

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2016

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

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 PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

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

La disciplina della *depositor preference* e il ruolo dei sistemi di garanzia dei depositanti

SOMMARIO: 1. Premessa. “Depositanti protetti”, “depositanti preferiti” e sistemi di garanzia dei depositanti; 2. Il “primo scudo” dei depositanti: la “garanzia del rimborso”; 2.1. La disciplina comunitaria della garanzia dei depositanti (Direttiva Comunitaria 2014/59/UE); 3. La disciplina nazionale di garanzia dei depositanti a seguito della attuazione della Direttiva Comunitaria 2014/49/UE. I “depositanti protetti”; 4. La disciplina comunitaria della tutela dei depositanti mediante collocazione preferenziale (Direttiva Comunitaria 2014/59/UE). I “depositanti preferiti”; 5. La disciplina nazionale della tutela dei depositanti mediante collocazione preferenziale. A) Lo schema di decreto legislativo modificativo del Testo Unico Bancario. La depositor preference “estesa”; 6. I commenti allo Schema di decreto legislativo modificativa del T.U.B. in materia di “depositor preference (estesa)”; 7. La depositor preference (“estesa” e non) nell’attuale diritto positivo nazionale. I “depositanti preferiti”; 8. La individuazione dei “depositi preferiti” di “Classe 3” (altri depositi presso la banca); 9. La “doppia garanzia” dei “depositi protetti”; 10. Natura ed effetti della collocazione preferenziale dei crediti dei “depositanti preferiti”; 11. La depositor preference rispetto ai sistemi di garanzia dei depositi. A) La funzione di protezione dei sistemi di garanzia dei depositi; 12.1. Il ruolo dei sistemi di garanzia nella soluzione delle crisi bancarie in Italia; 12.2. Le prospettive del ruolo dei sistemi di garanzia nella soluzione delle crisi bancarie dopo L’Unione Bancaria.

1. Premessa. “Depositanti protetti”, “depositanti preferiti” e sistemi di garanzia dei depositanti

La disciplina della *depositor preference* è rivolta ad apportare una speciale tutela ai risparmiatori (qualificabili “depositanti”: *infra*) nelle situazioni di “crisi” delle imprese bancarie.

Tradizionalmente detta protezione si traduce nella previsione dell’intervento di un “terzo” (un Fondo di garanzia), che rimborsa il depositante (entro certi limiti) delle somme messe a rischio dal dissesto della banca. I depositanti aventi i requisiti per accedere a tale forma di protezione, limitatamente agli importi per i quali la garanzia sia operante – quando dei “limiti di rimborso” siano effettivamente previsti – , sono definibili (e così comunque saranno definiti, per comodità espositiva, nel presente contributo) “*depositanti protetti*” (ed i rispettivi crediti saranno quindi definiti “*depositi protetti*”).

Tuttavia una diversa protezione può essere assicurata (ed in fatto è assicurata tanto dall'ordinamento comunitario quanto dall'ordinamento nazionale) attraverso una *collocazione preferenziale* dei crediti dei depositanti nell'ambito del concorso con gli altri creditori della banca "in crisi".

Detta protezione quindi non si traduce nella previsione di un rimborso da parte di "un terzo", bensì nella creazione delle condizioni perché il rimborso dovuto dalla banca sia assicurato nonostante l'intervento del dissesto – attraverso l'affermazione del diritto dei depositanti a vedere "preferiti" i loro crediti rispetto agli altri creditori, con conseguente aumento di probabilità di soddisfacimento – .

I depositanti aventi i requisiti per vedere attribuita ai propri crediti una collocazione preferenziale verranno definiti nel presente contributo, per comodità espositiva, "*depositanti preferiti*": ed i crediti di cui sono titolari verranno definiti "*depositi preferiti*".

Con una avvertenza.

Come si dirà, tanto nell'ordinamento comunitario quanto nell'ordinamento nazionale, anche i "depositanti protetti" rientrano (prima di essere rimborsati; ovvero nelle ipotesi nelle quali, per qualsiasi ragione, non lo fossero) tra i "depositanti preferiti", costituendo anzi la "classe" più favorita tra costoro.

Sul presupposto che il "rimborso" del "terzo" al quale hanno diritto i "depositanti protetti" avvenga più tempestivamente di quanto non intervenga il soddisfacimento dei "depositanti preferiti" attraverso la collocazione preferenziale dei loro crediti rispetto agli altri creditori (presupposto per lo più correttamente formulato, salve le ipotesi di *incapienza* dei Fondi di garanzia: *infra*), la condizione del "depositante protetto" è di norma immediatamente associata al diritto al rimborso: così che la attitudine del suo credito ad una collocazione preferenziale sul ricavato dalla liquidazione della banca tende ad essere trascurata (se non dimenticata). Tale circostanza deve invece essere tenuta ben presente all'attenzione dell'interprete, in quanto:

(i) come già accennato, e come si riprenderà in prosieguo, *non è detto* che il "terzo" garante (il Fondo di garanzia di volta in volta evocabile) sia *sempre* capiente, o lo sia in *misura integrale*: in tal caso, la collocazione preferenziale del credito (anche residuo) del "depositante protetto" riacquista immediato interesse; e

(ii) *in ogni caso*, va tenuta presente la circostanza che i Fondi di garanzia che abbiano provveduto a rimborsare i “depositanti protetti” sono surrogati nei diritti degli stessi (sia nell’ordinamento comunitario, sia nell’ordinamento nazionale) nei confronti della banca in “crisi”, con conseguente collocazione dei rispettivi crediti di regresso nella stessa collocazione preferenziale (che sarebbe stata) assicurata ai “depositanti protetti” garantiti (cioè, come detto, nel novero dei “depositi preferiti”, ed anzi al primo grado della sede di pertinenza).

La portata di tale precisazione è a prima vista priva di rilievo per il “depositante protetto” – che, una volta rimborsato, potrebbe essere ritenuto indifferente alle sorti del credito di regresso del Fondo di garanzia *solvens*, ed ai relativi effetti – : ma

(i) non è priva di rilievo, come si dirà, per i restanti creditori, per la banca, e per i soggetti con i quali essa ha intrattenuto rapporti (in primo luogo, i clienti finanziati); e

(ii) non è priva di rilievo neppure per il “depositando protetto”, con riguardo agli ulteriori crediti che lo stesso eventualmente vantasse verso la banca, non rientranti tra quelli ammessi al rimborso e concretamente rimborsati.

Alla esposizione delle ragioni sottese a tali conclusioni sono dedicate le pagine che seguono.

2. Il “primo scudo” dei depositanti: la “garanzia del rimborso”

2.1. La disciplina comunitaria della garanzia dei depositanti (Direttiva Comunitaria 2014/59/UE)

L’esigenza di prevedere, a livello comunitario, una forma di tutela speciale per i crediti dei “depositanti”, nelle situazioni di “crisi” delle banche operanti nella comunità Europea, è stata fronteggiata con la istituzione di *sistemi di garanzia dei depositi*, già oggetto di una “raccomandazione” risalente ad almeno trent’anni fa¹.

Il carattere insoddisfacente dei risultati conseguiti in tal modo suggerì di introdurre una disciplina di carattere cogente, in forza della

¹ Raccomandazione 87/63/CEE della Commissione Europea del 22 dicembre 1986 (in GU n. L 33 del 4.2.1987, p. 16)

quale nessun ente creditizio autorizzato ad operare in uno Stato membro avrebbe potuto accettare “depositi” dai clienti, “*a meno che non abbia aderito ad uno di tali sistemi*” (di garanzia dei depositi) – art. 3, co. 1, Direttiva 94/19/CE del 30 maggio 1994, in GU n. L 135/5, p. 6.-; e disponendo che “*i sistemi di garanzia dei depositi prevedono che il totale dei depositi del medesimo depositante sia coperto fino ad un importo di 20.000,00 ECU.....*” – art. 7, co. 1, Direttiva 94/19/CE -, e che il pagamento di tali “*depositi coperti*” dovesse essere effettuato dai sistemi di garanzia dei depositi “*entro tre mesi*” dall’accertamento da parte delle autorità di vigilanza competenti dell’impossibilità della banca di rimborsare (tutti) i propri depositi, ovvero dal provvedimento con il quale l’autorità giudiziaria avesse disposto la sospensione dell’esercizio dei diritti dei depositanti – art. 10, co. 1 -.

Successivamente la Direttiva 2009/14/CE dell’11 maggio 2009 (in GU n. L 68 del 13.3.2009, p. 3), giudicando l’importo così protetto “*inadeguato per un gran numero di depositi nella comunità*”, lo ha elevato alla soglia di 50.000,00 euro, innalzata a 100.000,00 euro a far tempo da (non oltre) il 1° gennaio 2011 – art. 1, co. 3, lett. a), direttiva 2009/14/CE -. Nel contempo ha ridotto da tre mesi a “*venti giorni*” il termine per il rimborso dei depositanti (art. 1, co. 6).

Infine la Direttiva 2014/49/UE del 16 aprile 2014 relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (*Deposit Guarantee Schemes Directive – “DGSD”*, in GU n. L 173/190 del 12.6.2014, p. 149) ha confermato il principio secondo il quale “*gli Stati membri assicurano che il livello di copertura del totale dei depositi di ciascun depositante sia di 100.000,00 EUR ...*” (art. 6, co. 1); ed ha sviluppato il concetto prevedendo, più dettagliatamente (art. 6, co. 2), che gli Stati membri assicurino che taluni depositi siano protetti anche oltre il limite di 100.000,00 EUR “*per almeno tre mesi e per un massimo di 12 mesi dopo l’accredito dell’importo o a decorrere dal momento in cui tali depositi diventano legalmente trasferibili*” nei casi di:

a) depositi derivanti da operazioni su beni immobili relativi a proprietà residenziali private;

b) depositi che soddisfano talune esigenze di carattere sociale fissate nel diritto nazionale e che sono collegati a particolari eventi della vita di un depositante, quali il matrimonio, il divorzio, il pensionamento, il licenziamento, l’esubero, l’invalidità o il decesso;

c) depositi che soddisfano talune esigenze di cui al diritto nazionale e che sono basati sul pagamento di prestazioni assicurative o indennità per lesioni personali dolose o ingiusta condanna.

La stessa Direttiva (art. 8, co. 1) ha ulteriormente ridotto il termine per il rimborso dei depositanti a “sette giorni lavorativi”, prevedendo peraltro un periodo transitorio fino al 31 dicembre 2023 per l’adattamento progressivo a tale modifica.

3. La disciplina nazionale di garanzia dei depositanti a seguito della attuazione della Direttiva Comunitaria 2014/49/UE. I “depositanti protetti”

Nell’ordinamento nazionale italiano la Direttiva Comunitaria 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi ha trovato attuazione con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30, che ha apportato una serie di modificazioni a diverse norme del testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993).

Nell’ordinamento bancario italiano operano da tempo il Fondo Interbancario di Tutela dei depositi (“FITD”), al quale devono aderire le banche costituite in forma di s.p.a. e le banche popolari; e il Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo (“FGDCC”), al quale devono aderire le banche di credito cooperativo.

La loro disciplina è contenuta negli artt. 96 ss t.u.b., che prevede le situazioni nelle quali tali Fondi di garanzia possono (e devono) intervenire; e che dispone le condizioni ed i limiti dell’intervento sotto forma di “rimborso” dei depositanti protetti.

Secondo l’art. 96-bis 1 t.u.b. “sono ammissibili al rimborso i crediti relativi ai fondi acquisiti dalla banca con obbligo di restituzione, sotto forma di depositi o sotto altra forma” (comma 1), nei limiti dello “ammontare massimo pari a 100.000,00 euro per ciascun depositante” (comma 3), ovvero senza limite, laddove trattasi di depositi:

- (i) di persone fisiche;
- (ii) accreditati o divenuti disponibili non oltre i nove mesi anteriori all’avvio della procedura di “crisi” della banca; e
- (iii) derivanti da:
 - a) operazioni relative al trasferimento o alla costituzione di diritti reali su unità immobiliari adibite ad abitazioni;

b) divorzio, pensionamento, scioglimento del rapporto di lavoro, invalidità o morte;

c) il pagamento di prestazioni assicurative, di risarcimenti o di indennizzi in relazione a danni per fatti considerati dalla legge come reati contro la persona o per ingiusta detenzione.

4. *La disciplina comunitaria della tutela dei depositanti mediante collocazione preferenziale (Direttiva Comunitaria 2014/59/UE). I “depositanti preferiti”*

La Direttiva Comunitaria 2014/59/CE (“*Bank Recovery and Resolution Directive*” – di seguito, “**BRRD**”) esprime l’esigenza di attribuire una tutela particolare ai “*depositors*” già nell’esordio dell’articolato, nel contesto dei “*considerando*” che precedono il testo normativo.

Disciplinando il fenomeno dello “assorbimento” delle perdite bancarie da parte di talune categorie di creditori, in forza del quale la “cancellazione” di un certo ammontare di passività può concorrere a ricostituire l’equilibrio patrimoniale della banca, o comunque a conseguire la “risoluzione” della sua crisi, il “considerando” n. 72 auspica l’attribuzione all’autorità di risoluzione del potere di escludere dall’assorbimento delle perdite della banca talune passività, in astratto soggette a tale fenomeno, in circostanze particolari di speciale gravità²; e precisa che nell’effettuare tali valutazioni le autorità di risoluzione dovrebbero considerare le conseguenze che potrebbero

² Le circostanze in questione sono individuate, “*ad esempio*”, nella impossibilità di applicare il *bail-in* alle passività (pur “*ammissibili*” in astratto) “*in tempi ragionevoli*”; nell’ipotesi nella quale l’esclusione è necessaria per assicurare la continuità delle funzioni commerciali della banca; oppure al fine di “*evitare un contagio che perturberebbe gravemente il funzionamento dei mercati finanziari*”; e in altre ipotesi simili. In tali casi le perdite che le passività escluse avrebbero dovuto assorbire sono trasferite ai titolari delle passività soggette a *bail-in*, e/o al **fondo di risoluzione**. Il tema è stato più recentemente ripreso, e particolarmente approfondito, dal Regolamento Delegato (UE) 2016/860 della Commissione del 4 febbraio 2016 (in G.U. n. L 144 dell’1 giugno 2016), il quale ha dettato norme “*che precisano ulteriormente le circostanze eccezionali nelle quali, quando è applicato lo strumento del bail-in, l’autorità di risoluzione può escludere, integralmente o parzialmente, talune passività dall’applicazione dei poteri di svalutazione o di conversione*”.

essere provocate da un eventuale assorbimento di passività derivanti da depositi bancari teoricamente soggetti al fenomeno (perché eccedenti l'ammontare "protetto" di euro 100.000,00), allorché tali depositi siano detenuti da "*persone fisiche, microimprese e piccole e medie imprese*".

Più in generale, a proposito delle passività della banca in crisi derivanti da depositi bancari "ammissibili" alla disciplina dell'assorbimento delle perdite in funzione della risoluzione delle crisi bancarie (fenomeno che definiremo, per comodità espositiva, *bail-in*), cioè assoggettabili alla "cancellazione" (o conversione) funzionale a ricondurre la banca ad una condizione di equilibrio patrimoniale, il successivo "*considerando*" n. 111 osserva che mentre i depositanti della banca sono tutelati, in ipotesi di dissesto della stessa, entro i limiti dell'importo che non può essere soggetto a falcidia (od a conversione) - importo pari a 100.000,00 euro, nel limite del quale i depositi dei risparmiatori assumono la qualità di "**depositi protetti**" - ; lo stesso non avviene per quei depositi ulteriori (o per quegli importi eccedenti l'ammontare protetto), che sono esposti al rischio dell'assorbimento in funzione della riduzione delle perdite della banca (e della soluzione, o per lo meno composizione, dello stato di crisi), alla pari delle altre passività. In virtù di tale "considerazione" si esprime l'auspicio che al fine di favorire un certo grado di protezione anche ai depositi bancari eccedenti l'importo di euro 100.000,00 (per l'ammontare eccedente, per l'appunto, tale soglia), sia attribuito ai corrispondenti crediti un livello di "*priorità*" superiore a quello degli altri crediti non privilegiati, allorché ne siano titolari quelle "*persone fisiche, microimprese e piccole e medie imprese*" già prese in considerazione dal ricordato "*considerando*" n. 72.

A tale proposito il "*considerando*" n. 111 precisa che la priorità che dovrebbe essere attribuita ai depositi dei soggetti presi in considerazione (persone fisiche, micro imprese e piccole e medie imprese) dovrebbe favorirne il soddisfacimento rispetto ai crediti vantati dai creditori ordinari non privilegiati non garantiti in virtù del diritto nazionale che disciplina "*la procedura ordinario di insolvenza*": donde il dubbio che la disciplina rivolta a soddisfare l'esigenza qui rappresentata dovesse necessariamente essere circoscritta alle ipotesi di assoggettamento della banca a "*procedure concorsuali*", senza potere essere estesa alle fattispecie nelle quali la

crisi bancaria è affrontata con il ricorso ad istituti privi della natura di “procedura concorsuale” (come sarebbe per l’assoggettamento della banca ad *amministrazione straordinaria*)³.

Passando dai “*considerando*”, che fanno da premessa al testo normativo, all’articolato della Direttiva BRRD, assume rilievo l’art. 108, secondo il quale “*gli Stati membri garantiscono che, conformemente al diritto nazionale che disciplina la procedura ordinaria di insolvenza*”:

a) La parte che supera il livello di copertura (di 100.000,00 EUR) previsto dell’art. 6 della Direttiva 2014/49/UE per i depositi facenti capo a “*persone fisiche, micro imprese, piccole e medie imprese*” abbia un “*livello di priorità...superiore rispetto al livello previsto per i creditori ordinari non garantiti e non privilegiati*”; e che

b) I “*depositi protetti*” (cioè quelli non superiori a 100.000,00 EUR, ovvero i depositi ad essi assimilati ai sensi dell’art. 6 della Direttiva 2014/49/UE)⁴ abbiano un grado di priorità “*superiore rispetto al grado previsto dalla lettera a)*”⁵.

Nel contempo si prevede – (art. 44, co. 3, lett. c) – che in “*circostanze eccezionali*” l’autorità di risoluzione (della crisi della banca) possa escludere talune passività, pur in astratto assoggettabili al *bail-in*, dall’assorbimento delle perdite della Banca, come ad esempio quando “*l’esclusione è strettamente necessaria e proporzionata per evitare di provocare un ampio contagio, in particolare per quanto riguarda depositi ammissibili detenuti da persone fisiche e da micro imprese e medie e piccole imprese, che perturberebbe gravemente il funzionamento dei mercati finanziari...*”.

³ Sulla esclusione della natura di “procedura concorsuale” della procedura di amministrazione straordinaria bancaria, disciplinata dagli artt. 70 ss. t.u.b., mi permetto di rinviare al mio lavoro “*L’Amministrazione straordinaria delle imprese bancarie*”, in BONFATTI – CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV Ed., Padova, 2014.

⁴ L’art. 2, co. 1, n. 94 della Direttiva BRRD definisce “*depositi protetti*” quelli disciplinati dall’art. 2, paragrafo 1, punto 5), della Direttiva DGSD, che li chiama “*Depositi coperti*”, disciplinandoli all’art. 6.

⁵ La stessa disposizione prevede che “*i sistemi di garanzia surrogati ai diritti e agli obblighi dei depositanti protetti in insolvenza*” abbiano lo stesso grado di priorità dei “*depositi protetti*” (*infra*).

5. La disciplina nazionale della tutela dei depositanti mediante collocazione preferenziale. A) Lo schema di decreto legislativo modificativo del Testo Unico Bancario. La depositor preference “estesa”

Nello schema di d.lgs. di recepimento della Direttiva BRRD, recante modifiche al T.U.B. (ed al T.U.F.), trasmesso dal Ministero per le riforme costituzionali al Presidente del Senato in data 30 settembre 2015 (Schema n. 208)⁶ le indicazioni sulla *depositor preference* di cui all’art. 108, co. 1, lett. a) della Direttiva erano recepite all’art. 1, co. 33, lett. b), che introduceva una nuova disposizione (il comma 1-*bis* dell’art. 91) nel Testo Unico Bancario.

Il nuovo art. 91, co. 1-*bis*, T.U.B. avrebbe dovuto recitare:

“In deroga a quanto previsto dall’articolo 2741 del codice civile e dall’articolo 111 della legge fallimentare nella ripartizione dell’attivo liquidato ai sensi del comma 1 [dell’articolo 91 del TUB]:

a) i seguenti crediti sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri crediti chirografari:

1) La parte dei depositi di persone fisiche, microimprese, piccole e medie imprese ammessi al rimborso e superiore all’importo previsto dall’articolo 96-bis, comma 5 [vale a dire, 100.000 euro];

2) I medesimi depositi indicati al numero 1), effettuati presso succursali extracomunitarie di banche aventi sede legale in Italia;

b) sono soddisfatti con preferenza rispetto a quanto previsto dalla lettera a);

1) I depositi protetti;

2) I crediti vantati dai sistemi di garanzia dei depositanti a seguito della surroga nei diritti e negli obblighi dei depositanti protetti;

c) sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri crediti chirografari ma dopo che siano stati soddisfatti i crediti indicati alle lettere a) e b), gli altri depositi presso la banca”

Come si vede, le lettere a) e b) del nuovo art. 91, co. 1-*bis* T.U.B. avrebbero riprodotto quanto previsto dall’art. 108, co. 1, lett. a) della Direttiva BRRD.

⁶ Consultabile al link:
<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/315935.pdf>

La lettera c) del comma 1-*bis* dell'art. 91 T.U.B., invece, avrebbe introdotto una tutela (sia pure subordinata a quella prevista per i crediti di cui alle lettere precedenti) *per qualsiasi “altro deposito presso la banca”*, a prescindere dall'importo ed a prescindere dalla natura del depositante: inducendo pertanto a ricomprendervi anche i depositi cc.dd. *corporate* ed i depositi interbancari⁷.

La tutela apprestata ad ogni *“altro deposito”* era rappresentata dal soddisfacimento *“con preferenza rispetto agli altri crediti chirografari...”* – ma, come detto, *“dopo che siano stati soddisfatti i crediti indicati nelle lettere a) e b) “ – .*

Per ciò che concerne poi la previsione della entrata in vigore di tale disciplina, l'art. 3 dello schema n. 208 non prevedeva – come invece per altre disposizioni innovative – una disciplina transitoria per le disposizioni produttive della c.d. *“depositor preference estesa”*: sicché la stessa avrebbe dovuto entrare in vigore immediatamente dopo la pubblicazione della nuova legge sulla *Gazzetta Ufficiale*.

6. *I commenti allo Schema di decreto legislativo modificativa del T.U.B. in materia di “depositor preference (estesa)”*

Nel corso dell'intervento del 20 ottobre 2015 nell'ambito del Seminario istituzionale sulle tematiche relative agli schemi di Decreto legislativo relativi all'attuazione della direttiva 2014/59/UE, organizzato presso la sesta Commissione Finanze presso la Camera dei Deputati⁸ si dava atto della proposta di introduzione della *“c.d. “depositor preference estesa”, che concede un privilegio nel pecking order ai depositi di tutte le imprese (depositi “corporate”) e ai depositi interbancari non garantiti rispetto agli altri crediti chirografari, che si aggiunge al privilegio concesso ai depositi non garantiti di persone fisiche e delle PMI, come espressamente previsto dalla BRRD”*.

⁷ Così infatti veniva evidenziato nel documento dei servizi e degli uffici del Senato e della Camera (consultabile al link: <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/PDF/FI0368pdf>).

⁸ Consultabile al link: https://www.abi.it/DOC_Info/Audizioniparlamentari/Intervento_DG_Sabatini_Seminario_BRRD_20_10_2015.pdf

Tuttavia traspariva dall'intervento la preoccupazione che la speciale tutela così assicurata ai depositanti (diversi da quelli tradizionalmente "protetti") potesse tradursi in una sorprendente declassazione dei risparmiatori che avessero investito i propri risparmi (non già in depositi, bensì) in obbligazioni bancarie (che si sarebbero viste "sorpasate", nel diritto al rimborso in ipotesi di "crisi" di una banca, dai titolari di depositi bancari, pur non antergati alle obbligazioni bancarie al momento della sottoscrizione delle stesse).

Per tale ragione – si deve ritenere – l'intervento si concludeva con la proposta di uno slittamento dell'entrata in vigore della disciplina della *depositor preference* "estesa" al 1° gennaio 2019, allo scopo di assicurare che *"le obbligazioni bancarie non garantite, emesse prima dell'entrata in vigore del Decreto legislativo (.....) [avrebbero concorso] – sempre – pari passu con i depositi non garantiti diversi da quelli di persone fisiche e PMI fino al 31 dicembre 2018"*.

Non diversamente il Presidente della CONSOB, nel corso dell'audizione del 22 ottobre 2015 presso la stessa Commissione Finanze del Senato⁹ aveva sottolineato come in sede di recepimento *"(...) la necessità di privilegiare i depositanti oltre 100.000 euro [avrebbe dovuto essere] attentamente valutata dal Parlamento al fine di contemperarla al meglio con l'esigenza di tutelare le altre categorie di creditori e, in particolare, i portatori di obbligazioni non garantite che hanno sottoscritto i loro titoli prima dell'entrata in vigore di questa disposizione"*.

A seguito di tali interventi la sesta Commissione Finanze, nel rendere il parere sull'atto del Governo n. 208, ritenuto che *"lo schema di Decreto introduce la c.d. "depositor preference estesa", che concede un privilegio nella gerarchia dei creditori ai depositi di tutte le imprese (depositi corporate) e ai depositi interbancari non garantiti rispetto agli altri creditori chirografari, che si aggiunge al privilegio concesso ai depositi non garantiti di persone fisiche e delle PMI, come espressamente previsto dalla BRRD"*, ha richiesto di valutare l'opportunità che il privilegio dato agli *"altri depositi"*, di cui all'articolo 91, comma 1-bis, lettera c) del Testo unico bancario, come

⁹ Consultabile al link:

https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura-commissione

modificato dall'articolo 1, comma 33, dello Schema di Decreto, avesse una applicazione contestuale “*con le altre norme comunitarie in tema di attività finanziarie minime disponibili per far fronte ad eventuali crisi aziendali, a partire dal 1° gennaio 2019*”¹⁰.

7. *La depositor preference (“estesa” e non) nell’attuale diritto positivo nazionale. I “depositanti preferiti”*

La *depositor preference* “estesa” ha fatto ingresso nel diritto positivo nazionale con il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181 (art. 1, comma 33) , che ha modificato il T.U.B. (nonché, corrispondentemente, il T.U.F.).

Intervenendo nella disciplina delle attività di *ripartizione dell’attivo* ricavato dalla liquidazione del patrimonio della banca *assoggettata a liquidazione coatta amministrativa* il d.lgs. n. 181/2015 ha aggiunto all’art. 91 T.U.B., comma 1, il comma *1-bis*, secondo il quale, in deroga a quanto previsto dall’articolo 2741 del codice civile e dall’articolo 111 della legge fallimentare, nella ripartizione dell’attivo:

“ *a) i seguenti crediti sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri crediti chirografari:*

1) *la parte dei depositi di persone fisiche, microimprese, piccole e medie imprese ammissibili al rimborso e superiore all’importo previsto dall’articolo 96-bis. 1, commi 3 e 4 [cioè 100.000,00 euro, ovvero i “depositi protetti speciali” – infra –];*

2) *i medesimi depositi indicati al numero 1), effettuati presso succursali extracomunitarie di banche aventi sede legale in Italia;*

b) sono soddisfatti con preferenza rispetto ai crediti indicati alla lettera a):

1) *i depositi protetti;*

2) *(omissis)*

c) Sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri crediti chirografari, ma dopo che siano stati soddisfatti i crediti indicati alle lettere a) e b), gli altri depositi presso la banca”.

¹⁰ Senato della Repubblica, Legislatura Diciassettesima, sesta Commissione Permanente – Resoconto sommario n. 294 del 4 novembre 2015.

La norma fa riferimento alla nozione di “*depositi ammissibili al rimborso*”, la cui definizione è rintracciabile nell’art. 69-*bis*, co. 1, lett. d) T.U.B., secondo il quale per “*depositi ammissibili al rimborso*” si intendono quelli che sono “*astrattamente idonei ad essere rimborsati da parte di un sistema di garanzia dei depositanti*” ai sensi dell’art. 96-*bis*.1, commi 1 e 2, t.u.b..

Tali disposizioni, a loro volta, precisano che “*sono ammissibili al rimborso i crediti ... relativi ai fondi acquisiti dalla banca con obbligo di restituzione....*”, ma con esclusione (tra gli altri) di:

a) Depositi effettuati da banche, enti finanziari, enti pubblici, *et similia*;

b) Obbligazioni e operazioni in titoli”.

Il sopra citato art. 91 t.u.b. fa riferimento anche alla nozione di “*depositi protetti*”, la cui definizione è rintracciabile nell’art. 69-*bis*, co. 1, lett. e) t.u.b., secondo il quale per “*depositi protetti*” si intendono “*i depositi ammissibili al rimborso [quindi quelli riferiti appena sopra: depositi effettuati da soggetti diversi da banche, enti finanziari, enti pubblici, eccetera, e comunque ad esclusione delle “obbligazioni e operazioni in titoli”] che non superano il limite di rimborso da parte del sistema di garanzia dei depositanti previsto dall’articolo 96-*bis*.1, commi 3 e 4” t.u.b.: limite rappresentato da*

a) “*100.000,00 euro per ciascun depositante*”, in termini generali¹¹;

b) nessun importo, per i depositi di persone fisiche, risalenti e non oltre 9 mesi dall’apertura della procedura di “*crisi*” della banca, aventi ad oggetto somme derivanti da:

¹¹ Secondo l’art. 96-*bis*.1, comma 5, t.u.b., ai fini del calcolo del limite di 100.000,00 euro:

a) i depositi presso un conto di cui due o più soggetti sono titolari come partecipanti di un ente senza personalità giuridica sono trattati come se fossero effettuati da un unico depositante;

b) se più soggetti hanno pieno diritto sulle somme depositate su un conto, la quota spettante a ciascuno di essi è considerata nel calcolo;

c) si tiene conto della compensazione di eventuali debiti del depositante nei confronti della banca, se esigibili alla data in cui si producono gli effetti del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell’articolo 83, comma 1, nella misura in cui la compensazione è possibile a norma delle disposizioni di legge o di previsioni contrattuali applicabili.

(i) operazioni relative al trasferimento o alla costituzione di diritti reali su unità immobiliari adibite ad abitazione;

(ii) divorzio, pensionamento, scioglimento del rapporto di lavoro, invalidità o morte;

(iii) il pagamento di prestazioni assicurative, di risarcimenti o di indennizzi in relazione a danni per fatti considerati dalla legge come reati contro la persona o per ingiusta detenzione.

Il decreto legislativo n. 181/2015 ha anche precisato, al comma 9 dell'articolo 3, che *“l'articolo 91, comma 1-bis lettera c) del decreto legislativo 10 settembre 1993, n. 385, come modificato dall'art. 1, comma 33, del presente decreto, si applica nelle procedure di liquidazione coatta amministrativa e di risoluzione iniziate dopo il 1° gennaio 2019”*.

Da tali interventi è pertanto legittimo desumere:

A) Che rispetto *“agli altri crediti chirografari”* sono soddisfatti con priorità, ma in via gradata,¹² tre categorie di crediti derivanti da rapporti di deposito bancario:

(I) I *“depositi protetti”*, intendendo per tali

(i) I cc.dd. *“depositi protetti stricto sensu”*, costituiti dai depositi ammissibili al rimborso di importo non superiore a 100.000,00 euro; e

(ii) I cc.dd. *“depositi protetti speciali”*, costituiti dai depositi ammissibili al rimborso anche di importo superiore a 100.000,00 euro, ma detenuti a) da persone fisiche; e b) da non più di 9 mesi; quando c) derivanti dalle particolari operazioni previste dall'art. 96-bis.1, co. 4, t.u.b. (*supra*).

(II) la parte dei depositi *“ammissibili al rimborso”* (quindi detenuti da persone fisiche, micro imprese, piccole e medie imprese) – ma diversi dai *“depositi protetti speciali”* – superiore ad euro 100.000,00; e

(III) tutti *“gli altri depositi presso la banca”*.

B) che la preferenza (sia pure *“gradata”*) della terza categoria di depositi rispetto agli altri creditori chirografari riguarderà le sole procedure di *“crisi”* bancarie *“iniziate dopo il 1° gennaio 2019”*; e

¹² Ricorre alla nozione di *“classe”* S. De Polis, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell'Unione Bancaria Europea*, intervento alla cerimonia di intitolazione dell'Aula *“Francesco Parrillo”* dell'Università degli studi di Roma La Sapienza, 27 aprile 2016 (in www.dirittobancario.it)

C) che la disciplina della *depositor preference* (“estesa” o non), nei termini che stiamo considerando, si applica alle procedure di “crisi” delle banche tanto allorché le stesse assumano la forma della (tradizionale) liquidazione coatta amministrativa, quanto nelle ipotesi (innovative) di “**risoluzione**” della banca ¹³.

8. *La individuazione dei “depositi preferiti” di “Classe 3” (altri depositi presso la banca)*

La attribuzione di una collocazione preferenziale rispetto a tutti gli altri creditori chirografari (a far tempo dal 1° gennaio 2019 nelle procedure di “crisi” aperte da quella data) agli “*altri depositi*” costituiti presso la banca può generare qualche dubbio interpretativo.

In particolare ci si deve domandare se esista una relazione tra “*depositi preferiti*” e “*depositi ammissibili al rimborso*” (pur non rientranti fra i “depositi protetti” – *stricto sensu* o “speciali” che siano -), oppure se sia concepibile che un deposito “non ammissibile al rimborso” possa tuttavia essere inserito fra i “depositi preferiti”, e precisamente nella “Classe 3” concernente gli “*altri depositi presso la banca*”.

Può insomma essere lecito il dubbio se per “*altri depositi*” presso la banca si intenda qualsiasi rapporto produttivo di un credito di restituzione (monetario) nei confronti della banca; oppure si intendano i soli depositi derivanti da operazioni idonee in astratto a generare “*depositi ammissibili al rimborso*” (con esclusione, per esempio – e soprattutto – delle “*obbligazioni*”: cfr. art. 96-bis.1, co. 2, lett. e), t.u.b.), ma non protetti perché (i) eccedenti l’importo di 100.000,00 euro; (ii) non coincidenti con le fattispecie dei depositi protetti *speciali*; e (iii) detenuti da soggetti *diversi* dalle persone fisiche, micro imprese, piccole e medie imprese.

A questa stregua, i “*depositi preferiti*” sarebbero qualificabili come i “*depositi ammissibili al rimborso*” che peraltro non rientrassero al novero dei “depositi protetti” (intendendo per tali tanto i depositi protetti *stricto sensu*, quanto i depositi protetti “speciali”): la esclusione in concreto dalla “protezione”, alla luce della attitudine teorica alla ammissione al rimborso, verrebbe compensata con

¹³ S. De Polis, *op. cit.*

l'attribuzione di una collocazione preferenziale sul ricavato. Condizione privilegiata che, a questo punto, non potrebbe invece essere riconosciuta mai ai depositi neppure "ammissibili al rimborso".

Il dubbio qui affacciato non investirebbe peraltro tutte le possibili categorie di "altri depositi" nello stesso modo.

Per ciò che concerne i cc.dd. "depositi *corporate*", cioè concernenti rapporti intrattenuti con la banca da grandi imprese industriali e commerciali, la soluzione positiva dovrebbe essere suggerita dalla circostanza che l'entità del deposito non ne comporta, di per sé, l'esclusione dal novero dei depositi "ammissibili al rimborso"; onde, per la parte eccedente l'importo di 100.000,00 euro (sottratta alla disciplina dei "depositi protetti"), pur non essendone ammissibile la "protezione" per carenza dei requisiti (soprattutto soggettivi) dei titolari dei "depositi protetti speciali"¹⁴, ne dovrebbe essere consentita la collocazione preferenziale assegnata ai depositi preferiti, sia pure di "Classe 3"¹⁵.

Per ciò che concerne invece i crediti derivanti dalla sottoscrizione di obbligazioni bancarie, è certo che essi facciano parte di quelli "non ammissibili al rimborso" (art. 96-*bis* 1, co. 2, t.u.b.): e se tale condizione non venisse considerata *di per sé* impeditiva alla collocazione preferenziale (di "Classe 3") attribuibile agli "altri depositi presso la banca", la conclusione dovrebbe essere affidata alla considerazione della assimilabilità o meno ai "depositi" delle somme impiegate dal risparmiatore nella sottoscrizione di obbligazioni bancarie.

L'opinione preferibile pare essere quella negativa, ricordando, come già detto, che le ragioni del differimento dell'entrata in vigore della disposizione di cui alla lettera c) del comma 1-*bis* dell'art. 91 t.u.b. sono state indicate nella volontà di prevenire il pericolo che i

¹⁴ Vale a dire i depositi di persone fisiche, accreditati o divenuti esigibili da non oltre 9 mesi, e derivanti dalle causali speciali di cui all'art. 96-*bis* 1, t.u.b., comma quattro.

¹⁵ L'opinione favorevole a ritenere ricompresi i "depositi *corporate*" nel novero dei depositi collocabili in via preferenziale rispetto agli altri creditori chirografari (a partire dal 1° gennaio 2019) è pressoché unanime: in tal senso vedi S. De Polis, *op. cit.* secondo il quale "a partire dal 1° gennaio 2019 il regime preferenziale sarà esteso in Italia a tutti i depositi, ivi compresi quelli delle grandi aziende, che costituiranno una terza autonoma classe nella gerarchia concorsuale, antergata alle obbligazioni e alle altre passività".

crediti derivanti dagli “*altri depositi*” risultassero preferiti a quelli derivanti da emissioni obbligazionarie (in corso)¹⁶: il ch  indurrebbe ad escludere in termini assoluti (sia prima della data del 1° gennaio 2019, sia successivamente) che i crediti derivanti da sottoscrizione di obbligazioni bancarie appartengano allo stesso genere dei crediti derivanti da “*altri depositi*” presso la banca¹⁷.

L’ultima categoria di “depositi” per la quale si pone il problema se considerarli o meno ammissibili alla collocazione preferenziale di cui alla lettera c) dell’art. 91, comma 1-*bis*, t.u.b. concerne i cc.dd. “depositi interbancari”.

Se si giudica (come chi scrive   portato a ritenere) che le obbligazioni siano destinate a rimanere *postergate* (anche) ai crediti derivanti dagli “*altri depositi*”¹⁸, pare difficile pervenire ad una soluzione contraria per le altre fattispecie che sono accomunate alle obbligazioni quale contenuto della “deroga” apportata dal comma 2 dell’art. 96-*bis*.1 al novero dei crediti “*ammissibili al rimborso*”. D’altro canto, sono ricomprese in tale deroga fattispecie tali (come i depositi derivanti da fatti delittuosi, di cui alle lettere c) e d) della norma), da non giustificare certamente la previsione di un regime di speciale favore.

A questa stregua, i “depositi preferiti” collocabili in via preferenziale, in terza fascia, a far tempo dal 1° gennaio 2019,

¹⁶ Il ch  origina peraltro l’interrogativo di quale la ragione per la quale dovrebbero trovarsi ad essere collocati in un grado postergato a quello dei “depositi preferiti” di “Classe 3” i crediti derivanti dalla sottoscrizione di prestiti obbligazionari emessi nel passato – in totale assenza di questa graduazione -, ma non ancora scaduti alla data del 1° gennaio 2019.

¹⁷ La esclusione delle obbligazioni bancarie del novero degli “altri depositi” collocabili in via preferenziale ai sensi della lettera c) dell’art. 91, comma 1-*bis*, t.u.b. ha costituito il presupposto di una interrogazione parlamentare (primo firmatario Carrescia Piergiorgio, del Gruppo del Partito Democratico) del 12 novembre 2015, che sottolineava gli effetti pregiudizievoli che sarebbero stati prodotti dalla entrata in vigore della *depositor preference* “estesa” sulle Fondazioni bancarie, con riguardo alle obbligazioni dalle stesse detenute, emesse dalle banche conferitarie. La esclusione delle obbligazioni bancarie dalla protezione in questione   ribadita da S. Gargano, *Depositor preference: un termine difficile per una garanzia in pi *, consultabile al link: <http://www.bankrecivityresolution.com/2015/12/30/>; G. Sabatini (Direttore generale ABI), *Audizione* presso la VI Commissione (Finanze e Tesoro) del Senato del 27 ottobre 2015.

¹⁸ *In terminis*, S. De Polis, *op. cit.*

finirebbero con l'essere limitati ai depositi "generici" superiori a 100.000,00 euro detenuti da soggetti diversi dalle persone fisiche, microimprese, piccole e medie imprese, ma non rientranti tra quelli (banche, enti finanziari, ecc.) di cui al comma 2, lett. a), dell'art. 96-bis 1 t.u.b.) – in pratica: i depositi delle grandi imprese, ovvero i depositi delle entità non quantificabili "imprese" -; nonché ai depositi "speciali" di cui al comma 4 della norma richiamata, detenuti da persone fisiche (perché tali sono le fattispecie contemplate, da non potere prescindere da tale presupposto), ma da un'epoca più risalente rispetto al "periodo protetto" (di nove mesi anteriori all'apertura della procedura di "crisi" della banca).

Tuttavia l'opinione favorevole a considerare anche i depositi interbancari come facenti parte degli "*altri depositi presso la banca*" suscettibili di una collocazione preferenziale (a far tempo dal 1° gennaio 2019) *ex art. 91, comma 1-bis, lett. c) t.u.b.*, è diffusa¹⁹.

Occorre in ogni caso precisare, che anche a volere ritenere preferibile una interpretazione restrittiva (comportante la esclusione dai "depositi preferiti" tanto delle somme derivanti dalla sottoscrizione di obbligazioni bancarie, quanto dei cc.dd. "depositi interbancari"), anche così (eventualmente) circoscritta, la tutela riservata alla categoria di soggetti detentori di "*altri depositi*", rispetto a tutti gli altri creditori chirografari della banca, può suscitare più di una perplessità. Trattandosi prevalentemente, come si può supporre – per quanto precisato sopra – di depositi costituiti da grandi imprese, assolutamente estranee al fenomeno del "cliente inconsapevole", è lecita la preoccupazione che si verifichino ipotesi nelle quali la grande impresa collochi grandi depositi presso una banca notevolmente in crisi, ottenendo per tale ragione il riconoscimento di tassi di interesse elevati, certa (o quasi) della assenza di rischio in caso di dissesto della banca, grazie alla collocazione preferenziale del proprio (ingente) credito di rimborso.

¹⁹ In questo senso S. Gargano, *op. cit.*; G. Sabatini, *cit.*; L. Davi, *Banche, via libera al bail-in dal 2016*, consultabile al link: <https://www.ilsole24ore.com>

9. La “doppia garanzia” dei “depositi protetti”

Come visto, l’art. 91, co. 1-*bis* t.u.b., come introdotto dall’art. 1, co. 33, lett. b), del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, dispone una collocazione preferenziale (“*con preferenza rispetto agli altri crediti chirografari*”), in via gradata

- per i “depositi protetti *stricto sensu*” [importo non superiore a 100.000,00 euro] e per i “*depositi protetti speciali*”;
- per la parte dei depositi ammissibili al rimborso di persone fisiche, microimprese, piccole e medie imprese superiore all’importo previsto per i “*depositi protetti*”; e
- per “*gli altri depositi presso la banca*” (a far tempo dal 1° gennaio 2019, per le procedure di “crisi” iniziate dopo tale data).

Trattasi dunque di una tutela affidata ad una collocazione “privilegiata” nel concorso per il soddisfacimento dei crediti (dei depositanti) nei confronti della banca in “crisi”: tutela che come tale dipende dalla consistenza del patrimonio ricavabile dalla liquidazione (o dalla “risoluzione”) della banca, giacché tale patrimonio potrebbe anche rivelarsi insufficiente a consentire il rimborso integrale dei “*depositi preferiti*” (ogni qualvolta il risultato della liquidazione o della “risoluzione” fosse assorbito dal soddisfacimento dei creditori privilegiati, che precede il soddisfacimento dei creditori chirografari, sia pure quelli da soddisfare “*con preferenza rispetto agli altri creditori chirografari*”: *infra*).

Si è però anche sottolineato come l’ordinamento bancario preveda, ma limitatamente per i “depositi protetti”, anche una seconda forma di tutela per i depositanti (che poi rappresenta la tutela principale, da un punto di vista operativo): la garanzia di un “terzo”, che risponde dei debiti della banca in “crisi” (nei limiti della protezione accordata). Questo “terzo” è rappresentato dai Fondi di garanzia dei depositanti.

Si può pertanto concludere che i “depositi protetti”, cioè i depositi rientranti nella categoria dei “*depositi ammissibili al rimborso*” [perché non rientranti nella “deroga” preclusiva di cui al comma 2 dell’art. 96 – *bis*. 1 t.u.b.], e di importo non inferiore al “limite di rimborso” [cioè 100.000,00 euro, salve le fattispecie di cui al comma 4 dell’art. 96-*bis*. 1 t.u.b., per le quali il limite non vale] godono in realtà di due generi di protezione:

- a) una collocazione preferenziale nel concorso con gli altri creditori nel dissesto della banca; e
- b) la manleva di un Fondo di Garanzia, di modo che
 - (i) in caso di incapienza del patrimonio della banca in “crisi”, il soddisfacimento dovrebbe comunque derivare dall’intervento del “Fondo”; e
 - (ii) *in caso di insolvenza del “Fondo”*- per esaurimento delle risorse finanziarie fatte affluire dalle banche, che ne costituiscono la dotazione patrimoniale mediante una contribuzione annuale disposta dalla legge (art. 96.1. t.u.b.)²⁰– i crediti dei depositanti, nei limiti precisati, dovrebbero comunque trovare soddisfacimento in virtù della collocazione preferenziale loro accordata nel pagamento delle esposizioni della banca in “crisi”.²¹

Tenuto conto delle modalità e dei tempi di intervento delle due forme di “garanzia”, è da ritenere che la protezione dei titolari di “depositi protetti” sarà assicurata:

²⁰ Art. 96.1 (Dotazione finanziaria dei sistemi di garanzia).

1. *I sistemi di garanzia hanno una dotazione finanziaria proporzionata alle proprie passività e comunque pari almeno allo 0,8 per cento dell’importo dei depositi protetti delle banche aderenti ad eccezione di quelli indicati all’articolo 96-bis.1, comma 4, come risultante al 31 dicembre dell’anno precedente.*

2. *In fase di prima applicazione, il livello-obiettivo indicato al comma 1 è raggiunto, in modo graduale, entro il 3 luglio 2024. Il termine è prorogato sino al 3 luglio 2028, se prima del 3 luglio 2024 il sistema ha impiegato le proprie risorse per un ammontare superiore allo 0,8 per cento dell’importo dei depositi protetti delle banche aderenti al 31 dicembre dell’anno precedente ad eccezione di quelli indicati all’articolo 96-bis.1, comma 4.*

²¹ L’ipotesi formulata nel testo non è totalmente scolastica. Va ricordato infatti che nell’esperienza italiana non sempre i Fondi di garanzia sono stati in grado di rimborsare integralmente i depositanti protetti (S. De Polis, *La tutela dei depositi ecc.*, cit., ricorda che “*nella soluzione della crisi della Sicilcassa .. il Fondo Interbancario ha coperto circa il 25% dell’onere stimato*”).

Non diversamente il presidente del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositanti, in una audizione presso la Commissione Finanze del Senato della fine del 2015 (riferita nel documento consultabile al link: <https://www.forexinfo.it/Bail-in-confermato-dal-2016>), ha dichiarato che in caso di assoggettamento alla liquidazione coatta amministrativa delle “quattro banche” poi assoggettate a “risoluzione” (con intervento del fondo di risoluzione) sarebbe scattata la garanzia per i titolari di depositi di ammontare non superiore a 100.000,00, per un rimborso totale di 12,5 miliardi di euro, che “*il FITD non ha e non avrà mai*”.

(i) in primo luogo, e presumibilmente in misura integrale, dall'intervento dei "Fondi"; e

(ii) solo successivamente, in via eventuale e per il residuo che non fosse stato possibile rimborsare con l'intervento dei "Fondi", tramite la collocazione preferenziale nel concorso con gli altri creditori della banca in "crisi".

L'art. 96-bis 2, infatti, per limitarsi all'ipotesi dell'assoggettamento della banca a liquidazione coatta amministrativa, dispone che *"il rimborso è effettuato entro sette giorni lavorativi dalla data in cui si producono gli effetti del provvedimento"* di l.c.a.²²: ragione per cui, dopo pochi giorni dall'apertura della procedura, i depositanti non saranno più interessati al recupero dei loro crediti verso la banca (recupero che sarà curato dai "Fondi", che si surrogheranno ai depositanti rimborsati nei diritti degli stessi già vantati verso la banca: *infra*).

10. *Natura ed effetti della collocazione preferenziale dei crediti dei "depositanti preferiti"*

I crediti dei depositanti che andiamo considerando in questa sede (quelli "protetti" dall'art. 91 t.u.b. quanto al concorso con gli altri creditori della banca in "crisi") sono dunque *"soddisfatti con*

²² L'art. 4, co. 4, del d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 30, che ha dato attuazione alla direttiva 2014/49/UE relativa al sistema di garanzia dei depositi, precisa che *"il termine di sette giorni lavorativi previsto dall'art. 96-bis.2, comma 1, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si applica a partire dal 1° gennaio 2024. Fino a tale data, il termine entro il quale il sistema di garanzia dei depositanti effettua i rimborsi è pari a: a) 20 giorni lavorativi fino al 31 dicembre 2018; b) 15 giorni lavorativi dal 1° gennaio 2019 al 31 dicembre 2020; c) 10 giorni lavorativi dal 1° gennaio 2021 al 31 dicembre 2023.*

Fino al 31 dicembre 2023, se il sistema di garanzia dei depositanti non è in grado di effettuare i rimborsi entro il termine di sette giorni lavorativi previsto dall'articolo 96-bis.2, comma 1, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, esso assicura comunque che ciascun titolare di un deposito protetto che ne abbia fatto richiesta riceva, entro cinque giorni lavorativi dalla richiesta, un importo sufficiente per consentirgli di far fronte alle spese correnti, a valere sull'importo dovuto per il rimborso. L'importo è determinato dal sistema di garanzia, sulla base di criteri stabiliti dallo statuto. Si applica l'articolo 96-bis.2, comma 2, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385".

preferenza rispetto agli altri crediti chirografari” (art. 91, co. 1-bis, t.u.b.)

Benché a tale proposito ci si sia espressi in termini di “privilegio”, affermandosi che “*la Direttiva BRRD ha introdotto dei criteri di privilegio dei crediti (la cosiddetta depositor preference)...*”²³, è da ritenere che il ricorso a tale categoria, nell’ordinamento nazionale, non sia corretto.

I crediti della specie non sono propriamente “privilegiati”, bensì (solamente) preferiti agli altri creditori chirografari: ad essi *antergati*, pertanto, senza per ciò assurgere propriamente alla “categoria” soprastante (dei crediti privilegiati).

Trattasi di una collocazione antitetica rispetto a quella dei crediti *postergati* (per es. quelli derivanti da finanziamenti-soci erogati in situazioni di squilibrio finanziario della s.r.l.: cfr. art. 2367 cod. civ.), che sono collocati *dopo* gli altri crediti chirografari, senza per ciò scadere nella “categoria” sottostante (rappresentata dal capitale sociale).

La antergazione di cui trattasi è poi caratterizzata da una “graduazione” interna, che potremmo avvicinare al fenomeno della suddivisione dei creditori in “classi” nel Concordato preventivo (come del resto accade per i crediti postergati – definiti anche subordinati –, che possono risultare graduati tra di loro piuttosto che destinatari di un unico trattamento omogeneo):

(i) la “classe” dei “*depositi protetti*” (costituita dai depositi protetti *stricto sensu* e dai depositi protetti *speciali*) – “**Classe 1**” -;

(ii) la “classe” della parte dei depositi ammissibili al rimborso superiore al limite dei depositi protetti (in pratica, superiore all’importo di 100.000,00 euro, se rappresentati da depositi protetti *stricto sensu*), qualora detenuti da “*persone fisiche, micro imprese, piccole e medie imprese*” – “**Classe 2**” -; e infine

(iii) la “classe” degli “*altri depositi presso la banca*”, con riguardo però alle sole procedure di “crisi” bancarie iniziate dopo il 1° gennaio 2019 – “**Classe 3**”-.

²³ Ministero dell’Economia e delle Finanze, “*Unione Bancaria: con direttiva UE più tutele per depositi e creditori*”, documento del 2 luglio 2015, consultabile al link: http://www.mef.gov.it/inevidenza/article_0141.html

Nessuna regola esplicita è dettata per la successione nel soddisfacimento dei crediti dei depositanti “preferiti”, né rispetto alla categoria anteposta (privilegiati) o rispetto a quella posposta (chirografari); né rispetto a ciascuna “fascia” dei crediti “protetti” nei reciproci confronti.

Pare ovvio che nessun soddisfacimento possano ricevere i crediti “preferiti”, prima del soddisfacimento integrale dei crediti privilegiati (e dei crediti prededucibili, ove sussistenti, nonché di quelli sorti per spese di procedura), di qualunque ordine e grado; e, per converso, che nessun soddisfacimento possano ricevere i crediti chirografari, se non dopo l’integrale pagamento dei depositanti “preferiti”.

Per ciò che concerne poi i rapporti tra i depositanti “preferiti” nei reciproci confronti, è da domandarsi se si possa fare riferimento alla figura delle “classi”, come introdotta nella disciplina delle procedure di composizione delle “crisi” delle imprese di diritto comune (con particolare riguardo al Concordato preventivo: cfr. art. 160, co. 1, lett. c) l. fall.); e quali rapporti debbano ritenersi *esattamente* sussistenti tra una “classe” ed un’altra.

A tale proposito occorre in primo luogo precisare che le “classi” qui costituite non sono il frutto di una *opzione* dell’imprenditore (o di chi, più in generale, imposti una procedura di composizione di una crisi d’impresa), bensì la conseguenza di una previsione legale. Per effetto di ciò, si deve ritenere che al soddisfacimento dei depositi “preferiti” appartenenti alla seconda “classe” non possa procedersi se non dopo il pagamento *integrale* dei depositi protetti di cui alla prima “classe”; e che ugualmente non si possa porre mano al soddisfacimento (nell’ambito delle procedure iniziate dopo il 1° gennaio 2019) dei crediti vantati dai depositanti “preferiti” della terza “classe”, se non dopo il soddisfacimento *integrale* dei depositi “preferiti” delle prime due.

In buona sostanza, dovrebbe farsi qui applicazione di un principio analogo a quello affermato in materia di *cause di prelazione*, in forza del quale non si può dare corso al pagamento (neppure in misura inferiore) di un credito di grado successivo ad altri, se non dopo il soddisfacimento *integrale* di tutti i crediti di grado superiore²⁴.

²⁴ In argomento v., da ultimo, G. D’Attorre, *Concordato in continuità ad ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. Comm.*, 2016, I, 39 ss.

Come detto, peraltro, i crediti dei depositanti “preferiti”, per quanto antergrati rispetto agli altri creditori chirografari, non sono definibili “privilegiati”: ne consegue (*inter alia*) che in sede di riparto dell’attivo destinato al soddisfacimento dei creditori della banca assoggettata a l.c.a. ovvero a “risoluzione”, i depositanti “preferiti” non si vedranno riconosciuti *interessi*, come devono essere riconosciuti invece – nei termini di legge – ai creditori privilegiati ²⁵.

11. *La depositor preference rispetto ai sistemi di garanzia dei depositi. A) La funzione di protezione dei sistemi di garanzia dei depositi*

La direttiva 94/19/CE del 30 maggio 2014 aveva stabilito il principio secondo il quale “*fatto salvo qualsiasi altro diritto che essi possano avere ai sensi della legislazione nazionale, i sistemi che effettuano pagamenti a titolo di garanzia, nella procedura di liquidazione hanno il diritto di subentrare nei diritti dei depositanti per un importo pari alla somma pagata*” (art. 11).

Tale disposizione non era stata modificata dalla Direttiva 2009/14/CE dell’11 marzo 2009; ed è stata rinnovata dalla Direttiva 2014/49/UE del 16 aprile 2014, la quale prevede che “*fatto salvo qualsiasi altro diritto che esso possa avere ai sensi della legislazione nazionale, il sistema di garanzia dei depositi (“SGD”) che effettua pagamenti a titolo di garanzia in un contesto nazionale ha il diritto di subentrare nei diritti ai depositanti nell’ambito dei procedimenti di liquidazione o riorganizzazione per un importo pari alle somme pagate ai depositanti...*” (art. 9, co. 2, prima parte).

Attualmente l’art. 96-bis.2, comma 5, t.u.b. (introdotto dall’art. 1, comma 6, d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30) afferma che “*i sistemi di garanzia, quando effettuano i rimborsi ai sensi dell’art. 96-bis, comma 1-bis, lettera a), subentrano nei diritti dei depositanti nei confronti della banca in liquidazione coatta amministrativa... beneficiando della preferenza di cui all’articolo 91, comma 1-bis, lettera b) numero 2*”.

²⁵ Un altro aspetto della negazione ai crediti dei depositanti “preferiti” della qualità di creditori privilegiati sarebbe rappresentata *dalla attribuzione del diritto di voto*, se nelle procedure di crisi delle imprese bancarie fossero previste occasioni di consultazione dei creditori concorrenti.

Il numero 2 della lettera b) del comma 1-*bis* dell'art. 91 t.u.b., a sua volta, afferma che “*i crediti vantati dai sistemi di garanzia... a seguito della surroga nei diritti e negli obblighi dei depositanti protetti... sono soddisfatti [con preferenze rispetto agli altri crediti chirografari nonché] con preferenza rispetto ai crediti rientrati alla lettera a)*” del comma 1-*bis* del medesimo art. 91.

Ciò vuol dire che, intervenuto il dissesto della banca, i Fondi di garanzia che rimborsano i depositanti (nei limiti dei “depositi protetti” e con le modalità del “rimborso...entro sette giorni lavorativi...”), sono surrogati nella loro condizione di “antergazione” rispetto a tutti gli altri creditori chirografari, nonché (*in quanto collocati nella “Classe 1”*)

(i) rispetto ai crediti dei depositanti “preferiti” di “Classe 2”, pur preferiti ai chirografari in quanto persone fisiche, micro imprese, e piccole e medie imprese [per le somme superiori al limite di rimborso, ove applicabile]; e

(ii) rispetto ai crediti dei depositanti “preferiti” di “Classe 3”, pur preferiti agli altri creditori chirografari (a far tempo dal 1° gennaio 2019) perché titolari di “*altri depositi*”.

In altre parole: i Fondi di garanzia rimborsano i “*depositanti protetti*”, nella misura in cui la garanzia di legge deve operare, ed immediatamente dopo sono collocati, “**in esclusiva**”, a ridosso dei creditori privilegiati e prima degli altri depositanti “preferiti” (di “Classe 2” e di “Classe 3”), e tanto più prima di tutti di altri creditori chirografari.

12.1. *Il ruolo dei sistemi di garanzia nella soluzione delle crisi bancarie in Italia*

Nel nostro Paese la tutela dei depositanti, nelle situazioni di crisi bancarie, è stata raramente perseguita con il “rimborso” dei rispettivi depositi (alle condizioni e nei limiti del diritto al rimborso verso il FITD o verso il FGDCC), e comunque in modo assolutamente marginale²⁶. Essa è stata perseguita piuttosto attraverso la *prevenzione* dell'esplosione della crisi (specie ad opera del FGDCC), ovvero la

²⁶ Vengono citati, in ambito FITD, due casi su undici complessivi, riferiti a banche di piccolissime dimensioni.

traslazione del pericolo di insolvenza della banca ad altra banca patrimonialmente rispondente – (o attraverso operazioni di incorporazione, o attraverso operazioni di cessione dell’azienda bancaria e/o delle relative attività e passività, con conseguente “accollo” alla banca cessionaria (anche) delle passività verso i depositanti protetti) – .

Tale tecnica di protezione (tra gli altri) dei depositanti è stata resa possibile da:

a) un quadro normativo, regolamentare e statutario che consentiva il perseguimento della tutela dei depositanti anche attraverso l’utilizzo di strumenti (come quelli descritti) alternativi al “rimborso” *tout court* delle somme depositate presso la banca in crisi; e

b) la presenza di condizioni di maggiore convenienza (il c.d. “**minor onere**”) del ricorso agli strumenti alternativi rispetto allo strumento del “rimborso”. Tali condizioni, che rappresentavano anche un presupposto normativo e statutario, hanno fatto sì che:

(i) il sistema bancario abbia sopportato, per i “salvataggi” bancari, costi inferiori a quelli che avrebbe sopportato se avesse dovuto dare corso al rimborso dei depositanti protetti²⁷; e

(ii) le aziende bancarie delle banche in crisi non hanno, per lo più, cessato l’attività, così evitando le gravi ripercussioni che la chiusura della banca avrebbe avuto (non tanto e non solo sui *depositanti*, che comunque avrebbero beneficiato dei “rimborsi”, quanto piuttosto e soprattutto) dei clienti affidati, che non avrebbero più potuto essere sostenuti finanziariamente (essendo cessata l’attività bancaria); e infine

(iii) anche i creditori diversi dai depositanti, *e tra questi i depositanti estranei al perimetro* (per caratteristiche soggettive e/o per tipologia di rapporto bancario e/o per entità delle somme depositate)

²⁷ In molti casi i Fondi di garanzia nazionali hanno favorito il trasferimento di aziende bancarie da banche in crisi a banche patrimonialmente dotate (così disinnescando il pericolo di mancata restituzione dei depositi) integrando il *deficit* patrimoniale dei rapporti attivi e passivi trasferiti. Tale costo ha rappresentato un onere inferiore a quello che sarebbe derivato dall’immediato rimborso di tutti i depositi protetti, seguito dal recupero di quanto ottenibile con la partecipazione al ricavato dalla liquidazione “atomistica” degli attivi della banca in crisi, *nel concorso con gli altri creditori*.

dei “*depositi protetti*”, nonché i “**risparmiatori**” non tecnicamente qualificabili “*depositanti*” (come i sottoscrittori di obbligazioni bancarie), si sono trovati a godere di una tutela integrale.

12.2. *Le prospettive del ruolo dei sistemi di garanzia nella soluzione delle crisi bancarie dopo L’Unione Bancaria*

La recente integrazione normativa a livello comunitario, attuata, da ultimo, nel nostro Paese – per le disposizioni comunitarie che non dovessero già essere ritenute di immediata applicabilità – con l’attuazione della Direttiva 2014/59/UE concernente il risanamento e la risoluzione degli enti creditizi (cfr. l. d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 e d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, apportante conseguenti modifiche al testo unico bancario e al testo unico sulla finanza), oltre che con l’attuazione della Direttiva 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (cfr. d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 30), ha fatto sì che il ruolo dei Fondi nazionali di garanzia dei depositanti nelle crisi delle imprese bancarie è destinato a subire importanti modificazioni.

In via preliminare la Commissione UE – come è emerso solo recentemente –, alla luce della circostanza che l’adesione ai sistemi di garanzia da parte delle banche rappresenta *un obbligo di legge*, considera “aiuti di Stato”, e come tali in linea di principio non ammissibili, i contributi dei sistemi di garanzia dei depositanti *diversi dal “rimborso” dei depositi*: quella forma di contributo, cioè, che come tale è erogabile esclusivamente nel contesto di procedure concorsuali, e comunque non surrogabile da interventi alternativi, come quelli posti in essere nel passato, in Italia, nella quasi totalità dei casi di “crisi” bancarie ²⁸.

²⁸ V. in argomento la *Relazione Illustrativa* allo Schema da d.lgs. recante attuazione alla Direttiva 2014/49/UE, nella quale si dichiara – articolo 1, lett. (i) – *che sulla fase di preparazione dello schema di decreto legislativo, è emerso che, secondo la Direzione Concorrenza della Commissione Europea, gli interventi di un meccanismo di garanzia dei depositi diversi dal rimborso dei depositanti sono da ritenersi misure di supporto pubblico, con la conseguente applicazione del quadro normativo dell’Unione Europea in tema di aiuti di Stato. In assenza di un consolidato orientamento della Corte di Giustizia sul punto, si è ritenuto opportuno prevedere la possibilità che le banche aderenti istituiscano presso il sistema di garanzia uno schema volontarie. La partecipazione allo schema volontario e, conseguentemente, ai relativi interventi finanziari, sarà del tutto volontaria e le*

Il FITD e il FGDCC, pertanto, *come tali*, non avrebbero potuto e non potranno più intervenire nelle crisi bancarie se non attraverso il mero rimborso dei depositanti protetti, *per quanto oneroso* (sotto i diversi profili sopra segnalati) ciò possa risultare: nel senso di

(i) essere più costoso dell'adozione degli strumenti alternativi utilizzati nel passato dai Fondi di garanzia italiani; e

(ii) rendere inevitabili le gravi ripercussioni della liquidazione della banca sui restanti creditori (al netto di quelli rimborsabili) e sull'economia del territorio di riferimento

A ciò peraltro è stato posto rimedio, allo stato (nel FITD), con la costituzione di uno "Schema Volontario", attuato attraverso alcune modifiche allo Statuto del Fondo, mediante – dapprima – l'introduzione dell'articolo 35, e successivamente la modifica di tale articolo e l'integrazione con gli articoli 36-39. Attraverso tale "Schema" le banche italiane (S.p.A. e Popolari), *volontariamente* (e quindi potendo esercitare anche la facoltà di non provvedere in tal senso, come qualche banca effettivamente ha fatto), possono intervenire in situazioni di "crisi" al fine di prevenire il dissesto di una banca, in funzione della sua patrimonializzazione; del suo recupero ad una *governance* corretta e ad una gestione efficiente; della sua successiva cessione sul mercato, in vista della riscossione di un prezzo atto a rimborsare le banche intervenute – o a ricostituire la dotazione dello "Schema Volontario" – .

Lo "Schema Volontario di Intervento" costituito all'interno del FITD può essere reso operativo a favore di banche (che beninteso aderiscano a detto "Schema", che come sottolineato ha carattere assolutamente volontario) nei confronti delle quali siano state adottate

risorse finanziarie dello schema volontario devono essere formalmente separate da quelle del DGS, la cui dotazione finanziaria non deve essere interessata dagli interventi posti in essere dallo schema volontario. Lo schema volontario con tali caratteristiche esulerebbe completamente dal regime normativo degli aiuti di Stato".

Emblematico in tale contesto si è rilevato il caso di Banca TERCAS, nel quale il FITD era intervenuto, per circa 300 milioni, per appianare lo sbilancio patrimoniale della banca al fine di favorire il subentro nelle relative attività e passività da parte della Banca Popolare di Bari, e che quest'ultima ha dovuto restituire, a seguito dell'intervento della Commissione, che ha giudicato il contributo del FITD come un (illecito) "aiuto di Stato". Il "salvataggio" di Banca TERCAS è poi stato conseguito mediante un *apporto volontario* di pari importo da parte di quasi tutte le banche italiane, attraverso l'innovativo "Schema Volontario" del FITD (*infra*, nel testo).

misure di intervento precoce, ai sensi del Titolo IV, capo I, Sezione 01-I del T.U.B., ivi incluse le misure di cui agli articoli 53-*bis* e 67-*ter*, ovvero sia stato dichiarato lo stato di dissesto o di rischio di dissesto dalla Banca d'Italia.

Gli interventi possono consistere in:

- a) concessione di finanziamenti;
- b) rilascio di garanzie;
- c) assunzione di partecipazioni;
- d) acquisizione di attività, passività, aziende, rami d'azienda, beni e rapporti giuridici individuabili in blocco;
- e) altre forme tecniche.

Gli interventi di cui al comma precedente possono essere effettuati quando sussistano concrete prospettive di risanamento della banca, sulla base di piani di ristrutturazione efficaci e credibili e, in caso di dissesto o rischio di dissesto dichiarato dalla Banca d'Italia, a condizione che, ricorrendone le condizioni previste dalla normativa, siano state preventivamente adottate misure di riduzione/conversione degli strumenti di capitale in capitale primario di classe 1, ovvero quando gli interventi riguardino operazioni precedentemente effettuate, che richiedano, nei confronti della stessa banca destinataria, integrazioni o diverse configurazioni.

Lo Schema può altresì intervenire nell'ambito di procedure di liquidazione coatta amministrativa, in operazioni di cessione di attività, passività, aziende, rami d'azienda, beni e rapporti giuridici individuabili in blocco.

Le risorse necessarie per effettuare gli interventi e per coprire gli oneri e le spese connessi al funzionamento e agli interventi medesimi sono fornite dalle banche aderenti in via autonoma e aggiuntiva rispetto alle contribuzioni che alimentano il Fondo di garanzia propriamente detto (quello cioè al quale le banche devono aderire obbligatoriamente).

L'ammontare delle risorse che le banche aderenti allo Schema Volontario si sono impegnate a fornire è di settecento milioni di euro. Le risorse da destinare agli interventi sono messe a disposizione dalle banche aderenti "su chiamata", in relazione alle modalità e ai tempi dei singoli interventi.

Sono organi dello Schema Volontario:

- a) l'Assemblea delle banche aderenti;

b) il Consiglio di gestione, composto dal Presidente del Fondo e dal Presidente dell'Associazione Bancaria Italiana, quali membri di diritto, e da 10 membri – nominati dalle banche partecipanti all'atto della costituzione dello Schema e successivamente dall'Assemblea – che delibera gli interventi;

c) il Presidente del Fondo, che convoca e presiede il Consiglio di gestione;

d) il Collegio Sindacale del Fondo, che partecipa alle riunioni del Consiglio di gestione e vigila sulla piena separatezza delle risorse dello Schema da quelle del Fondo;

e) il Direttore Generale del Fondo, che svolge l'istruttoria relativa agli interventi e provvede all'esecuzione delle delibere del Consiglio di gestione.

La effettuazione dei singoli interventi è decisa dal Consiglio di gestione, come si ricava dalla abrogazione della lettera c) dell'art. 39 previgente, che attribuiva tale decisione all'Assemblea delle banche aderenti allo Schema Volontario.

La natura volontaria dell'iniziativa ne esclude la rilevanza sotto il profilo dell'ammissibilità o meno degli "aiuti di Stato": e ciò realizza nuovamente la prima delle condizioni originarie alle quali erano subordinati gli interventi di sostegno alle banche in crisi con strumenti alternativi al rimborso dei depositanti (cioè la conformità al quadro normativo e regolamentare vigente).

Per quel che riguarda invece la seconda condizione, alla quale erano subordinati gli interventi di "salvataggio" del FITD attuati con strumenti alternativi al rimborso dei depositanti, rappresentata dal presupposto del "minor onere" dell'intervento alternativo, la conclusione è meno certa (e tendenzialmente dubbia).

Sotto questo profilo, infatti, va prestata speciale attenzione alle ricordate innovazioni normative, in forza delle quali gli interventi dei sistemi di garanzia in favore dei "depositanti protetti" *ne determinano la surrogazione nei relativi diritti verso la banca*, che si traduce in:

(i) la collocazione, nel concorso con gli altri creditori, prima di ogni altro credito chirografario; nonché

(ii) la collocazione, nel concorso con gli altri "depositanti preferiti", antergrati ai creditori chirografari, prima di ogni altro depositante antergrato. In pratica, cioè, come detto, subito dopo i crediti privilegiati.

La surrogazione dei crediti dei Fondi di garanzia per i rimborsi effettuati ai depositanti protetti in una collocazione (“preferenziale”) così favorevole, mette in discussione (o può mettere in discussione, nei singoli casi di specie) *la stretta convenienza economica* del ricorso a strumenti alternativi di (prevenzione e) composizione delle situazioni di “crisi”, mediante il ricorso a strumenti alternativi: ovverosia, nell’attuale contenuto Statutario del FITD, mediante il ricorso allo “Schema Volontario”²⁹.

Peraltro è necessario precisare che lo Statuto del Fondo (recentemente rinnovato, in argomento, a più riprese) *non condiziona* l’intervento attuato attraverso lo Schema Volontario all’accertamento della sussistenza del presupposto del “minor onere”.

Nell’ambito della dotazione tempo per tempo determinata dalla Assemblea delle banche (“*in seduta straordinaria*”: art. 39, co. 6, quindi con la presenza di tante banche che rappresentino almeno la metà dei voti, e con il voto favorevole di almeno i due terzi dei voti spettanti alle banche presenti) – oggi come detto ammontante a 700 milioni di euro – , il Consiglio di gestione accerterà la sussistenza dei presupposti che condizionano gli “interventi” dello Schema Volontario. In caso di accertamento negativo, *nulla quaestio*; in caso di accertamento positivo, manca la indicazione dei criteri in base ai quali il Consiglio di gestione possa, in ipotesi, negare, *in linea di principio*, l’attuazione dell’intervento richiesto da una banca aderente “in crisi” (salva l’ipotesi, ovviamente, nella quale il Consiglio di gestione disconosca l’attitudine dell’intervento richiesto ad assicurare “*concrete prospettive di risanamento della banca*”: il chè si traduce peraltro proprio nell’accertamento della mancanza di uno dei presupposti richiesti dallo Statuto).

D’altro canto è necessario tenere presente che, come detto, l’adesione allo “Schema Volontario” è frutto di una scelta assolutamente volontaria, in funzione dell’approntamento di forme di tutela supplementari per i clienti della banca (sia in qualità di depositanti, sia in qualità di affidati), e per i creditori in generale. Ciò potrebbe originare, in prospettiva:

²⁹ Per un accenno a tale profilo v. C. Barbagallo, *Intervento* in sede di esame del d.d.l. di delegazione europea 2014 (A.S. 1758), consultabile al link: <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2015/Barbagallo-180315.pdf>; S. De Polis, *op.cit.*

(i) per un verso, l'acquisizione di un maggior grado di "reputazione" per le banche aderenti allo "Schema Volontario", rispetto a quelle non aderenti (e come tali escluse per definizione dai possibili interventi alternativi, in caso di "crisi"); e

(ii) per un altro, la creazione di una legittima aspettativa per ciascuna delle banche aderenti, che in quanto tale abbia contribuito alla costituzione dei fondi necessari a finanziare gli interventi dello "Schema Volontario" nelle situazioni di "crisi" di altre banche, *a beneficiare del medesimo genere di interventi*, allorché incappasse in una delle situazioni critiche che ne costituiscono il presupposto in base al dettato Statutario del Fondo.