

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio, Andrea Patroni Griffi

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione, Annamaria Dentamaro, Attilio Altieri, Giulia Lasalvia

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Sara Scovotto

SULLA INSINDACABILITÀ DELLA VALUTAZIONE DELL'ESPERTO
INDIPENDENTE NELLA RISOLUZIONE DELLA CRISI BANCARIA.

1. Considerazioni introduttive. 2. La valutazione dell'esperto indipendente. A) La valutazione ex ante definitiva. 3. Le limitazioni al sindacato del giudice previste nella disciplina della risoluzione. 4. Le pronunce del tar lazio e del Consiglio di stato. 5. Il rapporto tra discrezionalità tecnica dell'autorità di risoluzione e sindacato del giudice amministrativo. 6. Le perplessità circa la legittimità costituzionale dell'art. 95 del d.lgs. 180/2015. 7. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive.

Nel corso degli ultimi anni l'assetto del mercato bancario italiano è stato minacciato da varie vicende di crisi, in senso lato, di intermediari creditizi. A tali vicende, si è reagito con atti normativi ad hoc aventi come principale obiettivo quello della stabilità patrimoniale delle banche¹. Nello stesso tempo, la spinta normativa proveniente

¹ Obiettivo perseguito principalmente tramite la creazione di good-bank ripulite dai crediti deteriorati e dai debiti insostenibili da collocare tempestivamente sul mercato. BOGGIO, *Bail-in all'italiana: la good bank risponde dei danni causati agli azionisti "azzerati"*, in *Banca, borsa tit. cred.* 2018, 5, 592.

dall'Unione Europea² ha sollecitato l'adozione di criteri di gestione della crisi bancaria fondati sul meccanismo del c.d. bail-in³.

² A partire dalla Direttiva 2014/59/UE (c.d. Bank Recovery and Resolution Directive), recepita nel nostro ordinamento attraverso i due decreti legislativi n. 180 e n. 181 del 2015; lo strumento del bail-in, invece, è entrato in vigore in Italia a partire dal 1° gennaio 2016, così come disposto dalla Legge di delegazione europea del 9 luglio 2015, n. 114, all'art. 8, comma 1, lett. b, dove si legge: «lo strumento del *bail-in* di cui alla sezione 5 del capo IV del titolo IV della Direttiva si applichi a partire dal 1° gennaio 2016, valutando inoltre l'opportunità di stabilire modalità applicative del *bail-in* coerenti con la forma societaria cooperativa». Cfr. SABATINI, *Audizione del Direttore Generale dell'ABI presso la VI Commissione (Finanza e Tesoro) del Senato del 27 ottobre 2015*, p. 6, disponibile su www.senato.it. In merito sono emblematiche le dichiarazioni del Governatore della Banca d'Italia, VISCO, *Intervento del 30 gennaio 2016 al 22° congresso ASSIOM*, disponibile su www.bancaditalia.it, durante il quale afferma che sarebbe stato desiderabile «un passaggio graduale e meno traumatico» verso la nuova disciplina, in modo da consentire «ai risparmiatori di acquisire piena consapevolezza del nuovo regime e di orientare le loro scelte di investimento in base al mutato scenario». Considerazioni simili in merito al recepimento della Direttiva BRRD, meritevoli di segnalazione, sono quelle effettuate da VEGAS, *Audizione del Presidente CONSOB del 19 gennaio 2017 presso le Commissioni riunite (Finanze e Tesoro) del Senato VI (Finanze) della Camera dei Deputati "Audizioni sulla maniera della tutela del risparmio nel settore creditizio"*, disponibile su www.consob.it, il quale richiama l'impegno della Consob, sull'obiettivo di fare chiarezza circa gli impatti della nuova disciplina sugli interessi degli investitori. Infatti, l'implicazione del creditore della banca in crisi nelle operazioni di salvataggio può esporre il medesimo a rischi che non aveva valutato in sede di sottoscrizione degli strumenti finanziari. Già nel corso di un'audizione presso la medesima Commissione parlamentare in sede di recepimento della Direttiva BRRD, la Consob aveva evidenziato i rischi che potevano derivare dalla scelta di far prevalere il principio della stabilità a scapito della trasparenza nei confronti degli investitori nel rendere lo strumento del bail-in retroattivo. Il Parlamento aveva fatto propria questa necessità di rivedere il giusto equilibrio tra stabilità e trasparenza, invitando il Governo a rivedere l'impostazione dei decreti legislativi di recepimento.

³ Lo strumento del bail-in (letteralmente: salvataggio interno) è entrato in vigore nel nostro ordinamento il 1° gennaio del 2016. Esso riflette il principio fondamentale sotteso alla nuova disciplina in materia di gestione delle crisi, secondo il quale il costo della crisi deve essere sopportato non solo da azionisti e creditori subordinati, ma anche da tutti i creditori nel rispetto della gerarchia concorsuale, con la sola eccezione di quei creditori che abbiano un deposito di ammontare non superiore a 100.000 euro. Tali depositi sono definiti garantiti, in quanto sono rimborsati dai Fondi di Garanzia dei depositi in base alla Direttiva 2014/49/UE. Per quanto concerne le passività escluse dal bail-in e la gradazione da seguire si confrontino rispettivamente l'art. 49 e 52 del d.lgs. n. 180/2015. In sostanza, nel caso di risoluzione della banca mediante l'applicazione del bail-in, il salvataggio della medesima verrà effettuato prelevando risorse interne, secondo un preciso ordine di priorità: in primo luogo (art. 52 d.lgs. 180/2015) dagli azionisti (coloro che hanno investito nel capitale di rischio, anche se non computati nel capitale regolamentare) e dai portatori di altri strumenti finanziari computabili nel capitale primario di classe I, mediante la riduzione delle riserve e del capitale; in secondo luogo, qualora la riduzione degli strumenti citati non riuscisse ad assorbire le perdite, si passa a ridurre le pretese dei detentori di altri strumenti finanziari ricondotti al capitale; in seguito, in caso di insufficienza di queste misure, si riducono gradualmente le pretese dei creditori subordinati, dei creditori chirografari ed infine dei correntisti con depositi superiori ai 100.000 euro. Per quanto riguarda i depositanti: i primi a coprire le perdite sono i soggetti con depositi bancari superiori ai 100.000 euro e in ogni caso il concorso di questi avviene dopo gli altri crediti chirografari; successivamente rispondono i depositi delle persone fisiche, microimprese, piccole-medio imprese superiori a 100.000 euro. Nel caso in cui ciò non risulti ancora sufficiente, possono inoltre essere chiamati ad assorbire le perdite i depositi protetti fino a 100.000 euro, con la partecipazione dei sistemi di garanzia dei depositi. Questi sistemi sono chiamati a rispondere delle perdite, al posto dei depositanti, fino all'ammontare massimo a cui sarebbero eventualmente esposti in caso di liquidazione della banca, si è parlato in tal caso di *bail-in* virtuale. Sullo strumento del bail-in cfr. amplius BOCCUZZI, *La crisi della banca e del gruppo bancario. Quadro normativo di sintesi*, in JORIO – SASSANI (cura

Tuttavia, le concrete scelte di gestione della crisi, adottate nel nostro sistema, hanno sollevato numerosi e complessi problemi, tra i quali emerge soprattutto quello relativo ad adeguate forme di tutela dei risparmiatori-investitori.

Pur volendo condividere la ratio ispiratrice dell'introduzione di un meccanismo di internalizzazione dei costi e di responsabilizzazione del sistema bancario non può sottacersi come tale decisione sia stata imposta ex lege, senza alcuna gradualità⁴, minimizzando i suoi riflessi negativi.

Il deficit di tutela dei risparmiatori-investitori, finanziariamente coinvolti nel "salvataggio", si esprime non solo in relazione al quomodo e, dunque, agli strumenti di tutela di cui sono dotati, bensì pure in relazione al quantum e, dunque, all'effettività di tutela giurisdizionale loro garantita.

In relazione al primo profilo, sono sorti numerosi dubbi da parte dei risparmiatori se possano essere considerati consumatori ed invocare la tutela del Codice del Consumo e se le azioni collettive si possano promuovere in alternativa o ad adiuvandum a quelle individuali⁵.

di), *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2017, V, 917; LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Banca, borsa tit. cred.* 2016, I, p. 289; INZITARI, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (D.lgs. 180/2015)*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria. Dopo le riforme del 2015 e 2016*, AMBROSINI (diretta da), 2017, 1014 ss.; DOLMETTA, *Le tutele mancanti. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.* 2016; LENER, *Bail-in: una questione di regole di condotta? Scritto per il convegno «salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 9, 2016; GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unica*, in *Banca borsa tit. cred.* 2015, I, 587 ss; DONATI, *Il bail-in bancario: spunti per il nuovo diritto societario della crisi*, relazione al VII convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del diritto commerciale, Roma 26-27 febbraio 2016, 7ss.

⁴ Si è di fatto realizzato un c.d. shock normativo, dal momento che le istituzioni comunitarie hanno deciso di adottare il nuovo meccanismo anche in via retroattiva, piuttosto che esplicitare i suoi effetti solo per il futuro. Il carattere retroattivo del meccanismo ha inciso particolarmente sui risparmiatori modificando in pejus il profilo di rischio di titoli già esistenti nel proprio portafoglio rispetto al momento di sottoscrizione o acquisto degli stessi; pertanto, un prodotto finanziario emesso e collocato vari anni prima è stato trasformato ex lege da prodotto finanziario a basso rischio a prodotto a rischio alto. Sui dubbi profili di costituzionalità del carattere retroattivo del bail-in IBRIDO, *L'Unione bancaria europea: Profili costituzionali*, Torino, 2017, 179 ss; DI BRINA, *Risoluzione delle banche e bail-in alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, in *Rivista trim. dir. economia* 2015, 4, 221.

⁵ Con la sentenza S.U. n. 23304 del 16 novembre 2016, la Cassazione ha chiarito che i risparmiatori-investitori persone fisiche possono essere qualificati come consumatori e, conseguentemente, ad essi deve essere

In relazione al principio di effettività della tutela giurisdizionale, del quale ci si occuperà nello specifico in questa sede, particolari problemi ha posto la tutela giurisdizionale prevista dal d.lgs. n. 180/2015. Questa disciplina, infatti, pone delle importanti limitazioni al sindacato del giudice amministrativo tali da non consentire una piena sindacabilità di parte essenziale del provvedimento di risoluzione bancaria: la valutazione dell'esperto indipendente.

2. La valutazione dell'esperto indipendente. A) La valutazione ex ante definitiva.

La disciplina di gestione delle crisi bancarie, introdotta a seguito dell'attuazione della Direttiva BRR nel nostro ordinamento, accorda un'importanza centrale al ruolo dell'esperto indipendente. A quest'ultimo, infatti, è affidato il compito di fornire tre diverse tipologie di valutazione. Innanzitutto, una valutazione antecedente all'intervento dell'autorità di risoluzione (c.d. valutazione preliminare ex ante). L'esperto, ai sensi dell'articolo 26, comma 1, d.lgs. n. 180/2015⁶, è chiamato ad effettuare una valutazione, il cui obiettivo principale è quello di confermare l'esistenza dei requisiti oggettivi per la risoluzione e così favorire l'intervento dell'autorità. La valutazione, dunque, costituisce il momento decisivo e, finanche, il presupposto della successiva applicazione dello strumento di risoluzione da parte dell'Autorità giudiziaria.

applicata la disciplina a tutela dei consumatori applicabili *ratione temporis*, d.lgs. n. 205/2006. La Corte, inoltre, ha ammesso l'intervento delle associazioni dei consumatori, per la tutela collettiva degli stessi diritti fondamentali riconosciuti ai consumatori, anche nel giudizio promosso dal singolo. Rimane salvo il diritto del consumatore di svolgere azione individuale per ottenere il risarcimento del danno. Il rapporto tra la tutela individuale e quella collettiva è disciplinato dagli artt. 140 e 140-bis codice del consumo, secondo i quali i consumatori che non hanno aderito preventivamente all'azione di classe o non sono intervenuti successivamente non subiscono alcuna limitazione al loro diritto di proporre azioni individuali anche aventi il medesimo oggetto dell'azione di classe.

⁶ Ai sensi dell'articolo 26, comma 1, d.lgs. n. 180/2015: «la decisione di applicare una misura di risoluzione o esercitare un potere di risoluzione o esercitare il potere di ridurre o convertire le azioni, le altre partecipazioni e gli strumenti di capitale si basa sulla valutazione di cui all'articolo 23 o all'articolo 25. La valutazione è parte integrante della decisione».

In secondo luogo, successivamente all'applicazione della procedura di risoluzione nei confronti della banca, l'esperto indipendente dovrà fornire un'altra valutazione definitiva ex post a garanzia del principio fondamentale dell'assenza di pregiudizio. Questo tipo di valutazione, a differenza della prima, è volta a determinare se azionisti e creditori abbiano subito un danno rispetto al trattamento che avrebbero ricevuto se la banca fosse stata liquidata attraverso la procedura concorsuale ordinaria, nel rispetto del c.d. principio del creditor worse off.

Infine, vi è una terza tipologia di valutazione realizzata dall'esperto indipendente: la valutazione c.d. provvisoria ex post, quest'ultima è effettuata direttamente dalla Banca d'Italia qualora motivi di urgenza non permettano di procedere con la valutazione c.d. preliminare ex ante compiuta dall'esperto indipendente. Non appena possibile, tuttavia, l'esperto provvederà ad effettuare una valutazione definitiva, che prenderà appunto il nome di valutazione provvisoria ex post.

Il momento della valutazione, dunque, rappresenta uno dei passaggi più delicati dell'intero processo di risoluzione bancaria non privo, tuttavia, di alcune zone d'ombra.

Per una migliore comprensione dei problemi giuridici relativi alla valutazione dell'esperto, appare necessario esaminare, nello specifico, i caratteri principali della valutazione definitiva ex ante, i criteri adottati dall'esperto indipendente per la loro predisposizione e gli strumenti posti a tutela di azionisti e creditori.

A) La valutazione ex ante definitiva.

Prima che l'autorità di risoluzione possa procedere con un write down o con una risoluzione per una banca che si trovi in una situazione di dissesto o di rischio di dissesto, è essenziale che un esperto indipendente effettui una valutazione sulle attività e passività della banca in crisi. Tale valutazione è diretta a: i) verificare la sussistenza dei presupposti per l'intervento dell'autorità; ii) determinare le concrete modalità di intervento; iii)

quantificare l'importo della riduzione delle azioni e delle pretese e/o la conversione delle pretese in azioni, definendo il tasso di conversione applicabile, in caso di write down o di bail-in⁷.

L'esperto indipendente, dunque, con tale valutazione predisporre il terreno di azione per il successivo intervento dell'autorità di risoluzione, la quale dichiara la sussistenza dei presupposti per la risoluzione e l'importo del c.d. bail-in necessario a ripristinare il patrimonio dell'ente⁸. In ragione della sua concreta capacità di incidere sul concreto ammontare delle perdite che devono essere sostenute da azionisti e creditori⁹, il legislatore prevede che la valutazione debba essere «equa, prudente e realistica»¹⁰ delle attività e passività dell'ente. Il legislatore, dunque, impone all'esperto l'utilizzo del principio di prudenza nella valutazione delle attività e passività della banca, rievocando uno dei principi che regolano la redazione del bilancio aziendale, ai sensi dell'art. 2423-bis c.c.¹¹. In tal senso, il richiamo alla prudenza è un invito rivolto all'esperto ad essere cauto nell'indicazione dell'attivo realizzato tenendo conto anche dei rischi e delle perdite, in modo da fornire una valutazione prudente dell'andamento dell'ente da sottoporre a risoluzione.

Pertanto, sembrano essere demandate esclusivamente alla figura esperto in fase di valutazione - e non all'autorità di risoluzione in sede di determinazione delle modalità di intervento - considerazioni specifiche e dettagliate per lo svolgimento della risoluzione.

In quest'ottica il momento della valutazione risulta particolarmente incisivo e determinante in relazione al successivo intervento dell'autorità. La scelta del legislatore

⁷ Art. 24 d.lgs. 180/2015.

⁸ PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca, Impresa e Società*, 2015, 3, p. 346 ss.; GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, I, 612.

⁹ Ai sensi dell'art. 29, comma 3, d.lgs. 180/2015 «l'importo della riduzione o della conversione è determinato nella misura necessaria per coprire le perdite, come quantificata nella valutazione effettuata ai sensi del Capo I, sezione II».

¹⁰ Così art. 23, comma 1, d.lgs. 180/2015.

¹¹ Ampiamente sul tema FORTUNATO, *Conceptual Framework e principi di redazione nel bilancio d'esercizio*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, I, 464 ss.

europeo e, di conseguenza, di quello nazionale, di escludere la possibilità di una tutela autonoma nei confronti della valutazione definitiva *ex ante* suscita dubbi.

Secondo tali discipline, infatti, l'azionista o il creditore danneggiato dalla misura di risoluzione adottata dall'autorità, sulla base della valutazione effettuata dall'esperto, ha la possibilità di impugnare la valutazione definitiva *ex ante*¹² solo insieme con il provvedimento che dispone la misura di gestione della crisi adottato dall'autorità.

Tale esclusione è stata giustificata attribuendo alla valutazione *ex ante* una funzione meramente accertativa dei presupposti della risoluzione, della gravità e del quantum delle perdite¹³. Occorre tener presente, tuttavia, che la misura in cui le pretese di azionisti e creditori vengono incise, dipende dalla valutazione effettuata dall'esperto delle attività e passività della banca¹⁴. Pertanto, i risultati derivanti dalla valutazione andando ad incidere direttamente sulle pretese di azionisti e creditori ben possono essere in grado di pregiudicarne i diritti. La valutazione *ex ante* definitiva, infatti, consiste in un giudizio prognostico altamente delicato e incerto, avente al suo interno un elevato grado di opinabilità tecnica¹⁵, il quale viene solo utilizzato dall'autorità in vista dell'adozione delle misure di risoluzione e non disatteso nel suo contenuto.

Da qui, la scelta del legislatore europeo di affidare tale valutazione ad un soggetto estraneo all'Autorità di risoluzione¹⁶. Tuttavia, si ritiene che il legislatore nazionale abbia

¹² Cfr. articolo 36, par. 13 della Direttiva 2014/59/UE laddove si afferma che: «La valutazione fa parte integrante della decisione di applicare uno strumento di risoluzione o esercitare un potere di risoluzione, o della decisione di esercitare il potere di svalutare o di convertire gli strumenti di capitale. Non è ammesso un autonomo diritto di impugnazione avverso la valutazione stessa, ma soltanto unitamente alla decisione assunta a norma dell'articolo 85».

¹³ Secondo tale interpretazione, quindi, la valutazione non può essere in grado di pregiudicare da sola diritti di azionisti e creditori. Così RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, op., cit., 69 ss.

¹⁴ In questo senso anche BOCCUZZI G., *Il regime speciale della risoluzione bancaria*, Bari, Cacucci, 2018, 146 ss.

¹⁵ GALLARATI, *La tutela dei diritti di azionisti e creditori nell'Unione bancaria, tra Corti europee e Corti costituzionali nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 4, p. 1176 ss.

¹⁶ Così l'art. 36, par. 1, della Direttiva 2014/59/UE, il quale espressamente prevede: «prima di avviare un'azione di risoluzione o di esercitare il potere di svalutare o di convertire gli strumenti di capitale pertinenti, le autorità di risoluzione provvedono a che una persona indipendente da qualsiasi autorità pubblica,

disatteso tale criterio, prevedendo che la valutazione sia effettuata da un esperto indipendente su incarico della Banca d'Italia¹⁷. In tal modo, prevedendo un potere di nomina dell'esperto, in luogo di un mero onere a provvedere, in capo alla Banca d'Italia, si sarebbe proposta una lettura della norma europea «alterata»¹⁸.

La rigorosa osservanza dei requisiti di indipendenza nella nomina dell'esperto risulta essenziale in considerazione del fatto che è probabile che la maggior parte delle contestazioni, specialmente nei casi di bail-in, avranno ad oggetto la valutazione precedente l'applicazione delle misure di risoluzione. L'eventuale mancanza dei requisiti di indipendenza sarebbe in grado di pregiudicare la credibilità della valutazione.

Azionisti e creditori, tuttavia, non hanno la possibilità di impugnare singolarmente la valutazione effettuata dall'esperto indipendente. Il legislatore nazionale, infatti, sulla scorta di quanto previsto in sede comunitaria, ha limitato il sindacato del giudice amministrativo consentendo l'impugnazione della valutazione preliminare solo insieme con il provvedimento di risoluzione adottato dall'autorità. La disciplina nazionale, tuttavia, a differenza di quella comunitaria che si limita a prevedere l'impugnazione del solo provvedimento di risoluzione¹⁹, circoscrive ulteriormente il sindacato del giudice negando a quest'ultimo la possibilità di richiedere la consulenza tecnica d'ufficio e la verifica ai sensi degli artt. 19 e 63, comma 4, c.p.a.

compresa l'autorità di risoluzione, e dall'ente o dall'entità di cui all'art. 1, par. 1, lett. b), c) o d) effettui una valutazione equa, prudente e realistica delle attività e passività dell'ente».

¹⁷ Art. 23, comma 2, d.lgs. 180/2015.

¹⁸ CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Rivista di diritto bancario* 2016, 4 ss., disponibile su www.dirittobancario.it.

¹⁹ Cfr. Considerando 51 e art. 36 della Direttiva 2014/59/UE, il quale, al comma 13, precisa: «La valutazione fa parte integrante della decisione di applicare uno strumento di risoluzione o esercitare un potere di risoluzione, o della decisione di esercitare il potere di svalutare o di convertire gli strumenti di capitale. Non è ammesso un autonomo diritto di impugnazione avverso la valutazione stessa, ma soltanto unitamente alla decisione assunta a norma dell'art. 85».

3. Le limitazioni al sindacato del giudice previste nella disciplina della risoluzione.

Ciò detto, la limitazione al potere cognitivo del giudice amministrativo in sede di sindacabilità del provvedimento adottato dalla Banca d'Italia, sembra concretizzarsi in due momenti: in primo luogo, nell'impossibilità, prevista a valle, di nominare un verificatore o un consulente d'ufficio al fine di ripercorrere l'iter logico attuato dall'autorità nell'adozione del provvedimento - il quale dipende dalla valutazione dell'esperto - e, in secondo luogo nell'impossibilità, prevista a monte, di sindacare e verificare la correttezza della valutazione definitiva ex ante, sulla quale si fonda il provvedimento finale.

Innanzitutto, il d.lgs. n. 180/2015, che ha recepito la direttiva comunitaria²⁰, garantisce, a tutela della posizione giuridica di azionisti e creditori eventualmente incisi dal provvedimento di risoluzione bancaria adottato dalla Banca d'Italia, la possibilità di impugnare «i provvedimenti adottati ai sensi del presente decreto» solo dinanzi al giudice amministrativo.

L'art. 95, pur estendendo le norme del codice del processo amministrativo (c.p.a.) ai giudizi avverso le misure di gestione della crisi, ne circoscrive la portata applicativa. Infatti, se da un lato al primo comma sancisce espressamente l'applicazione dei soli artt. 119, 128, 133 e 135 c.p.a., dall'altro lato, al secondo comma, specifica chiaramente la non applicabilità degli artt. 19 e 63, comma 4, c.p.a., ovvero di quelle norme che consentono al giudice, anche per mezzo di consulenti tecnici, il controllo dell'attendibilità tecnica della

²⁰ La Direttiva 2014/59/UE all'articolo 85 prescrive che siano gli Stati membri in fase di recepimento a prevedere il diritto di impugnazione avverso una decisione di adottare una misura di prevenzione delle crisi o una decisione di esercitare un potere, diversa da una misura di gestione della crisi. Prescrive inoltre che gli Stati membri provvedano a che tutte le persone interessate da una decisione di adottare o meno una misura di gestione della crisi abbiano il diritto di presentare ricorso avverso tale decisione. In merito a quest'ultima prescrizione precisa che: a) la presentazione del ricorso non comporta la sospensione automatica degli effetti della decisione contestata; b) la decisione dell'autorità di risoluzione è immediatamente esecutiva e determina la presunzione relativa che una sospensione della sua esecuzione sarebbe contraria all'interesse pubblico.

valutazione compiuta dall'autorità amministrativa quale presupposto di fatto per l'adozione del provvedimento amministrativo.

L'espresso richiamo all'art. 133 c.p.a. indica la volontà del legislatore di affidare la sindacabilità di tali provvedimenti al giudice amministrativo. Come noto, infatti, i ricorsi giurisdizionali avverso i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia²¹ o dal Ministro dell'economia e delle finanze²² sono devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e alla competenza funzionale del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio²³. Peraltro, è unanime la giurisprudenza nel ritenere che il giudice amministrativo esercita nei confronti del provvedimento della Banca d'Italia un sindacato di legittimità non esteso al merito²⁴. Ne consegue che il giudice amministrativo deve limitarsi ad annullare il provvedimento impugnato senza poterlo sostituire. In sintesi, il giudice amministrativo, in tali casi, si limita ad accertare se il provvedimento sia palesemente sproporzionato o irragionevole e se non sia fondato su una evidente alterazione o omessa considerazione dei fatti²⁵. Tuttavia, anche se si tratta di un sindacato di legittimità non

²¹ I provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia, in quanto Autorità amministrativa indipendente, sono tutti impugnabili dinanzi al giudice amministrativo, fatta eccezione per i provvedimenti sanzionatori. Difatti, con sentenza del 15 aprile 2014, n. 94 la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme indicanti la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di provvedimenti sanzionatori adottati dalla Banca d'Italia. In tali casi, invece, l'impugnazione deve essere devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario. IMPINNA, *Nota a Corte costituzionale 15 aprile 2014, n. 94*, in *Giur. comm.* 2015, 10 ss.

²² Si fa riferimento al provvedimento del Ministro dell'economia e delle finanze di approvazione della disposizione della procedura di risoluzione. Tale provvedimento può essere oggetto di impugnazione di fronte al giudice amministrativo, dal momento che esso ha natura di atto di alta amministrazione. Gli atti di alta amministrazione svolgono una funzione di raccordo tra la funzione politica e la funzione amministrativa coordinando, ai più alti livelli, l'azione politica con quella della cura degli interessi concreti. La funzione di alta amministrazione è devoluta interamente al Governo e consiste in atti caratterizzati da una forte discrezionalità, parificabile quasi a quella degli atti politici, però non altrettanto libera nei fini: il che li distingue dall'atto politico, comportando l'assoggettamento al sindacato giurisdizionale. In merito v. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Diritto pubblico* 2009, 101 ss.

²³ V. art. 135 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 c.p.a.

²⁴ V. Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it. Si precisa che in tale ambito non si fa riferimento alla questione dei limiti al sindacato sugli atti della Banca d'Italia emanati nell'esercizio della potestà sanzionatoria, la quale si inserisce nell'ambito di competenza del giudice ordinario. V., Cass. civ., SS.UU., 18 febbraio 2021, n. 4365, disponibile su www.italgiure.giustizia.it.

²⁵ FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Milano, 2017, 443 ss.

esteso al merito, si dovrebbe consentire al giudice una ricostruzione del fatto, che includa la valutazione dell'esperto, in quanto parte essenziale del provvedimento di risoluzione.

Inoltre, il legislatore ha espressamente previsto l'impossibilità per il giudice amministrativo di esaminare autonomamente la valutazione definitiva ex ante, sulla quale si fonda il successivo provvedimento di risoluzione adottato dalla Banca d'Italia.

Emerge subito, sul piano della tutela giurisdizionale, la problematica centrale che pone la disciplina del bail-in, così come recepita dal legislatore nazionale²⁶, e che si riflette sulla intensità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico discrezionali dell'Amministrazione, un sindacato che si rivela molto debole, in quanto il legislatore comprime la libertà di apprezzamento del giudice amministrativo circoscrivendo ampiamente i suoi poteri istruttori²⁷.

La disciplina della tutela giurisdizionale in sede di risoluzione pone un serio problema di effettività della tutela, tenuto conto anche della particolare delicatezza e criticità che presenta la valutazione indipendente.

La significativa limitazione della possibilità di sospensione da parte del giudice amministrativo del provvedimento assunto dall'Autorità di risoluzione risponde all'esigenza di assicurare la rapidità e l'effettività delle procedure di risoluzione²⁸. Infatti,

²⁶ La Direttiva 2014/59/UE all'articolo 85 prescrive che siano gli Stati membri in fase di recepimento a prevedere il diritto di impugnazione avverso una decisione di adottare una misura di prevenzione delle crisi o una decisione di esercitare un potere, diversa da una misura di gestione della crisi. Prescrive inoltre che gli Stati membri provvedano a che tutte le persone interessate da una decisione di adottare o meno una misura di gestione della crisi abbiano il diritto di presentare ricorso avverso tale decisione. In merito a quest'ultima prescrizione precisa che: a) la presentazione del ricorso non comporta la sospensione automatica degli effetti della decisione contestata; b) la decisione dell'autorità di risoluzione è immediatamente esecutiva e determina la presunzione relativa che una sospensione della sua esecuzione sarebbe contraria all'interesse pubblico.

²⁷ MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, op., cit., 399. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, op., cit., 71 ss., non considera legittima e ragionevole una tale compressione del potere cognitivo del giudice.

²⁸ Il decreto legislativo n. 180/2015 identifica all'articolo 3, la Banca d'Italia come Autorità competente ad esercitare i poteri disciplinati dal suddetto decreto in qualità di autorità di risoluzione. Esulano dalla trattazione, invece, la disciplina della tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti attuati dal Comitato di risoluzione unico che opera a livello europeo - spiega cos'è a libello europeo. In questi casi, quando è competente il Comitato di risoluzione unico il provvedimento di risoluzione da esso adottato viene immediatamente consegnato alla Commissione europea per l'approvazione (così come è previsto ex art. 49,

sempre il citato art. 95 fissa una generale presunzione di contrarietà all'interesse pubblico della sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia, che potrebbe essere vinta solo con la prova contraria, la quale appare difficilmente attivabile dal momento che la procedura di risoluzione adempie e consegue un interesse pubblico alla stabilità e alla tutela costituzionalmente garantita del risparmio.

Questa impostazione determina una modifica sostanziale dell'onere probatorio nella fase cautelare, rendendo particolarmente difficile per il ricorrente ottenere la sospensione del provvedimento, in quanto è richiesta una prova particolarmente stringente, giustificata dall'esigenza di assicurare la rapidità delle procedure di risoluzione²⁹.

Il prudente apprezzamento del giudice amministrativo, in tal senso, verrebbe vincolato da un lato dal prevalere dell'interesse pubblico alla stabilità finanziaria sull'interesse del

comma 4, d.lgs. n. 180/2015 per la Banca d'Italia nel caso in cui preveda di escludere alcune passività dal provvedimento di risoluzione e richiedere il contributo del fondo di risoluzione o di una fonte alternativa di finanziamento). Il regolamento (UE) n. 806/2014 disciplina alcuni rimedi a carattere giurisdizionale e non giurisdizionale esperibili da azionisti e creditori contro i provvedimenti adottati dal Comitato. I primi esercitabili dinanzi alla Corte di Giustizia a norma dell'articolo 263 TFUE (*ex art. 86* Regolamento n. 806/2014), i secondi dinanzi ad un organo quasi-giurisdizionale come la Commissione per i ricorsi (*ex art. 85* Regolamento n. 806/2014) istituito all'interno dello stesso Comitato. Tale organo ha competenza ad esaminare le azioni proposte da qualsiasi persona fisica o giuridica, incluse le autorità di risoluzione nazionali, contro un provvedimento adottato dal Comitato. In alcune delle materie specificamente richiamate nel Regolamento europeo in questione, il ricorso innanzi alla Commissione per i ricorsi è condizione di ammissibilità per la presentazione di un'azione presso la Corte di Giustizia. Dunque, nell'ordinamento dell'Unione europea i provvedimenti adottati dal Comitato possono essere contestati e riesaminati dinanzi ad una Commissione mediante un ricorso amministrativo. Nel nostro ordinamento, invece, non è possibile contestare l'atto adottato dall'Autorità nazionale competente (in questo caso la Banca d'Italia) mediante ricorsi amministrativi, ma unicamente dinanzi al giudice amministrativo. Tale asimmetria risponde evidentemente ad una sorta di repulsione del legislatore nazionale ad istituire organismi indipendenti di riesame delle decisioni prese dall'Autorità di vigilanza, reputando invece sufficiente la possibilità di ricorrere al giudice amministrativo. In merito v., SCIASCIA, *Unione bancaria. La revisione quasi giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione*, in *Banca, Impresa e Società* 2015, 369 ss.

²⁹ CARRIERO, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2016, 2, p. 379; Secondo INZITARI, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (D.lgs. 180/2015), op., cit., 1014 ss., tale presunzione potrebbe essere vinta solo con una prova contraria, la quale nella realtà appare difficilmente ipotizzabile e verificabile; Ugualmente RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, in *Diritto dell'economia*, PICOZZA-LENER (diretto da), Torino, 2017, 70, ritiene oggettivamente difficile immaginare che i titolari di pretese azzerate o convertite possano, in giudizio, superare la presunzione relativa della sussistenza dell'interesse pubblico alla risoluzione e impugnare la decisione anche sotto il profilo della ragionevolezza; Per MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, op., cit., 398, la norma in questione sembra realizzare una «rimodulazione del requisito del *periculum in mora*».

privato e dall'altro dalla presunzione fino a prova contraria della conformità del provvedimento adottato all'interesse pubblico suddetto, prescindendo dalla sua legittimità³⁰.

In dottrina, neanche il tentativo di giustificare una siffatta limitazione alla tutela giurisdizionale con argomentazioni a sostegno della specialità della disciplina sostanziale o della pretesa supremazia dell'interesse pubblico alla risoluzione sono stati ritenuti adeguati a motivare una tale compressione del diritto di difesa, posto che le esigenze di giustizia debbono prevalere su qualsivoglia interesse pubblico³¹.

La disapplicazione, nelle controversie relative alle misure di gestione della crisi, degli artt. 19 e 63, comma 4, c.p.a., vieta al giudice la possibilità di farsi assistere da un verificatore o da un consulente tecnico ai fini dell'accertamento e della valutazione di elementi tecnici che presuppongono una particolare competenza specialistica. Una siffatta limitazione, che è apparsa particolarmente problematica in un settore, come questo, caratterizzato dall'esercizio di poteri dotati di un elevato grado di discrezionalità tecnica³², andrebbe letta insieme con il testo della Direttiva BRRD, ove è previsto che: «i tribunali

³⁰ Secondo quanto affermato da MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, op., cit., 398, in sede di giudizio cautelare, addirittura la legittimità del provvedimento di risoluzione verrebbe in secondo piano di fronte alla necessità di mantenere gli effetti ai fini della realizzazione di una ordinata gestione della crisi.

³¹ Così MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, op., cit., p. 398, l'A. riporta le celebri frasi di Franco Gaetano Scoca del 1983, in particolare che la necessità di «evitare la possibilità di danni gravi alla soddisfazione del pubblico interesse deve essere soddisfatta in sede di disciplina sostanziale (...) senza compromettere l'esigenza di assicurare la piena ed effettiva tutela di coloro che subiscono le ingiuste conseguenze dell'azione illegittima dell'Amministrazione»; In tal senso anche DI BRINA, *Risoluzione delle banche e bail-in alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, op., cit., 221, secondo il quale il potere di accertamento e di tutela dei diritti soggettivi, sulla base dei principi costituzionali in tema di tutela giurisdizionale assume una sua dimensione e attribuzione inderogabile; come sostenuto da RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, op., cit., 70 ss., pur se si volesse tentare il richiamo al disposto dell'articolo 85 della Direttiva BRRD, questo non sarebbe sufficiente a giustificare la limitazione alla tutela giurisdizionale, in quanto, il legislatore europeo ha previsto unicamente che i provvedimenti di risoluzione siano immediatamente esecutivi e che possa essere evitata la sospensione cautelare di tali provvedimenti in caso di interesse pubblico. Viceversa, non ha stabilito limitazioni probatorie ulteriori.

³² MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, op., cit., 399.

nazionali ricorrano alle valutazioni economiche complesse dei fatti effettuate dall'Autorità di risoluzione quale base per la propria valutazione»³³.

In questi termini, la disposizione in commento sembrerebbe riflettere l'esigenza di ridurre al massimo i margini di sindacabilità delle valutazioni e dei giudizi tecnici effettuati dall'Autorità amministrativa, garantendo una piena tutela del potere ad essa riservato.

Alla luce di queste preliminari considerazioni emerge una palese inclinazione del legislatore a favore dell'Autorità di risoluzione e, dunque, della Banca d'Italia in danno del grado di tutela garantito ai soggetti privati. Difatti, seppure in conformità alla Direttiva BRRD, la quale all'art. 85, comma 3, sancisce chiaramente la suddetta presunzione relativa di interesse pubblico, la normativa interna appare andare oltre a quanto disposto a livello europeo in particolare con riferimento ai mezzi di prova accordati al giudice amministrativo.

Sembrerebbe esservi un aggravio, seppur indiretto, della posizione del ricorrente, il quale, nella propria difesa, non potrà confidare sulla nomina da parte del giudice di un consulente tecnico d'ufficio. In tal senso, il legislatore nazionale ha confinato il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo a profili di macroscopiche violazioni della normativa o ad evidenti inosservanze dei principi procedimentali.

Occorre tener presente che in questo quadro risulta obiettivamente arduo per i ricorrenti apportare valutazioni complesse micro e macro economiche che siano in grado di dimostrare l'assenza dei presupposti dell'intervento di risoluzione.

Di modo che, nei giudizi di impugnazione dei provvedimenti di risoluzione, l'unico elemento tecnico probatorio risulta dalla valutazione effettuata dall'esperto indipendente nominato dalla Banca d'Italia, la quale integrandosi completamente con il provvedimento di risoluzione non potrà essere autonomamente impugnata, restando insindacabile nel merito.

³³ Così articolo 85, paragrafo 3, Direttiva BRRD.

Per tali motivi, nel nostro Paese, come in altri Paesi europei, sono sorti intensi dibattiti in merito all'introduzione della nuova normativa sul bail-in, soprattutto, con riferimento agli effetti che tale normativa è in grado di produrre sui diritti di azionisti e creditori delle banche³⁴.

Le perplessità in merito alla disciplina del bail-in, poi, da un punto di vista pratico, hanno trovato il loro culmine nei contenziosi scaturiti a seguito della prima applicazione di tale normativa in Italia, con il famoso caso delle "quattro banche" poste in risoluzione³⁵.

4. Le pronunce del Tar Lazio e del Consiglio di Stato.

Il contenzioso scaturito dal caso delle "quattro banche" poste in risoluzione è stato successivamente definito dal Tar Lazio³⁶ e dal Consiglio di Stato³⁷. L'analisi di tali pronunce aiuta nel comprendere i dubbi di legittimità che accompagnano la previsione di insindacabilità della valutazione indipendente.

Il giudice amministrativo, più volte, nell'ambito di tali pronunce ha sempre messo in rilievo l'elevato grado di discrezionalità tecnica di cui constano i provvedimenti attuati dalla Banca d'Italia.

³⁴ BOCCUZZI, *La risposta europea alla gestione delle crisi bancarie: alcune riflessioni critiche*, in *Bancaria* 2016, 6 ss.

³⁵ Tale vicenda, che ha richiesto a fine 2015 l'attivazione del meccanismo del *burden sharing* sul modello concordato con le Autorità europee, ha provocato a cascata la sfiducia dei risparmiatori e degli investitori istituzionali nei confronti dell'intero sistema finanziario italiano. Provvedimenti della Banca d'Italia adottati in attuazione della legge sul *bail-in*, che hanno portato all'azzeramento del valore dei titoli a danno degli investitori di Banca Marche, Banca Etruria, Carichieti e Carife.

³⁶ Si fa riferimento a due sentenze del Tar Lazio, (sez. II *quater*), con motivazione analoga, la n. 12882 del 30 dicembre 2016 e n. 165 del 7 gennaio 2017 e del 30 dicembre 2016. Sentenze disponibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷ Si fa riferimento alle sentenze del Consiglio di Stato, sezione VI, del 18 gennaio 2019, n. 475 e del 22 gennaio 2019, n. 551, disponibili su www.giustizia-amministrativa.it.

In tali giudizi azionisti e creditori contestavano l'ampio spatium decidendi lasciato alla Banca d'Italia, in particolare per quel che riguarda la scelta tra le varie misure di risoluzione. L'intervento della Banca d'Italia, infatti, in questi casi sembra assumere un «contenuto ablativo»³⁸, dal momento che i provvedimenti di risoluzione provocano una restrizione in via autoritativa dei diritti soggettivi di azionisti e creditori ed un aggravamento della loro posizione. I ricorrenti, inoltre, sollevavano anche questioni di legittimità costituzionali con riferimento all'art. 95 d.lgs. n. 180/2015, là dove rende inapplicabile la verifica e la consulenza tecnica d'ufficio nel procedimento amministrativo.

In merito a questa specifica censura, tuttavia, i giudici amministrativi non si sono espressamente pronunciati, rilevando in via preliminare la mancanza di un effettivo interesse dei ricorrenti a tal fine.

Invero, i ricorrenti - nel contestare la valutazione provvisoria dell'esperto indipendente - omettevano di censurare puntualmente anche la valutazione definitiva. Difatti, ai sensi dell'art. 25, comma 3, d.lgs. 180/2015 alla valutazione provvisoria deve fare seguito, non appena possibile, una valutazione definitiva. Inoltre, come si vedrà meglio in seguito, l'art. 26 del medesimo decreto, al comma 2, specifica puntualmente che non è ammessa autonoma tutela giurisdizionale contro la valutazione (definitiva), finché non è stata adottata la decisione da parte della Banca d'Italia di adottare una misura di risoluzione.

Pertanto, la censura da parte dei ricorrenti della singola valutazione provvisoria risultava manchevole di un effettivo interesse dei ricorrenti.

Ciononostante, il Tar Lazio, sulla base dell'istruttoria svolta nel corso della procedura di valutazione provvisoria e di quella sviluppata nel corso della successiva valutazione definitiva, ha sottolineato la prudenza e la precisione delle valutazioni effettuate dalla Banca d'Italia. Pertanto, la mancanza di un effettivo interesse ha comportato, a detta dei giudici del Tar, l'irrilevanza, nel caso di specie, delle ulteriori

³⁸ MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in *L'Unione Bancaria Europea*, CHITI-SANTORO (a cura di), Pisa, 2016, 397.

questioni di legittimità costituzionali sollevate dai ricorrenti con riferimento all'art. 95 d.lgs. n. 180/2015, che rende inapplicabile la verifica e la consulenza tecnica d'ufficio.

Il Tar Lazio³⁹, nello specifico, ha ribadito l'assoluto rilievo della natura discrezionale e tecnica del potere amministrativo esercitato dalla Banca d'Italia, sia che essa operi in qualità di Autorità di vigilanza sia che operi in qualità di Autorità di Risoluzione. In entrambi i casi, infatti, la Banca d'Italia agisce sempre in funzione della tutela dell'interesse pubblico, e cioè di quell'interesse relativo alla continuità delle funzioni essenziali della banca, alla tutela della stabilità finanziaria, alla riduzione dei costi posti a carico delle finanze pubbliche e alla tutela dei depositanti⁴⁰. Pertanto, l'atto così adottato dalla Banca d'Italia sarà sindacabile dinanzi al giudice amministrativo in sede di legittimità, oltre che per i vizi di incompetenza e violazione di legge, solo per illogicità manifesta, come figura sintomatica dell'eccesso di potere.

Quanto deciso dal giudice amministrativo di primo grado ha, poi, trovato conferma in due pronunce del Consiglio di Stato, con le quali i giudici di Palazzo Spada hanno rigettato i ricorsi degli appellanti.

Il Consiglio di Stato, in particolare, in tale sentenza ha confermato quanto statuito dai giudici di primo grado ribadendo la sindacabilità dei provvedimenti della Banca d'Italia solo nei casi in cui abbiano condotto ad esiti abnormi o manifestamente illogici⁴¹.

I giudici amministrativi, dunque, sono concordi nel ritenere che gli atti posti in essere dalla Banca d'Italia siano espressione di potere amministrativo caratterizzato da discrezionalità tecnica, diretto alla tutela dei risparmiatori e delle garanzie che devono assistere le attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito⁴².

³⁹ Così Tar Lazio nella sentenza del 7 gennaio 2017, n. 165.

⁴⁰ Così come recita anche l'articolo 21 del decreto legislativo n. 180/2015; In questo senso anche il Tar Lazio, sez. II-*quater*, 4 ottobre 2016, n. 12890, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it; in merito v. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm.* 2018, 191 ss.

⁴¹ Consiglio di Stato, sez.VI, 22 gennaio 2019, n. 551, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴² In particolare, nel passare in rassegna le censure dedotte nel ricorso, il Tar Lazio ha evidenziato immediatamente come in tale contesto non si possa non tenere conto del costante orientamento

Rimane, pertanto, priva di una espressa pronuncia la questione relativa alla legittimità costituzionale delle limitazioni al sindacato giurisdizionale previste dal legislatore nell'art. 95 d.lgs. n. 180/2015.

Nel tentativo di fornire una valutazione adeguata della questione che si intende affrontare è necessario ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale in merito alla sindacabilità da parte del giudice amministrativo dei provvedimenti che costituiscono esercizio della c.d. discrezionalità tecnica.

Si tratta, in primo luogo, di indagare i limiti specifici (già previsti) al sindacato del giudice amministrativo sugli atti della Banca d'Italia e, in secondo luogo, di esaminare gli ulteriori limiti che il legislatore della risoluzione ha espressamente previsto al potere cognitivo del giudice.

5. Il rapporto tra discrezionalità tecnica dell'Autorità di risoluzione e sindacato del giudice amministrativo.

Negli anni è sorto un intenso dibattito circa la sindacabilità degli atti emanati dalle autorità indipendenti. Gli opposti orientamenti sulla intensità del sindacato del giudice su tali atti (se di tipo «estrinseco» o «intrinseco», e in quest'ultimo caso se «forte» o «debole»⁴³), sono stati superati dal Consiglio di Stato, il quale ha rilevato la necessità di un sindacato

giurisprudenziale per cui «gli atti posti in essere dalla Banca d'Italia nell'attività di vigilanza costituiscono esplicazione di potere amministrativo caratterizzato da discrezionalità tecnica, volto alla tutela dei risparmiatori e, dunque, delle garanzie che devono assistere l'attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito, dell'affidabilità complessiva del sistema bancario e, in particolare, di ogni singolo istituto». V. punto 18 della sentenza n. 165/2017 del Tar Lazio; così anche il Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 8 maggio 2015, n. 2328.

⁴³ In merito v. VIRGA, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1972, p. 30 ss; PIGA, *Sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1956, p. 52 ss.; Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 novembre 1992, n. 940, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it; Cfr. in merito Cons. di St. n. 5287/2001; Cons. di St. n. 5156/2002; Cons. di St. n. 4154/2002; *id.* n. 2336/2002; *id.* n. 6004/2002, disponibili su www.giustizia-amministrativa.it.

che consenta in ogni caso al giudice amministrativo di constatare che l'autorità abbia perseguito il fine richiesto dal legislatore, pur senza sostituirsi ad essa⁴⁴.

Infatti, con la nota sentenza del Consiglio di Stato del 9 aprile 1999 n. 601⁴⁵, il supremo Consesso della giustizia amministrativa ha da tempo precisato che al giudice amministrativo, in sede di giudizio di legittimità, è preclusa soltanto la valutazione diretta del merito amministrativo⁴⁶.

Dal merito amministrativo deve tenersi nettamente distinta, invece, la discrezionalità tecnica. In questo caso, secondo la già menzionata decisione, l'amministrazione nel provvedere alla cura di un interesse pubblico, deve applicare una regola tecnica cui una norma giuridica rinvia. Pertanto, la discrezionalità tecnica ricorre quando l'amministrazione, nel provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica che contenga concetti indeterminati o apprezzamenti opinabili.

In questo caso, l'utilizzo di una norma tecnica da parte dell'amministrazione potrebbe implicare la valutazione di elementi fattuali suscettibili di essere rilevati in vario modo. A partire da tale storica sentenza, la giurisprudenza amministrativa ha avanzato nella direzione di un capovolgimento del tradizionale principio di intangibilità delle determinazioni delle autorità indipendenti⁴⁷.

⁴⁴ FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 4, 560 ss. In merito v., Corte di Cass., SS. UU., sent. del 20 gennaio 2014, n. 1013, disponibile in www.italggiure.giustizia.it.

⁴⁵ Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Per merito amministrativo deve intendersi «l'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato», così Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601. Prima della sentenza risolutiva del Consiglio di Stato del 1999, secondo un orientamento restrittivo, la discrezionalità tecnica veniva inquadrata nell'ambito del merito amministrativo con la conseguenza che, mancando una norma esplicita che consentisse un sindacato da parte del giudice amministrativo non era possibile un controllo in sede giurisdizionale. In merito, PIGA, *Sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1956, 52 ss.; Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 novembre 1992, n. 940, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Consiglio di Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it; DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, disponibile su www.federalismi.it, 12.

Pertanto, con la sentenza predetta, il Consiglio di Stato ha ammesso la possibilità di un sindacato sulla valutazione tecnica opinabile da effettuarsi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ma in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo.

Ne consegue che ciò che viene precluso al giudice amministrativo, in sede di giudizio di legittimità, non è la verifica della valutazione tecnica effettuata dall'amministrazione, ma la diretta valutazione dell'interesse pubblico che rientra nel merito dell'atto amministrativo e che resta come tale insindacabile.

La giurisprudenza, dunque, già da tempo è conforme nel ritenere che la cognizione del giudice amministrativo, nel sindacare i provvedimenti adottati dalle autorità indipendenti, può estendersi alla verifica diretta dei fatti sui quali si fonda l'atto impugnato fino ad esaminarne i profili tecnici.

Le amministrazioni pubbliche, tuttavia, sono munite di capacità tecniche ben più estese di quelle di cui dispongono i giudici, salvo che questi non richiedano la predisposizione di una consulenza tecnica o di una verifica (strumenti di cui, tuttavia, per espressa previsione dell'articolo 95, comma 2, d.lgs. n. 180/2015, il giudice amministrativo non può beneficiare in sede di risoluzione bancaria).

Il Consiglio di Stato in un'ulteriore pronuncia ha chiarito che il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica debba individuarsi in quel punto in cui il giudice amministrativo, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali dell'Autorità pubblica, riesca a garantire la legalità sostanziale della scelta per la sua intrinseca coerenza, anche in materie connotate da elevato tecnicismo⁴⁸.

In sintesi, in giurisprudenza rimane saldo il carattere effettivo della giurisdizione amministrativa e cioè il controllo del regolare esercizio delle funzioni pubblicistiche da parte del giudice. Pertanto, quest'ultimo deve essere chiamato a valutare il corretto utilizzo

⁴⁸ Consiglio di Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

della discrezionalità riservata all'Autorità, verificandone la sola correttezza intrinseca in termini di illogicità o irragionevolezza e erronea valutazione dei presupposti di fatto, ma non nelle scelte discrezionali finali⁴⁹.

In ragione di ciò, il legislatore ha predisposto a favore del giudice amministrativo specifici strumenti che gli consentano di valutare la correttezza intrinseca dei giudizi tecnici.

Il giudice amministrativo, infatti, mediante la consulenza tecnica d'ufficio, può verificare la correttezza e l'attendibilità dell'operato dell'Autorità amministrativa sotto il profilo del procedimento e degli esiti, alla luce dei parametri tecnici e del procedimento applicativo utilizzati⁵⁰. In merito, il Consiglio di Stato ha qualificato la consulenza tecnica come uno strumento avente un ruolo chiave all'interno del processo amministrativo, in quanto essa consente di condurre uno scrutinio sull'attendibilità dell'apprezzamento dell'operato dell'autorità con gli occhi dell'esperto e non del profano⁵¹.

Alla luce di quanto osservato, la giurisprudenza, seppur con fatica, è giunta a riconoscere che la discrezionalità tecnica è in ogni caso soggetta ad un controllo da parte del giudice amministrativo.

Una simile evoluzione giurisprudenziale si pone in netto contrasto con i limiti alla sindacabilità del giudice amministrativo fissati in sede di risoluzione bancaria dal legislatore, limitando così sia al potere cognitivo del giudice amministrativo sia la tutela effettiva dell'azionista e del creditore, in quanto oggetto di cognizione (ristretta) del giudice resta esclusivamente il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia.

Al giudice amministrativo viene precluso il sindacato sulla valutazione c.d. definitiva *ex ante* effettuata dall'esperto indipendente nominato dalla Banca d'Italia. Tale

⁴⁹ DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, disponibile su www.federalismi.it, 12.

⁵⁰ In merito v. Consiglio di Stato, sentenza n. 3229/2014.

⁵¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 31 marzo 2009, n. 5455, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

valutazione, dunque, si pone come unico elemento probatorio a disposizione del giudice amministrativo.

6. Le perplessità circa la legittimità costituzionale dell'articolo 95 del d.lgs. n. 180/2015.

Le considerazioni sin qui effettuate portano ad interrogarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 95 d.lgs. n. 180/2015, nella parte in cui, andando oltre il dettato comunitario, limita ulteriormente il sindacato giurisdizionale escludendo la possibilità per il giudice di richiedere una verifica o una consulenza tecnica d'ufficio.

Il diritto alla tutela giurisdizionale, così come ogni altro diritto fondamentale, rientra tra i principi supremi del nostro ordinamento. Tra le critiche mosse al citato art. 95 vengono in rilievo quelle in ordine alla sua attitudine a ledere il diritto di azione, il principio di uguaglianza tra le parti e a pregiudicare, dunque, l'effettività della tutela del soggetto interessato che intende agire in giudizio per contestare il pregiudizio subito⁵².

Difatti, la nuova disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 180/2015, limitando fortemente l'intervento dell'autorità giudiziaria, comporta un'evidente compressione del diritto di difesa di coloro che hanno un interesse ad impugnare il provvedimento: affinché il giudice possa esaminare anche in punto di legittimità i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia è necessario che abbia la possibilità di disporre una consulenza tecnica d'ufficio o una verifica.

Le previsioni di cui all'articolo 95, comma 2, d.lgs. n. 180/2015 e l'impossibilità per il giudice di sindacare la valutazione ex ante definitiva arrecano un inevitabile pregiudizio al potere cognitivo del giudice amministrativo, al principio del giusto processo

⁵² DI BRINA, *Risoluzione delle banche e bail-in alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, op., cit., p. 185 ss.; INZITARI, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (D.lgs. 180/2015)*, op., cit., 1014 ss.; MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in CHITTI M.P., – SANTORO V., (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, Pacini, 2016, 397 ss.

e di effettività della tutela giurisdizionale⁵³. In fase di attuazione della direttiva comunitaria potrebbe esservi stato un eccesso non giustificato e non giustificabile da parte del legislatore nazionale.

La soluzione accolta nel nostro ordinamento va oltre il dettato comunitario, il quale considera sì priva di autonoma tutela la valutazione indipendente ma senza porre ulteriori limitazioni al potere cognitivo del giudice.

Ne discende dunque un problema di legittimità costituzionale della normativa, in particolare sotto il profilo della possibile violazione dell'articolo 24 della Costituzione, in combinato disposto con i successivi articoli 101 ss. cost., sotto diversi profili.

Innanzitutto, una simile compressione dei diritti di azionisti e creditori è apparsa in contrasto con gli articoli 24 e 113 della Costituzione e dunque con il diritto di difesa inteso come diritto inviolabile costituzionalmente garantito e del suo corollario, il quale regola la tutela giurisdizionale dei diritti ed interessi legittimi «contro gli atti della Pubblica Amministrazione»⁵⁴. Neanche il tentativo di giustificare una siffatta limitazione alla tutela giurisdizionale con argomentazioni a sostegno della specialità della disciplina sostanziale o

⁵³ Il principio di effettività della tutela giurisdizionale mira a garantire che interessi sottesi a posizioni giuridico-soggettive ricevano adeguata soddisfazione. Con il Trattato di Lisbona il sistema normativo dell'Unione è stato riorganizzato, in particolare si è assistito alla codificazione del principio generale di effettività, specie nella sua accezione processualistica e, quindi, nel senso di principio di effettività della tutela giurisdizionale. Le norme di riferimento sono l'articolo 19 del Trattato sull'Unione europea e l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali. Nel sistema processuale amministrativo, il principio di effettività è enunciato all'articolo 1 del codice del processo amministrativo, il quale incarica la giurisdizione amministrativa del compito di assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo. L'effettività della tutela giurisdizionale, all'interno dei principi della Costituzione, ha fondamento nell'articolo 24 che, nell'enunciare il diritto di difesa, riconosce pari dignità e tutela ai diritti soggettivi ed interessi legittimi. Inoltre, il principio di effettività e pienezza della tutela rileva anche nell'articolo 113 Cost., il quale ammette sempre la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione. In merito v. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, op., cit., 205 ss. Sull'esigenza dell'effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo v. SORICELLI, *Il processo amministrativo ovvero il problema del complesso equilibrio tra il potere dell'amministrazione e la tutela del privato*, in *Gazzetta Amministrativa* 2018, 1, 1 ss.

⁵⁴ Così articolo 113, comma 1, della Costituzione; Nello specifico, la norma si pone in contrasto con la lettura «forte» del diritto alla difesa accolta dalla Corte costituzionale. La tutela cautelare deve considerarsi, in tal senso, come un «completamento naturale» alla tutela cognitoria e costitutiva, a causa del carattere immediatamente esecutivo dei provvedimenti amministrativi oggetto dell'impugnazione. Così MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, op., cit., 398.

della pretesa supremazia dell'interesse pubblico alla risoluzione sono stati ritenuti adeguati a motivare una tale compressione del diritto di difesa, posto che le esigenze di giustizia debbono prevalere su qualsivoglia interesse pubblico⁵⁵.

La nuova disciplina in materia di risoluzioni bancarie, invece, rimettendo il potere di accertare e tutelare i diritti soggettivi all'autorità amministrativa - sulla scorta della valutazione indipendente - sottrae ai titolari di tali diritti una tutela giurisdizionale piena dinanzi ad un giudice imparziale⁵⁶.

Sul punto, inoltre, non si può fare a meno di considerare che affinché il giudice possa esaminare e addirittura disattendere compiutamente la decisione della Banca d'Italia è necessario che questo sia dotato di elevate conoscenze tecniche. Ebbene, è proprio qui che si scorge l'ulteriore limitazione prevista nel nostro ordinamento al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo. Questo è confinato a profili di macroscopiche violazioni della normativa o ad evidenti inosservanze dei principi procedimentali, in quanto, per espresso disposto dell'articolo 95, del decreto legislativo, n. 180/2015, non è possibile richiedere che siano predisposte, né il giudice può disporre: la verifica ai sensi dell'articolo 19 del c.p.a; la consulenza tecnica ai sensi dell'articolo 63, comma 4, del c.p.a.

⁵⁵ Così MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, op., cit., 398, l'A. riporta le celebri frasi di Franco Gaetano Scoca del 1983, in particolare che la necessità di «evitare la possibilità di danni gravi alla soddisfazione del pubblico interesse deve essere soddisfatta in sede di disciplina sostanziale (...) senza compromettere l'esigenza di assicurare la piena ed effettiva tutela di coloro che subiscono le ingiuste conseguenze dell'azione illegittima dell'Amministrazione»; In tal senso DI BRINA, *Risoluzione delle banche e bail-in alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, op., cit., 221, secondo il quale il potere di accertamento e di tutela dei diritti soggettivi, sulla base dei principi costituzionali in tema di tutela giurisdizionale assume una sua dimensione e attribuzione inderogabile; come sostenuto da RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, op., cit., 70 ss., pur se si volesse tentare il richiamo al disposto dell'articolo 85 della Direttiva BRRD, questo non sarebbe sufficiente a giustificare la limitazione alla tutela giurisdizionale, in quanto, il legislatore europeo ha previsto unicamente che i provvedimenti di risoluzione siano immediatamente esecutivi e che possa essere evitata la sospensione cautelare di tali provvedimenti in caso di interesse pubblico. Viceversa, non ha stabilito limitazioni probatorie ulteriori.

⁵⁶ DI BRINA, *Risoluzione delle banche e bail-in alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, op., cit., 221 ss.

Tale disposizione sembra porsi in contrasto con gli articoli 24 e 113 Cost., là dove comprimono la libertà di apprezzamento del giudice circoscrivendone ampiamente i poteri istruttori⁵⁷. Occorre, inoltre, tener presente che in questo quadro risulta obiettivamente arduo per i ricorrenti, in particolar modo se essi siano piccoli imprenditori, apportare valutazioni complesse macroeconomiche che siano in grado di dimostrare l'assenza dei presupposti dell'intervento di risoluzione. Di modo che, nei giudizi di impugnazione dei provvedimenti di risoluzione l'unico elemento tecnico probatorio risulta dalla valutazione effettuata dall'esperto indipendente, la quale integrandosi completamente nel provvedimento di risoluzione non potrà essere autonomamente impugnata, restando dunque insindacabile nel merito.

In tal modo, l'art. 95, comma 2, d.lgs. 180/2015 riduce sensibilmente il raggio di intervento del giudice amministrativo ed il suo potere cognitivo⁵⁸. La possibilità, infatti, prevista per il giudice amministrativo di disporre la verifica è da sempre riconosciuta dalla giurisprudenza come strumento posto a tutela del principio di effettività della tutela, in attuazione del principio della parità delle parti. Cosicché, nel giudizio di impugnazione del provvedimento di risoluzione la valutazione dell'esperto indipendente diviene l'unico elemento probatorio di cui il giudice può disporre.

In questo quadro da una parte il giudice è chiamato a prendere la sua decisione sulla base della sola valutazione dell'esperto indipendente; dall'altra parte i titolari delle pretese azzerate o convertite hanno sì diritto di agire in giudizio ma dispongono di pochi strumenti per poter superare la presunzione relativa di ricorrenza dell'interesse pubblico alla risoluzione e criticare, in tal modo, il provvedimento sotto il profilo della ragionevolezza.

⁵⁷ MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, op., cit., 399.

⁵⁸ RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, op., cit., 71 ss., non considera legittima e ragionevole una tale compressione del potere cognitivo del giudice.

Di qui il pregiudizio al diritto di difesa di azionisti e creditori e alla stessa effettività della loro tutela giurisdizionale. Non sembra, infatti, che una siffatta articolazione della tutela giurisdizionale in materia di risoluzione possa essere in grado di soddisfare pienamente e concretamente le esigenze dei soggetti che la richiedono.

Occorre segnalare, in merito, una recente svolta da parte del giudice amministrativo, in tema di intensità del sindacato sui provvedimenti delle autorità indipendenti. Il Consiglio di Stato, infatti, ha chiarito che «la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti*»⁵⁹.

Alla luce di quanto detto sin qui, tali principi non sembrano essere concretamente e pienamente rispettati dalla procedura di risoluzione. Difatti, per quanto gli effetti di tale procedura siano irreversibili ed in grado di produrre significative conseguenze sul piano dei diritti soggettivi di azionisti e creditori della banca sottoposta a risoluzione, l'art. 95, comma 2, d.lgs. n. 180/2015 riduce considerevolmente l'ampiezza dell'intervento giurisdizionale. A giustificazione di un simile pregiudizio, i giudici amministrativi hanno rievocato esigenze di realizzazione di un interesse pubblico (la stabilità del sistema finanziario) o, ancora, l'esigenza di ripristinare la discrezionalità completa dell'autorità di risoluzione (a garanzia di un efficiente esercizio delle funzioni di cui è titolare)⁶⁰.

Tuttavia, la necessità di realizzare al meglio l'interesse pubblico preservato dall'Autorità di risoluzione deve, in ogni caso, trovare un punto di equilibrio con l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale e la parità tra le parti. Di modo che, da una parte, si possa evitare una piena soccombenza della parte privata dinanzi all'Autorità amministrativa e dall'altra proporzionare l'esigenza di tutela del privato sull'opposto

⁵⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 25 febbraio 2019, n. 1321, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it. In merito v., nota TIMO, in *Giur. it.*, 2019, 6, 1405.

⁶⁰ In merito, v. CARRIERO, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, op., cit., 380 ss.

interesse pubblico⁶¹. In altre parole, il potere dell'Autorità di risoluzione e l'esigenza di tutela dell'interesse privato devono trovare un punto di «compresenza sostenibile»⁶².

In definitiva l'unica salvaguardia prevista per i titolari delle pretese azzerate o convertite sembra si debba rintracciare al di fuori del processo, e cioè nel principio del No Creditor Worse Off.

In forza di tale principio azionisti e creditori, che subiscono perdite maggiori di quelle che avrebbero subito nel caso fosse stata applicata altra procedura concorsuale, hanno diritto a ricevere a titolo di indennizzo una somma equivalente alla differenza. Ma anche in questo caso, la valutazione di tali perdite è rimessa ad un esperto indipendente con una conseguente «de-giurisdizionalizzazione non solo del giudizio sull'an della risoluzione, ma anche della determinazione del quantum» dell'indennizzo da riconoscere ai titolari delle pretese azzerate o convertite⁶³.

7. Conclusioni.

L'analisi sin qui condotta ha messo in evidenza la principale problematica connessa alla disciplina di risoluzione delle crisi bancarie e cioè, l'insindacabilità della valutazione indipendente, fonte di pregiudizio per i diritti di azionisti e creditori, da parte del giudice amministrativo.

Una simile compressione del potere cognitivo del giudice appare poco ragionevole e illegittima sotto il profilo costituzionale. Il giudice amministrativo deve sempre avere la possibilità di verificare che l'amministrazione abbia rispettato le garanzie procedurali,

⁶¹ SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, op., cit., 214 ss.

⁶² Così SINISI, op., cit., 214.

⁶³ RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, op., cit., 72.

acquisito regolarmente le varie informazioni in merito ai presupposti dell'adozione del provvedimento di risoluzione, anche mediante la disposizione di una consulenza tecnica d'ufficio o di una verifica⁶⁴.

Il legislatore nazionale, al contrario, mediante l'esclusione della possibilità di richiedere la consulenza e la verifica tecnica, sembra non voler mettere in discussione la decisione presa dalla Banca d'Italia, munita di elevate competenze tecnico economiche e diretta alla tutela dell'interesse pubblico. Non c'è dubbio che il sindacato del giudice possa essere delineato in svariati modi sotto il profilo giurisdizionale; tuttavia, esso non può essere totalmente escluso, dal momento che l'esercizio della discrezionalità dell'Autorità di risoluzione è frutto di autonomia e non di arbitrio, e dunque deve poter essere sindacabile⁶⁵.

In giurisprudenza la questione di legittimità costituzionale di una simile limitazione al potere cognitivo del giudice e al principio di effettività della tutela giurisdizionale non è stata trattata in modo specifico. Infatti, come si è visto in precedenza, i giudici amministrativi hanno sic et simpliciter respinto le censure relative alla legittimità costituzionale, in quanto non rilevanti ai fini della controversia.

Permane, dunque, il dubbio se la tutela dell'interesse pubblico possa giustificare una simile restrizione anche in un momento successivo allo svolgimento della risoluzione. Vale a dire, quando azionisti e creditori ricorrano in giudizio una volta conclusa la risoluzione e, dunque, in una situazione in cui non vi è più una esigenza di celerità d'azione a tutela dell'interesse pubblico alla stabilità economico-finanziaria (giacché già perseguito almeno nel breve periodo). L'esigenza di celerità e tutela dell'interesse pubblico, infatti, possono sì giustificare una limitazione del diritto di difesa e contraddittorio degli azionisti

⁶⁴ DI BRINA, *Risoluzione delle banche e bail-in alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, op., cit., p. 185 ss.; INZITARI, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (D.lgs. 180/2015)*, op., cit., p. 1014 ss.; MAGLIARI, op., cit., 397 ss.

⁶⁵ CIOCCA, *La banca che ci manca. Le banche centrali, l'Europa, l'instabilità del capitalismo*, Roma, 2014, 99.

e creditori nel corso del procedimento di risoluzione, ma appare complicato giustificare le **medesime limitazioni una volta conclusa la procedura di risoluzione.**

In conclusione, si può affermare che se da un lato, la tenuta costituzionale della risoluzione si fonda sull'interesse pubblico alla stabilità finanziaria, dall'altro non si può non evidenziare come il sindacato giurisdizionale non solo si presenti limitato e compresso (con l'impossibilità di una consulenza o verifica) ma appaia strutturalmente inadeguato.

Infatti, la mancanza assoluta di una normativa processuale riguardante la procedura di risoluzione, fatta eccezione per l'impugnazione del provvedimento di risoluzione (disciplinata all'art. 95 d.lgs. n. 180/2015), incide come fattore deterrente rendendo l'azione giudiziaria eccessivamente complessa per gli azionisti e i creditori di una banca in dissesto.

Infine, il modello di tutela giurisdizionale adottato dal legislatore nazionale sembra aver inevitabilmente realizzato una sorta di tenaglia, composta da un lato dall'insindacabilità delle scelte dell'autorità e dall'altro dalla valutazione circa la rispondenza all'interesse pubblico degli strumenti di risoluzione adottati, nella quale restano comprese le tutele dei diritti ed interessi lesi dalla procedura di risoluzione.

In altri termini, le alte competenze tecnico-economiche e l'indipendenza di cui gode la Banca d'Italia non dovrebbero essere in grado di limitare il potere cognitivo del giudice.

In caso contrario, si configurerebbe una doppia violazione dei diritti di azionisti e creditori incisi dal bail-in: la prima durante la fase di avvio della procedura di risoluzione attraverso la riduzione o la conversione forzata in capitale delle posizioni partecipative⁶⁶; la seconda, in una fase successiva alla risoluzione, realizzata per mezzo della disposizione

⁶⁶ In merito v., CAPIELLO – CAPIZZI, *Prime considerazioni sullo strumento del bail-in: la conversione forzata di debito in capitale*, V Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari, Roma, 21-22 febbraio 2014, disponibile su www.orizzontideldirittocommerciale.it

di un sistema di tutele giurisdizionali non in grado di garantire l'effettività della tutela di azionisti e creditori ricorrenti.