

Pierre de Gioia Carabellese

***BAIL-IN*, DIRITTI DEI CREDITORI E
COSTITUZIONE ITALIANA**

Estratto

Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. BRRD: caratteristiche di una fattispecie giuridica. — 2.1. Il *bail-in* nei suoi elementi essenziali. — 2.2. Gli obiettivi della procedura di risoluzione. — 3. La Sentenza del Consiglio di Stato. — 3.1. I fatti e la narrativa. — 3.2. Analisi circa il *decisum*. — 4. Bail-in e principi della Costituzione italiana. — 4.1. Art. 47, Costituzione, e ricapitalizzazione bancaria interna. — 4.2. La ricapitalizzazione bancaria interna attraverso le lenti dell'art. 47, Costituzione. — 4.3. La teoria del controlimiti. — 5. Gli ulteriori, possibili profili costituzionali del *bail-in*. — 5.1. La *par condicio creditorum*: un pilastro giuridico. — 5.2. Il *pari passu nel common law*. — 5.3. Dal *pari passu di common law alla par condicio creditorum*. — 5.4. *Pari Passu* nella BRRD. — 5.5. *Par condicio creditorum, bail-in* e art. 3, Costituzione. — 6. *Par condicio creditorum* e articolati sovranazionali: Banca Mondiale e Uncitral (cenni). — 6.1. Banca Mondiale e principi per una insolvenza efficace. — 6.2. Nazioni Unite e modello UNCITRAL su insolvenza frontaliera. — 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*. — È noto che un nuovo regime di soluzione della crisi della banca in Europa è stato introdotto dalla Direttiva 2014/59/UE ⁽¹⁾, di seguito anche “BRRD” ⁽²⁾, implementata in Italia con il D.Lgs. 16 novembre 2015, n. 180, di seguito anche “D.Lgs. 180/2015” ⁽³⁾. È pure noto che la BRRD, che ha recentemente formato oggetto di modifica, non radicale ⁽⁴⁾, si riconnette al Regolamento 806/2014/UE, di seguito anche “SRMR”, insieme finalizzati a creare nella UE e nei Paesi della Area Economica Comune il secondo pilastro dell’Unione Bancaria Europea. Lo strumento della ricapitalizzazione bancaria

⁽¹⁾ Più precisamente: Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio (GU UE L 173/190).

⁽²⁾ BRRD è come noto l’acronimo inglese (*Bank Recovery and Resolution Directive*), della Direttiva 2014/59.

⁽³⁾ Più precisamente: Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio. (15G00195) (GU Serie Generale n. 267 del 16-11-2015).

⁽⁴⁾ Si fa riferimento alla Direttiva 2019/879, più precisamente: Direttiva (UE) 2019/879 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 che modifica la direttiva 2014/59/UE per quanto riguarda la capacità di assorbimento di perdite e di ricapitalizzazione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e la direttiva 98/26/CE (L 150/296). Per iniziali commenti su tale testo normativo, si permette di rinviare, in italiano, a DE GIOIA CARABELLESE, *La BRRD (o Direttiva bail-in) “atto secondo”*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2020, 89-112, e in inglese a DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in: Directive 2019/879 (TLAC/MREL) and Amendments to the BRRD*, in *International Company and Commercial Law Review*, 2019, 669 ss.

interna o *bail-in tool*, e gli altri tre strumenti forgiati dalla BRRD e dalla relativa legislazione italiana di implementazione, sono stati solitamente analizzati, nel primo lustro di vigenza della normativa, da una visuale societaria, concorsuale, bancaria, civilistica. Il *decisum* del Consiglio di Stato (sez. IV, 18 gennaio 2019, n. 474), per contro, si colloca in un diverso alveo normativo, quello del possibile contrasto fra *bail-in* e principi costituzionali, in particolare quelli di cui all'art. 47, Costituzione. Il Consiglio di Stato, nella sentenza connessa con il caso Cassa di Risparmio di Ferrara, sembra escludere *ab imis* tale frizione. Tuttavia, nel commentare la decisione di cui si tratta, si mette in luce che non solo l'art. 47, ma anche l'art. 3, della Carta costituzionale italiana, possono costituire in futuro possibili aree di meditazione in merito alla ricapitalizzazione bancaria interna. Su di un piano giuridico, sembra che l'Italia sia il Paese che può meglio mettere sotto scrutinio la BRRD, in ragione della sua sofisticata ed antica cultura giuridica, soprattutto in relazione al principio della *par condicio creditorum* ma anche alla sapienza giuridica di chi ha scritto la sua Costituzione. Lo scritto dimostra che, se un "attacco" contro la normativa Comunitaria in materia di crisi bancarie è stato fino ad ora infruttuoso, ciò è dovuto a ragioni politiche e non a mancanza di argomentazioni giuridiche.

2. BRRD: caratteristiche di una *fattispecie* giuridica.

2.1. *Il bail-in nei suoi elementi essenziali.* — Il *bail-in tool*, o strumento di salvataggio interno, introdotto dalla Direttiva 2014/59, è stato esaminato principalmente nella sua portata endo-bancaria, in quanto afferente precipuamente la sua caratteristica di soluzione della crisi, in un percorso che è alternativo alla vera e propria insolvenza dell'ente, al fine di preservare la sua principale funzione, per antonomasia di pagatore affidabile ed in generale tutte le principali funzioni dell'ente⁽⁵⁾. In aggiunta, la disciplina del risanamento e della risoluzione degli

⁽⁵⁾ Nella manualistica in inglese, i *resolution tool* sono analizzati da: HAENTIENS, DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*², Londra, New York, Routledge, 2020, 137 ss.; ALEXANDER, *Principles of Banking Regulation*, Cambridge, Cup, 2019, 177 ss.; CRANSTON, AVGOULEAS, VAN ZWIETEN, HARE, VAN SANTE, *Principles of Banking Law*³, Oxford, Oup, 2018, 171 ss.; DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking Law. A Research Book*, Padua, University of Padua, 2020, *passim*; DE POLI, *European Banking Law*, Milan, Wolters Kluwer, 2017, 199 ss.; HAENTIENS, DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, Londra, New York, Routledge, 2015, 111 ss. Sempre in inglese, nella trattatistica, si rimanda a: HAENTIENS, WESSELS, *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019; SCHILLIG, *Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions*, Oxford, Oup, 2016; BINDER, *The Relevance of the Resolution Tools within the SRM*, in CHITI, SANTORO, *The Palgrave Handbook on the European Banking Union*, Londra, Palgrave, 2019, 299; BINDER, SINGH, *Bank Resolution: The European Regime*, Oxford, Oup, 2016; SUM, *Post-Crisis Banking regulation in the European Union*, Londra, Palgrave Macmillan, 2016; SITARAM, *Unbundling Too Big to Fail*, in *Vanderbilt Public Law Research Paper*, 2014, XXX; MC NUIJTEN, JOESEN, CLANCY, *The Bank Recovery and Resolution Directive and the Single Resolution Mechanism: Preadviezen/Report*, The Hague, Eleven International Publishing, 2017; BOCCUZZI, *The European Banking Union. Supervision and Resolution*, Londra, Palgrave Macmillan, 2016; BUSCH, FERRARINI, *European Banking Union*, Oxford, Oup, 2015. Sulla specifica tematica del MREL/TLAC, cfr. LAMANDINI, RAMOS MUÑOZ, *Minimum Requirement for Own Capital and Eligible Liabilities (MREL)*, in SANTORO, CHITI, *The Banking Union*, Londra, Palgrave, 2019.

enti creditizi è stata discussa principalmente nella sua prospettiva della correttezza (o meno) del *quantum* del sacrificio degli interessi cui, per effetto della conversione o annullamento dei diritti, i soci e i creditori “tipici” della banca (principalmente, i detentori di obbligazioni e i depositanti) devono essere assoggettati, anche alla luce del fatto che la BRRD non fissa una vera e propria gerarchia o ordine, se non in linea teorica⁽⁶⁾. A tal proposito, è noto che le prime applicazioni della Direttiva 2014/59 non solo hanno stimolato l’attenzione della dottrina giuridica e dei pratici del diritto, ma hanno anche suscitato un clamore di tipo giornalistico e di apprensione presso l’opinione pubblica per il modo in cui gli interventi si sono riverberati sugli interessi di alcune categorie, con decisioni dell’autorità di risoluzione che rispondevano ad esigenze di tipo politico, piuttosto che a canoni di tecnicismo giuridico.

La vera novità della Direttiva 2014/59 è tuttavia, più filosoficamente, l’incisione profonda che viene operata su uno dei principi più consolidati dell’ordinamento concorsuale, ossia la protezione formale del valore nominale del credito, salva la sua decurtazione in sede di riparto. Infatti, per effetto del *bail-in tool* e teoricamente di tutti gli altri *resolution tools*, l’autorità di risoluzione, avvalendosi dei suoi poteri di conversione e finanche di annullamento dei crediti, viene a scardinare il principio stesso di nominalità, che fino ad ora non era mai stato attaccato nell’ordinamento concorsuale. Non solo, con il suo potere di conversione (ad esempio, da titolo di debito a titolo rappresentativo del capitale della banca) l’autorità di risoluzione va finanche a riscrivere la causa del rapporto contrattuale fra banca e sua controparte: il titolare di obbligazioni vede riscritto, per atto di imperio, il rapporto contrattuale originale che diviene contratto di acquisto di azioni della banca, laddove lo stesso era promessa a restituire una somma di denaro.

Il presente scritto si propone dunque, su tale punto, di effettuare un’analisi, anche di tipo storico e comparato, del concetto in parola e delle modalità

LAMANDINI, LUSIGNANI, RAMOS MUÑOZ, *Does Europe Have What It Takes to Finish the Banking Union? Non-Performing Loans (NPLs) and Their Hard Choices, Non-Choices and Evolving Choice*, in *EBI Working Paper Series*, 2017, XVII. In italiano, una panoramica completa sull’istituto del bail-in viene offerta da SPERANZIN, *Bail-in (e condivisione degli oneri)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, 2017, 28; *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, a cura di Troiano e Lemme, Milano, Wolters Kluwer, 2018. Su aspetti specialistici, cfr. VELLA e GUCCIONE, *I meccanismi europei di vigilanza e di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Diritto ed economia del mercato*², a cura di Lemme, Milano, Wolters Kluwer, 2018, 271 ss. In una logica di acuta critica, cfr. PORTALE, *Dalla “Pietra del vituperio” al bail-in*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 21. Per una aggiornata bibliografia su strumenti di risoluzione e ricapitalizzazione bancaria interna (o bail-in), si permette di rinviare, in inglese, a FERNANDEZ TORRES, DE GIOIA CARABELLESE, *The resolution tools: a legal analysis and an empirical investigation*, in *Aa.Vv., Estudios sobre de entidades de crédito - Enfoques interdisciplinarios*, a cura di Ruiz Ojeda, López Jiménez, Pamplona, Aranzadi, 2019, 845 ss.; in spagnolo, a DE GIOIA CARABELLESE, *Insolvencia y instrumentos de resolución bancaria*, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2019, 143, in italiano a DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge Bank e decisum della Corte suprema britannica su Banco Espírito Santo: dal bonus argentarius al coactus argentarius*, in *Banca impr. soc.*, 2019, 377 ss.

(⁶) Da questo punto di vista, la più persuasiva dottrina in tema di gerarchia, *sui generis*, dei crediti nella BRRD, è in spagnolo, più precisamente RAMOS MUÑOZ, *Resolución bancaria y preferencias de crédito*, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2018, I, 1-41.

attraverso cui questo principio è stato derogato nell'ordinamento bancario, anche sulla scorta della spinta impressa dalla Gran Bretagna. Inoltre, nella letteratura, tanto italiana che internazionale, si riscontra tuttora mancanza di contributi che analizzino nella specifico il più complesso rapporto che, di fatto e per effetto dell'intervento "espropriativo" (*ergo*, annullamento del valore nominale del credito e/o sua conversione in altro rapporto contrattuale) si realizza con il salvataggio interno; si fa riferimento all'effetto che il *bail-in tool* produce sui creditori ordinari della banca, pertanto su coloro che, mere controparti della banca, potrebbero comunque subire le conseguenze del salvataggio interno. È il caso, ad esempio, dei fornitori i quali, pur sempre *stakeholders*, non hanno instaurato un rapporto con l'ente creditizio in quanto banca (ossia soggetto che svolge una attività riservata), ma semplicemente come controparti di un rapporto contrattuale tipicamente di impresa, dove difetta la causa propria del contratto.

2.2. *Gli obiettivi della procedura di risoluzione.* — La legge italiana, ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. 180/2015, demanda alla Autorità di Risoluzione il compito di applicare gli strumenti e di esercitare i poteri di risoluzione, finalizzati al perseguimento di taluni fondamentali obiettivi: a) garantire la continuità delle funzioni essenziali della banca; b) garantire la stabilità finanziaria; c) contenere gli oneri a carico delle finanze pubbliche; d) tutelare i depositanti e gli investitori protetti; e) tutelare i fondi e le attività dei clienti. In dottrina si puntualizza in particolare l'esigenza di contenere i costi e di evitare distruzione di valore⁽⁷⁾. Il coordinamento fra tali diversi obiettivi, nell'applicazione degli strumenti di risoluzione, risulta alquanto arduo in quanto, pur fra loro interconnessi, non risultano anche compatibili⁽⁸⁾ per il fatto stesso di essere di natura ben diversa e per certi aspetti non necessari da esplicitare, in quanto impliciti; ad esempio, la tutela dei depositanti è obiettivo del terzo pilastro della Unione Bancaria Europea, quindi potrebbe esservi una intrusione di tale finalità che trova la sua disciplina in altra *sedes materiae*, diversa da quella della risoluzione.

Lo stesso obiettivo della stabilità finanziaria del sistema sembra molto generico ed andrebbe più propriamente considerato parametro al ricorrere del quale la risoluzione sia da ritenersi giustificata o meno⁽⁹⁾. Il garantire la continuità delle funzioni aziendali è forse la sottostante "angoscia" del legislatore della BRRD⁽¹⁰⁾. Essendo l'impianto, sfortunatamente si aggiunge, maturato sulle macerie delle crisi finanziarie del 2007/2008, allorquando finanche una

⁽⁷⁾ VATTERMOLI, *I profili generali: struttura, natura, funzioni*, in *La risoluzione bancaria (Atti di Convegno)*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2018, I, 666. Più in generale si può fare riferimento al *negative feedback loop* e *doom loop* esistente fra banca e Stato nel passaggio fra *bail-out* e *bail-in*.

⁽⁸⁾ VELLA e BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Bologna, Il Mulino, 293; BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, Il Mulino, 2016, 267; STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, II, 570.

⁽⁹⁾ Se il dissesto dell'ente *de qua* ha un impatto sul sistema bancario, *ergo* la risoluzione dovrà essere applicata.

⁽¹⁰⁾ Il trauma di quanto avveniva nel 2008, particolarmente fra settembre e ottobre, quando un colosso, Lehmann Brothers, venne assoggettato a liquidazione e l'altro, RBS, fu salvato a mezzo di un colossale salvataggio pubblico, sembra comunque essere ancora presente.

delle maggiori cinque banche su scala mondiale (la RBS) non sarebbe stata in grado di aprire gli sportelli il giorno dopo, senza il *public bail-out* del Tesoro del proprio Paese ⁽¹¹⁾, tale obiettivo rimane pur sempre importante. Tuttavia, nell'analizzare l'intera disciplina e il suo spirito ⁽¹²⁾, si può ritenere che il principale obiettivo, la quintessenza dell'applicazione degli strumenti di risoluzione, resta l'uso contenuto delle pubbliche risorse. Dunque, l'obiettivo di cui alla lett. c), il quale compare come terzo, è verosimilmente il principale obiettivo della disciplina, cui la stessa è informata ⁽¹³⁾. Al di là di tali posizioni dottrinali, molto autorevoli, rimane pur sempre chiaro che il legislatore comunitario, e di riflesso quello italiano, attribuiscono ai richiamati obiettivi pari valore gerarchico, come chiaramente desumibile dall'art. 31, paragrafo 3, della BRRD; sarà dunque l'Autorità di Risoluzione a ponderarli opportunamente a seconda della loro natura e delle circostanze di ciascun caso.

In definitiva, gli obiettivi dell'applicazione degli strumenti di risoluzione non hanno alcun impatto diretto nei confronti dei creditori; tuttavia, come si chiarirà nel corso del lavoro, la poca chiarezza degli obiettivi della procedura fa sì che, nel tirare le somme, anche questa micro area contribuisca più in generale alla tesi della scarsa perspicuità della normativa, e dunque del pregiudizio, sotto diversi profili, riguardo alla legge, tanto di emanazione UE quanto, di riflesso, dei Paesi dell'Unione.

3. *La sentenza del Consiglio di Stato.*

3.1. *I fatti e la narrativa.* — Il Giudicante di Palazzo Spada, con la decisione in epigrafe ⁽¹⁴⁾, è chiamato a pronunciarsi sull'annullamento del prov-

⁽¹¹⁾ Si fa riferimento al Chancellor of Exchequer nel Regno Unito.

⁽¹²⁾ Nel *common law* sarebbe la *purposive interpretation*, ossia quella interpretazione che guarda alla portata complessiva della normativa. Sulle regole di interpretazione in *common law*, particolarmente, *golden rule*, *purposive rule* e *mischief rule*, cfr. *ex pluribus* FINCH, FAFINSKY, *English Legal System*⁶, Oxford, Oup, 2017.

⁽¹³⁾ Vi è chi ritiene, con spunti argomentativi convincenti (LENER, *Profili problematici delle nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie*, in *Banca impresa società*, 2018, 13), che "il vero obiettivo del legislatore comunitario, non apertamente dichiarato, ma certamente ricavabile dalla lettura di tutti i provvedimenti emanati a partire dalla Comunicazione del 2013, è contenere al massimo gli aiuti di Stato alle banche in crisi, erogati con generosità da molti governi nel ricordato quinquennio, con la ben nota eccezione (parziale) del nostro Paese, da taluno lodata, da altri (solo a distanza di tempo) criticata, dovuta non tanto a lungimiranza politica, quanto, verosimilmente, all'elevato debito pubblico e alla tumultuosa crescita dello *spread*". (ibid, p. 18) Nella dottrina internazionale, aderiscono a tale tesi: KOKKORIS, OLIVARES-CAMINAL, *The Operation of the Single Resolution Mechanism in the Context of the EU State Aid Law*, in BINDER, SINGH, (nt. 5), 316; RINGE, *Bail-in between Liquidity and Solvency*, in *University of Oxford Legal Research Paper Series*, 2016, 3. Più in generale, viene affermato nella letteratura in inglese che il bail-in è finalizzato a proteggere i contribuenti contro costosi bail-out. Cfr. AVGOULEAS, GOODHART, *Critical Reflections on Bank Bail-in*, in *Journal of Financial Regulation*, 2005, 3 s. Un tale punto non è però pacifico in quanto la stessa dottrina, autorevolmente, ritiene che, fra i diversi, cinque obiettivi teorici della BRRD, quello essenziale è la stabilità finanziaria nel suo complesso (COSTI, *Tutela del risparmio e Costituzione, storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca impresa società*, 2018, 420). Cfr. nota 53 *infra*.

⁽¹⁴⁾ Consiglio di Stato, sentenza, sezione 6, provvedimento 201900475, sezione VI, 18 gennaio 2019, n. 475.

vedimento, del novembre 2015⁽¹⁵⁾, di avvio della risoluzione della Cassa di Risparmio di Ferrara (di seguito “CRF”), una delle prime banche italiane “vittime” della BRRD, in quanto la sua situazione di crisi è intervenuta quando la direttiva in parola era già in vigore, seppur da poco tempo, situazione che si riassume di seguito, nei suoi principali profili, peraltro narrati anche nella sentenza del supremo giudice amministrativo.

La Cassa di Risparmio di Ferrara — controinteressata nell’appello, laddove gli appellanti sono gli obbligazionisti — è sottoposta nel periodo 24 settembre 2012/15 febbraio 2013 ad ispezione della Banca d’Italia che accerta vari profili di criticità: inadeguata gestione del credito; deterioramento del relativo portafoglio; erosione dei margini di reddito e patrimonio; tensioni sulla liquidità disponibile. In particolare, l’ispezione mette in luce che il coefficiente CET 1 è sceso al 4%, ovvero alla metà del valore minimo accettabile⁽¹⁶⁾. Con decreto del MEF, del 27 maggio 2013, la CRF è posta in amministrazione straordinaria. I commissari all’uopo nominati, a decorrere dal 30 maggio successivo, si impegnano in un’opera di razionalizzazione dell’attività, e soprattutto di ricerca della provvista necessaria a ricapitalizzare la banca, con tentativi peraltro infruttuosi che comportano un proroga di procedura, disposta con un ulteriore decreto MEF del 26 maggio 2014.

Medio tempore, il Commissari della CRF avviano anche opportuni contatti con il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositanti⁽¹⁷⁾, in queste situazioni *Deus ex Machina* che storicamente ha favorito il superamento delle situazioni di

⁽¹⁵⁾ Le difficoltà economiche di alcune banche italiane, inclusa Cariferrara, hanno suscitato l’attenzione della dottrina non solo in Italia ma anche all’estero. Cfr. BONFATTI, *Crisi bancarie in Italia 2015-2017*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, www.dirittobancario.it; RULLI, *Prevenire l’insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2015, III-supplemento, 284; LAMANDINI, LUSIGNANI, RAMOS MUÑOZ, (nt. 5); LENER, RULLI, *Liabilities Excluded from Bail-in: Implications under Italian and EU Law*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2017, 428; CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche. Scritto per il convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Rivista di diritto bancario*, 2016, II, www.dirittobancario.it; MIKLASZEWSKA, *The Application of the Bail-in Tool in the Bank Resolution Framework: The Evidence from the Italian Local and Regional Banks*, in *Safe Bank*, 2017, LXIX, 168; CASSELLA, D’ONOFRIO, *L’applicazione della disciplina della risoluzione delle banche in crisi nell’Unione europea*, in *ASSONIME Note e Studi*, 2016, 16/2017, 25 <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Pagine/Note-e-Studi-16-2017.aspx> accessed 27 June 2019; KLEFTOURI, *European Union Bank Resolution Framework: Can the Objective of Financial Stability Ensure Consistency in Resolution Authorities’ Decisions?*, in *ERA Forum*, 2017, XVIII(2), 263; LENER, (nt. 13), 13; LOCATELLI, SCHENA, COLETTI, DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca impr. soc.*, 2018, I, 27; ROSSANO, *Di tutta l’erba un fascio, il caso CARIFE e delle altre tre banche*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, 1.

⁽¹⁶⁾ Sulle caratteristiche del CTT I, cfr. HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, *European*, (nt. 5), 2015, capitolo 6; HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, *European*² (nt. 5), 137-148.

⁽¹⁷⁾ È ben nota la natura del fondo di tutela dei depositanti quale consorzio obbligatorio fra le banche italiane, costituito allo scopo primario di garantire i depositi dei clienti nel caso in cui una banca entri in crisi e possa trovarsi in difficoltà a rimborsarli; a certe condizioni, esso può anche intervenire a ricapitalizzare una banca in crisi. I *depositors’ protections schemes* esistenti in altri Paesi dell’Unione Europea possono avere una natura meno dinamica, in quanto semplicemente costituiti al fine di raccogliere fondi per pagare i depositanti. Cfr. in dottrina, più recentemente, DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancarie e aiuti di stato. Il decisum Tercas: Brussels versus Italy?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 15 ottobre 2019, 686 ss.

crisi delle banche, intervenendo con i propri fondi, privati, raccolti in anticipo presso le consociate (18). L'intervento ipotizzato, formalizzato con una delibera 6 maggio 2015 con lo scopo ultimo di ripianare le perdite registrate fino al 31 marzo 2015 e ripristinare il capitale necessario ad una sana gestione, avrebbe dovuto articolarsi secondo tre punti fondamentali: *i*) copertura delle perdite mediante integrale utilizzo delle riserve e riduzione del capitale, da 217.213.868,76 euro a 11.484.881,92 euro; *ii*) ricostituzione del capitale mediante aumento a pagamento e inscindibile, riservato al Fondo, per un importo di 300 milioni di euro meno pochi centesimi, evidentemente così dimensionato per ragioni contabili; *iii*) condizionatamente al buon fine di tale aumento riservato, emissione di warrant per ulteriori 57 milioni 348 mila euro circa, riservati ai vecchi azionisti, al servizio di un ulteriore aumento di capitale sociale in denaro, questa volta scindibile.

L'operazione di salvataggio — approvata dalla Banca d'Italia con provvedimento 7 luglio 2015 e dall'assemblea straordinaria della CRF (30 luglio 2015) — si arena "Oltre Alpe", allorché viene chiesta l'autorizzazione dell'Autorità Comunitaria (19). Infatti, con lettera dell'agosto 2015 indirizzata al MEF, la Commissione europea solleva dubbi sulla legittimità dell'intervento del Fondo, osservando che l'uso di fondi provenienti dal sistema di garanzia dei depositi potesse costituire violazione del divieto di Aiuti di Stato (20). Nel frattempo, la cassa vede deteriorarsi ulteriormente la propria situazione: il patrimonio netto contabile, pari a circa 11 milioni di euro, al 31 marzo 2015, registra al 30 settembre 2015 un valore negativo di 24,5 milioni di euro, in presenza di una sopravvenuta crisi di liquidità. La CRF viene pertanto posta in risoluzione, con conversione dei diritti dei creditori in azioni. A tal fine l'Autorità di Risoluzione utilizza gli appositi strumenti di cui al d.lgs 180/2015, nel frattempo entrato in vigore, con conseguente annullamento delle azioni della CRF e conversione in azioni di una serie di passività e quindi di correlativi crediti di controparti.

Fra i diversi motivi di appello, i creditori ed azionisti — i quali impugnano la decisione del TAR che aveva in primo grado rigettato le loro pretese — deducono "l'illegittimità di tutti i provvedimenti impugnati per illegittimità delle

(18) In generale, sugli schemi di tutela dei depositanti, cfr. in inglese AYADI, LASTRA, *Proposals for Reforming Deposit Guarantee Schemes in Europe*, in *Journal of Banking Regulation*, 2010, XI, 210; DE GIOIA CARABELLESE, CHESSA, *The So-Called Pan-European Depositors' Protection Scheme: a Further Euro Own-goal? A Critical Analysis of Directive 2014/49*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, XXIII, 241; KLEFTOURI, *Deposit Protection and Bank Resolution*, Oxford, Oup, 2015.

(19) Il giorno 22 ottobre 2015 comunicava l'avvio del relativo procedimento e contestualmente rendeva noto di aver inoltrato la necessaria richiesta di autorizzazione alla BCE.

(20) Affermazione più che arguibile, in quanto in contrasto con le peculiari caratteristiche del fondo italiano di tutela dei depositanti. Il tema musicale ricorrente, quasi ossessivo della Commissione, ergo finanziamenti da parte del fondo in contrasto con la disciplina degli aiuti di stato, è stato definitivamente rigettato, dal Tribunale Amministrativo, nell'ormai "landmark case" Tercas. Cfr. Tribunale UE, 19 marzo 2019. Per commenti su tale *dictum*, cfr. in italiano AMOROSINO, *La Commissione europea e la concezione strumentale di "mandato pubblico" (a proposito del "caso FITD/Tercas" - sentenza del Tribunale UE 19 marzo 2019)*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, I, 364. Cfr. anche DE GIOIA CARABELLESE, (nt. 17).

norme che ne costituiscono la base giuridica, ovvero delle norme del d. lgs. 180/2015 che prevedono la risoluzione”, in quanto realizzerebbero” una forma di esproprio senza indennizzo dei diritti degli azionisti ed obbligazionisti assoggettati, come nella specie, al write down”, *in violazione degli artt. 42 e 47 della Costituzione italiana*.

In tale scenario di braccio di ferro, in cui prevale la rigida — e si aggiunga *ex post* erronea — posizione della Commissione che rifiuta i piani di salvataggio a mezzo del “Fondo”, la Banca d’Italia, con il provvedimento del 21 novembre 2015, approvato dal MEF il successivo 22 novembre 2015, dispone la risoluzione della CRF, facendo ricorso agli strumenti di cui all’art. 32 del D.Lgs.180/2015 e quindi: riduzione integrale del valore delle riserve e delle azioni, fra cui quelle possedute dall’azionista di maggioranza (l’ente appellante); azzeramento del valore nominale degli “elementi di classe 2 computabili nei fondi propri”, ovvero in sintesi di parte delle obbligazioni subordinate ⁽²¹⁾; cessione dell’azienda, così risanata, ad un ente ponte, incaricato di cederla successivamente sul mercato, con costituzione del capitale dell’ente ponte, mediante l’intervento del Fondo di risoluzione ⁽²²⁾; cessione dei crediti in sofferenza ad una apposita società veicolo, la *bad bank*, dietro corrispettivo di un credito a favore dell’ente ponte, da remunerare a tassi di mercato e da rimborsare con il ricavato della graduale cessione ovvero del realizzo delle sofferenze stesse ⁽²³⁾.

3.2. *Analisi critica del decisum.* — Il Consiglio di Stato, nella più recente giurisprudenza, rigetta in forma *tranchant* la censura di illegittimità costituzionale, con passaggi logici che vanno analizzati, anche per la loro criticabilità. Il Consiglio di Stato richiama al riguardo la sentenza della Corte costituzionale dell’8 giugno 1984, n.170, la quale sancisce che il controllo di costituzionalità di una norma nazionale con forza e valore di legge non è precluso per il solo fatto che essa, come nel caso il d. lgs. 180/2015, sia conforme al diritto europeo (in questo caso attuazione di una direttiva emessa dall’Unione: la BRRD). Il sindacato di costituzionalità è infatti sempre ammesso con riferimento al rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento e dei diritti inalienabili della persona umana e, quindi, in generale, la BRRD, a detta del Consiglio di Stato, non sarebbe immune da una valutazione di legittimità costituzionale da parte del Giudice delle leggi.

Tuttavia, il più alto collegio giudicante amministrativo sembra fare subito marcia indietro, affermando che “fra i due ordinamenti [, quello interno italiano e quello dell’Unione Europea,] non vi sarebbe contraddizione, dato che il rispetto della proprietà è sancito, oltre che dall’art. 42 della Costituzione, anche dall’art. 17 della Carta di Nizza relativa ai diritti fondamentali.”

⁽²¹⁾ Fu anche disposto che le residue obbligazioni subordinate permanessero nel patrimonio della banca originaria in liquidazione.

⁽²²⁾ Si tratta di un fondo di scopo istituito con l’art. 78 del d. lgs. 180/2015 e finanziato con i contributi obbligatori previsti dall’articolo stesso, a carico delle banche operanti in Italia.

⁽²³⁾ Su quest’ultimo intervento la Commissione Europea non sollevò alcuna eccezione.

In sostanza, il Consiglio di Stato, sulla scorta della asserita sussistenza di una norma UE di tutela della proprietà, decide di rinunciare esso stesso a considerare la frizione fra norma europea (la BRRD) e la norma costituzionale interna, la quale pure, secondo lo stesso Collegio, è parte dei principi fondanti dello Stato italiano. *Prima facie*, ma si fa riserva di esaminare tale argomento *funditus* nel corso di questo contributo, appare chiaro che il più alto organo amministrativo italiano adotta una interpretazione finanche abrasiva, senz'altro simbolica, della sentenza delle Corte Costituzionale del 1984, *in primis* in rapporto con il Diritto dell'Unione Europea. Ad avviso di chi scrive, è lampante che il giudizio sulla norma di cui all'art. 17, Carta di Nizza, compete al giudice di quell'ordinamento, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Questo giudice, però, non entra nel merito dei diritti nazionali, e di come si atteggia la tutela della proprietà, men che meno se questi principi siano i cardini costituzionali, in quanto il relativo sindacato compete al Giudice delle Leggi di quell'ordinamento interno, ove esistente⁽²⁴⁾. Ciò vale anche per il riferimento alla Corte europea dei diritti dell'Uomo, in particolare alla sentenza del 10 luglio 2012 “*Grainger*”. In modo simile, la sussistenza di una competenza della Corte Europea, a Strasburgo, riguarda esclusivamente i principi di quell'ordinamento, al massimo nei suoi riflessi sull'ordinamento civilistico interno, non entrando mai nel merito dei principi costituzionali.

Incidentalmente, il riferimento a *Grainger* da parte dei giudici di Palazzo Spada nel recente *dictum* 475/2019 suscita anche un'osservazione nel merito del *dictum*, non solo nel metodo. Il Consiglio di Stato, nel prendere atto che in tale articolato il diritto di proprietà sarebbe tutelato come diritto fondamentale anche rispetto alla proprietà di valori mobiliari, come le azioni e le obbligazioni, sembra sottintendere l'assenza di contrasto con i principi della Costituzione. L'argomento può tuttavia essere rigettato, proprio sulla scorta di recenti commenti dottrinali relativi alla Convenzione Europea⁽²⁵⁾. Il caso *Grainger*, che si riconnette al principio di cui al caso *Marcks*⁽²⁶⁾, più generale, ha prodotto un *decisum ante litteram di bail-in sui generis*, disposto dal governo britannico in relazione alla insolvenza di una banca (Northern Rock) del Nord dell'Inghilterra, appalesatasi nell'estate del 2007. La banca in parola, ora “defunta” commercialmente, condivide con Royal Bank of Scotland, banca con sede a Edimburgo, il triste scettro dell'entità finanziaria cui sia ascrivibile eziologicamente l'*incipit* della crisi finanziaria del 2007/2008, quanto meno in Europa⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ Va anche detto che, ai sensi del *dictum* Simmenthal, i giudici degli ordinamenti nazionali sono al tempo stesso giudici dell'ordinamento dell'Unione. In dottrina, cfr. PAYANDEH, *Constitutional review of EU law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice*, in *Common market law review*, 2011, 9. In Gran Bretagna, Paese che lascia l'Unione Europea, tale sindacato compete allo stesso Parlamento di Westminster.

⁽²⁵⁾ DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge bank*, (nt. 5), 377.

⁽²⁶⁾ Case 6853/74, *Marcks v Belgium*, 1979, 13 June 1979.

⁽²⁷⁾ Nella letteratura italiana, GIANI, ARIANI, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in *Rivista del diritto societario*, 2013, IV, 713. Più recentemente menzione del caso “*Grainger e Altri v UK*” è rinvenibile anche in PERRINO, *Gli Organi*, in *La risoluzione bancaria (Atti di Convegno)*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2018, I, 708.

Nel raffrontare il caso *Grainger* con il *decisum* del Consiglio di Stato in merito a Cassa di Risparmio di Ferrara, sembra difficile coglierne l'afferenza. Pare finanche che i Giudici di Palazzo Spada siano incorsi in un *blunder*, una papera. "*Grainger*" è relativo al caso Northern Rock, verificatosi allorquando la BRRD era ben lungi dall'essere emanata. Anzi, nel 2007 si era agli albori della crisi ed il Paese dove il caso Northern Rock esplose (la Gran Bretagna) non aveva nemmeno una legislazione sull'insolvenza bancaria. I due parametri di riferimento sono dunque, anzi devono essere, differenti: da un lato i principi di cui alla Costituzione, dall'altro un articolato internazionale; nell'uno e nell'altro caso con due giudicanti delle leggi ben differenti: il Giudice delle Leggi italiano; il Giudice di Strasburgo.

A rischio di apparire pedante avvocato del diavolo, viene anche da sospettare che la sentenza del Consiglio di Stato del 2019 in merito a Cariferrara trasudi una sorta di *ignorantia legis*: è vero che nel rapporto fra Convenzione Europea e principi del diritto europeo intercorre una sorta di *liaison* non biunivoca, nota come clausola di equivalenza. In altre parole, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 3, Carta di Nizza, quest'ultima deve essere applicata in maniera tale che il livello di protezione assicurato dalla Carta ai diritti tutelati anche dalla Convenzione Europea sia almeno quello garantito dalla Convenzione medesima; per contro, la Carta di Nizza potrebbe apprestare una tutela superiore. Una sorta di clausola di equivalenza sembra essere "creata", letteralmente, dal Consiglio di Stato fra Convenzione e diritto costituzionale interno, laddove sembra richiamarsi proprio alla clausola di convenzione. Il problema è tutttavia che una clausola di equivalenza non sembra esista fra ordinamento interno e diritto europeo, ma solo fra Convenzione Europea e Unione. È il giudice interno, quello delle leggi, che ha il potere di verificare l'essenzialità della norma costituzionale (l'art. 47, nel caso in esame) e dichiarare *contra legem* la normativa europea.

Al di là del fuorviante argomento della Corte ("*Grainger*") e la confusione fra articolati normativi in cui sembra incorrere la sentenza di Palazzo Spada del 2019 in merito a Cariferrara, è da rimarcare che la doglianza degli obbligazionisti ricorrenti della CRF è davvero seria: l'azzeramento del valore patrimoniale delle azioni, nonché delle obbligazioni ove previsto, di una banca in crisi, sottoposta alla risoluzione, può ben costituire un esproprio del relativo diritto patrimoniale, illegittimo perché eseguito senza indennizzo. Ciò si pone in potenziale contrasto con l'art. 47 della Costituzione, per cui la Repubblica tutela il risparmio in tutte le sue forme. Il ragionamento del Consiglio di Stato lascia perplessi; in particolare, sembra di potersi affermare che i Giudici di Palazzo Spada non vogliano entrare nel merito del sindacato dell'art. 47 della Carta Costituzionale. Se semplicemente l'esistenza nell'ordinamento europeo di una norma che tutela la proprietà è ragione sufficiente per render superfluo, *ex ante*, il giudizio di contrasto con un principio, teoricamente fondante (28), come l'art. 47, allora lo

(28) Quanto meno perché vi sono due contrapposte, autorevoli dottrine in merito al medesimo.

stesso richiamo fatto dal Consiglio di Stato della sentenza della Corte Costituzionale n. 170/1984 appare evanescente, una contraddizione *in terminis*.

Lascia poi perplessi il fatto che il Consiglio di Stato abbia ravvisato nella stabilità del sistema finanziario un nuovo principio fondante tanto della BRRD quanto del diritto europeo. In relazione a ciò, i massimi giudici amministrativi hanno ritenuto che la tradizione costituzionale italiana di cui all'art. 47, Costituzione, dovesse cedere il passo a tale nascente principio fondante. Da questo punto di osservazione, è bene sottolineare che gli stessi obiettivi della BRRD sono ben lungi dall'essere chiariti nella *sedes materiae* della BRRD. I stessi, non necessariamente coerenti fra di loro al loro interno, sono tutt'altro che perspicui. La BRRD, se pure implementa l'obiettivo della stabilità finanziaria, lo fa non tanto in osservanza di un principio dell'Unione Europea, ma in ossequio ad una esigenza più globale, che si riflette negli articolati economici promossi dal G20, dopo le apocalittiche crisi bancarie anglo-americane del 2007/2008 ⁽²⁹⁾.

Tali esigenze finanziarie internazionali diventano tutto d'un tratto, nella visione del Consiglio di Stato, principi dell'Unione Europea. Non senza ironia, non si può non notare quanto segue: a) la fonte di tali nuovi principi (la stabilità del sistema finanziario) non sembra essere europea; b) gli stessi principi, se davvero esistenti, non sono nei Trattati; c) il possibile contrasto fra norma della Costituzione e BRRD non necessariamente riguarda l'obiettivo della BRRD (la stabilità finanziaria) quanto le modalità con cui questo si è realizzato.

4. *Bail-in e principi della Costituzione italiana*

4.1. *Art. 47, Costituzione, e ricapitalizzazione bancaria interna.* — Intercorre una chiara interazione fra i diritti degli azionisti e dei creditori di una banca — assoggettata ad uno degli strumenti di risoluzione — e la Costituzione italiana, molto sensibile ai profili economici, tanto da riservare a tale area una parte della propria *sedes materiae*. La stessa dottrina dei costituzionalisti italiani non ha lasciato passare troppo tempo prima di commentare l'impatto costituzionale della BRRD ⁽³⁰⁾.

Diversi sono i principi da porre in rilievo a tale riguardo: il disposto di cui all'art. 41, in tema di libertà di iniziativa economica; il precetto di cui all'art. 42, di tutela del diritto di proprietà; l'art. 47, di tutela del risparmio. L'art. 42, comma 1, si fonda su di un precetto fondamentale che riconosce la proprietà

⁽²⁹⁾ Tali obiettivi, nella BRRD, sono cinque; da un punto di vista gerarchico, dovrebbero essere tutti al medesimo livello. Cfr. nota 13 *supra* in merito al dettaglio della disputa. Va anche detto che in due sentenze del Tribunale dell'UE (T-680/13 del 13 luglio 2018, Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC e altri contro Consiglio dell'Unione europea e altri; T-786/14 del 13 luglio 2018, Judgment of the General Court, Eleni Pavlikka Bourdouvali and altri contro Consiglio dell'Unione europea e altri), l'obiettivo della stabilità finanziaria viene affermato quale principio, si specula in questa sede forse implicito, dell'Unione Europea. Nel caso "Pringle" (C-370/12 -Sentenza della Corte (seduta plenaria) del 27 novembre 2012, Thomas Pringle contro Government of Ireland e altri), al para 135, la stabilità finanziaria è considerata quale "higher objective of the monetary union", al para 135.

⁽³⁰⁾ SEMERARO, *Rischio d'impresa bancaria e discipline recenti*, in *Giust. civ.*, 2016, IV, 849.

tanto pubblica che privata. Il precetto sancisce che i “*beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati*”, con una statuizione non del tutto tecnica, sotto un’angolatura di diritto moderno, in quanto i privati possono essere sia persone fisiche che giuridiche, organizzati quali enti privati. Le prime due categorie, dunque (Stato ed enti) avrebbero potuto essere articolate meglio per essere comprese in una sola, lo Stato e ogni sua emanazione, anche quelle di tipo geografico. L’art. 42 afferma anche che la *proprietà privata*: “è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.”; “può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale”.

È ben nota, pur se non del tutto rientrante nel focus del presente lavoro, la lunga disputa, anche di tipo ideologico, fra chi fa della proprietà privata l’asse portante della libertà e chi storicamente la ammette solo in quanto compatibile con la funzione sociale. In tale logica, rientra l’esigenza di assicurare un equilibrio tra la proprietà privata e gli interessi generali, compito demandato al legislatore⁽³¹⁾. Nel concreto, il diritto di proprietà è disciplinato dall’art. 832, c.c., che ne fornisce una specifica definizione: “il diritto di proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico”.

Dunque la Costituzione italiana, in tal senso facendo eco alle previsioni normative sovranazionali⁽³²⁾, tutela il diritto di proprietà e disciplina il procedimento di espropriazione. In essa trovano sintesi due principi: la proprietà può essere espropriata solo se sussista un motivo di interesse generale e siano rispettate le previsioni di legge; all’esproprio deve corrispondere un apposito indennizzo⁽³³⁾.

4.2. *La ricapitalizzazione bancaria interna attraverso le lenti dell’art. 47, Costituzione.* — È indubbio, alla luce di quanto già evidenziato, che la BRRD determina un *seachange*, un trasferimento epocale — di tipo forzato e non volontario — dei costi del salvataggio dell’impresa bancaria dallo stato ai creditori, particolarmente ai risparmiatori. In caso di crisi, esistendo un interesse di tipo pubblico, l’impresa bancaria deve essere assoggettata a risoluzione, con conseguente perdita per i creditori dell’intero credito ovvero di una parte di esso, secondo le decisioni dell’autorità amministrativa, che opera con ampia discrezionalità. L’assorbimento delle perdite e la ricostruzione del capitale, operazioni che costituiscono in definitiva l’obiettivo del bail-in, avvengono sulla base di una

⁽³¹⁾ BIN, PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014. Gli autori sottolineano anche quanto segue: “Il vero problema che affonda le radici nell’art. 42 è quello dell’espropriazione. [...] L’espropriazione è un istituto che esiste ben prima della Costituzione italiana, che si limita perciò a confermarne la legittimità. Essa è manifestazione della prevalenza dell’interesse pubblico su quello privato: il diritto soggettivo di proprietà ‘degrada’ in puro interesse legittimo e al proprietario rimane solo il diritto ad un’indennità, che non lo risarcisce se non in parte della perdita economica subita”.

⁽³²⁾ Cfr. art. 17, Carta di Nizza.

⁽³³⁾ Cfr. GIANI, ARIANI, (nt. 27), 727.

sorta di gerarchia, che si articola secondo un primo livello normativo sul quale opera un eventuale livello amministrativo.

Sotto il primo versante, l'art. 49, comma 1, d.lgs. 180/2015, definisce il perimetro delle passività: "Sono assoggettate al bail-in tutte la passività, ad eccezione delle seguenti [...]".

Più che un perimetro si tratta di un *infinitum*, in quanto tutte le passività sono astrattamente "assoggettabili" ⁽³⁴⁾, laddove il perimetro, tecnicamente più limitato, afferisce quelle che ne sono escluse. Riguardo l'ordine di priorità, le passività concorrono all'assorbimento delle perdite in relazione al grado di rischiosità della posizione creditoria: la più rischiosa viene sacrificata per prima. Ai sensi dell'art. 52, comma 1, saranno ridotte, fino alla concorrenza delle perdite, varie voci del capitale: le riserve e il capitale rappresentato da azioni e gli altri strumenti finanziari computabili nel capitale primario di classe 1; il valore nominale degli strumenti di capitale aggiuntivo di classe 1; il valore nominale degli strumenti di classe 2; il valore nominale dei debiti subordinati diversi dagli strumenti di capitale aggiuntivo di classe 1 o dagli strumenti di classe 2; il valore nominale delle restanti passività ammissibili.

La banca potrebbe tuttavia necessitare di ulteriori risorse. In tal caso, si procede convertendo in tutto o in parte in capitale di classe 1, progressivamente e fino a concorrenza: gli strumenti di capitale aggiuntivo di classe 1; gli elementi di classe 2; debiti subordinati diversi dagli strumenti di capitale aggiuntivo di classe 1 o dagli elementi di classe 2; le restanti passività ammissibili ⁽³⁵⁾. Con riferimento al secondo livello di tipo amministrativo, la deroga, che in questo caso opera su una delle passività in astratto "assoggettabili" ⁽³⁶⁾, discende da un provvedimento, molto discrezionale, dell'autorità di risoluzione, pur essendo passività qualificata.

Tale scenario non sarebbe particolarmente traumatico, da un punto di vista giuridico, in Paesi come quelli di *common law*, fra cui il Regno Unito, ove non è presente una tradizione costituzionale scritta ed in cui mancano carte fondamentali, di rango costituzionale, a tutela del risparmio. Anzi, nello stesso *common law* inglese per decenni si è preferito, e per certi versi si preferisce tuttora, ritenere il risparmiatore, anche per piccole somme, non meritevole di tutela, per il fatto che quelle somme non affluiscono direttamente nel circuito

⁽³⁴⁾ O bail-inable, ad usare l'orrendo pseudo-anglicismo, si aggiunga in questa sede. Sul tema generale, cfr. Boccuzzi, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, Vol. 5, Milano, Giuffrè, 2017, 959.

⁽³⁵⁾ Fondamentalmente l'ordine di priorità di cui alla BRRD metterebbe in fila azionisti, titolari di altri strumenti di capitale, titolari di altri strumenti subordinati non computati nel capitale regolamentare, altri creditori chirografari, piccoli correntisti con depositi superiori a 100.000 euro, fondo di garanzia dei depositanti, che interviene in luogo dei depositanti protetti.

⁽³⁶⁾ Si preferisce questa espressione, crediti/passività "assoggettabili" ovvero, meno tecnico, crediti/passività "qualificati", al cacofonico e non particolarmente ortodosso "crediti bail-inizzato" e relativi "derivati", frutto del vagamente pacchiano e maldestro adattamento all'italiano di un termine (*bail-in*) che è a mala pena inglese, quanto meno dell'inglese britannico.

finanziario che alimenta l'attività d'impresa ⁽³⁷⁾. Ne consegue quindi la riluttanza da parte della Gran Bretagna a riconoscere anche una minima tutela del depositante a mezzo fondi di garanzia e a fornire la propria adesione ad ogni forma di disposizione legislativa che tuteli il depositante, in modo omogeneo, nei Paesi dell'Unione ⁽³⁸⁾.

L'Italia si discosta fortemente da tale modello anglo-americano, ma in realtà si discosta anche dalle Costituzioni tradizionali di altri Paesi Continentali per la previsione di cui all'art. 47 della Costituzione, la quale statuisce: "La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; e disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito." Dunque, il rilievo che la Costituzione italiana conferisce al risparmio è un *unicum*, nel quadro complessivo delle Carte costituzionali europee, nelle quali è quasi assente ⁽³⁹⁾, come pure nell'ambito dei Trattati UE ⁽⁴⁰⁾. Nelle scienze costituzionali viene anche rimarcato che il concetto di risparmio è andato evolvendo da una dimensione oggettiva, ad un'altra soggettiva. Nella prima, promossa e condivisa dai Costituenti, il risparmio è la ricchezza accumulata e destinata a essere messa in circolazione e ad essere

⁽³⁷⁾ Nel *common law* inglese, un *decisum* (*Foley v Hill* (1848) 2 HLC 28) è l'epitome del principio che il depositante è un mero creditore della banca. Una tale precedente non è mai stato smentito (o *overturned*) nei suoi più di 150 di "vigenza", malgrado i diversi decenni di adesione della Gran Bretagna all'Unione Europea.

⁽³⁸⁾ Circostanza che, come noto, si è poi materializzata, con uno strumento normativo di compromesso, la Direttiva 1994/19. Sulla *ratio essendi*, anche di tipo economico, della tutela dei depositanti, cfr. più recentemente ALEXANDER, (nt. 5), 165.

⁽³⁹⁾ Ricorda la dottrina italiana (GUIZZI, *Le azioni a tutela del risparmio nel diritto interno e nell'Unione Europea*, in *Bancaria*, 2016, VI, 40) che solo quella portoghese conterrebbe una disposizione analoga a quella italiana, anche se la Costituzione portoghese è risale solo agli anni 70 del secolo scorso. Si è effettuata una disamina sul punto e, in altro lavoro di chi scrive (DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Bari, Cacucci, 2020, ma anche DE GIOIA CARABELLESE, *La ricapitalizzazione bancaria interna*, Roma, Studium, 2020), viene effettuata una verifica in merito a tale punto. Inoltre, quanto alla Spagna, si è potuto accertare, anche grazie al fatto che queste note sono scritte in parte anche nella Universidad Complutense di Madrid, che la Costituzione spagnola ha forme di tutela del risparmio simili a quelle portoghesi, ma non così ofrti come quelle italiane. In Spagna, la Costituzione, più recente di quella italiana (31 ottobre 1978, ratificata per referendum il 6 dicembre 1978, con approvazione reale del 27 dicembre 1978), tutela il consumatore più in generale all'art. 51. "La autorità pubbliche devono garantire la protezione dei consumatori e degli utenti e, attraverso misure effettive, salvaguarderanno la loro sicurezza, salute e legittimi interessi finanziari. Le autorità pubbliche renderanno disponibili strumenti finalizzati a informare e educare i consumatori e gli utenti, promuoveranno le loro organizzazioni, e riconosceranno legittimazione a tali organizzazioni in tutte la materie che possano riguardare i loro membri, secondo i termini stabiliti dalla legge. Nell'ambito delle previsioni di cui ai precedenti commi, la legge regolamerterà il commercio domestico ed il sistema di licenza di prodotti commerciali". La tutela costituzionale del consumatore in Spagna si configura, per il risparmiatore, in modo meno diretto che in Italia, in quanto quivi il risparmiatore si accompagna ad altre figure di utente. Per una disamina dell'art. 51, Costituzione Spagnola, cfr. AA.Vv., *Manual de derecho constitucional*, quarta edizione, Madrid, Tecnos, 2013, 649. Viene sottolineato, quanto al primo comma, che "i poteri pubblici [...] devono assicurare una protezione efficace della sicurezza, della salute e dei interessi legittimi [dei consumatori e degli utenti]." (ibid, traduzione dallo spagnolo di chi scrive). Ovviamente, il tema, da una prospettiva di diritto spagnolo è di valutare se fra questi interessi legittimi vi è anche il diritto dell'utente bancario ad essere tutelato nel rimborso nominale dei propri soldi, in caso di crisi della banca. Più in generale, cfr. anche PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, dodicesima edizione, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

⁽⁴⁰⁾ Più chiare forme di tutela del Diritto dell'Unione sono per il "consumatore" e, ancora, "il depositante" e "l'investitore".

produttivamente impiegata, per assicurare il miglior funzionamento del sistema economico. Nella seconda concezione, affermata ben dopo la emanazione della Carta costituzionale, viene in evidenza la figura del risparmiatore ed il suo ruolo fondamentale nel processo di accumulo del risparmio destinato a finanziare l'economia; per questo suo ruolo così cruciale il risparmiatore è meritevole di tutela, che va pertanto a lui assicurata e non già e non tanto al risparmio ⁽⁴¹⁾.

Il risparmio, dato in affidamento ad un istituto di credito, è un bene che tutela il futuro del depositante. Il salvataggio di una banca in crisi con sacrificio di questo bene/risparmio affidatole fiduciarmente, determina quindi: violazione del principio di cui all'art. 47, Costituzione; danno in via diretta nei confronti dei risparmiatori la cui passività è cancellata, per la somma eccedente 100.000 euro; discredito sull'intero sistema del risparmio, per il venir meno da parte dei risparmiatori della fiducia nella capacità delle banche di rimborsare le somme depositate. Per di più, questa fiducia è connaturata all'operare delle banche italiane, in quanto, a differenza delle altre banche europee, sono impegnate a svolgere la propria attività anche in ottemperanza all'art. 47, Costituzione ⁽⁴²⁾. Per tutto quanto sopra detto, risulta contraria alla Costituzione la normativa della BRRD in cui si prevede che il risanamento degli intermediari finanziari in crisi passi attraverso il sacrificio dei risparmiatori nelle diverse forme: di azionisti ⁽⁴³⁾; di titolari di obbligazioni subordinate; di depositanti non protetti ⁽⁴⁴⁾. Tutti questi *stakeholders*, secondo la costituzione, italiana e anche portoghese, sarebbero senz'altro pregiudicati dalla disciplina degli strumenti di risoluzione, come enfatizzato dalla dottrina italiana ⁽⁴⁵⁾, in modo molto reciso e diretto. Tuttavia, in opposizione a tale costruzione ⁽⁴⁶⁾ viene evidenziato che “[...] i cangianti strumenti di volta in volta prefigurati per garantire tutela al risparmiatore non [hanno] mai riguardato [...] la patologia dell'impresa bancaria fino al punto da creare una sorta di generalizzata aspettativa che, con riguardo a un accertato suo stato di dissesto o allo stesso rischio del dissesto, «vedove» e «orfani» (vale a dire depositanti e creditori) potessero essere preservati dalla perdita (parziale o totale) dei loro averi.”

È anche da dire che il diritto costituzionale interno dovrebbe cedere il passo all'ordinamento dell'Unione Europea, per effetto del complesso meccanismo di funzionamento di cui al combinato disposto degli artt. 11 e 117, comma 1, Costituzione. In relazione a ciò, il legislatore dovrebbe rispettare gli obblighi derivanti dall'Unione Europea e le norme interne contrarie al diritto dell'UE

⁽⁴¹⁾ GUIZZI, (nt. 39), 40.

⁽⁴²⁾ SALMONI, *Crisi bancarie e incostituzionalità del bail-in*, in *Percorsi costituzionali*, 2017, I, 307.

⁽⁴³⁾ In ordinamenti diversi dall'Italia (e, forse, Portogallo), in cui il risparmio non è tutelato, gli azionisti, seppur di banche, sarebbero ben lungi dall'essere qualificati quali risparmiatori.

⁽⁴⁴⁾ Questi sarebbero i risparmiatori costituzionalmente protetti in via diretta.

⁽⁴⁵⁾ COSTI, (nt. 13), 398. Si veda anche ROSSANO, *Il salvataggio della BPEL e l'accertamento dello steso di insolvenza alla luce della nuova normativa in materia di crisi bancarie*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, II, 91.

⁽⁴⁶⁾ CARRIERO, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2016, II, 369 ss, particolarmente 395.

sarebbero oggetto di scrutinio di costituzionalità alla stregua del parametro di cui all'art. 117, comma 1 ⁽⁴⁷⁾.

Per completezza, si ricorda anche che il precetto di cui all'art. 47, Costituzione, fu interpretato quale sorta di costituzionalizzazione del modello di regolamentazione di vigilanza strutturale, di cui alla legge bancaria del 1936 ⁽⁴⁸⁾. Nella dottrina italiana viene anche aggiunto ⁽⁴⁹⁾ che al vertice di quella regolamentazione dettagliata furono posti due organi di natura politica, un comitato di ministri economici (finanza, agricoltura, economia nazionale) presieduto dal Presidente del Consiglio e un "ispettorato per il credito e il risparmio" presso il Ministero del Tesoro. Faceva da corollario a ciò la Banca d'Italia, qualificata quale ente pubblico, operativamente non solo istituto di emissione ma anche banca centrale ⁽⁵⁰⁾. Con l'entrata in vigore del Testo Unico del 1993 il modello è cambiato completamente. Con la eliminazione della vigilanza strutturale, l'art. 47 andrebbe letto in relazione alle altre norme della Costituzione, particolarmente l'art. 81. Come ricordato in dottrina ⁽⁵¹⁾, in questo contesto si è data dell'art. 47 una lettura diversa. Poiché risparmio e credito sono termini che esprimono la liquidità monetaria, l'oggetto della tutela sarebbe proprio il valore della moneta ⁽⁵²⁾. Un terzo fenomeno intervenuto dalle crisi finanziarie in poi è lo spostamento della regolamentazione a livello sovranazionale ⁽⁵³⁾.

4.3. *La teoria dei controlimiti.* — La posizione di preminenza dell'ordinamento dell'Unione Europea trova un contemperamento nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale. Quest'ultima ha elaborato la teoria dei controlimiti, in base ai quali le norme europee possono comportare deroghe alle norme costituzionali di dettaglio, ma non ai principi fondanti della Costituzione ⁽⁵⁴⁾. In definitiva, nel trattare il rapporto tra il *bail-in*/strumenti di risoluzione e il principio di cui all'art. 47, Costituzione, bisogna chiedersi se il principio di

⁽⁴⁷⁾ RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, 85.

⁽⁴⁸⁾ BELLI, *Legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Torino, Giappichelli, 2004. Più in generale, per una lettura della tutela del risparmio nella cornice costituzionale, cfr., fra i contributi più risalenti, SALERNO, in *Commento sub art. 47*, in CRISAFULLI, PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla costituzione*, Padova, Cedam, 1990, 318. Fra i lavori più recenti, cfr. PAGLIARIN, *Le radici costituzionali della tutela del risparmio*, in *Mercato, conc., reg.*, 2020, in corso di pubblicazione; GIAMPIERETTI, *Commento sub art. 47*, in AA.VV., *Commentario breve alla costituzione*, a cura di Bartole e Bin, Padova, Cedam, 2008, 474; BARONCELLI, *Commento sub art. 47*, in AA. VV., *Commentario della costituzione*, a cura di Bifulco, Ciolotto, Olivetti, Torino, Utet, 2006, 945. In inglese, commenti molto recenti si leggono in DE GIOIA CARABELLESE e PAGLIARIN, in *Bail.in and Italian constitutional values*, in *LUISS Law Review*, 2020, online.

⁽⁴⁹⁾ PISANESCHI, *La regolamentazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in AA.VV., *L'Unione bancaria europea*, a cura di Chiti e Santoro, Pisa, Pacini, 2016, 166.

⁽⁵⁰⁾ Così, da ultimo, PISANESCHI (nt. 49), 167, nel riferirsi a COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2002.

⁽⁵¹⁾ PISANESCHI (nt. 49), 167, nel ricordare MERUSI, *Sub art. 47, Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Roma, Zanichelli, Il Foro Italiano, 1980.

⁽⁵²⁾ MERUSI (nt. 51). Cfr. Paragrafo *infra*.

⁽⁵³⁾ PISANESCHI (nt. 51), 167.

⁽⁵⁴⁾ BIN, PITRUZZELLA (nt. 51), 442; CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Edizione scientifica, 2014, 358.

questa norma è un principio non supremo dell'ordinamento costituzionale, come autorevole dottrina sostiene⁽⁵⁵⁾, e dunque se, l'entrata in vigore della nuova disciplina di gestione delle crisi bancarie ha comportato una cessione di sovranità dall'Italia alla UE, in violazione della dottrina dei controlimiti⁽⁵⁶⁾. Questo scrutinio fino ad ora non è avvenuto da parte della Corte Costituzionale, sebbene ne abbia tutti i poteri e le prerogative⁽⁵⁷⁾.

La recente statuizione del Consiglio di Stato non convince, tuttavia, da un punto di vista tecnico costituzionale, *in primis*, in quanto si è messo in luce che l'art. 47⁽⁵⁸⁾, quale *unicum* in ambito europeo⁽⁵⁹⁾ e chiaramente isolato in una specifica *sedes materiae*, è principio che distingue l'Italia dagli altri Paesi. Il fatto che l'art. 47 sia presente fin dalla prima stesura della Carta costituzionale dell'Italia sta allora ad indicare che il risparmio è elemento su cui non solo si basa la società italiana, ma che la connota rispetto ad altre nazioni, quali quelle anglo-americane⁽⁶⁰⁾. È vero che in Italia la stessa dottrina non è così univoca nell'interpretazione dell'art. 47, comma 1, quale valore fondante della Carta costituzionale. Autorevolissimi autori, sull'assunto che il risparmio di cui alla tutela di cui all'art. 47, Costituzione, non è solo il risparmio bancario (e, dunque, il valore monetario delle moneta), ma tutto quanto può essere generato da attività economiche (come ad esempio fondi comuni di investimento, fondi pensione) connesse all'industria bancaria e finanziaria, esclude in definitiva che il precetto costituzionale in commento costituisca pilastro della Costituzione, dunque de ritenersi prevalente su di un principio contrario di derivazione Comunitaria, quale la regola del salvataggio bancario interno⁽⁶¹⁾. È estremamente arduo

⁽⁵⁵⁾ COSTI, (nt. 13), 398.

⁽⁵⁶⁾ Come sottolinea tale autorevole dottrina (COSTI, (nt. 13), 402), “sia l'ordinamento del mercato bancario sia l'ordinamento del mercato mobiliare vigenti, anche per l'influenza delle norme comunitarie, dettino una disciplina che favorisce e tutela il risparmio, soltanto come conseguenza indiretta dell'efficienza e della stabilità dei mercati: obiettivi questi ultimi il cui raggiungimento può comportare il sacrificio del risparmio.”

⁽⁵⁷⁾ Sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014.

⁽⁵⁸⁾ In questo caso specifico, l'art. 47, Costituzione, cui si fa riferimento non è quello nella sua interezza ma solo il primo comma il quale appunto fa riferimento all'obiettivo della Repubblica di tutelare il risparmio.

⁽⁵⁹⁾ Vi sarebbe un'unica altra Costituzione in cui il risparmio è tutelato costituzionalmente: quella portoghese. In realtà — e ciò è frutto di ricerca in diverso lavoro — il Portogallo non tutela il risparmio in modo così forte ed intenso come l'Italia. La tutela, come lumeggiato in questo contributo, sarebbe piuttosto indirizzata, come la Spagna, a preservare la posizione del consumatore.

⁽⁶⁰⁾ Nel diritto inglese e, più in generale, nella legislazione britannica il risparmiatore è ben lungi dall'essere tutelato nell'ambito della mera legislazione, certamente no in una costituzione che è assente. Con la Brexit, poi, la già stringata normativa di tutela del consumatore, la quale è sempre stata quella minima europea, senza ulteriori generose concessioni al rialzo per la parte debole, verrà senz'altro erosa. Si può ritenere che il *caveat emptor* nel diritto inglese può essere la nuova, triste frontiera del divorzio con la Gran Bretagna. Sul concetto di *caveat emptor* nella disciplina bancaria europea, cfr. HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, (nt. 5), 2015, Capitolo 4.

⁽⁶¹⁾ COSTI, (nt. 13), 420. Autorevolmente, viene affermato che sia l'ordinamento del mercato bancario sia l'ordinamento del mercato monetario vigenti, anche per l'influenza delle norme comunitarie, dettino una disciplina che favorisce e tutela il risparmio, soltanto come conseguenza indiretta dell'efficienza e della stabilità dei mercati. La soppressione del risparmio, da questo punto di vista, poiché non è un valore supremo della Costituzione, sarebbe possibile sull'altare di norme della Unione Europea, di portata “costituzionale”, quale la stabilità finanziaria.

stabilire quale delle due tesi sia più convincente. Certo è che il Consiglio di Stato, sol a tener conto di un tale dibattito sul tema in merito all'art. 47, avrebbe dovuto sì rimettere la materia alla Consulta, al fine di consentire a questa di statuire, verosimilmente fra le due contrapposte teorie, quella da ritenersi prevalente ⁽⁶²⁾.

Non solo: se davvero il principio di cui all'art. 47 della Costituzione non fa parte delle possibili censure avverso il *bail-in* ⁽⁶³⁾, non si coglie quale sia la sua residua *ratio essendi*, anzi la sua *ratio vivendi*. Poiché ormai i depositanti sono comunque tutelati, “per merito” della UE, fino a 100.000 euro, la norma dovrebbe essere coerentemente ed *expressis verbis* abolita ⁽⁶⁴⁾ o ridefinita, sulla scorta dei di utili “raccomandazioni” da parte della Corte Costituzionale, negate tuttavia nella sentenza del Consiglio di Stato del 2019.

Certo, e non senza amarezza, si rimane perplessi che, in fase di redazione a Bruxelles (e Strasburgo) delle norme della BRRD, l'Italia non abbia saputo far valere la sua specificità, anche giuridica. Se l'eccezione italiana della tutela del risparmio fosse stata sollevata a tempo debito (e l'Italia avesse avuto una influenza politica maggiore), paradossalmente la BRRD avrebbe potuto essere “costruita” in modo migliore e magari l'Italia, con il suo principio *sui generis* ma comunque valido in materia di risparmio, avrebbe potuto ispirare altri legislatori europei. Chi scrive ritiene che, se fino ad ora non vi è stato alcun pronunciamento da parte della Corte costituzionale, ciò è dovuto principalmente a ragioni non giuridiche.

5. Gli ulteriori, possibili profili costituzionali del bail-in

5.1. *La par condicio creditorum: un pilastro giuridico.* — A livello domestico non v'è dubbio che la BRRD mette a dura prova, usando una espressione eufemistica, il principio della *par condicio creditorum* ma più in genere della garanzia generica patrimoniale. In Spagna, un ordinamento di *civil law* al pari dell'Italia, il principio è previsto all'art. 1911 ⁽⁶⁵⁾, *Código Civil*. Nell'ambito del *Título XVII*, rubricato “De la Concurrencia y Prelación de Créditos”, il *Capítulo Primero Primero*, in tema di *Disposiciones Generales*, prescrive quanto segue: “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes,

⁽⁶²⁾ Per di più, la Corte Costituzionale potrebbe tener conto anche delle esperienze costituzionali di altri Paesi, in primis quelli di *civil law*. Per contro, il *common law* inglese ed la sua troppo semplicistica struttura costituzionale, priva di carta costituzionale e di Corte Costituzionale, sarebbe di ben poco aiuto.

⁽⁶³⁾ Sia esso o meno un principio fondante della Costituzione, punto che rimane non solo dibattuto ma anche difficile da risolvere.

⁽⁶⁴⁾ Ciò dovrebbe essere la immediata linea di azione, particolarmente se si aderisce alla tesi che l'art. 47 tutela esclusivamente il risparmio bancario. Tale tesi, come noto, è quella di MERUSI (nt. 51). Il vero obiettivo dell'art. 47 sarebbe la tutela del valore della moneta, ed in particolare della moneta bancaria. Come ricordato ex professo dal Prof. Costi (COSTI, nt. 13), 394), la tesi del Prof. Merusi si riconnette a quella precedente del Prof. Giannini, il quale, nel suo scritto del 1977, coordina la prima parte dell'art. 47 (“La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme”) con il secondo periodo (“coordina e controlla l'esercizio del credito”) per affermare in definitiva che l'art. 47 concerne solo l'attività bancaria.

⁽⁶⁵⁾ *Artículo 1911*.

presentes y futuros”. Fa da pendent l’*Artículo 1912*, ai sensi del quale: “El deudor puede solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera de sus deudas, o cual quiera de las doscosas; pero no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho sino en los casos y en la forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.” Da ultimo, l’*Artículo 1913, Código Civil*, prevede: “El deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que a quella situación le fuere conocida”. Nella dottrina spagnola⁽⁶⁶⁾, il principio della *Garantias de la obligation*, è affermato in dottrina come il cardine ai sensi del quale “el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, es posible que sus bienes puedan llegar a ser pocos y los acreedores muchos, en modo tal que no puedan cobrar efectivamente todos ellos”.

Altra autorevole dottrina⁽⁶⁷⁾, sempre con riferimento all’*Artículo 1911*, evidenzia come questo collegamento fra patrimonio e persona (fisica o giuridica) non è meramente economico o contabile, ma è propriamente giuridico. In tal senso, aggiunge chi scrive, si deve evidenziare la differenza fra *civil law*, di cui la Spagna può essere paradigma, e concezione blanda, meramente contabile, del *common law*, di cui infra in questo Paragrafo. Si possono ricordare i caratteri salienti della disciplina di *civil law*, in tema di garanzia patrimoniale,⁽⁶⁸⁾ in relata totalmente assenti nel *common law*, fra cui quello inglese: “El conjunto de los bienes atribuidos a una persona (física o jurídica) se conoce con el nombre de patrimonio. Ahora bien, conviene tener en cuenta que era atribución es de carácter estrictamente jurídico y no coincide (o, al meno, no coincide exactamente) con los conceptos económicos y contables de patrimonio”. Si conclude dunque affermando: “En suma, el patrimonio es el ámbito de bienes propio de una persona (física o jurídica) a lo largo de toda su existencia, y de bienes definidos porque dicha persona ostenta un título jurídicos obre los mismos, con independencia de su real disponibilidad económica o de la posibilidad de su inclusión contable”. È ben noto che in Italia, la disposizione da richiamare è quella di cui all’art. 2741, c.c., in base alla quale i creditori hanno un eguale diritto a soddisfarsi sul patrimonio del debitore⁽⁶⁹⁾. Tale principio di *par conditio creditorum* non è di per sé inderogabile, tuttavia le eccezioni al sistema sono limitate ai privilegi previsti dagli artt. 2745 ss., c.c., di cui alla causa dell’obbligazione, e ai crediti privilegiati che discendono dalle garanzie reali. La distinzione in classi di creditori all’interno del concordato rappresenta la linea più avanzata di una eccezione alle regole⁽⁷⁰⁾. Nel diritto italiano, tale sistema di

⁽⁶⁶⁾ ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contractos*, 2° edición, Madrid, 2013, 39.

⁽⁶⁷⁾ CAPILLA RONCERO, *Introducción al Derecho Patrimonial Privado*, 7° edición actualizada, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, 128 s.

⁽⁶⁸⁾ Ibid., 128.

⁽⁶⁹⁾ CHECCHINI, AMADIO, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2014, 430.

⁽⁷⁰⁾ UDA, *Il bail-in e i principi della par conditio creditorum e del no creditor worse off (ncwo)*, in *Il diritto dell’economia*, 2018, III, 743.

garanzia patrimoniale si accompagna ad una robusta disciplina di tutela dei creditori, anche nella fase dell'*enforcement* ⁽⁷¹⁾, della escussione del credito ⁽⁷²⁾.

5.2. *Il pari passu nel common law* — La vera peculiarità, peraltro, può essere rappresentata dai sistemi giuridici di *common law*, in cui non esiste una norma così tangibile e forte, quale quelle italiana e spagnola che sono state richiamate. Nel *common law* inglese, è presente un *pari passu principle*, che, ben diverso dalla *par condicio creditorum*, si traduce nel seguente assunto: “[A]ll the creditors in a particular category will share the money available — they are “on an equal footing”, they “rank and abate equally. If there is not enough to pay every creditor in that category in full, each creditor will receive the same percentage of his original debt” ⁽⁷³⁾.

Ciò che difetta senz'altro nel *pari passu* inglese è, come negli ordinamenti di diritto civile, l'assoggettamento dell'intero patrimonio al potere del creditore, ritenuto al di qua della Manica finanche diritto potestativo per il fatto di consentire di agire contro il patrimonio del debitore. Non solo: a rendere la definizione di *pari passu* annacquate, vi è la considerazione che il *pari passu* è finanche, e più frequentemente una mera clausola la quale, nei contratti internazionali, viene inserita nel testo contrattuale sicché il *borrower* dichiara, vis-à-vis il *lender*, che le proprie obbligazioni di pagamento ai sensi di quel *facility agreement* abbiano un grado almeno pari alle obbligazioni, non garantite, presenti e future esistenti verso il restante ceto creditorio. Una tale clausola, discussa in passato nella sua reale portata, è ancor di più sotto assedio, più recentemente, dopo alcuni *dicta* di *common law*, i quali ne hanno messo in dubbio la reale utilità ⁽⁷⁴⁾. Nell'ambito della disciplina dell'insolvenza, poi, il *pari passu* sembra

⁽⁷¹⁾ In dottrina (BIANCA (con la collaborazione di M. BIANCA), *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 2014, 665; BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Vol V, Milano, Giuffrè, 2000, 111-112) si puntualizza la linea di demarcazione fra garanzia patrimoniale e responsabilità patrimoniale, la prima indicando il lato attivo (*ergo*, “il diritto dei creditori sul patrimonio del debitore”), la seconda il lato passivo (dunque, “la soggezione del patrimonio del debitore sul quale la garanzia è fondata”). È noto che in Italia tale posizione è storicamente avversata da altra, parimenti autorevole dottrina (MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1072) la quale non è convinta dall'idea che, divenuta impossibile la prestazione per causa imputabile al debitore, l'originario diritto di credito continua ad esistere con oggetto diverso. Ciò che continua ad esistere, per contro, è il rapporto obbligatorio come rapporto fondamentale. È anche vero che, come osservato da sempre attenta, seppur più recente dottrina italiana (MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, Wolters Kluwer, 2019), il principio di responsabilità patrimoniale di natura generale è una fortezza sotto assedio, ricorrendovi oramai sempre più eccezioni di natura legislativa.

⁽⁷²⁾ Chi scrive ha finalizzato l'approfondimento del tema in separata analisi, DE GIOIA CARABELLESE, *Banking resolution tools, bail-in and fundamental rights*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019.

⁽⁷³⁾ DE GIOIA CARABELLESE, Chair of Law, Company Law Lectures, University of Huddersfield, Academic Year 2007/2018.

⁽⁷⁴⁾ Come noto, l'Argentina e le sue problematiche obbligazioni pubbliche hanno rappresentato il terreno di scontro, anche giudiziale, su tale materia. La controversie, dinanzi al giudice di New York, hanno riguardato la ristrutturazione del debito internazionale di un bond emesso nel 2001, e poi ristrutturato, relativo ad una clausola che prevedeva un pagamento rateizzato. L'impatto di tale pagamento rateizzato sulla clausola preesistente clausola di *pari passu* ha costituito l'oggetto del *decisum*. Cfr. *White Hawthorne, LLC, et al. V Republic of Argentina*, No. 16-cv.1042 (SDNY 22

essere nel *common law*, quello inglese, ancora più debole, essendo il suo ruolo nella liquidazione ritenuto molto insoddisfacente⁽⁷⁵⁾, anche in relazione alla azioni revocatorie o *anti-deprivation rules* (76).

La mancanza di questo principio fa sì ad esempio che nel *common law* possano ammettersi figure come il *floating charge*, garanzie costituite su beni che tempo per tempo rientreranno nel patrimonio di una società (77). Nel *decisum Re Yorkshire Woolcombers' Association* (78), sono stati fissati i tre elementi al ricorrere dei quali il *floating charge* può essere costituito nel diritto inglese: una garanzia nel diritto dell'*equity* (e non nel *common law*) sull'intero o su una parte delle classi di attivo della società (79); gli attivi assoggettati alla garanzia cambiano costantemente; la società non è vincolata ai beni assoggettati a *floating charge*, in quanto si assume ed è lecito che nel "*ordinary course of business*" e fino a quando vi sia la "cristallizzazione" del *charge*, la società può disporre di tali beni. Una figura come il *floating charge* sarebbe ben poco concepibile nel *civil law* e in Italia, in quanto la continua variabilità dell'oggetto la renderebbe finanche incoerente con i principi di certezza del diritto e garanzia patrimoniale.

Si può dire dunque che, mancando nel *common law* un vero e proprio principio di *par condicio*, le regole del — mero — *pari passu* sono solo riferimenti contabili, o poco più che contabili, di cui il liquidatore ovvero il *court officer* deve tener conto o, primo caso, quando i beni del fallito vanno liquidati (e dunque convertiti in denaro) ovvero quando, seconda ipotesi, divenuto il credito esigibile, il creditore (80) agisca contro il debitore.

5.3. *Dal pari passu di common law alla par condicio creditorum.* — Tale premessa teorica è particolarmente significativa se rapportata alla tematica in oggetto, ergo esistenza di un vero principio di *par condicio* nella BRRD. Nel meditare complessivamente su tali sistemi, pur così importanti, non vi è dubbio che la BRRD — per quanto riguarda l'Italia il testo legislativo di sua attuazione di cui al D.Lgs. 180/2015 — mette in discussione tanto principi civilistici che tradizioni giuridiche. Il cardine della *par condicio creditorum* ed i suoi "derivati normativi", che nel *civil law* non sono regole contabili, ma colonne portanti di un sistema sociale e di un *corpus* normativo, vengono smantellati per effetto della

December 2016). BUCHHEIT, DE LA CRUZ, *The Pari Passu Fallacy - Requiescat in Pace*, in *International Financial Law Review*, 2018, 32. La clausola del *pari passu*, nella sua versione contrattuale, spinge molti autori a ritenere che la stessa sia poco più che simbolica.

(75) JAMEEL MOKAL, *Priority as Pathology: the Pari Passu Myth*, in *Cambridge Law Journal*, 2001, 581; JAMEEL MOKAL, *Corporate Insolvency Law. Theory and Practice*, Oxford, Oup, 2008.

(76) BORK, VOELKER, *The Anti-Deprivation Rule as an Anti-Avoidance Rule*, in *Insolvency Intelligence*, 2016, 65.

(77) DIGNAM, LOWRY, *Company Law*, 10th ed., Oxford, Oxford University press, 2018, 80.

(78) [1903] 2 Ch 284.

(79) Dunque scorte di magazzino (*stock*), debiti contabili (*book debts*) o anche le intere partecipazioni della società (*the whole of the company's undertaking*).

(80) Ancora: molto azzardato parlare nel *common law* di titolarità.

nuova disciplina comunitaria⁽⁸¹⁾. È anche da premettere che vi sono azioni normative che vanno verso una esenzione parziale, ma equilibrata, della *par condicio creditorum*. L'obiettivo di salvaguardare l'impresa, anche come valore costituzionale, ha già costituito occasione per effettuare alcune sue limitazioni, tanto a livello italiano che europeo.

Nel concordato preventivo in Italia, vi sono ampie opzioni di tipo normativo, che si pongono in contrasto con il principio della *par condicio creditorum*; in particolare: i creditori possono essere pagati al di fuori di ogni riparto, anche in violazione della *par condicio*, se ciò ne consente la migliore soddisfazione; la possibilità di contrarre debiti destinati alla conversione dell'attività di impresa ai quali è riconosciuta la prededuzione sia nel successivo fallimento, sia nell'eventuale successivo concordato⁽⁸²⁾, come anche all'interno della stessa procedura in occasione della quale sono stati concessi⁽⁸³⁾; la possibilità di fornire garanzie reali a favore dei crediti prededucibili, ai sensi dell'art. 182 quinquies, comma 2.⁽⁸⁴⁾ In Europa, peraltro, le operazioni di ristrutturazione hanno formato oggetto di un recente intervento da parte del legislatore, mercé una normativa la quale, pur riducendo i crediti, ciò nondimeno salvaguarda l'autonomia privata attraverso meccanismi "democratici", di consenso di una maggioranza⁽⁸⁵⁾. Si fa riferimento alla Direttiva 2019/1023⁽⁸⁶⁾ ed all'esdebitazione dei creditori, che però ancorano la parziale cancellazione, *pro rata*, ad un quorum preciso, con coinvolgimento democratico delle stesse parti interessate: scenario ben diverso dalla "*quasi-dictatorial*" BRRD⁽⁸⁷⁾, ossia, al di là della provocazione linguistica, il modello fortemente discrezionale e atecnico degli strumenti di risoluzione.

5.4. Pari passu *nella BRRD*. — Fermo restando il descritto quadro evolutivo, il principio di *par condicio creditorum* è affievolito con un intervento

⁽⁸¹⁾ CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, II, 143; SANDEI, *Il bail-in fra diritto dell'insolvenza e diritto dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.* 2017, I, 896.

⁽⁸²⁾ Se concessi in occasione di un accordo *ex art.* 182-bis.

⁽⁸³⁾ Art. 182 quinquies.

⁽⁸⁴⁾ ROSSANO, *Nuova disciplina per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2015, III-supplemento, 307.

⁽⁸⁵⁾ Si fa riferimento alla Direttiva sulle ristrutturazioni.

⁽⁸⁶⁾ In inglese, "*Directive (Eu) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1152 (Directive on restructuring and insolvency)*" [OJ L 172]. Nella dottrina di Oltre Manica, cfr. MEVORACH, WALTERS, *The Characterization of Pre-Insolvency Proceedings in Private International Law*, in *European Business Organization Law Review*, 2020, online; SKAURADSZU, NIJNENS, *The Toolbox for Cross-Border Restructurings Post-Brexit — Why, What & Where?*, in *Nottingham Business and Insolvency Law e-Journal*, 2019, online.. In spagnolo, TIRADO, *European Directive on Preventive Restructuring and Second Chance*, organizzato da Juana Pulgar Ezquerra, Universidad Complutense, 30 maggio 2019, Madrid. Sulle ristrutturazioni in generale, da un punto di vista del diritto spagnolo e come più autorevole fonte in lingua castigliana nel mondo, cfr. per tutti PULGAR EZQUERRA, *Preconsursalidad y reestructuración empresarial*², Madrid, Wolters Kluwer, 2016.

⁽⁸⁷⁾ Ancora, si fa riferimento a LENER, (nt. 13), 15.

dell'autonomia privata ⁽⁸⁸⁾ o in seguito ad autorizzazione dell'autorità giudiziaria ⁽⁸⁹⁾. Per contro, nella BRRD è la stessa autorità di risoluzione a fare le proprie scelte circa i crediti, stante il suo potere di escludere talune passività ⁽⁹⁰⁾, prescindendosi del tutto dall'intervento dell'autorità giudiziaria ovvero non tenendo in considerazione l'autonomia privata. Si può affermare che nella Direttiva 2014/59 la *par condicio creditorum* non solo è derogata, ma è principio da cui si prescinde del tutto. L'art. 22, comma 1, lett. B) del d.lgs. 180/2015, prescrive che gli azionisti e i creditori aventi la stessa posizione nell'ordine di priorità applicabile in sede concorsuale ricevono pari trattamento e subiscono le perdite secondo lo stesso ordine. Una norma che ha consentito ad alcuni studiosi, a detta di chi scrive, erroneamente — anche se vi è chi controbatte che il *no creditor worse off principle* garantirebbe ai creditori affetti dal bail-in una tutela uguale o superiore rispetto alla procedura di insolvenza —, di affermare che l'ordine di priorità, secondo la BRRD, è quello di cui agli ordinamenti di ciascuno Stato Membro. In realtà, nel caso di risoluzione, l'ordine delle cause di prelazione diventa solo teorico, per poi rimaterializzarsi se e nella misura in cui vi sia la vera e propria liquidazione della banca. Nell'ambito della risoluzione, vale un micro-sistema legislativo/amministrativo, governato dalla discrezionalità dell'autorità di risoluzione ⁽⁹¹⁾.

È anche da notare, e da stigmatizzare, che nell'intera BRRD non si cita nemmeno *verbatim* l'espressione, sacrosanta ⁽⁹²⁾, *par condicio creditorum* ⁽⁹³⁾: segno di una sfida che il legislatore lancia verso i principi civilistici della gran parte dei Paesi membri. Il vero problema della disciplina della BRRD sul punto è l'inciso “salvo che sia diversamente previsto dal presente decreto”. Pertanto, l'art. 22, D.Lgs. 180/2015, con un tale inciso, consente poi in altre parti della medesima *sedes materiae*, di “scatenare l'inferno” delle eccezioni e, di

⁽⁸⁸⁾ Come nel caso della Direttiva sulle ristrutturazioni dei crediti.

⁽⁸⁹⁾ Al pari delle ipotesi previste in ambito concorsuale.

⁽⁹⁰⁾ ROSSANO, (nt. 84), 307.

⁽⁹¹⁾ Cfr. *infra* in questo Paragrafo.

⁽⁹²⁾ Forse questa sarebbe stata, e dovrebbe ancora essere, l'affermazione enfatica di un civilista italiano o di un giurista di *civil law* in genere.

⁽⁹³⁾ Si cita bensì *pari passu*, ma solo nella versione in inglese della DRRD a confermare che la stessa espressione viene declassata a mera formula linguistica. Si ritiene che il raffronto fra Considerano 77 nella versione inglese e nella versione italiana sia auto-esplicativo. “Except where otherwise specified in this Directive, resolution authorities should apply the bail-in tool in a way that respects the *pari passu* treatment of creditors and the statutory ranking of claims under the applicable insolvency law. Losses should first be absorbed by regulatory capital instruments and should be allocated to shareholders either through the cancellation or transfer of shares or through severe dilution. Where those instruments are not sufficient, subordinated debt should be converted or written down. Senior liabilities should be converted or written down if the subordinate classes have been converted or written down entirely”. Nella versione italiana: “Salvo se altrimenti specificato dalla presente direttiva, le autorità di risoluzione dovrebbero applicare lo strumento del bail-in in modo tale da rispettare il trattamento paritario dei creditori e il rango dei crediti ai sensi del diritto fallimentare vigente. Le perdite dovrebbero essere assorbite innanzitutto da strumenti del capitale regolamentare e dovrebbero essere ripartite tra gli azionisti mediante la cancellazione, il trasferimento o una forte diluizione delle azioni. Se ciò non bastasse, il debito subordinato dovrebbe essere convertito o svalutato. Le passività di primo rango dovrebbero essere convertite o svalutate se le categorie subordinate sono già state convertite o azzerate.

fatto, creare, con elevata discrezione amministrativa, all'interno della BRRD, un microsistema di ordini che, al semplice manifestarsi del dissesto, prevale su tutti gli altri. Più precisamente, l'art. 49, comma 1 e 2, d.lgs. 180/2015 disciplina le passività escluse *ex lege*, consentendo all'autorità una facoltà di esclusione discrezionale. Dunque, l'espressione "salvo che sia diversamente previsto" viene chiusa nel suo cerchio dall'art. 49.

In modo sottile, è stato sottolineato nella dottrina italiana che l'art. 49 giustifica in capo all'autorità amministrativa poteri di discrezionalità assoluta, secondo logiche tecniche e politiche. La possibile, *rectius* probabile, disparità di trattamento che ne consegue nelle diverse esperienze empiriche del bail-in non trova una vera giustificazione in una norma⁽⁹⁴⁾. L'art. 49, scritto forse nella fretta e con un legislatore ancora psicologicamente traumatizzato dalle crisi finanziarie del 2007/2008, annulla nel breve volgere di una battitura al laptop la millenaria tradizione civilistica e concorsuale degli ordinamenti dell'Europa. Da una prospettiva più sociologica e metagiuridica, l'art. 49 è finanche la prosopopea di un *Big Brother* normativo-tecnologico⁽⁹⁵⁾, che con la logica algoritmica regola il destino dei creditori, "uccidendoli", "lasciandoli liberi" ovvero "resuscitandoli", a seconda delle circostanze, senza che alcun principio di diritto, almeno quello tradizionale, sembra valere realmente. L'art. 49 non è un'area di deroga al diritto, è semplicemente un'area senza diritto, nel senso in cui questo viene inteso. Si potrebbe anche affermare che, se in futuro questo dovesse essere il *modus legiferandi* europeo, il diritto dell'Unione Europea può diventare uno dei più grandi pericoli delle stesse civiltà che dovrebbe tutelare, in quanto ne distrugge i fondamenti giuridici.

Nemmeno si può dire che il — molto peculiare — combinato disposto di cui agli artt. 49 e 22 del d.lgs. 280/2015, nel creare esclusioni, ha mutuato, *mutatis mutandis*, un regime di privilegi, quest'ultimo bensì figura tradizionale; possibile assimilazione peraltro da escludersi *ex ante*, una volta che si prende atto che il sistema delle esclusioni di cui alla BRRD non è connesso alla particolare causa del credito⁽⁹⁶⁾. In definitiva, i principi del *pari passu* e della *par condicio creditorum* vengono violati in quanto alcuni creditori (quelli soggetti alla ricapitalizzazione bancaria interna) si trovano a fornire risorse necessarie al soddisfacimento di altri (quelli non soggetti a *bail-in*). Mercé il radicale cambiamento dell'attivo finanziario⁽⁹⁷⁾, i creditori bail-inizzati si trovano a essere da soggetti protetti a soggetti protettori⁽⁹⁸⁾. Se poi si aggiunge che i creditori esclusi non partecipano alla condivisione degli oneri, il peso a carico dei creditori protettori aumenta. Anzi, nell'usare nella foga argomentativa di chi scrive il termine "creditori protettori", si evoca involontariamente la figura del santo protettore.

⁽⁹⁴⁾ UDA, (nt. 70), 745.

⁽⁹⁵⁾ Il Big Brother, il "Fratello Maggiore", è qui visto nello stesso modo in cui è concepito da Orwell.

⁽⁹⁶⁾ SANDEI, (nt. 81), 898. La scelta dell'Autorità di Risoluzione prescinde completamente dalla causa del credito.

⁽⁹⁷⁾ Potenzialmente, assoggettato alle preparazioni algoritmiche dall'Autorità di Risoluzione.

⁽⁹⁸⁾ L'espressione è usata da PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca impr. soc.*, 2015, III, 357.

Per certi versi la coincidenza è utile a lumeggiare che, come per il santo che raggiunge le beatitudini con il martirio, volontariamente però, il creditore assoggettato a bail-in è un santo, anche se il suo martirio non costituisce una sua scelta, piuttosto la decisione coattiva del *Big Brother* ovvero dell'autorità di risoluzione.

5.5. Par condicio creditorum, bail-in e art. 3, Costituzione. — Il sistema descritto, da un punto di vista strettamente giuridico, suscita una serie di considerazioni ed analisi. In primo luogo la disparità di trattamento di cui all'art. 49, BRRD, è malamente compatibile con gli stessi principi costituzionali italiani. L'art. 3, Costituzione, sancisce un principio di eguaglianza, e tale principio sembra essere violato per effetto di una disparità di trattamento di titolari di crediti, *ergo* le condizioni sociali e personali di cui al comma 1, dell'articolo della Costituzione in parola⁽⁹⁹⁾. Una tale disparità non è basata su aspetti oggettivi, la causa, come nei privilegi, piuttosto sulla discrezione dell'autorità. Questa, con la propria decisione, nel "privilegiare" un credito nell'applicazione di uno degli strumenti di risoluzione piuttosto che un altro, potrebbe totalmente prescindere dalla causa del credito, dalla sua tipologia, e pertanto favorire l'uno piuttosto che l'altro creditore: la vera guida dell'autorità di risoluzione, ad ipotizzare che quanto meno non vi sia faziosità o favoritismo, è che "i numeri" tornino, la banca sia ricapitalizzata. Si potrebbe riassumere dicendo che il fine contabile giustifica i mezzi, potenzialmente illegali, che contrastano con i principi del diritto. È pur vero che una differenziazione dei creditori è possibile, e ciò accade nell'ordinamento italiano nell'ambito della disciplina dei privilegi. Tuttavia, ciò che sembra mancare totalmente nell'architettura della BRRD è un elemento oggettivo di differenziazione, che corrisponda ad una *ratio*. Si pensi ad esempio ad un mero rapporto di natura bancaria, come il conto corrente. Ove questo superi la soglia di 100.000 euro, il correntista diventerà protettore (quale riconoscimento simbolico e ad alleviare la pena, si dirà "santo protettore"), ove inferiore diventerà protetto. Il *discrimen* potrebbe diventare totalmente discrezionale, in quanto nemmeno previsto dal legislatore ma oggetto della decisione dell'Autorità di Risoluzione⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ Lo scenario non è nemmeno dei più irragionevoli. In Austria, vi è stata la sentenza della Corte Costituzionale del 3/28 luglio 2015, relativa alla controversia Hypo Alpe Adria Bank. I giudici dichiaravano la illegittimità costituzionale della HaasSenG. Questa è la legge che recepisce la BRRD in Austria. Una tale legge, in linea con il d.lgs. 180/2015, fa carico agli azionisti e agli obbligazionisti subordinati di subire gli effetti del salvataggio al fine del risanamento della banca. In questo caso, la Corte Costituzionale austriaca accolse la censura circa il fatto che vi era una disparità di trattamento tra creditori appartenenti all'unica classe di obbligazionisti subordinati, in ragione della scadenza dell'obbligazione, che di per sé è un dato meramente estrinseco, ma senza un vero e proprio profilo causale. Nello specifico gli obbligazioni con titoli in scadenza entro il 30 giugno 2019 erano chiamati al contributo per il finanziamento, *ergo* erano "assoggettabili" a ricapitalizzazione bancaria interna. Quelli con scadenza successiva al 30 giugno 2019 non erano "bail-inizzati". Cfr. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna*, in *Corr. giur.*, 2015, XII, 1489.

⁽¹⁰⁰⁾ Ciò sembra il caso della vicenda Banco Espírito Santo. In questo caso, la decisione di comprendere alcuni crediti e trasferirli alla *bridge bank* (e dunque salvarli) e quella di lasciare altri, di pari tipologia, è stato totalmente discrezionale. Cfr. ancora DE GIOIA CARABELLESE, (nt. 25).

A tal proposito sembra potersi affermare che anche una parte della dottrina internazionale ⁽¹⁰¹⁾ sembra aver colto le carenze della BRRD, anche sotto tale prospettiva ⁽¹⁰²⁾. Viene sottolineato che vi è un tendenziale allineamento, nella BRRD, fra regole concorsuali e protezione dei creditori, quest'ultima basata sul principio di *par condicio creditorum*. Tuttavia, questo allineamento è, a ben vedere, solo teorico. Formalmente, la regole sulla ricapitalizzazione bancaria interna sembrano adattarsi alle regole sulle preferenze dei crediti. In realtà, il sistema sembra essere completamente opposto. Nella concorsualità, e nella *par condicio creditorum* il principio è, con riferimento al credito, “alto ovvero basso” ⁽¹⁰³⁾, riflesso della regola gerarchica: credito di rango superiore, credito di rango inferiore. Per contro, nei principi e nella operatività della BRRD, molto *sui generis*, la logica sembra essere “o fuori o dentro” ⁽¹⁰⁴⁾, con riferimento al credito. Dunque, sembra esservi una deroga, la quale potrebbe divenire anche un permanente passaggio epocale, dalla rigorosa verticalità della *par condicio creditorum*, alla flessibile e “ballerina” orizzontalità del “metto qua e tolgo di là”, se questa ultima espressione colloquiale è consentita.

Il destino, fuori o dentro, per effetto del combino disposto delle norme della BRRD, è ovviamente demandato all’Autorità di Risoluzione, con una incerta presenza di un vero giudice, anche nella mera fase *ex post*. Epistemologicamente, dunque, risulta difficile cogliere appieno se, nel decidere la sorte del credito, l’Autorità presti realmente attenzione ai principi concorsuali e della *par condicio creditorum*, ovvero, come si ritiene per contro, segua esclusivamente le regole della BRRD ⁽¹⁰⁵⁾, in cui le esigenze pubbliche, di tutela della stabilità finanziaria, sembrano prevalere, e a dismisura, sui diritti dei privati ⁽¹⁰⁶⁾.

Nella impalcatura della BRRD, il valore della parità di trattamento tra

⁽¹⁰¹⁾ RAMOS MUÑOZ, (nt. 6), 22.

⁽¹⁰²⁾ Vi è anche chi esprime forme più caute di perplessità. Ad esempio, BINDER, *The Position of Creditors under the BRRD*, in *Commemorative Volume in Memory of Professor Dr. Leonidas Georgakopoulos, Bank of Greece, Centre for Culture, Research and Documentation*, 2016. Un giudizio sostanzialmente positivo del sistema è rinvenibile in ВОЙЦИК, *Bail-in in the Banking Union*, in *Common Markets Law Review*, 2016, LIII(1), 91-138.

⁽¹⁰³⁾ “Arriba o abajo”, nell’espressione spagnola della eccellente dottrina che ha usato una tale espressione. Cfr. RAMOS MUÑOZ, *ibid*.

⁽¹⁰⁴⁾ “Dentro o fuera”, nelle parole icastiche in spagnolo della medesima dottrina. Cfr. RAMOS MUÑOZ, *ibid*.

⁽¹⁰⁵⁾ Principi che, si enfatizza, non sono inclusi in disposizioni di rango costituzionale della EU, ma sono il frutto di uno scenario transeunte, quello eccezionale, delle crisi finanziarie anglo-americane del 2007/2008.

⁽¹⁰⁶⁾ Nella ossessiva foga di tale esigenza di protezione, la BRRD fa anche “papere” giuridiche, la quali possono disvelare la mancata adesione, in via sostanziale, alle regole del *pari passu*. Ad esempio, fra le passività esenti sono menzionati i depositanti fino a Euro 100.000. I depositanti sono creditori meramente chirografari. Da un lato, la esclusione altera la *par condicio* (per un valore superiore ma per la medesima causa gli altri depositanti possono essere azzerati). Dall’altro questa esclusione non è giustificata, stante il fatto che il fondo di tutela dei depositanti coprirebbe comunque tali creditori (infra euro 100.000). In altre parole, il terzo, nascente pilastro dell’Unione Bancaria Europea dovrebbe essere così forte che tutti i depositanti, nell’interesse del salvataggio della banca, dovrebbero essere potenzialmente assoggettati ad annullamento, in quanto comunque il fondo li tutelerebbe. Per contro, la BRRD sembra offrire una doppia, inutile, protezione, la quale comunque civilisticamente sembra malamente alterare gli ordini di priorità.

creditori non solo è recessivo rispetto a quello, verosimilmente, della stabilità finanziaria ⁽¹⁰⁷⁾, ma è finanche ignorato. Sebbene vi sia chi ritiene che la stabilità finanziaria sia un valore preponderante da ritenersi prevalente sulla *par condicio creditorum* ⁽¹⁰⁸⁾, si riaffermano in questa sede le perplessità della dottrina, ma anche le remore di natura concettuale: all'interno della BRRD non è chiaro nemmeno quale sia il valore tutelato, in quanto si è già visto in altra sede di questo lavoro che una soluzione definitiva è difficile da fornirsi. Vi sono forti perplessità di natura sistematica all'interno della BRRD, essendo il regime delle eccezioni introdotto con modalità atecniche le quali, a differenza dei privilegi, prescindono dalla causa del credito.

6. *Par condicio creditorum e articolati sovranazionali: Banca Mondiale e Uncitral (cenni)*. — È evidente dalla discussione fino ad ora effettuata che, fra i principi civilistici di carattere generale, la *par condicio creditorum* è quello che interferisce maggiormente con le regole della BRRD in parola. Il concetto di *par condicio creditorum*, già esistente tanto nell'ordinamento civilistico ⁽¹⁰⁹⁾ che quello concorsuale del 1942, viene confermato anche nella ultima legge sull'insolvenza italiana. In realtà, il principio in parola non è semplicemente nazionale, in quanto un grado di concettualizzazione e teorizzazione del medesimo esiste anche, e non da tempi recenti, negli articolati internazionali. Nel diritto concorsuale, ⁽¹¹⁰⁾ sia le Nazioni Unite che la Banca Mondiale hanno teorizzato in modo convincente, seppur con modalità e forme differenti, un dogma giuridico dei diritti dei creditori e, indirettamente, di *par condicio creditorum*.

6.1. *Banca Mondiale e principi per una insolvenza efficace*. — Gli sforzi della Banca Mondiale si sono soprattutto concentrati sui Principi emanati nel 2016 per un sistema di protezione efficace dei creditori nel caso di procedure concorsuali ⁽¹¹¹⁾. I principi, fra gli altri aspetti, fanno riferimento al *credit environment*, al contesto del credito, ed enfatizzano che un sistema regolarizzato del credito dovrebbe essere supportato da meccanismi che prevedano efficienti, trasparenti, e affidabili metodi di recupero del credito, inclusi la misura e la

⁽¹⁰⁷⁾ Ammettendo che la stabilità finanziaria sia il vero valore e l'obiettivo della BRRD. All'inizio di questo lavoro (Paragrafo 2), si è messo in luce che gli obiettivi della BRRD non sono totalmente chiari e, per certi versi, in contraddizione fra di loro.

⁽¹⁰⁸⁾ Autorevolmente, STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 2014, LXXV, in *Dal Testo Unico Bancario all'Unione Europea*, 176.

⁽¹⁰⁹⁾ Questo è inferibile dall'art. 2741, comma 1, del codice civile, dunque i creditori hanno uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione. Viene rimarcato (*ex plurimis*, BIANCA, (nt. 65)) che nella presente norma "si esprime il generale principio di pari trattamento dei creditori [...], ossia il principio secondo il quale i creditori hanno eguale diritto di garanzia sui beni del debitore a prescindere dalla causa e dalla anteriorità del credito." Si continua affermando che tale principio di pari trattamento "è espressione del principio di uguaglianza e come tale esso conserva la sua validità e generalità."

⁽¹¹⁰⁾ RAMOS MUÑOZ, (nt. 6), 5.

⁽¹¹¹⁾ THE WORLD BANK, *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, New York, 2016.

vendita di beni mobili e immobili e la vendita o il recupero di attivi immateriali, quali ad esempio un debito dovuto al debitore da parti terze ⁽¹¹²⁾. I Principi del 2016 fanno anche riferimento agli *enforcement systems*, ai sistemi di recupero. In tal senso è sottolineato che una economia moderna, basata sul credito, richiede sistemi di attivazione dello che siano prevedibili, trasparenti e economici, ciò in relazione tanto ai crediti privilegiati che quelli non privilegiati. I sistemi di attivazione del credito dovrebbero mantenere tali caratteristiche tanto all'interno delle procedure di *insolvenza*, quanto al di fuori delle stesse. ⁽¹¹³⁾ Anche nello scenario dell'economia più moderna ove le transazioni commerciali sono diventate estremamente complesse, i diritti fondamentali che governano tali relazioni e le procedure per attivare tali diritti non sono cambiati particolarmente ⁽¹¹⁴⁾.

Ancor di più e prima dell'articolato del 2016, la Banca Mondiale aveva emanato principi e linee guida sui sistemi di fallimento efficiente e diritti dei creditori. ⁽¹¹⁵⁾ In questo articolato, il Principio 12 fa riferimento, indirettamente, alla *par condicio creditorum*. In particolare si afferma che, sebbene l'approccio all'insolvenza vari, a seconda delle giurisdizioni, "i sistemi di insolvenza dovrebbero mirare a [...] fornire un equo trattamento di creditori che siano nelle medesime situazioni, inclusi i creditori — domestici o stranieri — i quali siano in medesime condizioni" ⁽¹¹⁶⁾. Un ulteriore alinea del medesimo principio prescrive che i sistemi di insolvenza dovrebbero mirare "a riconoscere i diritti esistenti dei creditori e rispettare le priorità dei crediti con una procedure definita e prevedibile".

L'articolato della Banca Mondiale fa riferimento all'insolvenza; si aggiunga che questa è l'insolvenza delle due tipologie, bilancistica e finanziaria. Si può ritenere che gli strumenti di risoluzione non dovrebbero sfuggire all'ambito di applicazione dei principi della Banca Mondiale. Gli strumenti di risoluzione, avendo quale presupposto principalmente, ma non esclusivamente, l'insolvenza, dovrebbe rispettare gli ordini di priorità. In tal senso, sebbene una censura non sia stata ancora mai sollevata, si può comunque affermare, anche al tener conto della casistica del primo lustro di applicazione della BRRD, che l'impianto della BRRD non appare convincente in relazione a tale articolato. Si è visto che, sebbene gli ordini di priorità non vengono derogati, comunque l'autorità amministrativa, *ergo* l'AdR, gode di una forte potere discrezionale nel decidere se assoggettare a soluzione della crisi una passività, ovvero mantenerla in vita. Tali decisioni vengono adottate senza un controllo del giudice, essendovi una tutela amministrativa solo *ex post*, e non *ex ante*. È anche da notarsi che questa tutela amministrativa lascia anche spazio ad arbitraggi normativi, dovuti alla diversità dei sistemi giuridici che vi sono nei diversi Paesi. In Italia, ad esempio, ove vi è una consolidata tradizione di diritto amministrativo e tutela amministrativa, tale

⁽¹¹²⁾ THE WORLD BANK, (nt. 111), 5.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁵⁾ The World Bank, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, April 2001.

⁽¹¹⁶⁾ Traduzione dall'inglese nostra. The World Bank, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, April 2001, p. 4.

tutela, seppur ex post, appare più forte di Paesi come quelli di *common law*, ove un diritto amministrativo, *de facto* manca. In questi ultimi ordinamenti la tutela sarebbe esclusivamente fatta valere vis-a-vis un giudice ordinario. La stessa tutela, dunque, sarebbe obbligatoria e non reale.

6.2. *Nazioni Unite e modello UNCITRAL su insolvenza transfrontaliera*. — Le Nazioni Unite, da par loro, hanno anche contribuito, con propri articolati, ad articolati transnazionali di tutela dei creditori. La UNCITRAL contribuì a questo dibattito nel 1997, con la legge tipo sulla insolvenza transfrontaliera, ossia il *Model Law on Cross-Border Insolvency* ⁽¹¹⁷⁾.

La stessa organizzazione, poi, di seguito, emanò:

— nel 2009, le linee pratiche nella cooperazione della insolvenza transfrontaliera ⁽¹¹⁸⁾;

— nel 2014, le linee-guida ⁽¹¹⁹⁾, nelle quali fra l'altro, si enfatizza, all'art. 22, che le corti, nel decidere sui possibili ordini in procedure concorsuali, devono tenere in considerazione gli interessi dei creditori e delle altre persone interessate ⁽¹²⁰⁾.

Se anche si ritiene che la BRRD soddisfi i principi dell'UNCITRAL da un punto di vista formale, il che è tutt'altro che dimostrato, il vero tema è se, da un punto di vista pratico, alla luce della diverse disapplicazioni della BRRD ovvero applicazioni *sui generis*, lo sia anche da un punto di vista sostanziale.

Più in generale, tali articolati internazionali dimostrano che vi sono disposizioni internazionali che trattano sufficientemente il concetto di tutela dei creditori. Con riguardo a tale categoria, il principio di *par condicio creditorum* ha un riconoscimento in articolati internazionali, sicché l'operare della UE non ha da assumersi come totalmente discrezionale, in quanto da un lato limitato dalle disposizioni di natura costituzionale eventualmente esistenti nei Paesi Mem-

⁽¹¹⁷⁾ United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, New York, 1997.

⁽¹¹⁸⁾ UNCITRAL, *UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, New York, 2010.

⁽¹¹⁹⁾ UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*, New York, 2014.

⁽¹²⁰⁾ In dottrina, sull'articolato in generale, cfr. MOHAN, *Cross-border Insolvency Problems: is the Uncitral Model Law the Answer*, in *International Insolvency Law*, 2012, XXI, 199; BAER, *Towards an International Insolvency Convention: Issues, Options and Feasibility Considerations*, in *Business Law International*, 2016, XVII; BAER, *Legislating Across Borders*, in *International Financial Law Review Supp (Insolvency and Corporate Reorganisation Report)*, 2016, XXX(54), 10 s.; BAER, *Insolvency Section supports UNCITRAL's Group Proceedings, Directors' Duties and Judgment Enforcement Initiatives*, in *Insolvency & Restructuring International*, 2015, 39-41; BAER, *Report to the International Bar Association re: UNCITRAL Insolvency Deliberations: UNCITRAL Commission 47th session (July 2014) and UNCITRAL Working Group V (Insolvency Law) 45th session (2014)Apr Insolvency & Restructuring International*, 55-57; BAER, *UNCITRAL Working Group Approves Insolvency Convention Study' (2014)Apr Insolvency & Restructuring International*, 42-43; BAER, *Report to the IBA: United Nations General Assembly High Level Meeting on the Rule of Law at the National and International Level (2013)Apr Insolvency & Restructuring International*, 35-36; BAER, *Insolvency Legislation Subcommittee on UNCITRAL: Working Group V (2012)Sep Insolvency & Restructuring International* 45.

bri ⁽¹²¹⁾, dall'altro dal dovere, meramente morale in quanto trattasi di disposizioni non vincolanti, di conformarsi a principi che organizzazioni internazionali quali la Banca Mondiale e UNCITRAL vanno vieppiù emanando.

Anche in questo caso, in relazione ad articolati internazionali, non sembra che la BRRD sia immune da possibili censure. Mancano prove convincenti che gli interessi dei creditori siano adeguatamente tutelati, tanto nella BRRD quanto nelle corrispondenti norme di tipo domestico. Una tradizione giuridica millenaria, che ha nel rapporto fra creditore e debitore un suo pilastro, e la tutela del credito quale elemento fondante della certezza del diritto, viene sacrificata sull'altare di valori, non troppo chiari per vero, inglobati nella BRR. Tuttavia questi valori appaiono transeunti, apparsi *ex abrupto* nel 2008, allorquando cattivi banchieri avevano ridotto in macerie le proprie banche, ma senza che vi fosse una contezza di una fine della banca. Quella esperienza, di carattere eccezionale, dà adito al legislatore europeo, e a quello degli altri Paesi del G20, che tali principi, emersi nel 2008, debbano essere fortemente pregiudicati quelli su cui si fondano i più importanti sistemi giuridici mondiali.

7. *Conclusioni.* — Il *dictum* del Consiglio di Stato, esaminato nel presente contributo, ha offerto una utile occasione per rimettere in discussione, da una diversa angolatura, i principi e le norme della famigerata BRRD. Una tale diversa prospettiva, di natura costituzionale, si è venuta ad intersecare, per una sorta di magia narrativa, con un principio cardine del diritto civile, la *par condicio creditorum*. Al di là delle possibili incoerenze tecnico-legali della sentenza del massimo organo giudicante amministrativo, gli spunti di riflessione appaiono molteplici. L'acquiescenza che l'Italia fa ai dirompenti congegni della BRRD è, dopo un lustro, criticabile. Il tenore dell'art. 47, comma 1, Cost., il quale comunque si è dovuto adattare a cambiamenti epocali ⁽¹²²⁾, meriterebbe urgentemente una asseverazione da parte dei giudici costituzionali, stante anche la non univocità delle interpretazioni dottrinali in merito al perimetro ma soprattutto alla profondità del precetto costituzionale ⁽¹²³⁾. Un auspicio *decisum* della Corte delle leggi sarebbe utile anche al fine di meglio indirizzare i politici italiani. Sembra di potersi dire che questi ultimi, nella fase prodromica alla BRRD (*ergo* la sua stesura), abbiano fatto alquanto acquiescenza alla volontà del legislatore europeo. Per contro, un'aggiornata interpretazione, genuina, dell'art. 47, comma 1, Costituzione, anche in relazione ai fini della BRRD, per vero molto vaghi e

⁽¹²¹⁾ Queste sono state lumeggiate ai Paragrafi sopra di cui al presente lavoro.

⁽¹²²⁾ Si pensi all'introduzione dell'Euro ma anche alla stessa evoluzione della banca, da entità pubblica (quella esistente ai tempi della redazione della Costituzione), a ente privato, ma anche al concetto stesso di moneta e di ciò che rappresenta un valore sicuro, tutelabile al più alto livello giuridico. Sul concetto di "bene sicuro" o *safe asset*, si rimanda alla letteratura anglo-americana, GELPEN, GERDING, *Rethinking the Law in "Safe Assets"*, in BUCKLEY, AVGOULEAS, ARNER, *Reconceptualising Global Finance and its Regulation*, Cambridge, Cup, 2016, 159.

⁽¹²³⁾ Ancora, perimetro (il risparmio della banca versus il risparmio dell'intera industria finanziaria) e la profondità (art. 47, comma 1, quale valore fondante della Costituzione versus art. 47, comma 1, quale precetto costituzionale che si deve adattare al valore, divenuto negli ultimi anni dirompente, della stabilità del sistema finanziario).

tuttora mai del tutto chiariti, potrebbe essere una opportunità. Una tale opportunità è stata negata, forse troppo frettolosamente, dal Consiglio di Stato, nella recente sentenza che si commenta. Peraltro, grazie al riferimento all'esperienza costituzionale di altri Paesi di *civil law*, di cui al presente contributo, un auspicato *decisum* della Corte Costituzionale in merito all'art. 47, comma 1, Costituzione, potrebbe fare emergere una sua interpretazione meno rigorosa quale norma di tutela generale del consumatore, *lato sensu* ⁽¹²⁴⁾. Per contro, viene riconosciuto non senza amarezza ⁽¹²⁵⁾ che un Paese di *common law* come la Gran Bretagna, privo di Costituzione e di Corte costituzionale, in questa materia sembra offrire poco aiuto, non solo perché si tratta di un Paese che lascia l'Unione Europea. Infatti, il difficile percorso Brexit in cui i politici e costituzionalisti britannici sono stati intrappolati per loro stessa sponda sembra confermare un tale assunto.

Il presente scritto, forse in modo inaspettato, ha lumeggiato che la Costituzione italiana chiede urgente domanda di giustizia anche in merito al suo art. 3. Un principio fondante del diritto privato, la *par condicio creditorum*, richiede alquanto urgentemente un sua adeguata valutazione da parte del Giudice delle leggi, per come lo stesso sia completamente ignorato dalla BRRD. In proposito, si è visto come il *pari passu*, di *common law* — che forse può aver influenzato il frettoloso (tecnicamente) e terrorizzato (psicologicamente) legislatore europeo che ha congegnato la BRRD nell'atmosfera di paura globale susseguente alla crisi finanziaria del 2007/2008 — sia una forma annacquata di tutela dei creditori, meramente bilancistica, piuttosto che giuridica. La BRRD ha incorporato un mero barlume di *par condicio creditorum* (quella di *common law*), ben lontana da quella che è il frutto della tradizione delle scuole giuridiche più antiche al mondo, quelle italiane appunto ⁽¹²⁶⁾. Nella sentenza del Consiglio di Stato del

⁽¹²⁴⁾ Come appunto avviene in base all'art. 51 della Costituzione spagnola.

⁽¹²⁵⁾ Chi scrive è britannico e accademico e legale britannico.

⁽¹²⁶⁾ Nella dottrina italiana, tra quelli che meglio sembrano essersi distinti nel sollevare gli aspetti problematici della BRRD si segnalano: LENER, (nt. 13), 13 ss.; LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Banca borsa titoli credito*, 2016, III, 287; INZITARI, *Bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Contratto e Impresa*, 2016, III, 689; INZITARI, *Il nuovo ordinamento della banca secondo la Bank Recovery and Resolution Directive*, in *Questione Giustizia*, 2017, III, 304; INZITARI, *La risoluzione e la condivisione concorsuale delle perdite*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di JORIO, SASSANI, vol. V, Milano, Giuffrè, 2015, 1207; DE GIOIA CARABELLESE, (nt. 25). Per tutte le problematiche costituzionali, cfr. COSTI, (nt. 13), 393. In inglese, DE GIOIA CARABELLESE, ZHANG, *Bail-in Tool and Bank Insolvency: Theoretical and Empirical Discourses around a New Legal (or Illegal) Concept*, in *European Business Law Review*, 2019, 487. In spagnolo, RAMOS MUÑOZ, (nt. 6), 1. Per gli aspetti societari, il "deficit" della BRRD viene messo a nudo da SANDEI, (nt. 81), 880. Anche da punto di vista linguistico, la ricapitalizzazione bancaria interna non ha mancato di attirare critiche. Autorevolmente e correttamente è stata sottolineata la pigrizia del legislatore italiano nel non tradurre il *bail-in* nell'idioma di Dante. Cfr. PORTALE, *Dalla "Pietra del vituperio" al bail-in*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2017, I, 21. Cfr. anche sul punto DI BRINA, *Risoluzione delle banche e bail-in, alla luce dei principi della Carta Fondamentale dell'UE e della Costituzione nazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2013, IV, 2015. È corretto affermare che in inglese il verbo "to bail" deriva dal latino *baiulare*, mercé il francese *bailler*, il quale vuole dire custodire. Di qui nel diritto inglese l'uso del termine *on bail*, nel diritto penale, in relazione al soggetto rilasciato dietro cauzione, o più semplicemente "to be bailed out", rilasciato su cauzione. L'espressione ha assunto poi un significato di salvataggio. Come il prigioniero che viene salvato dall'esterno da parte di chi gli versa la cauzione, così dal punto di vista finanziario un soggetto

2019, i giudici italiani sembrano aver dimenticato tanto le norme quanto, forse (ironicamente), la storia. Paradossalmente, i giudici delle leggi di altri Paesi, come ad esempio il Portogallo, in particolare quelli in cui il principio di tutela del risparmio è sancito costituzionalmente, potrebbero risultare più attivi di quelli italiani e far richiamare l'attenzione dell'Europa sul quadro normativo del secondo pilastro. Quest'ultimo, sacrosanto nella sua *ratio essendi*, si è dispiegato fino ad ora secondo disposizioni che sollevano diverse tematiche, finanche quelle costituzionali e di principi fondanti dell'ordinamento giuridico civilistico.

Il venire meno della certezza del credito, in relazione all'affievolimento costituzionale di cui all'art. 3, non solo mette a rischio un fondamento del diritto, ma anche la *ratio essendi* della banca, quale creditore per antonomasia. A sua volta ciò potrebbe consentire ad altri settori, totalmente opachi, e dunque privi di regolamentazione, di emergere; forse, nel mentre si scrive, un tale fenomeno è già *in fieri*. Dallo *shadow banking* ⁽¹²⁷⁾, il quale di fatto non esiste più, alla *shadow finance* ⁽¹²⁸⁾, la finanza opaca, vi sono mercati che, senza regole, creano soldi e moneta. Mentre quindi si "evira" la banca, privandola del suo strumento tradizione, il credito, in quanto pericoloso, altri settori vengono dimenticati, ove le bolle speculative vengono create ⁽¹²⁹⁾, forse in misura ancora maggiore e con disinvoltura maggiore rispetto a quanto avessero già fatto le banche negli anni 2000.

Più in generale, la battaglia del bail-in o della BRRD, se si preferisce, potrebbe volgere ad una nuova inaspettata dimensione: una "guerra" fra due contrapposte scuole giuridiche. Quella attualmente recessiva evidenzia una serie di deficit a vario livello della BRRD e dei suoi meccanismi fondamentali ⁽¹³⁰⁾. Si aggiunga qui il rischio che la BRRD incorpori componenti tecnologiche e

come una banca può essere salvato finanziariamente. È interessante aggiungere che, nel 2007, allorché scoppiarono le crisi finanziarie ed i primi casi di salvataggio, esterno, con capitalizzazioni sottoscritte dai governi (infaustamente il Tesoro britannico), si materializzarono, il termine *bail-out* aveva soltanto un uso giornalistico, quanto meno in Gran Bretagna. Fino ad allora si erano sempre utilizzati, soprattutto nella trattatistica in tema di insolvenza, più rigorosi termini quali *rescue* e *corporate rescue*. Appare arduo spiegare, da una prospettiva di *British English* (di inglese parlato e scritto in Gran Bretagna), come un verbo di tipo così colloquiale nella lingua di Robert Burns sia finanche divenuto, a mezzo media forse, un concetto giuridico, insieme all'opposto *bail-in*, quest'ultimo addirittura un neologismo. Si rimette la materia ad un raffinato linguista, non potendosi, da modesto giurista, andare oltre le brevi riflessioni di questa nota a piè di pagina.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. in inglese DE GIOIA CARABELLESE, *Securitisations*, in H-Y CHIU, MACNEIL, *Research Handbook on Shadow Banking: Legal and Regulatory Aspects. Edward Elgar's Series*, Cheltenham and Northampton, Edward Elgar, 2018, 117; in italiano, DE GIOIA CARABELLESE, *Le cartolarizzazioni fra attività bancaria opaca e nuovo Regolamento EU*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, 339 e, più recentemente, DE GIOIA CARABELLESE, *Cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate. Dallo shadow banking al techno banking*, Bari, Cacucci, 2020.

⁽¹²⁸⁾ DE GIOIA CARABELLESE, (nt. 4).

⁽¹²⁹⁾ In proposito appare opportuno il riferimento a lavori fondamentali quali quelli di GERDING, *Law, Bubbles, and Financial Regulation*, Londra, New York, Routledge, 2015.

⁽¹³⁰⁾ Vi sono già proposte della dottrina volte a riformare la BRRD. Cfr. VENTORUZZO, SANDRELLI, *O Tell me the Truth about Bail-in: Theory and Practice*, Law Working Paper No 442/2019, ECGI. Sulla possibile contrattualizzazione della ricapitalizzazione bancaria interna, con esclusione in toto del potere di conversione/annullamento, cfr. DE GIOIA CARABELLESE, (nt. 4). In chiave critica in merito alla BRRD e alla ricapitalizzazione bancaria interna, cfr. DE GIOIA CARABELLESE, (nt. 25); DE GIOIA CARABELLESE, ZHANG, (nt. 120), 487; DE GIOIA CARABELLESE, *Insolvençia y Instrumentos de Resolución Bancaria*, (nt. 5), 143-160 *passim*.

algoritmiche, basate su di un veloce meccanicismo, di forte divergenza dalla tradizione giuridica (privatistica e non) dei principali Stati Membri, peraltro in un contesto in cui il ruolo del giudice è poco presente. Per di più, una invisibile, in quanto totalmente nuova, autorità parrebbe essere il silente, inattaccabile e imperscrutabile architetto. Le sconfitte che una tale “fazione” ha registrato fino ad ora, nel primo lustro di applicazione della disciplina Unionale, non dovrebbero far desistere da quella che si spera non da quella che si spera non diventi la nuova Guerra dei Trenta Anni ⁽¹³¹⁾. Se il diritto vigente permane come “regolato” e regolato dalla BRRD, è probabile che il giurista, se ancora si potrà definire tale, debba capacitarsi del fatto che vi è un nuovo modo di fare norme, forse affascinante per alcuni, certo rischioso per altri. Dove sia la *rule of law* in tale possibile prospettiva è ancora da cogliere appieno, o comunque sembra una *rule of law* differente da quella convenzionalmente insegnata e tramandata. Si spera che chi fa rispettare la legge intervenga: dunque, cercansi disperatamente giudici, anzi cercansi disperatamente giudici costituzionali in tema di BRRD, tanto italiani ⁽¹³²⁾ che europei ⁽¹³³⁾, e forse anche, ma questo tema è al di fuori del perimetro del presente contributo, un giudice amministrativo più incisivo, europeo, che possa meglio scrutinare l’*agere* delle Autorità, *in primis* quella Risoluzione, ed in generale di tutte quelle che si vanno moltiplicando nell’ambito unionale.

PIERRE DE GIOIA CARABELLESE

Abstract

A brief *dictum* of the Consiglio di Stato (the highest Italian administrative judicial body), where in a nearly incidental way the issue of constitutional consistency of the BRRD and the bail-in tool in connection with art. 47, Constitution, was raised and eventually rejected, represents an opportunity for a broader analysis, concerned with the interaction between the new discipline of the bank crises and the Italian constitutional principles. The paper highlights and, hopefully, demonstrates that the legislative framework of the BRRD, and the correspondent Italian body of law of implementation, is far from being regarded as exempt from criticism. Not only art. 47, Italian Constitution, but also the other

⁽¹³¹⁾ Come in quella, sembra vi sia una forte polarizzazione fra due posizioni contrapposte, in questo caso, filosofico-giuridico, in quell’altro politico-religioso.

⁽¹³²⁾ La Corte Costituzionale in merito agli artt. 47 e 3. Quanto all’art. 47, comma 1, sembra necessaria una aggiornata interpretazione “originale” di cosa, nel secolo XXI, costituisca il risparmio tutelato costituzionalmente: ciò reso necessario dal fatto che, *repetita iuvant*, le posizioni dottrinali sono bensì solo due, ma totalmente contrapposte. L’art. 3, Costituzione, fino ad ora un tema sopito, potrebbe tornare in auge con l’uscita dall’Unione Europea di un Paese come la Gran Bretagna, al cui interno vi sono tre ordinamenti di *common law*. Il maggior peso dei sistemi di *civil law*, che verosimilmente si verificherà, potrebbe portare il tema in auge.

⁽¹³³⁾ I cinque, teoretici obiettivi della BRRD andrebbero posti sotto uno scrutinio dei giudici di Lussemburgo, anche alla luce del fatto che lo scenario economico e sociale dal quale è scaturita la BRRD è cambiato totalmente. Quale sia realmente la *ratio essendi* della BRRD (evitare l’uso di denari pubblici versus garantire la stabilità finanziaria) è non solo una elaborazione teorica, ma anche un esercizio utile a chiarire quando l’ente creditizio vada sottoposto a risoluzione ovvero quando lo stesso debba essere liquidato.

quintessential principles of the Italian legal system, among which the *par condicio creditorum*, may have not been properly shaped by the BRRD. In connection with the latter matter, the contribution highlights potential inconsistencies with art. 3, Constitution, in connection with the *par condicio*, but also, from a civil law perspective, the possible omission in which the European legislature may have occurred. Briefly, the *pari passu* principle introduced by the BRRD may be a mere accounting principle, but not a juridical one. The former, a vague resemblance of the well established *par condicio creditorum*, is far from fulfilling a perspicuous and efficient system of protection of creditor. The comparison between the Italian law (analysed via the lenses of a civil law system such as the Spanish one) and the common law system par excellence, the English one, represent a further conceptual-legal background of the banking law theme under discussion. From Ferrara and its derelict “Bassa” or savings bank, to the discipline of the resolutions, it looks like that these is a Pandora’s box that may unfold in the future. The box may potentially bring unexpected gifts, such as the essence and the legal consistency of this discipline, the bail-in and the other three resolution tools, with constitutional values. In an area, the BRRD, which is becoming more and more a “mechanic” and technocratic regulation, it looks like that there is an increasing and noisy request of law, of justice and, needless to say, of judge. This would ultimately guarantee the consistency of the rule of law.