle stesse non è certo quello di obbligare l’Autorità a intervenire acriticamente al verificarsi di un certo *trigger*, ma di stimolarla a valutare se intervenire o meno⁴⁸.

3.1. *Segue: il rinvio alle violazioni e alle irregolarità di cui all’art. 69-octiesdecies TUB*

Venendo ora a esaminare nello specifico ciascun presupposto, si è detto che una banca può essere commissariata quando *risultano*⁴⁹ le violazioni o le irregolarità di cui all’art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. *b*), TUB, ossia in caso di gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell’amministrazione.

Guardando, anzitutto, alla violazione di disposizioni legislative e

⁴⁵ Nonostante, come detto, la lista di eventi significativi sia solo esemplificativa.

⁴⁶ *Soft law* che, come si vedrà, sta acquisendo un’importanza sempre maggiore nella regolamentazione del settore bancario: in arg. v. M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, cit., 70 ss.; F. RIGANTI, *Il Sistema dei Controlli Interni nelle Banche*, cit., 63 ss.; e già C. BRESCIA MORRA, L’attività dell’impresa bancaria, in *L’impresa bancaria. L’organizzazione e il contratto*, C. BRESCIA MORRA e U. MORERA, Napoli, 2006, 127 ss.

⁴⁷ Così il par. II.5.4 del Cap. II, Sez. I, Parte II della Circolare n. 269/2008.

⁴⁸ A riguardo il tenore letterale del par. 8 delle linee guida è chiaro.

⁴⁹ Non è sufficiente, ai fini del commissariamento, che le violazioni e le irregolarità siano solamente previste: è necessario che le stesse abbiano «già avuto luogo e prodotto i propri effetti negativi sulla sana e prudente gestione dell’ente» (così A. MINTO, *Le valutazioni della Vigilanza bancaria (e su queste, quelle dell’eventuale sindacato giurisdizionale) sottostanti la «previsione di gravi perdite patrimoniali» ai fini dell’assoggettamento ad amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 2013, II, 226).

regolamentari, *ratione materiae*, assumerà certamente rilievo ai fini del commissariamento l'inosservanza della normativa – nazionale ed europea, primaria e secondaria – che disciplina l'impresa bancaria: in particolare, rileverà la violazione del Regolamento (UE) n. 575/2013 (cd. “*Capital Requirements Regulation*”) e delle disposizioni attuative della Direttiva 2013/36/UE (cd. “*Capital Requirements Directive IV*”) e, nello specifico, dei requisiti prudenziali in tema di capitale⁵⁰, leva finanziaria, grandi esposizioni e liquidità e delle regole in tema di *governance*⁵¹, procedure interne, *etc.* ivi previste. Laddove la violazione dei requisiti prudenziali citati non sia così grave o sia solo prevista, l'Autorità, potrà applicare misure meno invasive del commissariamento e del *removal*, quali la richiesta di attuare il piano di risanamento ai sensi dell'art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. a).

Ai fini del commissariamento, potrà poi assumere rilievo anche la violazione di disposizioni in materie collegate a quella bancaria, quali la normativa sull'anti-riciclaggio, sulla prestazione di servizi e attività d'investimento, sui servizi di pagamento, *etc.*, nonché ogni violazione di disposizioni legislative e regolamentari capace di mettere a rischio la sana e prudente gestione della banca. Invero, prima del 2015, l'art. 70,

⁵⁰ Si pensi, ad es., a una banca che computi nel proprio patrimonio di vigilanza azioni il cui acquisto da parte dei soci sia stato finanziato dalla banca stessa, in violazione dell'art. 28, co. 1, lett. b), CRR. Il pensiero volge ai casi di Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza, che, però, come è noto, non furono commissariate in ragione dell'irreversibilità della situazione di crisi che stavano affrontando: v. gli artt. 3, co. 3, delle due decisioni del Comitato di Risoluzione Unico del 23 giugno 2017 sull'accertamento dell'insussistenza dei presupposti per la risoluzione delle due banche, entrambe in *srb.europa.eu*; nonché A. BROZZETTI, *Una soluzione ad hoc per il dissesto di due banche venete*, in *Dir. banc. fin.*, 2017, II, 122-125.

⁵¹ Peraltro, talune regole di *governance* non trovano la loro fonte nel diritto comunitario o nazionale ma in quelle che son generalmente riconosciute come *best practice* (in arg. v. F. RIGANTI, *Il Sistema dei Controlli Interni nelle Banche*, cit., 65), con la conseguenza che la violazione delle stesse, ai fini del commissariamento, rileverà piuttosto come irregolarità nell'amministrazione. Si pensi al caso di Popolare di Bari, il cui assetto di *governance* risultava essere incentrato su *un ristretto gruppo di comando* (così a p. 14 la già citata audizione parlamentare di Banca d'Italia): una *leadership* carismatica del direttore generale o dell'amministratore delegato non è *ex se* vietata, essa diviene problematica se impedisce un dialogo costruttivo nel *management*, dando luogo al cd. “*group-think*” e mettendo così a rischio la sana e prudente gestione (così già C. Stato, 16 marzo 1966, n. 146, in O. CAPOLINO, *op. cit.*, 20; e, recentemente, M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, cit., 126).

co. 1, lett. *a*), TUB, faceva riferimento alle sole gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie «che regolano l'attività della banca», sicché era dubbio se rilevasse solo la violazione delle disposizioni disciplinanti l'*attività bancaria*, ossia la raccolta di risparmio tra il pubblico funzionale all'erogazione di credito (v. l'art. 10, co. 1, TUB) o, seguendo una in linea interpretativa estensiva, anche la violazione delle disposizioni relative a ogni altra attività finanziaria, connessa o strumentale esercitata dalla banca (v. l'art. 10, co. 3, TUB). Lo stesso dubbio interpretativo, peraltro, potrebbe essere ancor oggi riproposto in relazione all'art. 17, co. 2, lett. *b*), D.Lgs. 16 n. 180/2015 che, nello stabilire quando un ente è in stato di dissesto o a rischio di dissesto, fa riferimento alla violazione, di eccezionale gravità, delle norme «che regolano l'attività della banca»; nonché all'art. 52, co. 1, TUB, dove si prevede che l'organo di controllo informa l'Autorità di vigilanza della «violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria». In ognuno di questi casi, pare preferibile la linea interpretativa estensiva posto che non è solo la violazione della normativa relativa all'attività bancaria in senso stretto a poter mettere a rischio la normale operatività di un ente⁵²: a titolo esemplificativo, si pensi a una banca che agisca in violazione delle regole sul trattamento dei dati personali della clientela, rivendendoli abusivamente a terzi ed esponendosi così a un notevole rischio legale e reputazionale.

Come già anticipato, la violazione dev'essere *grave* e non risolvibile da un intervento del settore privato o da misure meno invasive disposte dall'Autorità; non dev'essere però così grave da far considerare qualunque tipo d'intervento come inutile a prevenire il dissesto dell'ente. Invero, con specifico riferimento ai requisiti prudenziali già citati, la discrezionalità dell'Autorità circa la valutazione della gravità della loro violazione è “blindata” dai relativi coefficienti e, in generale,

⁵² Così già G.P. AUGENTI, *op. cit.*, 285; M. BOUCHÉ, *L'amministrazione straordinaria degli istituti di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1983, I, 482; A. NIGRO, sub art. 70, in *Comm. t.u.b. Porzio*, Milano, 2010, 626; nonché L. BELVISO, *Banca d'Italia e Ministro dell'Economia e delle Finanze: una diarchia “effettiva” nella fase d'impulso dell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 270 e spec. nt. 11, che sottolinea come la giurisprudenza già ammettesse il commissariamento per la violazione di disposizioni non direttamente o esclusivamente attinenti all'attività bancaria, rifacendosi al caso di Banca MB, commissariata anche per la violazione della normativa in materia di anti-riciclaggio: v. C. Stato, 20 dicembre 2012, n. 6583, cit., 151 ss.

dalla tecnicità della normativa *de quo* e dalle relative linee guida emanate dall’Autorità Bancaria Europea⁵³.

Il ruolo di crescente importanza dell’ABE, peraltro, rende necessaria una precisazione circa l’eventuale violazione di disposizioni di *soft law*, non essendo chiaro se la stessa possa rilevare e, nel caso, in che misura ai fini del commissariamento. Nonostante il TUB faccia espresso riferimento alla sola violazione di disposizioni *legislative* e *regolamentari* (ossia a fonti vincolanti, di *hard law*), non sembra preclusa all’Autorità di vigilanza la facoltà di attribuire la dovuta importanza anche alla violazione delle linee guida dell’ABE. Questo per diverse ragioni: *i*) solitamente l’emanazione di linee guida è espressamente delegata all’ABE da una fonte di *hard law* al fine di garantirne un’applicazione uniforme nell’Unione, sicché la violazione delle stesse potrebbe essere indicativa dell’inosservanza della normativa di rango superiore di *hard law* e assumerà rilievo in sede di valutazione della gravità della violazione di quest’ultima; *ii*) spesso, poi, le linee guida dell’ABE mirano anche a garantire la sana e prudente gestione degli enti creditizi⁵⁴ e, pertanto, l’inosservanza del loro contenuto potrà integrare un altro dei presupposti del commissariamento: le gravi irregolarità amministrative.

Peraltro, l’aggettivo *regolamentari* di cui all’art. 69-*octiesdecies* potrebbe essere anche letto seguendo un’interpretazione maggiormente orientata verso il diritto bancario europeo e internazionale e, quindi come comprensivo di tutti i fenomeni di cd. “*regulation*”, espressione poliedrica utile a definire fonti tra loro molto diverse, quali quelle di *hard law*, *soft law*, *self-regulation*, *etc.*⁵⁵, le cui gravi violazioni così

⁵³ E infatti le violazioni dei coefficienti di capitale, leva e liquidità sono anche classificate come “*hard*” *trigger*, in ragione della tecnicità della normativa *de quo* e dello scarso margine di discrezionalità di cui gode l’Autorità nel valutarne l’eventuale violazione: v. L. SCIPIONE, op. cit., 439.

⁵⁴ Ne sono un esempio ABE, *Orientamenti sulla governance interna*, EBA/GL/2017/11, 21 marzo 2018; e ABE, *Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti*, EBA/GL/2020/06, 29 maggio 2020, entrambi in *eba.europa.eu*.

⁵⁵ Sul concetto di “*regulation*”, v., *ex multis*, M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, cit., 8 ss. e spec. 12; M. LAMANDINI e D. RAMOS MUNOZ, *EU Financial Law: An Introduction*, Milano, 2016, 87 ss.; e J. BECK, *Regulatory styles and supervisory strategies*, in *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, N. MOLONEY *et al.* (a cura di), Oxford, III ed., 2015, 218 ss.

sarebbero rilevanti ai fini delle «gravi violazioni di disposizioni legislative e regolamentari». Contro detta tesi, tuttavia, pare deporre l'accostamento della violazione di disposizioni legislative e regolamentari alla violazione di disposizioni statutarie: infatti, sembra che il legislatore abbia voluto raggruppare tutte le violazioni di disposizioni, *mutatis mutandis*, *vincolanti*, posto che leggi e regolamenti vincolano tendenzialmente tutti o un gruppo di soggetti di un ordinamento, lo statuto vincola i soci e gli organi sociali dell'ente.

Quanto alla legittimazione in capo all'Autorità a commissariare l'ente in caso di gravi violazioni di disposizioni statutarie, ciò sembra ampliare il novero delle finalità della procedura e dei soggetti da essa protetti, andandovi a ricomprendere anche la salvaguardia degli interessi degli azionisti, specie quelli di minoranza, principali interessati al rispetto dello statuto⁵⁶. In ogni caso, posto che il fine primario del commissariamento è quello di riportare la banca *in bonis* e garantire la stabilità del sistema finanziario, gli interessi degli azionisti troveranno protezione «solo in quanto la loro salvaguardia si accordi con le finalità perseguite dall'autorità di vigilanza»⁵⁷.

Per quanto riguarda, poi, il presupposto delle gravi irregolarità amministrative, queste si sostanziano in *disorganizzazioni* e *disfunzioni* della banca⁵⁸, ossia in condotte inefficienti, anti-economiche, irrispettose di *best practice*, di procedure interne, di indicazioni dell'Autorità o elusive della normativa vigente. Le irregolarità amministrative, peraltro, richiamano le *gravi irregolarità nella gestione* di cui agli artt. 2409, co. 1, c.c. e 70, co. 7, TUB, che possono essere definite come «la conseguenza di violazioni da parte degli amministratori del loro dovere di agire, nell'ambito dei confini segnati dall'oggetto sociale, in modo informato e con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze»⁵⁹.

⁵⁶ In tal senso già G. RESTUCCIA, *op. cit.*, 55. Inoltre, come si dirà a breve, la protezione degli interessi dei soci potrà emergere anche nel caso previsto dall'art. 70, co. 7, TUB.

⁵⁷ Così già Trib. Lecce, 17 dicembre 1981, n. 1484, in O. CAPOLINO, *op. cit.*, 76.

⁵⁸ Così M. PORZIO, *Il Governo del Credito*, Napoli, IX ed., 1988, 82, rifacendosi alla dottrina amministrativista.

⁵⁹ Così V. SALAFIA, sub art. 2409, in *Comm. alla riforma delle società dir. da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2005, 307. In arg. v. recentemente M. COSSU, *L'amministratore giudiziario nel procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2019, I, spec. 681 ss.

Tuttavia, giova precisare che le irregolarità amministrative di cui all'art. 70, co. 1 hanno portata più ampia, non circoscritta alla sola gestione della banca, potendo emergere in qualunque ambito dell'intera filiera operativa dell'ente⁶⁰.

Peraltro, si hanno irregolarità nell'amministrazione della banca anche qualora la stessa agisca *contra legem*⁶¹ o non conformemente a quanto prescritto dallo statuto. Questa considerazione, però, non deve portare l'interprete a sminuire la singolarità del presupposto delle gravi irregolarità amministrative, considerandolo un duplicato della violazione di disposizioni legislative, regolamentari e statutarie⁶²: questo anche in ragione del fine del commissariamento che non è tanto il ripristino di una situazione di legalità ma, in generale, il ripristino della normale operatività della banca (eventualmente pregiudicata da condotte *lecite* ma inefficienti e anti-economiche).

Ad es., si hanno gravi irregolarità nell'amministrazione quando sussiste una conflittualità interna a un organo della banca o tra organi diversi tale da pregiudicare o financo paralizzare il funzionamento dell'organo o degli organi stessi, compromettendo così la normale operatività dell'ente. Ancora, si ha una situazione di grave irregolarità nell'amministrazione laddove la gestione dell'ente sia influenzata significativamente dagli interessi dell'azionariato di maggioranza, a

⁶⁰ V. R. COSTI, *op. cit.*, 792, che osserva come alcune situazioni prese in considerazione dall'art. 2409 c.c. possano risultare estranee ai fini del commissariamento. Cfr. N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 740; nonché M. TRANI, *Decreto di amministrazione straordinaria di azienda di credito e sospensione del provvedimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1981, I, 370 s. e spec. nt. 5, che, invece, equipara i due concetti.

⁶¹ Si pensi a una banca autorizzata a utilizzare, ai fini della quantificazione del rischio di credito delle proprie esposizioni, il cd. "*Internal Ratings Based approach*" e che utilizzi detto metodo di calcolo in modo irregolare, al fine di aggirare i requisiti di capitale che sarebbe tenuta a rispettare. Tale condotta non rileverà solo ai fini della violazione della normativa sul metodo IRB (art. 142 ss. CRR) e di quella sui requisiti patrimoniali (art. 92 ss. CRR) ma, anche, come irregolarità amministrativa, dal momento che, esponendo l'ente al rischio d'essere sotto-capitalizzato e, quindi, di non essere in grado di far fronte a eventuali perdite, si sostanzia in una condotta inefficiente e anti-economica.

⁶² Così, *ex multis*, G. BOCCUZZI, *La Crisi dell'Impresa Bancaria*, cit., 166; e R. COSTI, *op. cit.*, 774. In arg. v. A. MOLITERNI, *Vigilanza creditizia e diritto amministrativo nella fase di avvio della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2011, 1918 s.

scapito di quelli della banca stessa e delle minoranze. Le vicende di Carige integrano gli esempi appena proposti⁶³, avendo la banca subito un'accesa conflittualità tra azionisti, specie quelli di maggioranza, succedutisi nel tempo, e vertici aziendali, ripetutamente sostituiti negli ultimi anni e, infine, dimessisi in maggioranza nel dicembre 2018; conflittualità che, peraltro, ha ritardato se non addirittura bloccato importanti azioni di ristrutturazione della banca stessa, quali gli aumenti di capitale necessari a far fronte alle perdite e rispettare i relativi requisiti prudenziali o la dismissione di crediti deteriorati. Peraltro, l'ammontare considerevole di crediti deteriorati chiama in causa un'altra grave irregolarità nell'amministrazione: l'inefficienza nei meccanismi d'erogazione del credito data dall'inadeguatezza delle procedure interne, dalla presenza di personale incompetente, da politiche "allegre" d'erogazione dettate dalla dirigenza, da prestiti concessi a esponenti aziendali senza un'adeguata verifica del merito creditizio, *etc.*; «gravi anomalie nella gestione del credito» che, peraltro, hanno interessato anche Popolare di Bari⁶⁴.

Tornando al rapporto tra violazione di disposizioni legislative, regolamentari e statutarie e irregolarità amministrative, secondo un certo orientamento giurisprudenziale, «non occorre che siano individuate specificamente le norme violate, rilevando soltanto che siano individuate in modo chiaro e preciso condotte o circostanze di fatto contrastanti con una sana gestione dell'istituto di credito»⁶⁵. Un simile assunto lascia perplessi, posto che svincola il presupposto delle gravi violazioni di legge e pregiudica notevolmente il diritto di difesa di chi è interessato a impugnare il provvedimento di commissariamento basato su detto presupposto, costringendolo in ogni caso a contestare la riconducibilità della condotta censurata non a una precisa violazione di legge ma a una gestione non sana, irregolare; contestazione, questa, certamente più difficile, data la portata ampia, in un certo senso vaga e passibile di plurime interpretazioni dell'espressione "sana gestione".

Ciò detto sulle violazioni di disposizioni legislative, regolamentari e

⁶³ Ed ispirati a quanto scritto da G. BOCCUZZI, Il provvedimento di amministrazione straordinaria e la nomina degli organi straordinari, in *La Nuova Legge Bancaria*, vol. II, P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI (a cura di), Milano, 1996, 1143 s.

⁶⁴ V., a p. 14, la già citata audizione parlamentare di Banca d'Italia.

⁶⁵ Così C. Stato, 19 febbraio 2015, n. 835, cit., 270.

statutarie e sulle irregolarità amministrative, l'art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. b) individua un presupposto ulteriore rispetto a questi e nuovo agli occhi dell'interprete: il deterioramento particolarmente significativo della situazione della banca o del gruppo bancario. Non è pacifico che esso, oltre a costituire un presupposto per l'applicazione del *removal* e, *mutatis mutandis*, per misure meno invasive di questo⁶⁶, lo sia anche per il commissariamento: infatti, l'art. 70, co. 1, rinvia espressamente alle sole *violazioni* e *irregolarità* di cui all'art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. b) e non anche al significativo deterioramento della situazione dell'ente⁶⁷. A questo si aggiunga che né il dettato dell'art. 70 *ante* 2015 né quello dell'art. 57 della L. Bancaria del '36 facevano riferimento a tale presupposto.

Chi scrive ritiene che la nozione di violazioni e irregolarità di cui all'art. 70, co. 1 vada interpretata estensivamente, come comprensiva non solo delle gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari e statutarie e delle gravi irregolarità amministrative di cui all'art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. b), ma, più genericamente, di ogni stato di malversazione dell'ente considerato dalla norma anzidetta e, quindi, anche del deterioramento particolarmente significativo della situazione della banca. L'interpretazione appena proposta, seguita sia da Banca d'Italia⁶⁸ sia dalla giurisprudenza⁶⁹, pare coerente con l'impianto sistematico dell'intervento precoce⁷⁰, alla luce del quale sarebbe controproducente ritenere che l'Autorità, incapace di porre rimedio al grave deterioramento della situazione dell'ente attraverso il *power of removal* o altre misure meno invasive, non possa ricorrere al commissariamento per farvi fronte. *Contra*, però, si potrebbe sostenere che il legislatore abbia valutato *a priori* il deterioramento della situazione della banca come circostanza non così grave da dar luogo al

⁶⁶ V. infatti l'art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. a). In un'ottica comparatistica, l'art. 8, co. 2, *Ley 11/2015* dispone in maniera simile al Testo Unico ma più nel dettaglio: infatti, riprendendo l'art. 27, co. 1, BRRD, la normativa spagnola indica quali indizi della futura violazione dei requisiti prudenziali non solo un peggioramento della situazione dell'ente ma anche un deterioramento della liquidità, un aumento della leva finanziaria, un incremento dei crediti deteriorati, una concentrazione nelle esposizioni, *etc.*

⁶⁷ Così A. CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 559.

⁶⁸ V. il par. II.5.3 del Cap. II, Sez. I, Parte II della Circolare n. 269/2008.

⁶⁹ V. TAR Lazio, 1° febbraio 2017, n. 1627, cit., 97.

⁷⁰ In tal senso F. CAPRIGLIONE e I. SUPINO, *op. cit.*, 1001.

commissariamento: invero, quest'ultima tesi sembra difficilmente sostenibile alla luce del dato letterale dell'art. 69-*octiesdecies*, che fa riferimento a un deterioramento *particolarmente significativo*; tale tesi, inoltre, andrebbe a limitare, senza alcuna utilità pratica ai fini dell'attività di prevenzione di cui si è detto, la discrezionalità valutativa dell'Autorità e il suo *range* d'azione nel caso concreto.

Quanto poi al significato proprio dell'espressione "deterioramento particolarmente significativo della situazione della banca", la stessa pare sottendere a una o plurime anomalie tali da generare una situazione di crisi *diffusa* nei vari settori della vita dell'ente, sicché il deterioramento dovrà essere rapportato alla sua intera filiera operativa, non semplicemente a una singola attività (anche se, invero, la crisi di un singola area di *business* della banca, che risulti però strategica, ben potrebbe essere sufficiente a destabilizzare l'intero ente). Quanto detto, sul piano pratico, implica che tale presupposto abbia una portata applicativa residuale rispetto agli altri già analizzati e da analizzare: infatti, pare ragionevole aspettarsi che l'Autorità intervenga, anche con rimedi meno invasivi, ben prima del verificarsi di una simile situazione. Peraltro, nel caso in cui essa non fosse riuscita in detta opera di prevenzione, a fronte dell'onere motivazionale particolarmente gravoso richiesto per la dimostrazione del deterioramento particolarmente significativo della situazione della banca, potrebbe, più agevolmente, disporre il commissariamento sulla base di una o più delle anomalie che vanno a integrare detto presupposto, purché le stesse siano riconducibili a violazioni di legge, irregolarità nell'amministrazione o perdite del patrimonio e sempre che siano sufficientemente gravi.

Il presupposto in esame, poi, data la sua ampia portata e non specificando il legislatore da quali anomalie possa essere integrato, pare sgretolare le mura della tipicità dei presupposti del commissariamento, andando potenzialmente a ricomprendere anche situazioni non espressamente menzionate dal legislatore, quali la crisi finanziaria, di cui si dirà a breve. La scelta del legislatore di consentire all'Autorità d'intervenire anche in circostanze, in un certo senso, *atipiche*, ma che, in linea generale, compromettano la *viability* dell'ente, sembra dettata dalla presa di coscienza che la fenomenologia delle crisi bancarie è in costante evoluzione, con anomalie e criticità non solo non previste ma anche imprevedibili e sconosciute fino al momento del loro verificarsi: a riguardo, si potrebbe parlare di *unknown unknowns*, mutuando al

diritto bancario le celebri parole di Donald Rumsfeld⁷¹.

3.2. *Segue: crisi patrimoniale e crisi finanziaria*

Passando a esaminare gli altri presupposti, l'art. 70, co. 1 consente all'Autorità di commissariare una banca in caso di gravi perdite del patrimonio della stessa⁷², capaci di dar luogo a una crisi cd. "patrimoniale", ossia a uno squilibrio tra attivo e passivo di particolare rilevanza⁷³. Ai fini del commissariamento, non è necessario che le perdite si siano già verificate, essendo sufficiente che esse siano solo *previste*⁷⁴: ciò implica che l'Autorità potrà giocare d'anticipo ogni qualvolta ritenga probabile che si verifichino – gravi – perdite in capo a una banca. A riguardo, pare corretto parlare di *probabilità* che le perdite si verifichino, non di mera *possibilità*⁷⁵: in quest'ultimo caso, in ragione del principio di proporzionalità che permea il sistema dell'intervento precoce, l'Autorità potrà più opportunamente applicare misure meno invasive (ad es., ai sensi dell'art. 53-bis, co. 1, lett. d), TUB, Banca d'Italia potrà vietare la distribuzione degli utili, e lo stesso

⁷¹ In arg. v. V. DE SERIÈRE, Recovery and resolution plans of banks in the context of the BRRD and the SRMR: Fundamental issues, in *European Banking Union*, D. BUSCH e G. FERRARINI (a cura di), Oxford, II ed., 2020, 433 s., che evidenzia le criticità degli *unknown unknowns* in relazione alla redazione dei piani di risanamento e di risoluzione.

⁷² In arg. cfr. S. MACCARONE, La crisi delle banche dal Testo Unico alle nuove regole europee, in *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il "futuribile"*, A. BROZZETTI (a cura di), Milano, 2016, 123.

⁷³ Si riprende qui A. NIGRO, *Crisi e Risanamento delle Imprese*, cit., 29 e spec. nt. 28.

⁷⁴ Diversamente disponeva la L. Bancaria del '36 all'art. 57, co. 1, lett. b), dove ammetteva il commissariamento solo quando *risultavano* gravi perdite del patrimonio, non bastando che le stesse fossero solo previste (v. G.P. AUGENTI, *op. cit.*, 287; C.M. PRATIS, *op. cit.*, 306; e A. NIGRO, *Crisi e Risanamento delle Imprese*, cit., 29). Solo con il Testo Unico del '93, all'art. 70, co. 1, lett. b) il legislatore ha dato rilevanza anche alla mera previsione delle perdite e, così, alla possibilità di prevenirle attraverso l'amministrazione straordinaria, *de facto* anticipando di decenni la logica dell'intervento precoce (in arg. v. già O. CAPOLINO, G. COSCIA e E. GALANTI, *op. cit.*, 885). Peraltro, la scelta del legislatore del '93 ha subito incontrato il *favor* della giurisprudenza: v., *ex multis*, TAR Lazio, 20 marzo 1996, n. 429, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 740.

⁷⁵ In tal senso G. BOCCUZZI, *La Crisi dell'Impresa Bancaria*, cit., 163; nonché F. CAPRIGLIONE e I. SUPINO, *op. cit.*, 1000.

potrà fare la BCE ai sensi dell'art. 16, co. 2, lett. i), SSMR).

Si noti che «alle perdite viene data rilevanza prescindendo dalle loro cause ed in particolare dalle eventuali responsabilità degli organi amministrativi»⁷⁶, posto che scopo del commissariamento non è quello di sanzionare gli amministratori eventualmente responsabili ma ripristinare la normale operatività della banca e preservare la stabilità del sistema finanziario. Ciò non toglie, tuttavia, che le circostanze che hanno dato luogo alle perdite, incluse eventuali responsabilità del *management*, hanno massimo rilievo nel contesto delle valutazioni che l'Autorità è chiamata a effettuare sull'idoneità del commissariamento a riportare la banca in *bonis*, specie se gli eventi che hanno causato le perdite sono ancora *in fieri* e, quindi, potrebbero aggravarle. Laddove, *prima facie*, non emergano particolari profili di responsabilità degli amministratori, l'Autorità potrebbe optare per nominare un commissario in temporaneo affiancamento agli stessi, ai sensi dell'art. 75-bis TUB, o incaricare come commissari alcuni membri del precedente organo amministrativo⁷⁷, come è avvenuto con Carige⁷⁸.

Circa la *gravità* delle perdite, la relativa valutazione è rimessa alla discrezionalità tecnica dell'Autorità; valutazione che dev'essere particolarmente rigorosa laddove le perdite siano solo previste⁷⁹. Posto che l'art. 70 non indica dei precisi parametri quantitativi, l'entità delle perdite, per essere ritenuta grave, dev'essere tale da far temere per l'interesse dei depositanti e dei creditori⁸⁰ e, soprattutto, per la stabilità del sistema finanziario⁸¹. Invero, dei parametri quantitativi possono essere individuati nei già menzionati requisiti prudenziali in materia di capitale⁸² e, in particolare, nei coefficienti relativi alla composizione

⁷⁶ Così M. PORZIO, *op. cit.*, 84; e M. BOUCHÉ, *op. cit.*, 484.

⁷⁷ È quindi superato quell'orientamento giurisprudenziale – *i.e.*, C. Stato, 28 marzo 1990, n. 213, cit., 11 – che sanciva l'impossibilità di una compresenza attiva dei precedenti organi amministrativi durante il commissariamento.

⁷⁸ Scelta, questa, ritenuta contraddittoria rispetto alla *ratio* della normativa da D. ROSSANO, *Un sistema bancario in affanno. Brevi note sul caso Carige*, in *dirittobancario.it*, 3 s.

⁷⁹ Così TAR Sicilia, 8 settembre 2000, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 388. In arg. v. A. MINTO, *Le valutazioni della Vigilanza bancaria*, cit., *passim* e spec. 228 s.

⁸⁰ Così già G.P. AUGENTI, *op. cit.*, 287.

⁸¹ In tal senso già M. PORZIO, *op. cit.*, 85.

⁸² Così L. SEMINARA, *op. cit.*, 294; e A. MOLITERNI, *op. cit.*, 1919. A confermare la rilevanza dei requisiti prudenziali e dei relativi coefficienti in sede di valutazione

quantitativa e qualitativa dei fondi propri, del cd. “*Pillar 2 Requirement*” e delle riserve di capitale⁸³ che una banca dovrebbe soddisfare per far fronte efficacemente ai rischi connessi al proprio *business* e, quindi, alle eventuali perdite. I requisiti citati, pertanto, non assumono rilevanza solo alla luce del presupposto delle gravi violazioni di disposizioni legislative e regolamentari ma, anche, sotto quello delle gravi perdite patrimoniali. Più precisamente: se, in genere, le gravi violazioni di legge devono risultare per assumere rilievo ai fini del commissariamento e, laddove siano solo previste, possono comunque legittimare l’adozione di misure meno invasive; le gravi violazioni dei requisiti di capitale, invece, anche se previste, laddove prefigurino gravi perdite del patrimonio, ben potrebbero consentire all’Autorità di commissariare l’ente.

A conclusione dell’esame del presupposto della previsione di gravi perdite e del suo rapporto con quello delle gravi violazioni di disposizioni legislative e regolamentari, pare opportuna una precisazione: posto che la specifica determinazione di taluni requisiti di capitale e dei relativi coefficienti è demandata all’Autorità di vigilanza, viene da chiedersi se la loro violazione costituisca o meno una violazione di disposizione legislativa o, piuttosto, non sia riconducibile a una irregolarità nell’amministrazione. Invero, laddove il requisito sia previsto dalla legge come vincolante, come, ad es., il P2R⁸⁴, anche se determinato dall’Autorità, la sua violazione certamente assumerà rilievo ai fini del presupposto delle gravi violazioni di disposizioni legislative e regolamentari, oltre che di quello della previsione di gravi perdite. Diverso è, invece, il caso di violazione della cd. “*Pillar 2 Guidance*”: trattandosi questa di un *target* patrimoniale non vincolante finalizzato a rendere capace l’ente di affrontare futuri periodi di *stress*,

della gravità delle perdite, v., a p. 14, la già citata audizione di Banca d’Italia su Popolare di Bari; e, per quanto riguarda Carige, C. DIAS *et al.*, *Recent measures for Banca Carige from a BRRD and State Aid perspective*, 2019, 2, in europarl.europa.eu.

⁸³ Invero, la rilevanza delle riserve di capitale ai fini della valutazione della gravità delle perdite parrebbe essere esclusa dal par. 18 delle linee guida dell’ABE sui *trigger* dell’intervento precoce.

⁸⁴ Ma analogo discorso può farsi con riferimento al requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili (cd. “MREL”) determinato dall’Autorità di risoluzione, sulla cui recente riforma v. spec. A. BROZZETTI, *La Legislazione Bancaria Europea*, Milano, 2020, 149 ss.

la sua violazione non pare integrare una grave violazione di disposizione legislativa: infatti, «salva l'esigenza di rispettare i requisiti patrimoniali totali, l'eventuale disallineamento dai valori obiettivo non determina conseguenze immediate e automatiche e non costituisce, di per sé, una fattispecie sanzionabile ma induce la Vigilanza a valutare se rafforzare o comunque modificare l'azione correttiva intrapresa. Disallineamenti rispetto ai target di capitale sono in particolare consentiti in presenza di condizioni economiche o finanziarie avverse»⁸⁵. Ad ogni modo, la violazione della P2G in un periodo che non sia di *stress*, se sufficientemente critica, potrà rilevare come situazione di operatività non regolare e, quindi, come grave irregolarità nell'amministrazione, nonché ai fini della previsione delle gravi perdite se tale da far ritenere una prossima violazione dei requisiti di capitale vincolanti.

La crisi *patrimoniale* appena esaminata va tenuta concettualmente distinta dalla crisi *finanziaria*, caratterizzata, invece, da carenze di liquidità o dall'incapacità della banca di finanziarsi, tali da comprometterne la capacità d'adempiere alle proprie obbligazioni alla scadenza⁸⁶. Posto che tale situazione costituisce un presupposto per la risoluzione e per la liquidazione coatta ai sensi degli artt. 17, co. 2, lett. d), D.Lgs. n. 180/2015 e 18, co. 4, lett. c), SRMR, viene da chiedersi se il commissariamento possa essere *validamente ed efficacemente* disposto dall'Autorità per rimediare alla situazione suddetta o, meglio, per prevenirla.

Quanto alla validità del commissariamento disposto nei confronti di un ente che versi in una crisi finanziaria o vi sia prossimo, è necessario valutare se detta situazione sia riconducibile a uno dei presupposti previsti dal legislatore, in ragione del principio di tipicità che governa gli stessi e del silenzio del TUB a riguardo⁸⁷. L'interpretazione più convincente porta a ricondurre la crisi finanziaria al presupposto di portata ampia e multiforme del deterioramento particolarmente

⁸⁵ Così il par. II.4.6 del Cap. II, Sez. I, Parte II della Circolare n. 269/2008.

⁸⁶ Anche qui la definizione è ripresa da A. NIGRO, *Crisi e Risanamento delle Imprese*, cit., 29 e spec. nt. 28.

⁸⁷ Solo l'art. 98, co. 2, lett. b), TUB prende in considerazione tale situazione, consentendo il commissariamento della banca capogruppo quando la sottoposizione a fallimento, concordato, *etc.* di una delle società del gruppo possa alterare gravemente l'*equilibrio finanziario* del gruppo stesso.

significativo della situazione della banca di cui all'art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. *b*), ricomprendendovi anche il grave deterioramento della sua situazione *finanziaria*. Tale interpretazione è supportata dal tenore letterale dell'art. 28 BRRD – a cui l'art. 69-*octiesdecies* s'ispira – che si riferisce più specificamente al significativo deterioramento della situazione *finanziaria* di un ente⁸⁸. Si potrebbe obiettare che il legislatore italiano, in sede di trasposizione della BRRD, abbia volutamente ommesso l'aggettivo *de quo* onde escludere il tipo di crisi in esame dai possibili presupposti del commissariamento: tale tesi pare poco convincente e, infatti, *a contrariis*, si potrebbe argomentare che il legislatore abbia ommesso l'aggettivo “finanziaria” per non limitare l'azione dell'Autorità a questa singola ipotesi, ma renderla possibile anche in una pluralità di altre situazioni⁸⁹.

La soluzione proposta è soddisfacente sul piano teorico ma meno su quello pratico. Essa, infatti, preclude all'Autorità la possibilità di agire in via preventiva, quando una crisi finanziaria è solo prevista: infatti, l'espressione “deterioramento” è indicativa di una situazione di crisi già cominciata, attuale e *in fieri*⁹⁰. Sul piano del risultato pratico, la soluzione più conveniente sarebbe data da un'interpretazione estensiva del concetto di “gravi perdite del patrimonio”, riconducendo a detta ipotesi anche la crisi finanziaria e consentendo così all'Autorità

⁸⁸ In tal senso, peraltro, dispongono anche altri ordinamenti europei: il *Financial Services and Markets Act* inglese, alla sez. 71D, co. 1, lett. *a*), si riferisce a un *significant deterioration* della *financial situation* dell'ente. La normativa spagnola, all'art. 70, co. 1, lett. *b*), *Ley 10/2014*, fa riferimento a una situazione *de excepcional gravedad y que pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia*. L'ordinamento tedesco, come anticipato, alla sez. 45c KWG, pare consentire all'Autorità di nominare un *Sonderbeauftragter* anche in presenza di circostanze atipiche, crisi finanziaria inclusa; inoltre, alla sez. 38, co. 1, SAG, consente la nomina di un *Vorläufiger Verwalter* nel caso in cui l'applicazione del *power of removal* e delle altre misure d'intervento precoce non sia idonea a porre rimedio a una *signifikant verschlechterte wirtschaftliche Situation des Instituts*, espressione questa che pare capace di comprendere sia una situazione di crisi patrimoniale sia una di crisi finanziaria.

⁸⁹ Peraltro, anche la Circolare n. 269/2008 si riferisce quasi sempre al deterioramento particolarmente significativo della situazione della banca, riprendendo l'espressione di portata generale del TUB. Non mancano però casi in cui fa riferimento anche al deterioramento, più specificatamente, della situazione *finanziaria* (v. ad es., la nt. 28 del par. II.5.3, Cap. II, Sez. I, Parte II)

⁹⁰ In arg. v. A. CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 559.

d'intervenire anche quando questa è solo prevista. Vero è, però, che *perdite del patrimonio, illiquidità e incapacità di finanziarsi* (tratti, questi ultimi, caratteristici di una crisi finanziaria) non sono certo sinonimi, sicché una simile interpretazione, pur conveniente, è facilmente opinabile.

La crisi finanziaria può poi essere ricondotta al presupposto delle gravi violazioni di disposizioni legislative e regolamentari laddove la banca non rispetti il requisito in materia di copertura della liquidità, il requisito di finanziamento stabile o l'eventuale requisito di liquidità addizionale e i relativi coefficienti⁹¹. Si potrebbe argomentare che anche detta soluzione sia poco soddisfacente dal punto di vista del risultato, posto che l'Autorità può commissariare l'ente solo quando *risultano* gravi violazioni di disposizioni legislative e regolamentari, non anche quando sono solo previste. Invero, sia il requisito in materia di copertura della liquidità sia il requisito di finanziamento stabile sono strutturati in un'ottica previsionale: infatti, il primo mira ad «assicurare che gli enti mantengano livelli di riserve di liquidità adeguati per far fronte a eventuali squilibri tra gli afflussi e i deflussi in condizioni di forte stress per un periodo di trenta giorni» (art. 412, co. 1, CRR); il secondo «che le attività a lungo termine e gli elementi fuori bilancio siano adeguatamente soddisfatti con una serie di strumenti di finanziamento stabile sia in condizioni normali che in condizioni di stress» (art. 413, co. 1, CRR). Pertanto, la loro violazione da parte della banca, se grave, consente comunque all'Autorità di commissariarla, in un certo senso, in via preventiva.

Per completezza, infine, va considerato come una situazione in cui una banca non riesca ad adempiere alle proprie obbligazioni alla scadenza, perché illiquida o incapace di finanziare il proprio debito, è sinonimo di una operatività non regolare, sicché può essere ricondotta anche al presupposto delle gravi irregolarità amministrative. Seguendo una interpretazione più estensiva del presupposto citato, peraltro, anche il mero rischio d'inadempimento potrebbe essere considerato situazione d'irregolarità, con la conseguenza che, qualora lo stesso si manifesti in maniera sufficientemente grave, l'Autorità potrebbe commissariare

⁹¹ Sulla rilevanza della violazione dei requisiti di liquidità ai fini dell'intervento precoce, v. ABE, *Orientamenti sulle condizioni che attivano il ricorso all'intervento precoce*, cit., par. 18.

l'ente in chiave preventiva. Non solo: generalmente, una situazione di crisi finanziaria, oltre a essere essa stessa qualificabile come situazione d'irregolarità, è diretta conseguenza di gravi irregolarità nell'amministrazione (*in primis* nella gestione degli impieghi) e, pertanto, l'Autorità potrebbe disporre il commissariamento al verificarsi di dette irregolarità per prevenire la crisi finanziaria stessa⁹².

Infine, come si dirà, l'Autorità può disporre il commissariamento di un ente che versi in difficoltà finanziarie se le stesse sono poste a fondamento dell'istanza di commissariamento proveniente dall'organo amministrativo o dall'assemblea straordinaria dell'ente stesso.

Chiarito che l'Autorità può commissariare una banca che versi in difficoltà finanziarie o che vi sia prossima, viene da chiedersi se il commissariamento sia davvero una soluzione efficace. Sebbene il considerando n. 40 BRRD individui proprio nel ripristino dell'equilibrio finanziario dell'ente una delle funzioni caratteristiche degli amministratori temporanei, per rispondere adeguatamente all'interrogativo proposto, va operata una distinzione tra le cause che, in concreto, possono portare alla situazione di crisi. Se le difficoltà finanziarie sono il risultato di *mala gestio*, dell'inefficienza delle procedure relative alla gestione della liquidità o dell'incapacità del *management* di porre in essere meccanismi di finanziamento adeguati, allora il commissariamento (e, quindi, una riorganizzazione dei processi e dei meccanismi suddetti) può risultare particolarmente utile se non addirittura necessario. Se, invece, la crisi è dovuta a fattori esterni, quale una situazione di crisi generale del settore bancario, allora il commissariamento potrebbe risultare inutile o addirittura dannoso, alimentando la sfiducia del mercato verso la banca: in tal caso, verosimilmente, saranno prese in considerazione misure meno invasive ma più efficaci per il caso concreto, quali la cd. "*emergency liquidity assistance*" e, nel caso, la nomina di un commissario in temporaneo affiancamento ai sensi dell'art. 75-bis TUB per monitorare lo stato dell'ente dall'interno.

Infine, va sottolineato come, in ogni caso, l'intervento dell'Autorità

⁹² Il caso di Banca MB, commissariata nel 2009 anche per un'espansione incontrollata degli impieghi che la aveva esposta a notevoli tensioni sul piano della liquidità (v. C. Stato, 20 dicembre 2012, n. 6583, cit., 153), è un chiaro esempio di quanto scritto.

deve essere tempestivo⁹³ in ragione della gravità di una situazione di difficoltà finanziaria e del suo carattere potenzialmente *disruptive*⁹⁴: un intervento a crisi avanzata potrebbe essere inefficace o anche valutato come inutile dall’Autorità, non lasciando altra strada percorribile se non la risoluzione o la liquidazione coatta dell’ente.

3.3. *Segue: l’istanza di auto-commissariamento*

Venendo all’esame dell’ultimo dei presupposti, ossia l’istanza di commissariamento proveniente dall’organo amministrativo o dall’assemblea straordinaria della banca stessa, questo non è contemplato dalla BRRD ma solo dall’art. 70, co. 1, TUB⁹⁵. Sebbene detto presupposto costituisca uno degli esempi più significativi di *favor* del legislatore verso una cooperazione effettiva tra Autorità e banca, nell’interesse di quest’ultima e della stabilità del sistema finanziario; nonostante ciò, pare improbabile che gli organi dell’ente, non essendovi obbligati, formulino istanza di commissariamento, sicché la fattispecie in esame risulta svilita a ipotesi quasi di scuola⁹⁶. Peraltro, una situazione in cui potrebbe ragionevolmente essere proposta istanza di

⁹³ In arg. v. G. MARTINA, *Note sparse intorno ad un caso di amministrazione straordinaria di banca*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, 161.

⁹⁴ Il recente caso di ABLV Bank è esemplificativo di quanto appena affermato: v. BCE, *‘Failing or Likely to Fail’ Assessment of ABLV Bank*, AS, 23 Febbraio 2018, in *bankingsupervision.europa.eu*; nonché D. SINGH, *European Cross-Border Banking and Banking Supervision*, Oxford, 2020, 175 ss.

⁹⁵ E già dall’art. 70, co. 1, lett. c), TUB *ante* 2015 e dalla L. Bancaria del ’36, all’art. 57, co. 1, lett. c). Peraltro, il presupposto in esame non è un’esclusiva dell’ordinamento italiano, essendo previsto anche dall’art. L612-34, co. 1, del *Code Monétaire* e dall’art. 71, co. 2, *Ley 10/2014*. Quest’ultimo articolo, peraltro, prevede che il commissariamento possa essere disposto dall’Autorità sulla base di una *petición fundada* proveniente non solo dagli amministratori, ma anche dall’organo di controllo interno o da una minoranza qualificata dei soci: il novero di soggetti ammessi a proporre l’istanza è, quindi, più ampio di quello previsto dal TUB, che non prende in considerazione l’organo di controllo né aggregazioni di soci, se non all’art. 70, co. 7, nei termini in cui si dirà a breve.

⁹⁶ Così L. SEMINARA, *op. cit.*, 291; M. PORZIO, *op. cit.*, 86; e G.P. AUGENTI, *op. cit.*, 289. *Contra*, invece, A. NIGRO, *Crisi e Risanamento delle Imprese*, cit., 27 e spec. nt. 16, che ricorda il noto caso di Banco Ambrosiano, commissariato nel giugno 1982 su richiesta dello stesso organo amministrativo e, pochi mesi dopo, sottoposto a liquidazione coatta: in arg. v. A. PATRONI GRIFFI, *Le crisi bancarie: il caso Ambrosiano*, in *Banche in Crisi 1960-1985*, cit., 136 ss. e spec. 139.

commissariamento è quella in cui l'organo amministrativo, rinnovato in tutti o nella maggior parte dei suoi membri, si trovi nell'incapacità di far fronte alla situazione di crisi prodotta dalla precedente gestione, sicché, onde evitare eventuali profili di responsabilità proseguendo nell'amministrazione della banca, chiederà l'intervento dell'Autorità (l'ipotesi appena formulata è ispirata al caso di Carige, dove non vi è stata un'istanza ma le dimissioni della maggioranza dei membri dell'organo amministrativo, le quali, *mutatis mutandis*, ne hanno sortito lo stesso effetto).

Sempre in relazione all'istanza dell'organo amministrativo, viene da chiedersi se, in presenza di una situazione di crisi particolarmente grave, gli amministratori non siano tenuti a attivarsi per la proposizione dell'istanza sulla base del disposto dell'art. 2392, co. 2, c.c., se questa cioè possa rientrare tra quanto gli amministratori potevano fare per impedire il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose dei fatti pregiudizievoli di cui erano a conoscenza. Il dubbio diviene ancora più fondato se si guarda alla peculiare posizione degli amministratori non esecutivi, ai quali, come è noto, sono richiesti dall'Autorità di vigilanza e dalla giurisprudenza un'attività di controllo e una proattività nel far fronte alle situazioni di crisi particolarmente intensi⁹⁷. Ciò premesso, nel caso in cui una banca sia commissariata su iniziativa dell'Autorità, ammettere che la condotta degli amministratori che non si siano attivati per la proposizione dell'istanza *de quo* sia censurabile implicherebbe che gli stessi fossero tenuti a pronosticare l'eventuale giudizio dell'Autorità sull'idoneità del commissariamento

⁹⁷ V., *ex multis*, Cass., 5 maggio 2013, n. 2737, in *Giur. comm.*, 2015, II, 24 ss., con nota di A. MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*, 27 ss.; Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Giur. comm.*, 2017, II, 546 ss., con nota di F. RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di «sistema»?», 549 ss. e spec. 554-556; Cass., 29 ottobre 2018, n. 27365, in *Società*, 2019, 187 ss., con nota di M. DE POLI, *De iure belli, ovvero, dell'obbligo di agire informato degli amministratori non esecutivi di banca*, 188 ss. e spec. 191 s.; Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2021, n. 2620, in *Società*, 2021, 559 ss., con nota di M. DE POLI, *“Segnali di allarme” e responsabilità degli amministratori non esecutivi di banca*, 561 ss.; e recentemente P. MONTALENTI e F. RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi*, in *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali: Profili sostanziali e processuali*, M. DE POLI e G. ROMAGNOLI (a cura di), Pisa, 2020, 96-99.*

a rimediare alla crisi. Invero, come sopra scritto, detto giudizio è di pertinenza esclusiva dell’Autorità ed è caratterizzato da un alto grado di discrezionalità: tali ragioni, unitamente all’assenza di casistica giurisprudenziale in merito, portano a escludere che gli amministratori siano *tenuti* a formulare l’istanza di commissariamento. Peraltro, anche ammettendo che la loro inerzia sia censurabile, sul piano pratico, tale addebito assumerebbe scarso rilievo: essendo il commissariamento un’*extrema ratio*, censurare la condotta degli amministratori che non si siano attivati per la presentazione dell’istanza implicherebbe che gli stessi, se in carica da tempo, non abbiano svolto a monte un’attività di prevenzione e di pronto intervento utile a arginare l’acuirsi della situazione di crisi o che la abbiano svolta inefficacemente, sicché il non essersi attivati per la presentazione dell’istanza avrebbe un ruolo marginale nella valutazione complessiva della loro condotta. Per completezza, poi, va notato come, *a contrariis*, potrebbe essere oggetto di censura la condotta degli amministratori che, invece, si siano subito attivati per chiedere il commissariamento senza prima esaminare la fattibilità di rimedi meno drastici (una simile condotta potrebbe essere sinonimo di negligenza).

Ciò premesso e nella consapevolezza che non è questa la sede per formulare ipotesi *de iure condendo*, una soluzione per incentivare un utilizzo proficuo dell’istanza in esame potrebbe essere quella di prevedere specifiche forme d’esonero dalla responsabilità per i membri dell’organo amministrativo che si facciano promotori della stessa, ad es., per i fatti pregiudizievoli, quali nuove perdite, verificatisi dopo la formulazione dell’istanza e che non conseguano a scelte gestionali poste in essere prima della formulazione della stessa⁹⁸.

Così come gli altri presupposti finora esaminati, nemmeno l’istanza di commissariamento dell’organo amministrativo o dell’assemblea straordinaria dell’ente obbliga l’Autorità ad agire. Peraltro, l’art. 70, co. 1 impone che l’istanza sia *motivata*: è sulla base di tale motivazione nonché sulle ulteriori informazioni eventualmente raccolte attraverso i propri poteri investigativi che l’Autorità valuterà se e come intervenire,

⁹⁸ La soluzione, com’è evidente, è ispirata dall’art. 14 D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (il nuovo Codice della Crisi dell’Impresa), disposizione dal contenuto sensibilmente diverso ed appartenente ad un altro comparto dell’ordinamento ma anch’essa volta a prevenire l’acuirsi di una crisi attraverso sistemi di segnalazione e misure premiali.

nel caso anche con misure meno o più invasive del commissariamento.

Peraltro, l'obbligo di motivazione dell'istanza lascia intendere che essa non sia di per sé un presupposto autonomo e da solo sufficiente per il commissariamento⁹⁹: devono necessariamente sussistere ed essere indicate nell'istanza criticità tali da rendere necessaria e utile tale misura. In dottrina non è pacifico se l'istanza debba fare riferimento a criticità riconducibili ai presupposti del commissariamento finora esaminati o possa individuare anche anomalie *atipiche*, erodendo così la tassatività delle situazioni elencate all'art. 70, co. 1: più precisamente, il problema non è tanto se l'istanza possa fare riferimento a circostanze atipiche ma se l'Autorità possa intervenire sulla base di circostanze atipiche individuate dall'istanza stessa. Pare condivisibile la tesi¹⁰⁰ secondo cui l'Autorità può disporre il commissariamento dell'ente solamente sulla base dei presupposti *tipici* se agisce di propria iniziativa, e che, invece, può disporlo anche sulla base di circostanze *atipiche* se la sua iniziativa è stata stimolata dall'istanza dell'organo amministrativo o dell'assemblea straordinaria dell'ente (sempre che dette circostanze siano individuate dall'istanza stessa). Se, invece, l'Autorità fosse legittimata a commissariare l'ente solo al ricorrere delle violazioni o delle irregolarità di cui all'articolo 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. *b*) o alla previsione di gravi perdite, non si comprenderebbe la ragione per la quale il legislatore abbia elevato l'istanza in esame al rango di presupposto del commissariamento. La stessa, se non fosse dotata di una qualche peculiarità, quale la possibilità d'individuare circostanze atipiche, non avrebbe ragione d'essere annoverata tra i presupposti del commissariamento e finirebbe per essere assimilabile a qualunque altro tipo di segnalazione inoltrata all'Autorità, ad es., da azionisti di minoranza o da creditori allarmati¹⁰¹.

Va poi notato come, considerata l'ampia portata dei presupposti tipizzati dal legislatore, pare improbabile che gli organi della banca proponenti l'istanza individuino situazioni di crisi non riconducibili a

⁹⁹ Così, *ex multis*, F. CAPRIGLIONE e I. SUPINO, *op. cit.*, 1001; e già A. NIGRO, *Crisi e Risanamento delle Imprese*, cit., 27. Cfr. poi O. CAPOLINO, G. COSCIA e E. GALANTI, *op. cit.*, 886.

¹⁰⁰ Di R. COSTI, *op. cit.*, 773.

¹⁰¹ In tal senso già M. SPINELLI e G. GENTILE, *op. cit.*, 159; M. PORZIO, *op. cit.*, 86 s.; G. RESTUCCIA, *op. cit.*, 62-64; e C.M. PRATIS, *op. cit.*, 306-308. *Contra*, invece, G.P. AUGENTI, *op. cit.*, 288 s.

quelle già tipizzate nel TUB¹⁰²: un esempio potrebbe essere dato dalla crisi finanziaria dell'ente anche se essa, come s'è visto, può essere ricondotta agli altri presupposti già esaminati. Ad ogni modo, l'istanza, anche laddove non individui circostanze atipiche ma faccia riferimento a uno o più dei presupposti tipici, è comunque utile all'Autorità per valutare la gravità della situazione¹⁰³.

Infine, pare opportuno un confronto tra istanza di commissariamento e quanto previsto dall'art. 70, co. 7, TUB. Il comma citato, dopo aver sancito l'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. alle banche, prende in considerazione il caso in cui l'organo di controllo o i soci che il Codice Civile o lo statuto abilitano ad agire *ex art.* 2409 c.c. inoltrino all'Autorità una segnalazione circa il loro fondato sospetto che i soggetti con funzioni d'amministrazione, in violazione dei propri doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione e che queste possano recare danno alla banca o a una o più sue controllate. In tal caso, non v'è un'istanza di commissariamento ma una mera segnalazione in cui, eventualmente, possono essere prospettati anche altri rimedi, che, ad ogni modo, l'Autorità non è obbligata ad adottare, dovendo solo decidere sul punto con provvedimento motivato¹⁰⁴.

Sebbene l'oggetto della segnalazione sia circoscritto alle «gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alla banca o ad una o più società controllate», nulla impedisce ai soci o all'organo di controllo di segnalare anche altri tipi di criticità, specie eventuali perdite. Anzi, l'organo di controllo è *obbligato* a inoltrare tali segnalazioni tempestivamente: infatti, nonostante l'art. 70, co. 7 preveda che l'organo di controllo *possa* denunciare i fatti suddetti all'Autorità, l'art. 52, co. 1 prevede un vero e proprio dovere di segnalazione, stabilendo che l'organo «informa senza indugio» l'Autorità di vigilanza «di tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti

¹⁰² Così G. BOCCUZZI, *La Crisi dell'Impresa Bancaria*, cit., 170.

¹⁰³ In tal senso C.M. PRATIS, *op. cit.*, 308.

¹⁰⁴ In arg. v. R. SACCHI, *La tutela delle minoranze nelle società bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 710; e A. NIGRO, sub *art.* 70, cit., 634. Cfr. N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 747 s., che considera la segnalazione di cui all'art. 70, co. 7 come un *tertium genus*, ossia una procedura non chiaramente delineata e sostitutiva sia di quella di cui all'art. 2409 c.c. sia del commissariamento.

l'attività bancaria». Come anticipato, diversamente da quanto previsto all'art. 69-*octiesdecies*, co. 1, lett. *b*), qui il legislatore ha mantenuto il riferimento alle sole norme disciplinanti l'*attività bancaria*: invero, seguendo l'interpretazione estensiva sopra proposta, dovrà essere segnalata la violazione di qualsiasi disposizione che direttamente o indirettamente regola le diverse attività svolte dalla banca¹⁰⁵.

Quanto al fine del co. 7 dell'art. 70, si potrebbe ritenere che la norma vada a tutelare anche gli interessi dei soci che eventualmente abbiano inoltrato la segnalazione: va però osservato che essi possono segnalare le gravi irregolarità gestionali «che possano arrecare danno alla banca o a una o più società controllate», non esclusivamente ai loro personali interessi. Pertanto, essi riceveranno tutela fintanto che i propri interessi coincidano con quelli della banca e con gli obiettivi dell'azione di vigilanza¹⁰⁶: il fine della disposizione in esame, infatti, è sempre quello di garantire la sana e prudente gestione dell'ente, stimolando un intervento tempestivo dell'Autorità in presenza di criticità.

4. *Compiti e poteri dei commissari*

Ciò detto sui presupposti del commissariamento, va sottolineato come l'accertamento della loro sussistenza e, in generale, delle anomalie che pregiudicano la regolare operatività dell'ente non sia limitato alla fase d'avvio della procedura ma prosegua per tutta la sua durata: infatti, l'art. 72, co. 1-*bis*, TUB affida ai commissari il compito di accertare la situazione aziendale della banca¹⁰⁷; accertamento che, pertanto, è strettamente collegato alle indagini dell'Autorità¹⁰⁸ ma, rispetto a queste, è più approfondito dal momento che, come si dirà, i commissari sono investiti anche di poteri gestori¹⁰⁹.

L'accertamento della situazione aziendale è finalizzato, *in primis*, a

¹⁰⁵ In arg. v. F. RIGANTI, *Il Sistema dei Controlli Interni nelle Banche*, cit., 60 e spec. nt. 51; e E. PEDERSOLI, *Il Collegio Sindacale nelle Società per Azioni Bancarie*, Milano, 2018, 251 ss.

¹⁰⁶ Sul punto v. G. BOCCUZZI, *La Crisi dell'Impresa Bancaria*, cit., 217 s.; R. SACCHI, *op. cit.*, 711; nonché R. COSTI, *op. cit.*, 793 s., critico sull'affidamento della tutela degli interessi dei soci all'Autorità di vigilanza anziché a quella giudiziaria.

¹⁰⁷ In una situazione di *continuità* della stessa: così B. INZITARI, *Banca Popolare di Bari e disciplina degli aiuti di Stato*, in *dirittobancario.it*, 2.

¹⁰⁸ Così F. CAPRIGLIONE e I. SUPINO, *op. cit.*, 1011 s.

¹⁰⁹ In tal senso G. BOCCUZZI, *La Crisi dell'Impresa Bancaria*, cit., 180-182.

verificare la reversibilità o l'irreversibilità della situazione di crisi: infatti, fatti già valutati come *gravi* ai fini del commissariamento dell'ente potrebbero, a seguito dell'esame più approfondito e diretto dei commissari, essere rivalutati come *di eccezionale gravità*¹¹⁰. L'accertamento è poi funzionale all'assolvimento degli altri compiti individuati dall'art. 72, co. 1-*bis* e, eventualmente, dal provvedimento di nomina: la riforma del 2015, infatti, ha *de-tipizzato*¹¹¹ i compiti dei commissari, consentendo all'Autorità di individuarne di ulteriori rispetto a quelli previsti dal TUB o, anche, di limitarli. Ad es., l'Autorità di vigilanza – di concerto con quella di risoluzione – potrebbe attribuire ai commissari il compito di valutare l'attuabilità del piano di risoluzione e di preparare il terreno alla risoluzione dell'ente (o alla sua liquidazione) per l'ipotesi in cui l'accertamento della situazione aziendale rilevasse una crisi irreversibile¹¹². In tal caso, il commissariamento diverrebbe un'*anticamera* della liquidazione o della risoluzione¹¹³.

Ciò premesso, la natura primaria di misura di vigilanza del commissariamento non va sminuita: se, infatti, i compiti tipici, di cui all'art. 72, co. 1-*bis*, di *rimuovere le irregolarità* e di *promuovere soluzioni utili nell'interesse dei depositanti* hanno un carattere ambivalente, potendo essere volti sia al ripristino della *viability* dell'ente sia alla preparazione della sua uscita dal mercato, la riforma del 2015, introducendo il compito di *promuovere soluzioni utili nell'interesse della sana e prudente gestione*, ha sancito il fine caratteristico della procedura, ossia ripristinare e garantire la normale operatività della banca, ferma l'esigenza di preservare la stabilità del

¹¹⁰ Così già C. Stato, 22 aprile 1980, n. 452 e C. Stato, 31 maggio 1984, n. 409, entrambi in O. CAPOLINO, *op. cit.*, 10 s.; nonché G. BOCCUZZI, *La Crisi dell'Impresa Bancaria*, cit., 182.

¹¹¹ Così R. CERCONE, *op. cit.*, 509.

¹¹² Guardando ancora all'ordinamento tedesco, come anticipato, l'Autorità può stabilire che il *Sonderbeauftragter* possa preparare uno schema di risoluzione: v. la sez. 45c, co. 2, pt. 9, KWG; e M. SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks*, cit., 203.

¹¹³ R. CERCONE, *op. cit.*, 509, afferma che dalla *de-tipizzazione* dei compiti dei commissari discenda una *multifunzionalità aperta* della procedura in esame. Con riferimento a Popolare di Bari, v. poi B. INZITARI, *Misure per il sostegno del sistema creditizio del Mezzogiorno, d.l. 16 dicembre 2019 n. 142: Banca Popolare di Bari e disciplina degli aiuti di Stato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 299.

sistema finanziario¹¹⁴.

Al fine di svolgere i compiti loro assegnati, ai sensi dell'art. 72, co. 1, ai commissari sono attribuiti tutti i poteri e le funzioni dell'organo amministrativo ai sensi del Codice Civile, dello statuto e delle altre leggi applicabili. Il provvedimento di nomina può specificare e, quindi, *limitare* detti poteri e funzioni: la scelta del legislatore di consentire all'Autorità di limitarli e non anche di ampliarli – come invece può fare rispetto ai compiti – pare coerente con il dettato dell'art. 29, co. 2, BRRD, laddove sancisce che i poteri dell'amministratore temporaneo possono comprendere *alcuni o tutti* i poteri dell'organo di amministrazione previsti dalla legge e dallo statuto; nonché con il co. 8 dell'articolo citato, ai sensi del quale la nomina dell'amministratore temporaneo lascia impregiudicati i diritti degli azionisti a norma del diritto societario nazionale e dell'Unione.

Pertanto, la precisa individuazione delle funzioni e dei poteri dei commissari è necessaria laddove essi siano nominati in temporaneo affiancamento all'organo amministrativo *ex art. 75-bis*, co. 1, TUB, onde prevenire eventuali conflitti tra commissari e amministratori¹¹⁵. Invece, in caso di commissariamento vero e proprio, una limitazione ai poteri e alle funzioni dei commissari rispetto a quelli previsti dalla legge e dallo statuto, può generare perplessità, almeno sul piano teorico, non essendo chiaro da chi i poteri e le funzioni da loro non esercitabili

¹¹⁴ Guardando all'ordinamento inglese, il *Financial Services and Markets Act*, dispone in modo simile al TUB ma con un maggiore grado di dettaglio: infatti, la sez. 71C, al co. 4, sancisce che i compiti del *temporary manager* sono specificati nel provvedimento di nomina e, al co. 5, elenca alcuni compiti che il provvedimento può prevedere, tra cui l'accertamento della situazione finanziaria dell'ente, la gestione di tutto o parte del suo *business* per preservarne o ripristinarne la situazione finanziaria, l'adozione di misure idonee a ripristinarne la sana e prudente gestione e l'esercizio dei compiti caratteristici degli amministratori. In particolare, l'attribuzione del compito di gestire il *business* dell'ente in chiave conservativa o ripristinatoria della sua situazione finanziaria è indicativa dell'indirizzo che potrà assumere il commissariamento: infatti, laddove al *temporary administrator* sia attribuito il compito di dirigere la banca al fine di riportarne *in bonis* la posizione finanziaria, la procedura avrà certamente natura di misura di vigilanza; laddove, invece, la gestione debba perseguire un fine conservativo, la procedura potrà avere sia natura di misura di vigilanza, volta a evitare il deterioramento della banca e a mantenerla operativa, sia di *anticamera* dell'uscita della stessa dal mercato, conservandone le risorse per la futura migliore soddisfazione dei creditori.

¹¹⁵ In arg. v. L. SCIPIONE, op. cit., 441.

saranno svolti, posto che l'organo amministrativo è stato sciolto¹¹⁶.

Taluni limiti ai poteri dei commissari sono previsti già dallo stesso art. 72, che subordina alla previa autorizzazione dell'Autorità la convocazione dell'assemblea, inclusa quella volta a deliberare un eventuale aumento di capitale¹¹⁷, nonché l'esperimento dell'azione di responsabilità nei confronti dei *disciolti* organi amministrativi e di controllo, del direttore generale e del revisore¹¹⁸. Limite analogo è poi previsto dall'art. 74, co. 1 per la sospensione dei pagamenti, anch'essa soggetta alla previa autorizzazione dell'Autorità. Inoltre, sempre nell'ottica di garantire un intervento proporzionato alla situazione, l'art. 72, co. 4 consente all'Autorità di stabilire, nell'atto di nomina o successivamente tramite istruzioni, che determinati atti dei commissari siano sottoposti a una sua previa autorizzazione, nonché d'imporre specifiche cautele e limitazioni nella gestione della banca.

In conclusione, è evidente come il legislatore abbia notevolmente ampliato la discrezionalità dell'Autorità per consentirle di modulare al meglio e nel massimo rispetto del principio di proporzionalità il ruolo dei commissari rispetto alla situazione che dovranno affrontare,

¹¹⁶ Così R. CERCONE, op. cit., 509.

¹¹⁷ L'aumento di capitale non può essere disposto *de imperio* dai commissari: in arg. v. C. Giust. CEE, 12 marzo 1996, Causa C-441/93 *Pafitis e a.*, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1996, I, 1363 ss., che aveva ritenuto contraria al diritto europeo la disciplina greca sul commissariamento delle banche laddove consentiva ai commissari di sostituirsi all'assemblea e disporre coattivamente l'aumento di capitale: infatti, la Direttiva 77/91/CEE, all'art. 25, co. 1, sanciva che gli aumenti di capitale nelle società azionarie «sono decisi dall'assemblea dei soci» e, allo stesso modo, oggi dispone la Direttiva (UE) 2017/1132 all'art. 68, co. 1. Invero, tale orientamento pare in parte superato dalla stessa Corte che, ora, ritiene ammissibile una misura «adottata in una situazione di grave perturbamento dell'economia e del sistema finanziario di uno Stato membro che minacci la stabilità finanziaria dell'Unione, e avente come effetto un aumento del capitale di una società per azioni, senza il consenso dell'assemblea»: così il *decisum* di C. Giust. UE, 8 novembre 2016, Causa C-41/15 *Dowling e a.*, in *curia.europa.eu*. In arg. v. E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, Torino, 2017, 75-80.

¹¹⁸ L'aggettivo “disciolti”, di cui all'art. 72, co. 5, va interpretato estensivamente, onde consentire ai commissari di esperire l'azione di responsabilità non solo nei confronti dei membri dell'organo amministrativo e di quello di controllo in carica al momento del commissariamento e rimossi dall'Autorità ma anche nei confronti di tutti i membri degli organi suddetti cessati dalle loro funzioni e ritenuti responsabili dello stato di crisi: v. Cass., 21 novembre 2016, n. 23632, in *Società*, 2017, 107; e Cass., 12 giugno 2007, n. 13765, in *Foro It.*, 2008, 1584 s.

nell'ottica di riportare la banca *in bonis* preservando la stabilità del sistema finanziario e, in subordine, ove ciò non sia possibile, di preparare il terreno alla liquidazione coatta o alla risoluzione.

5. Note conclusive sul rapporto tra commissariamento e potere di conversione e riduzione di strumenti di capitale e passività ammissibili

Finalità ed esito del commissariamento possono non coincidere: può accadere che i commissari accertino una situazione più grave di quella rilevata dall'Autorità, *di dissesto o di rischio di dissesto*¹¹⁹, e che ogni tentativo da loro esperito sia inefficace¹²⁰. In tal caso, allora, il commissariamento non potrà che assumere quel ruolo controverso di *anticamera* della liquidazione coatta o della risoluzione.

Pare necessaria una precisazione in relazione al commissariamento per perdite: in tal caso, laddove la procedura non riesca a riportare la banca *in bonis* e la banca ormai versi in una situazione di dissesto o di rischio di dissesto, un'ultima arma per scongiurare l'avvio della liquidazione coatta o della risoluzione è data dall'esercizio del potere di riduzione e conversione di strumenti di capitale e passività ammissibili di cui agli artt. 27 ss. D.Lgs. n. 180/2015 e 21 SRMR¹²¹. Detto potere, che può essere esercitato sia in un'azione di risoluzione sia all'infuori della stessa, si sostanzia nella svalutazione delle azioni e nella svalutazione o conversione in azioni di altri strumenti di capitale e passività subordinate dell'ente per assorbirne le perdite¹²², senza che sia necessario alcun consenso dei soggetti che ne sono pregiudicati.

¹¹⁹ V. gli artt. 17, co. 2, D.Lgs. n. 180/2015 e 18, co. 4, SRMR

¹²⁰ Banca Etruria, Banca delle Marche, Carichi e Carife, prima commissariate e poi sottoposte a risoluzione per l'assenza di potenziali acquirenti, testimoniano quanto affermato: v. L. STANGHELLINI, *The implementation of the BRRD in Italy and its first test: policy implications*, in *Journal of financial regulation*, 2016, 159 s.; e spec. S. BONFATTI, *Crisi bancarie in Italia 2015-2017*, in questa *Rivista*, 2018, I, 255-257 e 267-282.

¹²¹ Arg. ex artt. 27, co. 1, D.Lgs. n. 180/2015, 32, co. 1, lett. b), BRRD e 18, co. 1, lett. b), SRMR.

¹²² La misura citata sarebbe infatti inadeguata in caso di crisi di liquidità: v. infatti TAR Lazio, sez. II, 7 gennaio 2017, n. 165, in *Foro amministrativo*, 2017, 191, dove si legge, con riferimento a Banca Etruria, Banca delle Marche, Carichi e Carife: «In tale situazione di perdite e crisi di liquidità, anche la sola riduzione o conversione di azioni sarebbe stata evidentemente insufficiente».

È evidente come l'esercizio di tale potere durante l'amministrazione straordinaria renda la procedura particolarmente gravosa per azionisti e creditori, assimilandola alla risoluzione. Ad ogni modo, giova precisare che il potere in esame è esercitato dall'Autorità di risoluzione, non dai commissari, e solo quando la banca è in dissesto o a rischio dissesto (e, più precisamente, essendo lo stesso volto all'assorbimento delle perdite, quando risultano perdite patrimoniali di eccezionale gravità, tali da privare la banca dell'intero patrimonio o di un importo significativo dello stesso¹²³). A ciò si aggiunga che il suo esercizio è preceduto dalla valutazione di un esperto indipendente – *ivi incluso il commissario straordinario*: così l'art. 23, co. 2, D.Lgs. n. 180/2015 – sulle attività e le passività dell'ente, sullo stato di dissesto o del rischio di dissesto dello stesso, sull'impatto che l'esercizio del potere *de quo* potrebbe avere sull'ente e sui suoi azionisti e creditori, nonché sul trattamento che questi riceverebbero se l'ente fosse sottoposto a liquidazione coatta. Si applicherà pertanto il principio del cd. “*no creditor worse off*”¹²⁴, in forza del quale nessun azionista o creditore pregiudicato dall'esercizio del potere di riduzione e conversione può subire perdite maggiori di quelle che subirebbe se l'ente venisse sottoposto a liquidazione coatta¹²⁵.

Come è evidente, il principio appena enunciato risponde all'esigenza di bilanciare, secondo le regole del libero mercato, i diversi interessi in gioco: stabilità del sistema finanziario, ripristino della *viability* della banca, tutela del risparmio e del diritto di proprietà, da intendersi nell'accezione – più ampia e comprensiva anche di diritti di credito –

¹²³ Ai sensi degli artt. 17, co. 2, lett. b), D.Lgs. n. 180/2015 e 18, co. 4, lett. a), SRMR.

¹²⁴ Arg. ex artt. 24, co. 5, D.Lgs. n. 180/2015 e 20, co. 9, SRMR. V. anche ABE, Application of the NCWO principle – Question ID 2015_281, in *Single Rulebook Q&A*, 11 novembre 2016, in eba.europa.eu.

¹²⁵ V. gli artt. 22, co. 1, lett. c), D.Lgs. n. 180/2015 e 15, co. 1, lett. g), SRMR. In arg. v. poi M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, cit., 211 s.; E. MARTINO, *The bail-in beyond unpredictability: creditors' incentives and market discipline*, in *Eu. Bus. Org. L. Rev.*, 2020, 805-809; e G.M. UDA, *Il bail-in e i principi della par condicio creditorum e del no creditor worse off (ncwo)*, in *Dir. economia*, 2018, 733 ss.

di “*possession*”, elaborata dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo¹²⁶.

Il possibile esercizio del potere di conversione e svalutazione nel corso del commissariamento mostra un lato particolarmente invasivo della procedura in esame, avvicinandola alla risoluzione e alla liquidazione coatta. Ad ogni buon conto, l’esercizio del potere *de quo*, pur potendosi sommare all’amministrazione straordinaria, va tenuto ontologicamente distinto da questa. Esso, inoltre, non snatura ma contribuisce a confermare la natura *preventiva* della procedura.

A conclusione delle riflessioni svolte, mutuando una metafora di un celebre filosofo, non pare scorretto ritenere che l’amministrazione straordinaria sia una fune tesa tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi.

¹²⁶ V. M. SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks*, cit., 112; e A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 607 s.