

GIUSEPPE B. PORTALE

DALLA «PIETRA DEL VITUPERIO» AL «BAIL-IN»

Abstract

Il contributo evidenzia il carattere afflittivo, in antico, della normativa fallimentare e sottolinea la specialità della disciplina delle crisi bancarie, legata a interessi pubblici e, prima delle recenti riforme, soprattutto al problema del salvataggio dei creditori della banca: in particolare, dei depositanti, ma secondo alcuni pure dei piccoli azionisti. L'istituto del bail-in o "salvataggio interno" è uno degli strumenti con i quali può trovare impiego la nuova procedura di risoluzione delle banche, senza che, primariamente, vi sia il ricorso agli aiuti di Stato finalizzati alla soluzione della crisi (art. 107 TFUE). Esso prevede la riduzione o la conversione, se necessario, in capitale dei diritti degli azionisti e dei creditori della banca, assicurando che nessuno di questi possa essere penalizzato rispetto al trattamento che avrebbe ricevuto ove la banca fosse stata sottoposta a liquidazione mediante procedura ordinaria. Ma viene espressa preoccupazione di fronte alle erosioni di alcune libertà costituzionali (ad esempio, art. 41, comma 2, e art. 42 Cost.) e alla estrema incertezza legata al proliferare delle fonti.

1. Nella storia di una cittadina siciliana (BUCOLO, 1953), nella parte dedicata alle *Tradizioni civili* (151, § 1) sotto il lemma «Pietra del vituperio», è riportata la seguente testimonianza: «I debitori che non potevano o non volevano pagare, venivano sottoposti alla vergognosa azione di calarsi in pubblico le braghe e battere con le natiche tre volte sopra una balata o pietra del vituperio, collocata nell'aula della Curia Capitaneale, o in una pubblica piazza, alla presenza dei creditori e dei molti curiosi, accompagnando l'atto indecoroso colle rituali parole: *chi ha da avere, venga a pagarsi*. I vecchi ci hanno tramandato questa usanza..., ed anche la persona che *batté il sedere* sulla balata posta nella piazza della matrice».

La notizia – sul piano storico – è abbastanza sorprendente, dato che si accenna al permanere dell'usanza, in detta cittadina, ancora negli anni '20 del secolo scorso, mentre, a quanto mi consta, quella pratica, che sembra trovare riscontro, per imitazione, anche in Francia, non riuscì a superare, in altri posti, il secolo XVIII. Penso alla «Preda Ringadora», detta anche «lapidem arengheriae» di Modena, o alla «pietra del vituperio» di Aramengo, luogo di pena specializzato in «debitori insolventi» (da dove l'espressione: «va' ad Aramengo», ossia «ti auguro il fallimento», molto più pudica di

quella sicula «ristari ccu culu 'n terra»: SAPIENZA; per altre notizie e riferimenti, PORTALE [1], 389 ss.; RIVOLTA [1], 22). E mi piace ricordare una pagina autobiografica di Aldo Palazzeschi (e riprodotta da RIVOLTA [2], 264 ss.), il quale racconta «come un giorno [suo] padre, attraversando la Loggia del Porcellino – siamo, quindi, a Firenze – non appena giunti al centro vi si fermò di scatto per indicar[gli] un piccolo tondo di marmo infisso nel pavimento e sopra il quale, prese a dir[gli] che, in un tempo certamente lontanissimo si dava giusto castigo e pubblico scorno al mercante fallito, tirandogli giù i calzoni e a posteriore scoperto sbattendolo e risbattendolo per un'infinità di volte sul quel marmo. Il derelitto, divenuto fra quelle braccia uno straccio, avrebbe preferito d'essere morto vedendosi circondato dalla più viva e morbosa curiosità del prossimo accorso in folla per godersi lo spettacolo e manifestare al tempo stesso il proprio biasimo. Mio padre – aggiunge Palazzeschi – doveva nutrire tale orrore del fallimento...., che faceva di tutto per infonderne altrettanto nell'animo del figlio al fine di preservarlo da tanto obbrobrio... ».

La descritta pratica, probabilmente, è da considerare il perpetuarsi di quella visione afflittiva del fallimento (non distinto dalla bancarotta), residuo della sua originaria natura di procedura penale, alla quale erano correlate sanzioni che potevano essere anche cruente. Sul piano letterario, lo ricorda il dialogo di Shylock con Antonio nel *Mercante di Venezia* (scena III, 145) di Shakespeare, dove si parla, per la mancata restituzione di una somma data a prestito, di una possibile penale «indicata in una libbra della vostra carne chiara, da tagliare e prendere in quella parte del vostro corpo che piacerà a me» (un riferimento al dialogo in ASCARELLI, 10). Mentre, sul piano del diritto, possono essere rammentati, da un lato, la bolla del Papa Pio V del 3 novembre 1570, la quale stabiliva che i bancarottieri fossero perseguiti come ladri e pronunciava contro di essi la pena capitale; dall'altro, in Francia, un editto di Enrico IV del 1609, in base al quale i medesimi dovevano essere «exemplairement punis de mort comme voleurs et affronteurs publics» (GUILLON, 29). Il disvalore del fallimento era destinato a protrarsi per secoli (fra altri, RIVOLTA [1], 22 ss.), se è vero che – dopo l'entrata in vigore, nel 1882, del secondo codice di commercio italiano –, Gustavo Bonelli, il nostro maggiore studioso della materia (nel cui pensiero si rifletteva la cultura liberale del tempo), poteva scrivere che l'insolvenza è prodotta dal discredito, il quale, a propria

volta, travolge l'immagine intera della persona: «il commerciante oberato che si toglie la vita – diceva l'illustre giurista – esprime nel modo più solenne la più completa sfiducia nelle proprie risorse e nel proprio credito. Come potrebbe conciliarsi questa sfiducia di sé stesso colla fiducia dei creditori?» (BONELLI, 95). E, d'altro canto, non è un caso che, ad esempio, nella letteratura francese, gli facesse eco il grande e bizzarro romanziere Honoré de Balzac – che ben si intendeva di fallimenti, per averne subito la vergogna, a causa delle sue tante e rovinose attività extraletterarie (PIERROT, 144 ss.) – nel suo Eugénie Grandet: precisamente, nella lettera che il nipote Carlo consegnava allo zio Félix Grandet, da parte del suo sfortunato padre, per annunciare al fratello il proprio suicidio, perché non aveva voluto sopravvivere all'onta di un fallimento da imputare alla bancarotta del proprio agente di cambio (BALZAC, 52 s.).

2. Venendo a tempi a noi più vicini e – data la sede della *Lectio* – semplificando al massimo, al nostro codice di commercio del 1882 è subentrata la c.d. legge fallimentare del 1942 (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), la quale – a parte i ritocchi imposti dalla Corte costituzionale – è rimasta sostanzialmente immutata fino alla legge 14 maggio 2005, n. 80, cui avrebbero fatto seguito ulteriori interventi legislativi. Il testo del 1942 – oltre a conservare una visione afflittiva e sanzionatoria del fallimento: è sufficiente, al proposito, richiamare le norme che imponevano l'obbligo di residenza al fallito (art. 49) e la sua iscrizione nel «pubblico registro dei falliti» (art. 50) –, non teneva conto dei profondi mutamenti della realtà socio-economica del paese, con la conseguenza di restare ancorato ad una concezione soggettiva, tesa ad espellere dal mercato l'imprenditore insolvente (*a prescindere dalle cause della crisi*) ed incapace, quindi, di fronteggiare – palesando, così, la sua inefficienza –, quelle che sono, per contro, le vere esigenze di un mercato moderno.

Solo nell'ultimo decennio – avendo presenti le spinte provenienti dal sistema inglese e, soprattutto, da quello statunitense (in particolare dal noto *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, che avrebbe influenzato il diritto di altri paesi europei: come Austria, Francia, Germania) – si è pervenuti ad una configurazione oggettiva dell'insolvenza: incentrata sull'attività d'impresa e diretta a realizzare un migliore temperamento delle istanze di tutela dei creditori dell'imprenditore in dissesto, *da un canto*, e di

salvaguardia dell'organismo produttivo e di valorizzazione delle attività e della pluralità di interessi che esso coinvolge, *dall'altro*.

Senonché, mentre per raggiungere questo nuovo obiettivo i legislatori di paesi a noi vicini hanno optato per una riforma organica (si pensi, ad esempio, alla *Insolvenzordnung* tedesca del 1994, alla *Ley concursal* spagnola del 2003 e alla *loi* n. 2005-845 francese *sur la sauvegarde d'entreprise*), il nostro ha preferito la tecnica delle novelle, con una serie di interventi specifici, che talvolta si sono succeduti in maniera caotica, interessando sovente disposizioni della legge fallimentare modificate poco tempo prima e producendo, di conseguenza, anche difficoltà applicative. Accade così che il nostro sistema attuale, da un lato, continua ad attribuire un ruolo centrale al fallimento, con la finalità precipua di soddisfare la massa dei creditori attraverso la liquidazione dell'impresa insolvente; mentre poi, dall'altro, con uno specifico testo normativo (d. lgs. n. 270/1999, che ha riformato radicalmente la precedente l. n. 95/1979: c.d. legge Prodi), al quale se ne è affiancato un secondo (d. l. n. 347/2003, convertito nella l. n. 39/2004, più volte modificata) ha introdotto due nuove procedure concorsuali – l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza e l'amministrazione straordinaria speciale riservata alle imprese di maggiori dimensioni –, dirette a conciliare il soddisfacimento dei creditori dell'imprenditore insolvente con il salvataggio del complesso produttivo in crisi e la conservazione dei posti di lavoro. Con questo, tuttavia, non si può ritenere – soprattutto dopo i più recenti interventi legislativi – che la conservazione dei complessi produttivi sia rimasta estranea alla legge fallimentare: questo può avvenire sia quando il piano di liquidazione preveda la cessione unitaria dell'azienda o di rami di azienda (art. 104-*ter*, comma 2°, lett. *d*, l.fall.), purché la vendita sia capace di consentire una maggiore soddisfazione dei creditori, sia, ed in misura ancora maggiore, con gli interventi di riforma del concordato preventivo, nonché con l'introduzione degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati di risoluzione, che – valorizzando tecniche di composizione privatistica della crisi (non a caso si parla di «“privatizzazione” delle procedure concorsuali»: ad es., SCIUTO, 162) – sono protesi a perseguire l'obiettivo di salvaguardia dell'impresa e/o dei complessi produttivi (artt. 67, comma 3°, lett. *d*, 160-186-*bis*). L'argomento va chiuso ricordando l'esistenza di un disegno di legge delega (che secondo notizie di stampa

dovrebbe essere approvato entro l'anno: *Il Sole 24-Ore* del 7 aprile 2016, 50), destinato a risistemare tutta la materia e dove, peraltro, non appare più il termine "fallimento" (art. 2, comma 1, lett. a, d.d.l. delega), per il dichiarato assunto che «un diverso approccio lessicale può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica del ciclo vitale di un'impresa, da prevenire ed eventualmente regolare al meglio, ma non da esorcizzare (*Relazione* al d.d.l.; sul termine "fallimento" e sulla proposta di abolizione del medesimo, NUZZO).

3.1. A differenza di quanto accadeva in molti paesi europei, dove la crisi dell'impresa bancaria era assoggettata al diritto comune dell'insolvenza, il legislatore italiano aveva dedicato alle crisi delle c.d. aziende di credito (questa era, infatti, la denominazione delle banche, malgrado la sua erroneità, perché frutto della confusione tra impresa ed azienda, come qualche anno dopo avrebbe chiarito il codice civile del 1942: artt. 2082 e 2555 c.c.) un'apposita disciplina racchiusa nella c.d. legge bancaria del 1936-1938, la quale – oltre a contenere una norma che consentiva, con l'autorizzazione della Banca d'Italia, la «sostituzione di una azienda di credito ad un'altra per l'esercizio di una sede o di una filiale» – introduceva due procedure adatte, appunto, a governare i dissesti: rispettivamente, l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa. Entrambe venivano disposte con decreto del Ministro per il tesoro su proposta della Banca d'Italia. Esse avevano come presupposti: la presenza di «gravi irregolarità nell'amministrazione delle aziende di credito» e di «gravi perdite del patrimonio», la prima (art. 57); la ricorrenza di irregolarità nella gestione o di violazioni delle norme legali o statutarie o di perdite del patrimonio, tutte qualificate dalla «eccezionale gravità», la seconda (art. 67), la quale comportava anche la revoca – con il medesimo decreto del Ministro per il tesoro – dell'autorizzazione all'esercizio del credito, ma utilmente consentiva la possibile cessione «delle attività o delle passività di una azienda di credito» (art. 54, comma 7), permettendo in questo modo il salvataggio dell'attività bancaria, senza la dispersione dell'avviamento dell'impresa insolvente. Ma è da precisare che: a) non necessariamente entrambe le procedure dovevano essere inevitabilmente impiegate (e questo anche se il ricorso all'amministrazione straordinaria era talvolta utilizzato dalla Banca d'Italia per avere il

tempo adeguato per il reperimento di altra azienda di credito disponibile all'acquisto delle attività e delle passività); *b*) l'adozione delle due procedure – lo si è visto – *non necessitava sempre* di «gravi» o di «eccezionali» *perdite*, bastando allo scopo pure delle «gravi» o delle «eccezionali» *irregolarità*.

La specialità della disciplina rispetto a quella dell'insolvenza di un'impresa di altra natura è legata alle caratteristiche che connotano l'impresa bancaria e agli interessi pubblici che con essa s'intrecciano, essendo ben comprensibile – come l'esperienza insegna – che il dissesto o la crisi di una banca «significativa» (per usare il linguaggio attuale del diritto europeo) possa provocare una crisi sistemica. Comportante – come ora si legge nella definizione dell'art. 2 della (*Bank Recovery and Resolution Directive*) c.d. BRRD (e cioè della Direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento) – «una perturbazione del sistema finanziario che può avere gravi conseguenze negative per il mercato interno e l'economia reale». Tutto questo in quanto fra le principali criticità delle imprese in discorso sono da indicare l'alto rischio di liquidità (CESARINI, 125 ss.), dovuto ad un *leverage* con elevate percentuali di debiti a breve, e l'alto rischio di “contagio” legato ai rapporti interbancari, nazionali e internazionali, come pure, ancora, la limitata attenzione alla gestione del rischio (*risk management*: MÜLBERT [1], 3 ss.; FRIGENI).

3.2. I risultati conseguiti con l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa disciplinati con la vecchia legge bancaria del 1936-1938 – valutati positivamente (CAPOLINO, n. 1) – hanno condotto alla loro conservazione nel testo unico bancario (T.u.b.: d.lgs. n. 85/1993) e, successivamente, in sede di attuazione della c.d. BRRD (specificatamente: d.lgs. n. 181/2015): in entrambe le volte, con gli opportuni adattamenti. Sia sotto la legge bancaria del 1936-1938 che sotto il T.u.b., prima dell'ultima riforma [e lasciando da parte la vicenda del Monte dei Paschi (sulla quale CAPOLINO, nota 10), la quale è in corso di soluzione – unitamente a quella di altre banche fortemente sottocapitalizzate –, con l'intervento del Fondo Atlante], le procedure di gestione delle crisi sono state concluse, in genere, attraverso ricapitalizzazioni o cessioni di attività e/o passività, con un ristoro, da parte di Banca d'Italia, delle banche che partecipavano al “salvataggio” con l'attribuzione di sportelli bancari di nuova apertura: prassi, questa, considerata (da MINERVINI, 181, ma *contra* PATRONI GRIFFI,

148, richiamando l'art. 23, comma 3, 1. banc.) assolutamente illegittima per abuso di potere. Non bisogna nemmeno dimenticare il ruolo importante avuto anche dagli interventi svolti dai fondi di garanzia dei depositanti, da ultimo considerati aiuti di Stato e, pertanto, vietati in mancanza del rispetto della loro rigorosa disciplina (Decisione della Commissione, 23 dicembre 2015-C (2015) 9526 *final*: sul caso di Banca Tercas; punto di riferimento per gli aiuti di Stato – oltre le norme degli artt. 107-109 TFUE – è la «Comunicazione sul settore bancario» della Commissione Europea (2013/c 216/01: sulla quale v. INZITARI, [1])¹.

Il problema legato ad ogni crisi è sempre stato (v., in un'ottica comparatistica, DE STASIO), e lo è tuttora, quello del salvataggio dei creditori della banca: in particolare, dei depositanti, ma secondo alcuni pure dei piccoli azionisti (PATRONI GRIFFI, 150; *contra*: MINERVINI, 184). Ricordo, al proposito, il dibattito degli anni immediatamente successivi ai due grossi dissesti delle banche di Michele Sindona (specificatamente,

¹I punti dal 40 al 46 (condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati) sono stati oggetto di domanda di pronuncia pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia europea (causa -526/14-Kotnik e a.), presentata dalla Corte costituzionale della Slovenia, tesa a conoscere se i provvedimenti adottati nei confronti degli azionisti e dei creditori delle banche da ricapitalizzare fossero lesivi della tutela dell'affidamento, come pure del diritto di proprietà degli investitori e dei creditori, in presenza, da un lato, dell'autorizzazione della Commissione di concedere aiuti di stato alle cinque banche in questione, dall'altro, dell'art. 17, comma 1, parte seconda della Carta dei diritti fondamentali dell'UE («Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo di una giusta indennità per la perdita della stessa...») e dell'art. 1 Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU (comma 1: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale»). Di segno negativo sono state le *Conclusioni* dell'Avvocato generale N. Wahl (presentate il 18 febbraio 2016). In esse si legge, infatti, che «l'art. 17 della Carta stabilisce che il diritto di proprietà non si configura come prerogativa assoluta, ma deve essere preso in considerazione in relazione alla sua funzione nella società. Conseguentemente possono essere apportate restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà, a condizione che rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento *sproporzionato e inaccettabile*, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti» (punto 87): «e, allo stesso tempo, di evitare un'eccessiva spesa pubblica e di minimizzare la distorsione della concorrenza costituisce un obiettivo di interesse pubblico, che può giustificare *talune limitazioni* al diritto di proprietà» (punto 88: corsivo aggiunto). In data successiva, dette *Conclusioni* sono state (sostanzialmente) confermate dalla sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 19 luglio 2016, la quale conclude che, ai due specifici quesiti che alla stessa erano stati sottoposti in via pregiudiziale, «si deve rispondere...che il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà devono essere interpretati nel senso che non ostano ai punti da 40 a 46 della Comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato» (punto 80; per dei primi commenti alla sentenza, cfr. ONADO, 1 e 20, e ROMANO, 3; DE LUCA, 1 e 3). Sul problema della tutela costituzionale del diritto di proprietà in rapporto alla nuova procedura di risoluzione si leggano le meditate pagine di GARDELLA (605 ss., dove si parla anche del «principio di proporzionalità e di giusto equilibrio»: 610) e di GUIZZI (1490 ss.), in entrambi cenni alle questioni di tutela giurisdizionale contro le decisioni a carattere espropriativo delle autorità di risoluzione (in merito, anche, GARGANTINI): giudice amministrativo o giudice ordinario?

della Banca Privata Italiana: 1974) e di Roberto Calvi (Banco Ambrosiano: 1982): entrambi, peraltro, intrisi di risvolti drammatici, maturati nella palude degli intrecci tra mafia, massoneria e politica (MAGNANI; PATRONI GRIFFI, 136 ss.; e BELLAVITE PELLEGRINI, 25-66; ID. [2]). Per rendere il discorso più lineare, va detto che – in occasione della crisi della Banca Privata Italiana, il cui attivo e passivo fu acquistato da un consorzio costituito dalle tre Banche di interesse nazionale (allora di proprietà dell’IRI): Banca Commerciale Italiana, Banco di Roma e Credito Italiano –, l’indennizzo delle stesse, che avevano coperto tutto il passivo, con il conseguente rimborso al 100% dei depositi, è stato realizzato con un decreto (il c.d. decreto Sindona) del Ministro del tesoro del tempo (24 settembre 1974), rimasto, poi, in vigore fino ai primi anni dello scorso decennio e applicato, successivamente, alla Banca Fabbrocini, al Banco Ambrosiano e al Banco di Napoli (MAGNANI, 78 s.; la sua applicabilità è cessata in base all’interpretazione data dalla BCE all’art. 123 TFUE, il quale vieta la concessione al settore pubblico di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia da parte della stessa BCE e delle «banche centrali nazionali»: BRESCIA MORRA, 270). Tale decreto autorizzava l’Istituto di emissione a concedere alle tre Banche citate un finanziamento straordinario biennale ad un tasso di interesse dell’1%, di ben 13 punti percentuali inferiore a quello allora vigente sul mercato: con l’esito che le Banche «salvatrici», investendo i fondi, costati l’1%, a un saggio del 14% coprono le perdite (e, secondo alcuni quotidiani del tempo, riuscirono anche a lucrare). Le reazioni a questo tipo di salvataggio sono state di segno opposto. *Da un lato*, Guido Carli, ex governatore della Banca d’Italia, sosteneva con decisione – tenendo anche presente le gravi ripercussioni che, in quel periodo, aveva avuto negli Stati Uniti il dissesto della *Continental Illinois National Bank*, banca di grandi dimensioni – la difesa dei depositi (*compresi i grandi depositi e quelli interbancari*, per la loro maggiore mobilità, contrariamente a quanto si reputa), escludendo solo quelli dei depositanti in mala fede (3 ss.). *Dall’altro*, Gustavo Minervini (senatore, allora, del «Gruppo della sinistra indipendente» ed al tempo stesso autorevole Maestro del diritto commerciale), dopo avere messo in risalto che il c.d. decreto Sindona finiva con lo scaricare i salvataggi a costo della collettività, dato che gli utili della Banca d’Italia – dedotti gli accantonamenti – erano (e sono tuttora: art. 40 Statuto) destinati al Ministero del Tesoro

(oggi, MEF), scriveva: «vengono rimborsati per intero tutti i creditori, grandi e piccoli, comprese le (altre) banche. A parte che questo è l'unico modello di salvataggio del nostro paese che lasci i creditori totalmente immuni dalle conseguenze del dissesto; [...] la deresponsabilizzazione conseguente alla scomparsa del rischio elimina ogni tensione selettiva, da parte di chi potrebbe o dovrebbe (prime fra questi le banche), con gli ovvi frutti perversi in termini di efficienza del sistema bancario. Infine, che il povero cafone del Sud, che non investe una lira in banca, debba contribuire, in quanto cittadino, al *ristoro*, a me pare (ma forse non sono imparziale) una iniquità che grida vendetta» (182).

4. La posizione da ultimo riferita consente di introdurre (ancora una volta, semplificando al massimo) l'argomento del c.d. *bail-in* (fra molti, v. STANGHELLINI [1], 315 ss., con un pregevole affresco della gestione delle crisi bancarie; ID. [2], 154 ss.; GARDELLA, 587 ss.; PRESTI, 339 ss.; INZITARI [2], 629 ss.; DE STASIO) non senza fastidio per il provincialismo del legislatore italiano – che a differenza di quello degli altri più importanti paesi continentali dell'Unione (DONATI, nota 20) – ha adoperato, in un testo normativo, l'espressione inglese al posto di quella che, secondo l'Accademia della Crusca (*Il Sole 24 Ore*, 21 gennaio 2016, 35), sarebbe più corretta e precisa nella nostra lingua: e cioè, «salvataggio interno» (con i mezzi degli azionisti e dei creditori), in contrapposizione al «salvataggio esterno» (ossia, con l'intervento pubblico: il c.d. *bail-out*, in lingua inglese). L'istituto va inquadrato nell'importante ed ampia riforma conseguente, da un lato, all'attuazione nel nostro sistema (con i due decreti legislativi nn. 180 e 181 del 16 novembre 2015) della già citata Direttiva 2014/59/UE (la c.d. BRRD) sul risanamento e le risoluzioni degli enti creditizi; dall'altro, al Regolamento del Parlamento Europeo n. 806/2014 del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniforme per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento. Fonti normative (risulta, in verità, una duplicazione delle fonti europee, che non manca di sollevare interrogativi sulla loro interazione: GARDELLA, 603; de ALDISIO, 148 e 153) che tengono conto della scala gigantesca che hanno raggiunto, con gli eventi degli anni 2007-2009, i salvataggi di grosse istituzioni finanziarie. I salvataggi da parte degli Stati («salvataggi esterni») hanno, infatti, comportato impegni pubblici: in

Europa, sino a quasi il 40% del PIL nel 2009; negli USA per più del 40% nel 2008; nel Regno Unito per oltre il 70% nel 2009 (ARMOUR, 454, ripreso da DE STASIO, nota 17).

Il c.d. salvataggio interno è uno degli strumenti con i quali può trovare impiego la nuova procedura di risoluzione delle banche (bene illustrata dalla de ALDISIO 137 ss., e da STANGHELLINI [1], 326 ss.), considerata residuale rispetto a quelle (c.d. ordinarie) già esistenti nel nostro diritto (amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa) ed introdotta, appunto, con la predetta riforma. I presupposti per l'utilizzo della procedura sono due: *i)* l'assenza di concrete soluzioni attraverso l'intervento di soggetti privati o delle autorità di vigilanza; *ii)* la risoluzione deve risultare necessaria nell'interesse pubblico, nel senso che si deve preliminarmente valutare se la procedura in questione risulti necessaria per perseguire uno dei seguenti obiettivi (art. 31 Direttiva): *a)* garantire la continuità delle funzioni essenziali dell'impresa bancaria; *b)* evitare effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria, in particolare attraverso la prevenzione del contagio; *c)* *salvaguardare i fondi pubblici, riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario* (il che significa: *limitare il ricorso a finanziamenti pubblici*); *d)* tutelare i depositanti, i fondi e le attività dei clienti. Per l'attivazione della procedura di risoluzione è necessario che essa sia proporzionata rispetto agli obiettivi elencati e che le procedure ordinarie di insolvenza, come anticipato, non siano in grado di realizzare i medesimi obiettivi nella stessa misura (BRESCIA MORRA, 269 s.).

Accennato che nella risoluzione gli strumenti che possono essere utilizzati, anche in modo combinato, sono: *i)* la vendita dell'attività d'impresa; *ii)* la creazione di un ente ponte cui trasferire per una certa durata le attività e passività; *iii)* la c.d. separazione delle attività; *iv)* ed il salvataggio interno, bisogna dire che, di quest'ultimo strumento, la stampa – esaltata forse dall'espressione inglese *bail-in* – si è molto e malamente occupata fino a creare confusione e disinformazione (PRESTI, 339): tanto da fare (quasi) apparire che i creditori – specificatamente due categorie di questi: i titolari di obbligazioni subordinate e i depositanti –, nelle crisi bancarie, a momenti, vengano a trovarsi in ruoli invertiti rispetto a quanto accadeva al povero debitore fallito assoggettato «alla tradizione civile» del rito della «pietra del vituperio». Tutto questo perché la disciplina del «salvataggio interno» prevede la riduzione o la conversione in

capitale dei diritti degli azionisti e dei creditori (sulle passività escluse dall'applicazione del *bail-in*- oltre i depositi entro i 100.000 €-, cfr. NZITARI [2], 625 ss.; PRESTI, 352 ss.). Più precisamente, i creditori delle banche possono subire una riduzione del valore nominale del credito oppure la conversione forzata in azioni: secondo un preciso ordine di priorità, sulla base di una decisione discrezionale delle autorità di risoluzione (la Banca d'Italia, per le c.d. banche «non significative»; il Comitato di risoluzione, per quelle «significative»: di fronte all'immenso potere di cui dispongono, in generale, le autorità di risoluzione si è parlato, icasticamente, di un potere *near-dictatorial*: PRESTI, 348). L'atteggiamento ricordato trascura, in realtà, che il nuovo sistema per la gestione delle crisi bancarie si preoccupa anche di assicurare che nessuno – tra gli azionisti e i creditori della banca – possa essere penalizzato rispetto al trattamento che avrebbe ricevuto nel caso in cui la banca fosse stata sottoposta a liquidazione mediante una procedura ordinaria («considerando» 73 e art. 34.1, lett. g, BRRD; v. art. 22, comma 1, lett. c, d. lgs. n. 180/2015; Conclusioni Avv. WAHL, punto 90; in dottrina bene, fra altri, STANGHELLINI [1], 328; GARDELLA, 610; GUIZZI, 1493). Da condividere è, pertanto, la conclusione di quanti hanno scritto che il quadro normativo derivante dalla BRRD si propone di realizzare gli obiettivi propri della procedura concorsuale, offrendo agli investitori una soddisfazione complessivamente migliore (e, su base individuale, almeno pari) rispetto a quanto sarebbe loro spettato qualora la banca fosse stata liquidata – come detto – con procedura ordinaria. E questo senza che vi sia un sussidio pubblico finalizzato alla soluzione della crisi. A tali considerazioni vorrei solo aggiungere due puntualizzazioni: *a*) prescindendo da comportamenti opachi o, addirittura ingannevoli, i c.d. *bonds* subordinati – come ho scritto oltre trent'anni fa (PORTALE [2], 5 ss.), nel presentare per la prima volta questo strumento finanziario, e poi ho più volte ripetuto (da ultimo: PORTALE [3], 424 s.) –, non sono titoli di raccolta, ma di rischio (così anche PORZIO, 52); *b*) i depositi bancari solo descrittivamente possono essere qualificati contratti di affidamento (TREMONTI, 145), per la semplice ragione che – trattandosi di un deposito irregolare (oltre che non «fiduciario») – la banca diventa proprietaria delle somme (art. 1834 c.c., ma, in una diversa prospettiva, cfr. DE STASIO, n. 6).

5. Infine, se mi è consentito trarre qualche conclusione. *La prima* è quella di esprimere preoccupazione di fronte alle sempre più frequenti erosioni di alcune libertà costituzionali (ad es., l'imporre, nel *bail-in*, come stabilisce l'art. 4.3.2, lett. c, BRRD, la conversione forzata dei crediti in partecipazioni sociali sembra difficilmente conciliabile con l'art. 41, comma 1, della nostra costituzione: e v. bene § 225a *InsO*, che – per prevenire un giudizio negativo della Corte costituzionale tedesca – ha condizionato la conversione al consenso dei creditori: SPLIEDT, § 225a, *Rdn.* 6 ss., 1778 ss.; nella letteratura tedesca recente, v., sulle tutele costituzionali della libertà di iniziativa economica e della partecipazione sociale, GUNDEL, 324 ss; MÜLBERT [2], 1040 ss.; JARASS, art. 14, *Rdn.* 69, 432 s.). *La seconda* è quella che non si può tacere che le nuove normative (così come con la riforma che impone la conversione delle banche popolari in s.p.a. sul punto del recesso, o con i provvedimenti, di fatto espropriativi. concernenti l'Ilva, come pure la disciplina del concordato concorrente: art. 163-bis, comma 5, l.fall., sul quale cfr. D'ATTORE, 1163 ss.; si vedano anche rispettivamente- con riguardo alla risoluzione in generale e specificamente al *bail-in*-, la cautela di STANGHELLINI [1] e le perplessità di LENER, 292 ss., e DE STASIO, n. 5)² tendono sempre più ad incidere pesantemente sulla sfera costituzionale del diritto di proprietà. *La terza conclusione* è quella che non serve né al diritto, né ai suoi operatori lo «tsunami» di fonti (talvolta anche scoordinate e contraddittorie: v., ad esempio, BRESCIA MORRA, 282, e de ALDISIO, 148 e 153, sulla valutazione del «dissesto») e spesso lacunose, che finiscono con il

²Il 7 giugno 2016, sono state depositate tre sentenze (non entusiasmanti dal punto di vista del diritto materiale: ad esempio, si riconduce ancora la partecipazione sociale alla categoria del diritto di credito) del Tar Lazio, sez. III, che si occupano – decidendo positivamente – di vari profili di legittimità costituzionale della nuova disciplina della trasformazione in s.p.a. delle banche popolari (v., in particolare, art. 28, comma 2-ter, e art. 29, commi 2-bis e 2-ter, T.u.b.), compreso quello della conformità all'art. 42 Cost. del citato art. 28, comma 2-ter, T.u.b. («il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso...è limitato, secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca»). La terza (n. 06548/2016 Reg. Prov. Coll.) e (più sinteticamente la seconda (06544/2016 Reg. Prov. Coll.) sentenza affermano (in motivazione, rispettivamente, n. 4.2.4. e n. 4.2.7.) che la limitazione contenuta nella trascritta disposizione «rappresenta un requisito prudenziale per fronteggiare eventuali perdite dell'azienda di credito, e risponde al principio secondo il quale la stabilità di una banca, *in caso di crisi*, va preservata innanzitutto attraverso un salvataggio interno, ossia mediante le risorse patrimoniali della banca medesima; e dunque, indirettamente, mediante l'apporto del patrimonio dei soci (c.d. *principio del bail-in*)». Il passo (i corsivi sono aggiunti) è, evidentemente, frutto della scarsa conoscenza sia dell'istituto del recesso, sia del *bail-in*. Mi limito, pertanto, a rimarcare, *da un lato*, che il recesso (a differenza del *bail-in*) non presuppone alcuna *crisi* della banca popolare che si trasforma in s.p.a., *dall'altro*, che la limitazione del diritto di recesso (*al quale consegue non un rimborso, ma una liquidazione*) non implica, propriamente, un apporto da parte del socio che dichiara di recedere. Ma, per una critica puntuale, con la consueta lucidità, v. MAUGERI, nn. 6 e 8.

creare estrema incertezza in un mercato che, come quello finanziario, si deve, per contro, nutrire di certezze (per ricordare un solo problema che già si è posto: è da chiedersi se anche in sede di liquidazione fallimentare valga per i depositi del curatore il solo limite di esenzione di € 100.000,00).

NOTA BIBLIOGRAFICA

J. ARMOUR, *Making Bank Resolution Credible*, in N. MOLONEY-E. FERRAN-J. PAYNE (eds.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford, 2015; T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, (riprodotto), in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959; H. de BALZAC, *Eugenia Grandet*, (trad. it.), Milano, 1915; C. BELLAVITE PELLEGRINI [1], *Una storia italiana. Dal Banco Ambrosiano a Intesa Sanpaolo*, Bologna, 2013; ID. [2], *Storia del Banco Ambrosiano. Fondazione, ascesa e dissesto, 1896-1982*, Roma-Bari, 2001; G. BONELLI, *Del fallimento*, seconda ediz., I, Milano, 1923; C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, seconda ediz., Bologna, 2016; P. BUCOLO, *Storia di Biancavilla*, (Arti Grafiche), Biancavilla, 1953; O. CAPOLINO, *Banking, Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, Rapporto presentato al Convegno *Regole e mercato*, tenuto a Siena (7-9 aprile 2016); G. CARLI, *Tipicità dei dissesti bancari*, in *Banche in crisi: 1960-1985*, a cura di F. Belli-G. Minervini-A. Patroni Griffi-M. Porzio, Roma-Bari, 1987; F. CESARINI, *Osservazioni in merito allo svolgimento delle crisi bancarie in Italia*, ivi; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fallimento*, 2015; A. de ALDISIO, *Il Meccanismo di Risoluzione Unico*, Intervento tenuto al Convegno *Il Meccanismo di Risoluzione Unico*, svoltosi presso la Banca d'Italia (2 ottobre 2015), in corso di stampa nei *Quaderni di Ricerca Giuridica* (n. 81) della Banca d'Italia; P. DE LUCA, *Confermata la via della trattativa sull'eccezionalità*, in *Il Sole-24 Ore* del 19 luglio 2016; V. DE STASIO, *Gestione di portafogli e bail-in*, ancora dattiloscritto (letto per la cortesia dell'a.); I. DONATI, *Il bail-in bancario: spunti per il nuovo diritto societario della crisi*, presentato come *paper* al Convegno *L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore*, organizzato dal'«Associazione Orizzonti del diritto commerciale» (Roma, 26-27 febbraio 2016); CL. FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance: evoluzione della regolamentazione internazionale e trasposizione nell'ordinamento italiano*, Relazione tenuta al Convegno *Regole e mercato*, cit.; 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, ; M. GARGANTINI, *Procedure di risoluzioni bancarie: tutela della proprietà e dell'equo processo*, Relazione tenuta al Convegno *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre (22 aprile 2016), letta per la cortesia dell'a.; A. GUILLON, *Essai historique sur la Legislation Française des faillites et banqueroutes avant 1673*. Thèse pour le doctorat, Paris, 1903; G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. Giur.*, 2015; J. GUNDEL, *Der Schutz der unternehmerischen Freiheit durch die EU-Grundrechtscharta*, in *ZHR*, 2016; B. INZITARI [1], *Crediti deteriorati (NPL), aiuti*

di Stato nella BRRD e nella Comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea, destinato a Banca, borsa, tit. cred., I; ID. [2], BRRD, Bail-in, Risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015), in *Dir. fall.*, 2016, I; H.D. JARASS, Art. 14, in H.A. JARASS-B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 14. Aufl., München, 2015; R. LENER, *Il bail-in bancario fra procedure concorsuali e regole di condotta*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I; M. MAGNANI, *Sindona. Biografia anni Settanta*, Torino, 2016; M. MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in corso di pubblicazione in *Riv. soc.*, 2016; G. MINERVINI, *Note sull'assicurazione dei depositi bancari*, in *Banche in crisi: 1960-1985*, cit.; P.O. MÜLBERT [1], *Corporate Governance von Banken* (Editorial), in *ZHR*, 2009; ID. [2], *Grundsatz- und Praxisprobleme der Einwirkungen des Art. 14 GG auf das Aktienrecht*, in *Festschrift für Kl.J. Hopt zum 70. Geburtstag*, I, Berlin, 2010; G. NUZZO, *Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologica insolvenza*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. comm.*, I; M. ONADO, *La soluzione da trovare dentro le regole*, in *Il Sole-24 Ore* del 19 luglio 2016; A. PALAZZESCHI, *Ieri oggi ... e domani*, Firenze, 1967, 11 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le crisi bancarie: il caos Ambrosiano*, in *Banche in crisi: 1960-1985*, cit.; R. PIERROT, *Honorè de Balzac*, Edit. Fayard, senza città, 1999; G.B. PORTALE [1], *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I; ID. [2], *La ricapitalizzazione delle aziende di credito (problemi e ipotesi)*, in *La ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, a cura del medesimo, Milano, 1983; ID. [3], *Finanziamento dell'impresa bancaria e raccolta del risparmio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I; M. PORZIO, *La raccolta del risparmio: la disciplina dell'emissione di obbligazioni e di titoli di deposito delle banche*, in *Studi sulla nuova legge bancaria*, a cura di V. Mezzacapo, Roma, 1994; G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca, impresa e società*, 2015; G.C. RIVOLTA [1], *Fallimento ed esercizio del commercio*, in *Riv. dott. comm.*, 1975; ID. [2], *Mercanti d'altri tempi*, estratto da *Nuova Antologia* (n. 2262), Firenze, 2012; BR. ROMANO, «Bail-in legittimo, ma anche le deroghe», in *Il Sole-24 Ore* del 20 luglio 2016; C. SAPIENZA, *Torna parrinu e ciuscia...!!!* (Editoriale Agorà), Catania, 2014; J.D. SPLIEDT, §225a, in K. Schmidt, *Insolvenzordnung*, 19. Aufl., München, 2016; L. STANGHELLINI [1], *La gestione delle crisi bancarie. La tradizione italiana e le nuove regole europee*, in *Ricerche giuridiche*, 2015; ID. [2], *The Implementation of the BRRD in Italy and its First Test: Policy Implications*, in *Journ. of Financial Regulation*, 2016; G. TREMONTI, *Bugie e verità*, Milano, 2014.