



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

IL BANKER REMOVAL POWER:

**LA RIMOZIONE OTTIMALE DEGLI ESPONENTI AZIENDALI
PER UNA VIGILANZA BANCARIA POSITIVA-COSTRUTTIVA.**

ANALISI COMPARATA TRA EUROPA E STATI UNITI.

Laureando

Davide Mancini

Relatore

Chiar.mo Prof. Gianluca Scarchillo

Relatore esterno

Chiar.mo Prof. Lev Menand



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

IL BANKER REMOVAL POWER:

**LA RIMOZIONE OTTIMALE DEGLI ESPONENTI AZIENDALI
PER UNA VIGILANZA BANCARIA POSITIVA-COSTRUTTIVA.**

ANALISI COMPARATA TRA EUROPA E STATI UNITI.

**Facoltà di
Dipartimento di
Corso di laurea in Giurisprudenza**

**Davide Mancini
Matricola 1919951**

Relatore
Chiar.mo Prof. Gianluca Scarchillo

Correlatore
Chiar.ma Prof.ssa Giovanna Montella

Relatore esterno
Chiar.mo Prof. Lev Menand

A.A. 2023-2024

*Alla mia famiglia e agli amici, per il sostegno incondizionato.
Al “D20 Leader” e a New York, le due esperienze più belle della mia vita.*

“Devi credermi, quasi mai gli ostacoli che ti si parano davanti sono impossibili da superare. Allo stesso modo devi persuaderti che non c’è un «destino cinico e baro» che si accanisce contro di te, o contro la tua generazione. Può avvenire, e avviene molto più spesso di quanto tu non creda, che l’esistenza umana, di singoli individui come di una generazione, sia segnata da eventi negativi, da circostanze avverse: la vita, abbiamo avuto occasione di ricordarlo, è res severa.

Ma tu, giovane amico, puoi farcela ad affrontare le difficoltà di cui ti so, fin d’ora, realisticamente consapevole. Se non ti spaventa l’impegno, se vorrai e saprai mobilitare e investire le tue risorse di intelligenza, di volontà, di coraggio, di forza morale, riuscirai a percorrere con soddisfazione la strada del futuro.

Guarda avanti, perché non sfuggano alla tua attenzione sentieri nuovi, mai praticati; non aver paura di osare, devi sperimentare e sperimentarti.

Per il resto, fai affidamento solo alle tue forze, con umiltà, ma consapevole delle tue potenzialità. Non permettere alla rassegnazione di fermare i tuoi passi; non temere la possibilità di un insuccesso; non imboccare scorciatoie o vie traverse.

Non sacrificare la tua dignità”.

- Carlo Azeglio Ciampi, *A un giovane italiano*

“Banking supervision needs to be constructive, not destructive. This is always true, but in the euro area today it needs to be constantly remembered. Prudential rules and practices should be strict but proportionate, and they should always keep the playing field level. We should also take into account the competitive conditions between our banks and banks outside the euro area”.

- Salvatore Rossi, Remarks by the Senior Deputy Governor of the Bank of Italy and President of the Institute for the Supervision of Insurance (IVASS), *Banking Union: experience so far and future prospects*, 2018, Wolpertinger Conference

INDICE

INTRODUZIONE	12
CAPITOLO I.....	24
LA STORIA DEL REMOVAL: DAGLI STATI UNITI ALL'EUROPA	24
<i>Premessa.....</i>	<i>25</i>
1.1. L'architettura delle agencies negli Stati Uniti	26
1.1.2. (segue): Il Banking Act: l'avvento del removal negli Stati Uniti tra gli administrative enforcement orders.....	31
1.1.3. (segue): Il Financial Institution Supervisory Act (FISA): la prima riforma del removal.....	33
1.1.4. (segue): Il Financial Institutions Regulatory and Interest Rate Control Act (FIRIRCA): la seconda riforma del removal	35
1.1.5. (segue): Il Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act (FIRREA): la terza riforma del removal	38
1.2. Dalla nozione storica di "safety and soundness" alle Proposed FDIC Guidelines negli Stati Uniti.....	40
1.3. L'architettura europea di vigilanza	45
1.4. La direttiva BRRD: l'avvento del removal in Europa tra le misure di intervento precoce.....	51
1.4.1. (segue): Il potere regolatorio di removal in capo alla BCE ai sensi del SSM....	52
1.4.2. (segue): Il potere sanzionatorio di interdizione temporanea ai sensi della CRD	53
1.4.3. (segue): Il potere regolatorio di removal ai sensi della BRRD.....	54
1.4.4. (segue): Dal removal ai removals: cenni preliminari.....	56

1.5. <i>L'avvento del removal in Italia secondo le Considerazioni finali dei Governatori</i>	57
1.5.1. <i>(segue): L'introduzione del removal in Italia: il dibattito dottrinale</i>	60
1.6. <i>La disciplina TUB in materia di removal</i>	63
1.7. <i>Dalla nozione storica di “sana e prudente gestione” ai nuovi Orientamenti di Banca d'Italia in materia di esponenti aziendali</i>	69
1.8. <i>Caso Credito di Romagna: il primo (e ultimo) removal in Italia</i>	76
<i>Considerazioni comparatistiche preliminari</i>	84
CAPITOLO II	89
IL BANKER REMOVAL POWER OGGI: I PROFILI SOSTANZIALI E PROCEDURALI DEL POTERE	89
<i>Premessa</i>	90
2.1. <i>Il removal negli Stati Uniti oggi</i>	91
2.1.1. <i>(segue): Primo presupposto del removal: la condotta impropria</i>	92
2.1.2. <i>(segue): Secondo presupposto del removal: le conseguenze negative</i>	95
2.1.3. <i>(segue): Terzo presupposto del removal: l'intenzionalità</i>	97
2.1.4. <i>(segue): L'ambito operativo del removal negli Stati Uniti</i>	101
2.1.5. <i>(segue): L'analisi statistica del removal negli Stati Uniti</i>	103
2.1.6. <i>(segue): Il removal negli Stati Uniti: atto rimediabile-sanzionatorio inequivoco</i>	116
2.1.7. <i>(segue): I rimedi esperibili contro il removal negli Stati Uniti</i>	120
2.2. <i>Il removal in Europa oggi</i>	124
2.2.1. <i>(segue): L'analisi statistica delle misure di intervento precoce in Europa</i>	131
2.3. <i>Il removal in Italia oggi</i>	134
2.4. <i>Le differenze tra il removal nazionale ed il removal comunitario</i>	140
2.5. <i>Le differenze procedurali tra il removal individuale-selettivo ed il removal totale-complessivo</i>	142

2.6. <i>Il removal in Italia: atto preventivo-regolatorio inequivoco</i>	148
2.7. <i>I rimedi esperibili contro il removal in Italia</i>	155
<i>Considerazioni comparatistiche preliminari</i>	159
CAPITOLO III	166
IL DIRECTOR REMOVAL POWER: LA REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ	166
<i>Premessa</i>	167
3.1. <i>La revoca degli amministratori in Italia</i>	168
3.2. <i>La revoca degli amministratori negli Stati Uniti</i>	175
3.3. <i>Il removal come alterazione positiva-costruttiva del rapporto fiduciario tra assemblea ed amministratori</i>	181
3.4. <i>Il potere di revoca ad nutum: dall'Europa agli Stati Uniti</i>	185
3.5. <i>Le differenze e analogie tra la revoca degli amministratori ed il removal in Italia</i>	189
<i>Considerazioni comparatistiche preliminari</i>	192
CAPITOLO IV	196
VERSO UN NUOVO REMOVAL: LA PROPOSTA DI DIRETTIVA “CMDI” IN EUROPA ED IL RECOUP ACT NEGLI STATI UNITI	196
<i>Premessa</i>	197
4.1. <i>Le sub-ottimalità del removal in Europa</i>	199
4.2. <i>Come ottimizzare il removal in Europa. Proposte positive-costruttive</i>	202
4.3. <i>La Proposta di direttiva CMDI</i>	208
4.4. <i>Le sub-ottimalità del removal negli Stati Uniti</i>	214
4.5. <i>Come ottimizzare il removal negli Stati Uniti. Proposte positive-costruttive</i>	216
4.6. <i>Il RECOUP Act</i>	222

<i>Considerazioni comparatistiche preliminari</i>	225
CONCLUSIONI	229
ALLEGATO 1	240
COLUMBIA LAW SCHOOL – CERTIFICATE OF THESIS RESEARCH	241
ALLEGATO 2	243
MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE – CERTIFICATO DI SVOLGIMENTO DI TIROCINIO CURRICULARE	244
ALLEGATO 3	248
COMMISSIONE EUROPEA – PROPOSTA DI DIRETTIVA CMDI (artt. 27 – 30-bis)..	249
ALLEGATO 4	260
SENATE COMMITTEE ON BANKING, HOUSING AND URBAN AFFAIRS – RECOUP ACT.....	261
BIBLIOGRAFIA	272
RINGRAZIAMENTI	288

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di svolgere un'analisi comparatistica – tra l'ordinamento italiano-comunitario, da un lato, e l'ordinamento statunitense, dall'altro – con riferimento ad una specifica misura di vigilanza bancaria: il c.d. *banker removal power*, definibile come il potere attribuito all'autorità di vigilanza di rimuovere gli esponenti aziendali delle banche vigilate, lasciando a quest'ultime la designazione dei sostituti secondo le apposite regole statutarie. A tal proposito, la natura *invasiva* di tale strumento di vigilanza risulta giustificata, in quanto soltanto un'efficienza *ottimale* dell'organizzazione societaria – a cominciare dal *top management*, capace di influenzare direttamente il funzionamento dell'impresa – può garantire la tutela degli interessi generali di stabilità finanziaria, fiducia dei depositanti e tutela dei contribuenti¹.

A tal proposito, più in generale, “*il successo economico e duraturo di imprese di beni e servizi, il più delle volte, è in larga parte legato alla qualità delle persone che compongono l'organizzazione e da quanto i valori aziendali ne siano condivisi all'interno*”². Tale concezione di “responsabilità ramificata” degli istituti di credito – secondo cui la sana gestione da parte dei *singoli* esponenti aziendali costituisce un presupposto indispensabile per la stabilità del sistema finanziario *complessivo* – rappresenta la *ratio* dell'attribuzione del potere di *removal* alle autorità di vigilanza, sia nell'ordinamento italiano-comunitario sia nell'ordinamento statunitense.

Nello specifico, il potere di rimozione degli esponenti si configura come mezzo di intervento *ablativo* sull'organigramma dell'istituzione bancaria, determinando dunque un'alterazione *esogena* della relativa compagine aziendale, nella misura in cui siffatto potere ablativo risulta attribuito ad un'Autorità *esterna* alla banca. In tal senso, il potere di rimozione si distingue dall'equivalente potere (ablativo) di revoca degli amministratori di società, il quale invece determina perlopiù un'alterazione *endogena* della compagine societaria, nella misura in cui siffatto potere risulta tendenzialmente attribuito ad organi *interni* alla società medesima (ad eccezione dell'ipotesi della revoca *giudiziale*). Inoltre, rispetto al potere di revoca, il potere di *removal* risulta caratterizzato da maggiore intrusività,

¹ Si veda, a tal proposito, G. BAZOLI, *La banca, un'impresa speciale, Lectio Magistralis*, Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica, Università di Bologna, 23 giugno 2017, secondo cui “*in un mercato aperto e concorrenziale, la tutela degli interessi generali deve necessariamente passare attraverso il successo imprenditoriale, ossia richiede la massima efficienza e redditività delle aziende*”.

² M. DE CUPIS, *Il potere di “removal” degli esponenti bancari. Un'innovazione per il sistema di vigilanza bancario italiano*, Edizioni Accademiche Italiane, 2018, pp. II-III.

in quanto determina *ipso iure* la cessazione dei componenti degli organi di amministrazione e/o di controllo rimossi.

In Europa tale potere è stato introdotto fondamentalmente con la direttiva *Bank Recovery and Resolution Directive* (di seguito, BRRD)³ – adottata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 15 maggio 2014 ed entrata in vigore in data 1° gennaio 2015 – il cui obiettivo primario è quello di istituire un quadro armonizzato di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. In particolare, il potere di rimozione degli esponenti aziendali risulta inserito, nella sistematica della direttiva, tra le misure di intervento precoce (c.d. *early intervention measures*). Accogliendo la teoria della “responsabilità ramificata” poc’anzi menzionata, siffatte misure – tra cui il *removal*, agli artt. 27 (il quale menziona numerose altre misure di intervento alternative) e 28 della BRRD – sono finalizzate ad “*un intervento sufficientemente precoce e rapido in un ente in crisi o in dissesto, al fine di garantire la continuità delle funzioni finanziarie ed economiche essenziali dell’ente, riducendo al minimo l’impatto del dissesto sull’economia e sul sistema finanziario*”⁴.

Peraltro, ulteriori misure nei confronti degli esponenti aziendali sono state poi introdotte in Italia, con il d.lgs. n. 72/2015, in occasione del recepimento della direttiva CRD⁵, in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Inoltre, ad incidere su tale disciplina sono stati i successivi d.lgs. nn. 180/2015 e 181/2015, anch’essi in materia di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

Con particolare riferimento al potere di rimozione degli esponenti aziendali, il quadro normativo nazionale prevede una *multi-disciplina graduale* di interventi, ossia un sistema di misure applicabili secondo il principio di *gradualità*, così identificabili: rimozione di *uno o più* esponenti aziendali (rimozione *individuale-selettiva*); rimozione di *tutti* gli esponenti (rimozione *totale-complessiva*); ordine di rimozione di uno o più componenti dell’alta dirigenza; nomina di commissari in temporaneo affiancamento.

³ 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.

Si veda anche L. STANGHELLINI, «La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea», in *Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 75, Banca d’Italia, Roma, 2014, p. 147.

⁴ *Ibidem*, Considerando n. 5.

⁵ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE.

La rimozione individuale-selettiva di *uno o più* esponenti aziendali – prevista dall’art. 53-*bis* del TUB – risulta applicabile quando la permanenza di tali esponenti sia, *genericamente*, di pregiudizio per la “*sana e prudente gestione della banca*”.

Viceversa, la rimozione totale-complessiva di *tutti* gli esponenti – prevista dall’art. 69-*vicies-semel* in combinato disposto con l’art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. *b*) – risulta applicabile, *specificamente*, nei casi di: *(i)* gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari, o statutarie; *(ii)* gravi irregolarità nell’amministrazione; ovvero *(iii)* significativo deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario.

Senza farsi ingannare dalla diversa formulazione testuale dei due istituti, ai sensi del presente lavoro la rimozione individuale-selettiva e la rimozione totale-complessiva – *formalmente distinte* – risultano avere una *sostanziale equivalenza dei presupposti applicativi* (equivalenza *causale*). Da un lato, un effettivo pregiudizio per la *sana e prudente* gestione dell’istituzione bancaria deriva perlopiù da una *grave* violazione legislativa, regolamentare o statutaria ovvero da una *grave* irregolarità amministrativa ovvero da un *significativo* deterioramento. D’altro canto, risulta pressoché impossibile che una *grave* violazione legislativa, regolamentare o statutaria ovvero una *grave* irregolarità amministrativa ovvero un *significativo* deterioramento lascino impregiudicata la *sana e prudente* gestione dell’istituzione bancaria.

Di conseguenza, a parità (sostanziale) di presupposti applicativi, la valutazione del ricorso al *removal* individuale-selettivo in luogo del *removal* totale-complessivo (o viceversa) è da basarsi sulla diversità dei rispettivi effetti (diversità *effettuale*): difatti, ai sensi dell’art. 69-*vicies-semel*, comma 6, del TUB il *removal* individuale-selettivo va *in ogni caso* preferito (in luogo del *removal* totale-complessivo, quand’anche sussistano i presupposti aggravati per l’applicazione di quest’ultimo) “*se sufficiente per porre rimedio alla situazione*”. Solo in caso contrario, si applicherà (come *extrema ratio*) il *removal* totale-complessivo.

L’ordine di rimozione di uno o più componenti dell’alta dirigenza – previsto dall’art. 69-*vicies-semel*, comma 3 – risulta applicabile al ricorrere degli stessi presupposti della rimozione totale-complessiva di tutti gli esponenti (ossia, come poc’anzi rilevato: gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari, o statutarie; gravi irregolarità nell’amministrazione; significativo deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario). A ben vedere, il potere in esame consiste nel più “mite” potere di *ordinare* la rimozione, senza potervi procedere *direttamente*.

Infine, la nomina dei commissari in temporaneo affiancamento – prevista dall’art. 75-bis del TUB – risulta applicabile al ricorrere degli stessi presupposti dell’amministrazione straordinaria⁶, ossia nei casi di: (i) sussistenza dei presupposti per la rimozione totale-complessiva; (ii) gravi perdite del patrimonio; (iii) richiesta di scioglimento degli organi con istanza motivata da parte degli organi amministrativi o dall’assemblea straordinaria. A ben vedere, il temporaneo affiancamento si distingue dalla *rimozione* degli esponenti aziendali, in quanto il primo *lascia in carica* l’organo amministrativo, pur limitandone il potere gestorio.

D’altro lato, negli Stati Uniti l’introduzione del potere di *removal*⁷ risale al 1933 – con l’emanazione da parte del Congresso del *Banking Act*⁸ – in caso di reiterate violazioni di leggi bancarie ovvero di pratiche contrarie a sicurezza o solidità, poste in essere dagli amministratori e dirigenti della banca⁹. A seguito di molteplici interventi normativi, tale potere si trova oggi inserito nella Sezione 1818(e) del Codice delle leggi federali degli Stati Uniti¹⁰ (di seguito, “*U.S. Code*”) ed è esercitabile (a) non solo in caso di reiterate violazioni di leggi bancarie ovvero di pratiche contrarie a sicurezza o solidità (secondo quanto originariamente previsto dal *Banking Act* del 1933), *bensì anche* in caso di violazione di dovere fiduciario e (b) non solo nei confronti degli amministratori e dirigenti bancari (secondo quanto originariamente previsto dal *Banking Act* del 1933), *bensì* nei confronti di *qualunque soggetto affiliato all’istituzione bancaria*¹¹, al ricorrere di tre presupposti *tassativi*: (i) condotta impropria; (ii) conseguenze negative; (iii) intenzionalità.

In particolare, negli Stati Uniti il *removal* risulta inquadrabile nella più ampia categoria degli *administrative enforcement orders*, poteri attribuiti alle agenzie di vigilanza per (a) perseguire le condotte contrarie alla sicurezza o solidità (*safety or soundness*) e (b) ripristinare siffatte condizioni all’interno dell’istituzione bancaria.

⁶ Al riguardo, si veda O. CAPOLINO, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, Relazione al Convegno di Siena, 7-9 aprile 2016.

⁷ Con riferimento al *distinto* potere di *removal* verso i vertici (non già degli enti vigilati, bensì) delle agenzie di vigilanza, attribuito al Presidente degli Stati Uniti, si veda: C. R. SUNSTEIN – A. VERMEULE, «*Presidential Review: The President’s Statutory Authority Over Independent Agencies*», in *Geo. Law Journ.*, 2021; G. SITARAMAN, «*The Political Economy of the Removal Power*», in *Harv. Law Rev.*, 2020; G. METZGER, «*The Constitutional Duty To Supervise*», in *Yale Law Journ.*, 2015; K. DATLA – R. L. REVESZ, «*Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*», in *Corn. Law Rev.*, 2013; L. LESSIG – C. R. SUNSTEIN, «*The President and the Administration*», in *Colum Law Rev.*, 1994.

⁸ *Banking Act*, Public-No- 66-73d Congress, 16 giugno 1933. “*An Act to provide for the safer and: more effective use of the assets of banks, to regulate interbank control, to prevent the undue diversion of funds into speculative operations, and for other purposes*”.

⁹ *Banking Act*, Sezione 30, che si applica nei casi in cui “*any director or officer of a national bank, or of a bank or trust company doing business in the District of Columbia, or whenever, in the opinion of a Federal reserve agent, any director or officer of a State member bank in his district shall have continued to violate any law relating to such bank or trust company or shall have continued unsafe or unsound practices in conducting the business of such bank or trust company*”.

¹⁰ *U.S. Code*, Titolo 12, Sez. 1818(e).

¹¹ *Ibidem*, dove si fa espresso riferimento ad “*any institution-affiliated party*”.

Nello specifico, le principali azioni formali di *enforcement* a disposizione di tali agenzie sono: (i) portare all'attenzione del consiglio di amministrazione questioni di particolare rilevanza (*matters requiring board attention*); (ii) esprimere approvazioni condizionate (*conditional approvals*); (iii) stipulare accordi scritti o memoranda d'intesa (*written agreements or memoranda of understanding*); (iv) emanare ordini di cessazione di condotta irregolare (*cease-and-desist orders*); (v) procedere alla sospensione, rimozione ed interdizione (*suspension, removal, and prohibition of personnel*); (vi) irrogare sanzioni pecuniarie (*civil money penalties*); (vii) procedere alla sospensione o cessazione dell'assicurazione federale dei depositi (*suspending or terminating federal deposit insurance*); (viii) contenzioso civile (*civil litigation*); e (xi) amministrazione controllata (*receivership*)¹².

Siffatti poteri sono disciplinati dallo *U.S. Code* – precisamente al Titolo 12, Sezione 1818(e). Come anticipato, il potere di *removal* risulta *integralmente* disciplinato alla lett. e) di tale Sezione. Di conseguenza – a differenza del contesto italiano-comunitario, in cui il *banker removal power* risulta declinato in *molteplici* fattispecie fra loro (almeno formalmente) distinte – nell'ordinamento statunitense il *banker removal power* risulta declinato in un'unica fattispecie esaustiva della disciplina.

Gli *administrative enforcement orders* sono dunque poteri esercitabili allorché, dinanzi a pratiche contrarie alla sicurezza o solidità dell'istituzione bancaria, i poteri di vigilanza ordinaria non risultano sufficienti a ripristinare siffatte condizioni all'interno dell'organizzazione¹³. Di conseguenza, a differenza delle misure di intervento precoce (*early intervention measures*) previste dalla legislazione comunitaria – le quali, come poc'anzi anticipato, presentano una funzione *preventiva* della crisi *non ancora manifestata* (funzione *pre-critica*) – gli *administrative enforcement orders* previste dalla legislazione federale statunitense presentano una funzione *rimediale* della crisi pressoché *già manifestata* (funzione *critica*), nella misura in cui intervengono *in un secondo momento*, ossia (soltanto) in caso di comprovata inadeguatezza dei poteri di vigilanza ordinaria nel caso concreto.

¹² Per gli opportuni approfondimenti, si rinvia a R. S. CARNELL *et al.*, *The Law of Financial Institutions*, Aspen Casebook Series, 2021, pp. 332 ss.

¹³ OFFICES OF INSPECTOR GENERAL, *FDIC Board of Governors of the Federal Reserve System and Consumer Financial Protection Bureau Department of the Treasury, Enforcement Actions and Professional Liability Claims Against Institution-Affiliated Parties and Individuals Associated with Failed Institutions*, 2014, p. 9: “The primary means for addressing supervisory concerns at institutions is through the ordinary course of routine examinations. However, when a supervised institution exhibits unsafe or unsound practices or where the practice or an alleged violation of law is so widespread or serious that normal recourse to ordinary supervisory methods are not appropriate or sufficient, the Regulators may use their authority to take formal EAs against institutions or IAPs”.

In sintesi, da un lato, in Europa il *banker removal power* si fonda sul principio generale secondo cui *prevenire è meglio che curare*; da qui, appunto, l’inserimento di tale potere tra le misure *precoci* di vigilanza. A tal proposito, dinanzi ad indici *sintomatici* di una crisi bancaria (non ancora manifestata), intervenire *preventivamente* – anche attraverso la rimozione di uno o più esponenti aziendali – assolve “*ad una funzione di ‘governo’ dell’agire imprenditoriale: se si previene la crisi di coloro che operano in settori fondamentali per l’economia (quali quello bancario e quello delle società partecipate), più difficilmente si verificheranno ‘fallimenti’ del mercato*”¹⁴.

D’altro canto, negli Stati Uniti il *banker removal power* si fonda sul principio generale secondo cui *il rimedio è la cura migliore*; da qui, appunto, l’inserimento di tale potere tra gli *administrative enforcement orders*, esercitabili (soltanto) in caso di comprovata inadeguatezza dei poteri di vigilanza ordinaria per il caso concreto. A tal proposito, dinanzi ad indici *conclamati* di una crisi bancaria (già manifestata), rimediare *successivamente* – anche attraverso la rimozione di uno o più amministratori o dirigenti – assolve ad una funzione (a) *sanzionatoria ex post* avverso le condotte (oramai commesse) da parte di siffatti esponenti e (b) *dissuasiva ex ante* avverso analoghe condotte (non ancora commesse) da parte degli esponenti *di altre banche*¹⁵.

Pertanto, ai sensi del presente lavoro, se da un lato in Europa si è aderito ad una concezione *preventiva-regolatoria* del potere di rimozione degli esponenti aziendali – dal momento che siffatto potere costituisce una *misura di vigilanza regolamentare ordinaria* per prevenire una crisi (non ancora manifestata) – dall’altro negli Stati Uniti si è aderito ad una concezione *rimediale-sanzionatoria* del potere di rimozione degli esponenti aziendali – dal momento che siffatto potere costituisce piuttosto un’*azione formale di enforcement*, esercitabile (soltanto) in caso di inadeguatezza delle misure di vigilanza regolamentare ordinaria per il caso concreto, al fine di (a) rimediare ad una crisi (già manifestata) e (b) punire l’attuale colpevole e al tempo stesso dissuadere *pro-futuro* altri potenziali colpevoli.

Nello specifico, il potere di *removal*, così come concepito dalla legislazione federale statunitense, appare ricostruibile secondo “cerchi concentrici”: difatti, siffatto potere risulta (a) *sanzionatorio verso il colpevole rimosso* (cerchio minore), (b) *rimediale verso la banca in crisi* (cerchio maggiore) e (c) *dissuasivo verso tutte le altre banche* (cerchio massimo).

¹⁴ C. LUISA APPIO, *Gli accordi di sostegno infragruppo bancario. Premesse per una disciplina di diritto comune*, Giappichelli, 2020, p. 8.

¹⁵ OFFICES OF INSPECTOR GENERAL, op. cit., p. 9: “*The Regulators have broad discretion in determining the appropriate enforcement remedies to address misconduct committed by insiders and deter others from performing illegal acts*”.

A tal proposito, l'obiettivo di buon governo imprenditoriale risulta realizzabile solo con la consapevolezza, da parte degli esponenti aziendali, di poter essere *effettivamente* rimossi dal loro incarico, in caso di violazione di legge o di messa a repentaglio della sicurezza e solidità del sistema bancario¹⁶.

Inoltre, sia in Europa sia negli Stati Uniti, il *banker removal power* costituisce la “via maestra” per la risoluzione del dilemma del disallineamento tra gli interessi del *management* bancario e quelli del pubblico (c.d. *misalignment problem*) – dilemma non integralmente risolvibile mediante il ricorso alle discipline tradizionali della *corporate governance* e della regolamentazione prudenziale.

Da un lato, la disciplina di *corporate governance* – la quale si propone in linea teorica di risolvere il dilemma del disallineamento influenzando *in via indiretta* le scelte degli esponenti aziendali, attraverso *incentivi* a condotte conformi alla sana e prudente gestione – aggrava *de facto* il dilemma, in quanto si limita ad allineare gli interessi degli esponenti aziendali *a quelli degli azionisti-investitori*, anch'essi propensi al rischio (eccessivo) d'impresa¹⁷.

Dall'altro, la regolamentazione prudenziale – la quale si propone in linea teorica di risolvere il dilemma del disallineamento determinando *in via diretta* le attività bancarie consentite e quelle non consentite – non risulta sufficiente a tale scopo, in quanto incapace di “tenere il ritmo” rispetto alla crescente complessità del sistema finanziario e alle pratiche di arbitraggio regolamentare poste in essere dalle banche maggiormente consolidate¹⁸.

In tale scenario, la credibile “minaccia” del *removal* – quale conseguenza diretta del pregiudizio agli interessi del pubblico da parte degli esponenti aziendali – determina il superamento del dilemma nella misura in cui: (i) consente ai regolatori di “fare a meno” di esponenti nei confronti dei quali *non ripongono più alcuna fiducia*; e (ii) consente di individuare uno o più *responsabili* anche all'interno di istituzioni – come le banche – per definizione *complesse*, superando la illusoria

¹⁶ Sul punto, D. LIN - L. MENAND, «The Banker Removal Power», in *Virg. Law Rev.*, 2022, p. 9: “But the law only works if bankers believe they will be removed for breaking the law or jeopardizing the public's interest in a safe and sound banking system”.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 51-53: “Corporate governance reforms, although they focus on the incentives governing how bank leadership exercises their discretion, motivate executives to advance only the interests of shareholders. [...] Corporate governance reforms that better align management and shareholders may thus even exacerbate the incentives for excessive risk-taking at banks”.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 57-58: “Unlike corporate governance mechanisms, which influence senior bankers' choices indirectly by focusing on their incentives, prudential regulation directly addresses banking activities by limit[ing] the choices available to banks in order to preclude socially inefficient choices. [...] Designing well-calibrated rules requires time for extensive investigation, data collection, and analysis. During that time, the financial system invariably changes, so rules often become stale even before they take effect. Moreover, new rules inevitably lead to new risks as bankers find new ways to get around them”.

concezione della cultura della complessità come cultura dell'*irresponsabilità*, secondo cui in un'organizzazione complessa risulterebbe *impossibile* individuare i responsabili.

Accogliendo tale orientamento, il presente lavoro si articola secondo quanto segue. Avendo l'obiettivo di offrire un'analisi sistematica dell'istituto giuridico del *banker removal power*, attraverso una comparazione tra l'ordinamento italiano-comunitario e l'ordinamento statunitense:

- il capitolo I intende esaminare, in via comparatistica, l'avvento e l'evoluzione storica del potere di *removal*, dagli Stati Uniti all'Europa, analizzando contestualmente le rispettive architetture di vigilanza bancaria nonché le rispettive nozioni storiche di "sicurezza e solidità" (*safety and soundness*) e di "sana e prudente gestione" della banca.

In particolare, con riferimento al *removal* statunitense, si procederà ad analizzare le tre principali riforme federali varate in materia dal secolo scorso ad oggi; specularmente, con riferimento al *removal* europeo, si procederà ad analizzare la fase di introduzione di tale potere nella legislazione comunitaria e la successiva fase di recepimento nel nostro ordinamento nazionale.

A conclusione del Capitolo, si enunceranno le Considerazioni comparatistiche preliminari rilevanti, in qualità di sintesi dei contributi originali offerti rispetto all'analisi specificamente condotta;

- il capitolo II intende esaminare, in via comparatistica, i presupposti, l'ambito applicativo e gli aspetti procedurali del *removal* nei due contesti giuridici di riferimento, delineando le differenze strutturali di esercizio di tale potere tra Europa e Stati Uniti.

In particolare, con riferimento al *removal* statunitense, si procederà ad analizzare l'esercizio quantitativo e qualitativo di tale potere dal punto di vista statistico e a constatarne la pacifica natura *rimediale-sanzionatoria*; specularmente, con riferimento al *removal* europeo, si procederà ad analizzare l'esercizio quantitativo e qualitativo di tale potere dal punto di vista statistico (prendendo in considerazione anche tutte le altre misure di intervento precoce) e a constatarne la pacifica natura *preventiva-regolatoria*.

A conclusione del Capitolo, si enunceranno le Considerazioni comparatistiche preliminari rilevanti, in qualità di sintesi dei contributi originali offerti rispetto all'analisi specificamente condotta;

- il capitolo III intende esaminare, in via comparatistica, la disciplina del potere (generale) di revoca degli amministratori vigente in Italia e negli Stati Uniti (*director removal power*) – ed alternativamente esercitabile dall’assemblea, dallo stesso consiglio di amministrazione ovvero dall’autorità giudiziaria – al fine di identificare le differenze rispetto al potere (speciale) di rimozione degli esponenti aziendali – esercitabile dall’Autorità (o agenzia) di vigilanza competente.

In particolare, con riferimento alla disciplina italiana, si procederà ad analizzare le principali fattispecie di revoca degli amministratori rispettivamente previste in materia di s.p.a. ed s.r.l.; specularmente, con riferimento alla disciplina statunitense, si procederà ad analizzare le principali fattispecie di revoca degli amministratori previste in via federale ed in via statale.

A conclusione del Capitolo, si enunceranno le Considerazioni comparatistiche preliminari rilevanti, in qualità di sintesi dei contributi originali offerti rispetto all’analisi specificamente condotta;

- il capitolo IV intende esaminare, in via comparatistica, specifiche proposte di riforma al fine di ottimizzare l’applicabilità del potere di *removal* in Europa e negli Stati Uniti, tenendo in considerazione le differenze strutturali tra i due ordinamenti.

In particolare, con riferimento al *removal* europeo, si procederà ad analizzare la Proposta di direttiva di modifica della BRRD per quanto riguarda le misure di intervento precoce, le condizioni per la risoluzione e il finanziamento dell’azione di risoluzione (*Crisis Management and Deposit Insurance framework* o “Proposta CMDI”); specularmente, con riferimento al *removal* statunitense, si procederà ad analizzare la Proposta di modifica del *Federal Deposit Insurance Act* in materia di responsabilità dei dirigenti bancari e *governance* aziendale (*Recovering Executive Compensation Obtained from Unaccountable Practices Act* o “Proposta RECOUP”).

A conclusione del Capitolo, si enunceranno le Considerazioni comparatistiche preliminari rilevanti, in qualità di sintesi dei contributi originali offerti rispetto all’analisi specificamente condotta;

- le Conclusioni intendono enucleare in via definitiva i contributi originali sul piano comparatistico, alla luce dell’analisi complessivamente condotta nel presente lavoro;

- l'Allegato 1 contiene la certificazione ufficiale di svolgimento dell'attività di ricerca, preliminare ai fini del presente lavoro, presso la *Columbia Law School*, dal 1° giugno al 30 settembre 2023;
- l'Allegato 2 contiene la certificazione ufficiale di svolgimento di un tirocinio curriculare, contestualmente alla redazione del presente lavoro, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, nel Dipartimento del Tesoro – dal 12 ottobre 2023 al 9 gennaio 2024 – precisamente presso l'Ufficio II (Dirigente: Dott. Silvio D'Amico) della Direzione V (Dirigente Generale: Dott. Stefano Cappiello), in materia di regolamentazione e vigilanza del sistema finanziario;
- l'Allegato 3 contiene la Proposta di direttiva europea di modifica della BRRD per quanto riguarda le misure di intervento precoce, le condizioni per la risoluzione e il finanziamento dell'azione di risoluzione (come poc'anzi definita, la Proposta CMDI), con riferimento esclusivo agli articoli che riformano l'esercizio delle misure di intervento precoce (artt. 27–30-*bis* della Proposta);
- l'Allegato 4 contiene la Proposta statunitense di modifica del *Federal Deposit Insurance Act* in materia di responsabilità dei dirigenti bancari e *governance* aziendale (come poc'anzi definita, la Proposta RECOUP).

Come poc'anzi anticipato, il presente lavoro è stato svolto nell'ambito del Bando di ricerca "Tesi all'estero" presso la *Columbia Law School* – dal 1° giugno al 30 settembre 2023 – sotto la supervisione del Professor Lev Menand¹⁹ per gli aspetti di regolamentazione e vigilanza bancaria statunitense. Il Professor Menand, difatti, è co-autore della pubblicazione intitolata "*The Banker Removal Power*", 108 *Virginia Law Review*, 2022 (*with* Da Lin). Costituendo tale pubblicazione una risorsa scientifica fondamentale ai fini del presente lavoro, il Professore si è reso disponibile ad offrire al sottoscritto un supporto accademico per tutta la durata del soggiorno presso la *Columbia*, dandomi le opportune indicazioni per la ricerca delle fonti normative, dottrinali e giurisprudenziali concernenti l'istituto del *removal* statunitense.

Inoltre, contestualmente alla redazione del presente lavoro, il sottoscritto ha svolto un tirocinio curriculare presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, nel Dipartimento del Tesoro – dal 12 ottobre 2023 al 9 gennaio 2024 – precisamente presso l'Ufficio II (Dirigente: Dott. Silvio D'Amico) della Direzione V (Dirigente Generale: Dott. Stefano Cappiello), in materia di regolamentazione e vigilanza del sistema finanziario. Nello specifico, con riferimento alle principali aree di interesse (regolamentazione delle politiche e vigilanza del settore finanziario sotto il profilo del contenimento del rischio, del mantenimento della stabilità finanziaria, della gestione della crisi e della garanzia della sana e prudente gestione), il tirocinio curriculare ha previsto lo svolgimento di numerose attività a supporto dell'Ufficio e della Direzione, tra cui: (i) riunioni con *stakeholders* istituzionali pubblici e privati; (ii) ricerca ed estrazioni dati; (iii) *drafting* normativo; (iv) istruttoria di atti amministrativi; (v) gestione archivio; e (vi) definizione di contributi per le materie di competenza in sede europea ed internazionale. Peraltro, nel corso di tale tirocinio curriculare, il sottoscritto ha partecipato attivamente a riunioni con *stakeholders* istituzionali pubblici – tra cui, in particolare, Banca d'Italia – in merito alla posizione italiana relativa alla stessa Proposta CMDI.

Per tale ragione, il tirocinio curriculare svolto si è dimostrato di significativa utilità anche ai fini della redazione del presente lavoro, in materia di gestione delle crisi bancarie, con specifico riferimento all'analisi comparatistica del *banker removal power*, prendendo in esame l'ordinamento nazionale e comunitario, da un lato, e l'ordinamento statunitense, dall'altro. Difatti, il sottoscritto ha avuto modo di approfondire adeguatamente il tema attraverso confronti nel merito con la struttura ministeriale e con il personale di Banca d'Italia.

¹⁹ *Associate Professor of Law, Columbia Law School.*

CAPITOLO I

LA STORIA DEL REMOVAL: DAGLI STATI UNITI ALL'EUROPA

SOMMARIO: *Premessa – 1.1. L'architettura delle agencies negli Stati Uniti – 1.1.2. (segue): Il Banking Act: l'avvento del removal negli Stati Uniti tra gli administrative enforcement orders – 1.1.3. (segue): Il Financial Institution Supervisory Act (FISA): la prima riforma del removal – 1.1.4. (segue): Il Financial Institutions Regulatory and Interest Rate Control Act (FIRIRCA): la seconda riforma del removal – 1.1.5. (segue): Il Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act (FIRREA): la terza riforma del removal – 1.2. Dalla nozione storica di "safety and soundness" alle Proposed FDIC Guidelines negli Stati Uniti – 1.3. L'architettura europea di vigilanza – 1.4. La direttiva BRRD: l'avvento del removal in Europa tra le misure di intervento precoce – 1.4.1. (segue): Il potere regolatorio di removal in capo alla BCE ai sensi del SSM – 1.4.2. (segue): Il potere sanzionatorio di interdizione temporanea ai sensi della CRD – 1.4.3. (segue): Il potere regolatorio di removal ai sensi della BRRD – 1.4.4. (segue): Dal removal ai removals: cenni preliminari – 1.5. L'avvento del removal in Italia secondo le Considerazioni finali dei Governatori – 1.5.1. (segue): L'introduzione del removal in Italia: il dibattito dottrinale – 1.6. La disciplina TUB in materia di removal – 1.7. Dalla nozione storica di "sana e prudente gestione" ai nuovi Orientamenti di Banca d'Italia in materia di esponenti aziendali – 1.8. Caso Credito di Romagna: il primo (e ultimo) removal in Italia – Considerazioni comparatistiche preliminari*

Premessa

Come già anticipato nell'Introduzione, il presente Capitolo intende esaminare l'avvento e lo sviluppo del potere di *removal*, dagli Stati Uniti all'Europa. Difatti, come già rilevato, tale potere è stato introdotto negli Stati Uniti nel lontano 1933, nella categoria delle azioni formali di *enforcement* (*administrative enforcement orders*). Tali azioni formali costituiscono poteri *rimediali-sanzionatori* attribuiti alle agenzie di vigilanza per (a) *perseguire* le condotte contrarie alla sicurezza o solidità (*safety or soundness*) e (b) *ripristinare* siffatte condizioni all'interno dell'istituzione bancaria a seguito dello scoppio della crisi.

Viceversa, in Europa il potere di *removal* è stato introdotto molto più recentemente, nel 2014, nella categoria delle misure di intervento precoce (*early intervention measures*). Tali misure di intervento precoce costituiscono poteri *preventivi-regolatori* attribuiti all'Autorità di vigilanza per intervenire *tempestivamente* a tutela della sana e prudente gestione, *ancor prima dello scoppio della crisi*.

Ciò premesso, si procederà all'esame dell'architettura statunitense di vigilanza (par. 1.1) – composta da molteplici *agencies* competenti – e successivamente alla ricostruzione storica del *removal*, dalla sua introduzione (par. 1.1.2) alle tre riforme federali in materia (par. 1.1.3; par. 1.1.4; par. 1.1.5). Di seguito, si procederà ad esaminare la nozione storica di “sicurezza e solidità” negli Stati Uniti (*safety and soundness*) e le recenti Linee Guida in materia proposte dalla *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) (par. 1.2).

Ciò concluso, si procederà specularmente all'esame dell'architettura europea di vigilanza (par. 1.3) e successivamente alla ricostruzione storica del *removal*, dalla sua introduzione nella legislazione comunitaria (par. 1.4; par. 1.4.1; par. 1.4.2; par. 1.4.3; par. 1.4.4) fino al recepimento della misura nel nostro ordinamento nazionale (par. 1.5; par. 1.5.1). Di seguito, si procederà ad esaminare la nozione storica di “sana e prudente gestione” ed i recenti Orientamenti della Banca d'Italia in materia di esponenti aziendali (par. 1.7). Successivamente, si analizzerà il primo – e, finora, pressoché l'ultimo – caso di *removal* in Italia oggetto di intervento dell'autorità giurisdizionale: il Caso Credito di Romagna (par. 1.8).

Infine, si procederà ad esporre le Considerazioni comparatistiche preliminari rilevanti, in qualità di contributi originali rispetto all'analisi specificamente condotta nel presente Capitolo.

1.1. *L'architettura delle agencies negli Stati Uniti*

In linea generale, negli Stati Uniti “*banks – also referred to as insured depository institutions (IDIs) – are state or federally chartered institutions that take deposits, which are insured by the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), and extend loans*”²⁰. In altri termini, negli Stati Uniti le banche costituiscono per definizione istituti di deposito assicurati e garantiti (*Insured Deposit Institutions* o *IDIs*).

In linea generale, il sistema di regolamentazione e vigilanza bancaria negli Stati Uniti è costituito da *molteplici* agenzie competenti in materia. Difatti, come noto, il sistema di vigilanza bancaria statunitense si articola in un meccanismo “bi-livello”, ossia sul coordinamento tra agenzie federali e agenzie statali.

Per individuare l'agenzia competente per il caso concreto, assumono rilevanza tre distinti criteri di attribuzione: (i) *tipologia di ente coinvolto* (criterio soggettivo-formale)²¹; (ii) *materia oggetto di regolamentazione* (criterio oggettivo-materiale)²²; (iii) *coesistenza tra livello federale e livello statale* (criterio spaziale)²³.

Pertanto, “*if we want to identify the responsible regulator, we usually can do so by asking three questions: what type of depository institution is involved; what function is being regulated; and*

²⁰ Si veda M. BODELLINI, «*International Bank Crisis Management: A Transatlantic Perspective*», in *Hart Stud. Comm. Fin. Law*, 2022, p. 19.

²¹ Si veda R. S. CARNELL *et al.*, op. cit., p. 90: “*First, regulation is divided by type of institution. Before 2010, for example, there were five federal bank supervisors: the OCC, the Fed, the FDIC, the Office of Thrift Supervision (OTS), and the NCUA. The Dodd-Frank Act abolished the OTS and divided its responsibilities between the OCC and the FDIC. Many states have specialized depository institution regulators. Texas has a Department of Banking that charters and regulates state banks, a Department of Savings and Mortgage Lending that charters and regulates state thrift institutions, and a Credit Union Department that charters and regulates state credit unions. Some states have consolidated regulatory authority: the Virginia Bureau of Financial Institutions, for example, charters and supervises all state depository institutions; and New York combines insurance and bank regulation in its Department of Financial Services*”.

²² *Ibidem*, p. 90: “*Second, regulatory power is divided by subject matter being regulated. The FDIC, for example, exercises authority over depository institutions that operate with federal insurance. The DOJ plays a role in the antitrust analysis of depository institution mergers. The CFPB exercises responsibility for interpreting and enforcing federal consumer protection laws. Similar powers are assigned to specialized regulators under state law*”.

²³ *Ibidem*, p. 91: “*Third, regulatory power is divided between states and the federal government. Here we observe three ways in which regulatory authority is allocated within our federal system: dual chartering, preemption, and concurrent regulation. (i) Dual Chartering: in some cases, a depository institution can select between a federal and a state regulator. For example, a bank can obtain a charter from either a state bank supervisor or from the OCC; (ii) Preemption: [...] this is the doctrine that determines whether federal laws displace state authority. Many federal banking rules preempt statute rules. Some federal rules expressly refrain from preempting state laws, leaving the states free to enact their own rules (typically, so long as the rules are at least as protective as the otherwise-applicable federal rule); (iii) Concurrent Regulation: sometimes both federal and state banking regulations apply simultaneously. Here the depository institution ordinarily must conform to whichever rule is stricter. This pattern is observed in several contexts involving consumer protection norms*”.

what level of government (state or federal) is doing the regulation”²⁴. In forza della coesistenza tra livello federale e livello statale poc’anzi menzionata, occorre dunque analizzare le principali agenzie di vigilanza al livello federale, tenendo in considerazione gli altri due criteri citati: tipologia di ente coinvolto, da un lato, e materia oggetto di regolamentazione, dall’altro.

In linea generale, le principali agenzie federali di vigilanza sono tre²⁵:

- l’*Office of the Comptroller of the Currency* (di seguito, OCC) è l’agenzia federale competente per la vigilanza di: (i) banche nazionali (*national banks*); (ii) filiali o succursali di banche estere autorizzate al livello federale (*federal branches or agencies of foreign banks*); (iii) istituti di credito federali (*federal thrift institutions*).

Essa, inoltre, rappresenta la prima agenzia di vigilanza istituita negli Stati Uniti e attualmente costituisce un ufficio autonomo del Dipartimento del Tesoro. L’OCC è presieduta dal *Comptroller of the Currency*, funzionario direttamente nominato dal Presidente degli Stati Uniti, su approvazione del Senato, per un mandato di cinque anni. Ai sensi della legge, il *Comptroller* è soggetto alla supervisione generale del Segretario al Tesoro e può essere rimosso esclusivamente sulla base di motivazioni comunicate al Senato²⁶.

- La *Federal Deposit Insurance Corporation* (di seguito, FDIC) è l’agenzia federale competente per la vigilanza di: (i) banche statali che non sono membri del *Federal Reserve System* (*State banks not members of the Federal Reserve System*); (ii) banche estere con filiali assicurate (*foreign banks with insured branches*); (iii) istituti di credito statali (*State-chartered thrift institutions*).

La FDIC assicura i depositi delle banche e degli istituti di credito. Agisce in qualità di “curatore fallimentare” (*receiver*) di istituti di deposito da essa assicurati, liquidandone gli

²⁴ *Ibidem*, p. 92.

²⁵ A ben vedere, esiste anche una quarta agenzia di vigilanza al livello federale, la *National Credit Union Administration* (NCUA), competente in materia di cooperative di credito federali e cooperative di credito statali assicurate al livello federale. Essa, inoltre, amministra il *National Credit Union Share Insurance Fund*, un’agenzia che assicura i depositi delle cooperative di credito. La NCUA è diretta da un consiglio di amministrazione composto da un presidente e da altri due membri, tutti nominati dal Presidente degli Stati Uniti, su approvazione del Senato, per un mandato di sei anni.

²⁶ R. S. CARNELL *et al.*, op. cit., p. 86: “*The Office of the Comptroller of the Currency (OCC) charters and regulates national banks and federal thrift institutions as well as federally licensed branches of foreign banks. Oldest of the federal bank regulatory agencies, the OCC is an autonomous bureau of the Treasury Department. The OCC is directed by the Comptroller of the Currency (Comptroller), an officer appointed by the president for a five-year term (subject to Senate confirmation), and removable only ‘upon reasons ... communicated ... to the Senate.’ By law, the Comptroller is subject to the general oversight of the secretary of the Treasury. In practice, the Comptroller operates with broad autonomy reinforced by statute*”.

assets e utilizzandone gli attivi per pagare i creditori. Talvolta agisce come conservatore di istituti in dissesto, gestendoli come imprese in attività. Inoltre, nei casi che comportano un rischio sistemico, la FDIC ha l'autorità di fornire assistenza agli stessi istituti in dissesto.

La FDIC costituisce un'agenzia indipendente guidata da un consiglio di amministrazione di cinque membri. Il *Comptroller of the Currency* e il direttore del *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB)²⁷ ricoprono il ruolo di direttori *ex officio*. Il Presidente degli Stati Uniti nomina gli altri tre membri, su approvazione del Senato, per un mandato di sei anni²⁸.

- Il *Federal Reserve System* è l'agenzia federale competente in materia di politica monetaria, regolamentazione e vigilanza bancaria, stabilità finanziaria e servizi di tesoreria. Tale agenzia si compone del Consiglio direttivo (*Board of Governors*), delle dodici banche regionali (*Federal Reserve Banks*)²⁹ e del *Federal Open Market Committee* (FOMC).

Il Consiglio direttivo è competente per la vigilanza di: (i) banche statali che sono membri del *Federal Reserve System* (*State banks which are members of the Federal Reserve System*); (ii) banche estere senza filiali assicurate (*foreign banks without insured branches*); (iii) filiali o succursali di banche estere secondo le previsioni del *Federal Reserve Act* (*branches or agencies of foreign banks with respect to certain provisions of the Federal Reserve Act*); (iv) imprese non bancarie considerate di rilevanza sistemica (*non-bank firms designated as systemically significant*); (v) società di *holding* in banche e le relative filiali non bancarie (*bank holding companies and many of their non-bank subsidiaries*).

Il Consiglio direttivo si compone di sette membri (di cui un Presidente ed un Vice-presidente, di durata quadriennale), direttamente nominati dal Presidente degli Stati Uniti su

²⁷ Il CFPB è l'Agenzia governativa competente in materia di disciplina dei consumatori alla guida di specifiche imprese finanziarie. Il direttore del CFPB è nominato dal Presidente degli Stati Uniti, su approvazione del Senato, per un mandato di cinque anni. Le altre Agenzie governative sono: *Financial Stability Oversight Council* (FSOC); *Department of Justice* (DOJ); *Securities and Exchange Commission* (SEC); *Federal Housing Finance Agency* (FHFA).

²⁸ R. S. CARNELL *et al.*, op. cit., p. 87: “*The FDIC insures deposits at banks and thrift institutions. It acts as receiver of failed FDIC-insured depository institutions, winding up their affairs and using their assets to pay their creditors. It sometimes acts as conservator of troubled institutions, operating those institutions as going concerns pending a more permanent resolution. In cases involving systemic risk, the FDIC has authority to provide assistance to troubled institutions that have not been closed.*”

The FDIC is an independent agency headed by a five-member board of directors. The Comptroller of the Currency and the director of the Consumer Financial Protection Bureau serve ex officio as directors. The president appoints the other three members for staggered six-year terms, subject to Senate confirmation. The FDIC pays its expenses using money from the deposit insurance fund”.

²⁹ L'organizzazione territoriale consiste nella presenza di una banca regionale competente per ciascun distretto, vale a dire per: Boston; New York; Philadelphia; Cleveland; Richmond; Atlanta; Chicago; St. Louis; Minneapolis; Kansas City; Dallas; San Francisco.

approvazione del Senato, per un mandato di quattordici anni. Essi possono essere rimossi esclusivamente per giusta causa³⁰.

Le dodici banche regionali svolgono il ruolo di prestatori di ultima istanza, esaminano le banche statali che sono membri del *Federal Reserve System* e svolgono le funzioni di regolamentazione bancaria delegate dal Consiglio direttivo. Ciascuna banca federale regionale costituisce un ente di diritto privato e ha un proprio consiglio di amministrazione (*Board of directors*), composto da nove membri³¹.

Il FOMC svolge il ruolo principale di definizione della politica monetaria. Esso è composto dai sette membri del Consiglio direttivo e da cinque Presidenti delle banche federali regionali³².

Table 1: U.S. Competent Agency for Institution or Activity

Agency	Institution or Activity
<i>Comptroller of the Currency</i> (OCC)	<ul style="list-style-type: none"> ● <i>National banks</i> ● <i>Federal branches or agencies of foreign banks</i> ● <i>Federal thrift institutions</i>
<i>Federal Deposit Insurance Corporation</i> (FDIC)	<ul style="list-style-type: none"> ● <i>State banks not members of the Federal Reserve System</i> ● <i>Foreign banks with insured branches</i> ● <i>State-chartered thrift institutions</i>

³⁰ R. S. CARNELL *et al.*, op. cit., p. 86: “The Board of Governors is an independent agency. The president appoints board members for staggered 14-year terms, subject to Senate confirmation, and can remove them only for cause. The president designates one member as chair (and another as vice-chair) for a four-year term, again subject to Senate confirmation. The chair serves as the executive head of the agency”.

³¹ *Ibidem*, p. 87: “The regional Federal Reserve banks operate key elements of the payment system, serve as lenders of last resort to depository institutions that need cash and can provide good collateral, examine state banks that are members of the system, and carry out bank regulatory functions delegated to them by the Board of Governors. The New York Fed also carries out open market operations designed to achieve monetary policy objectives”.

³² *Ibidem*, p. 87: “The FOMC, consisting of the seven members of the Board of Governors and five of the Federal Reserve Bank presidents, plays the central role in setting monetary policy. The chair of the Board of Governors chairs the FOMC and often exercises a disproportionate influence on its policy decisions”.

<p><i>Federal Reserve Board</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ● <i>State banks which are members of the Federal Reserve System</i> ● <i>Foreign banks without insured branches</i> ● <i>Branches or agencies of foreign banks with respect to certain provisions of the Federal Reserve Act</i> ● <i>Nonbank firms designated as systemically significant</i> ● <i>Bank holding companies and many of their nonbank subsidiaries</i>
-------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Accanto a tali agenzie federali, vi sono molteplici agenzie statali competenti in materia di banche commerciali, istituti di credito e cooperative di credito *dei rispettivi Stati*.

L'architettura delle *agencies* sommariamente esaminata – caratterizzata dalla coesistenza di una *pluralità* di agenzie competenti in materia di vigilanza, sia al livello federale sia al livello statale – giustifica il *decentramento al livello federale* dell'esercizio del potere di *removal*. In particolare, siffatto potere risulta alternativamente esercitabile, in coerenza con l'architettura delineata:

- (i) dalla FDIC, nei confronti delle banche statali che non sono membri del *Federal Reserve System* e, in certi casi, nei confronti di qualunque istituto di deposito assicurato³³; ovvero
- (ii) dalla *Federal Reserve*, nei confronti delle banche statali che sono membri del *Federal Reserve System* e delle società di *holding* in banche³⁴; ovvero
- (iii) dalla OCC, nei confronti delle banche nazionali, delle filiali o succursali di banche estere autorizzate al livello federale, e degli istituti di credito federali³⁵.

³³ OFFICES OF INSPECTOR GENERAL, op. cit., p. 6: “*The FDIC is authorized to impose EAs against IAPs of state-chartered institutions that are not members of the Federal Reserve System. [...] The FDIC, as insurer, is also authorized to use its back-up enforcement authority under certain circumstances to impose EAs against IAPs of any insured depository institution*”.

³⁴ *Ibidem*, pp. 6-7: “*The FRB is authorized to impose EAs against IAPs of state-chartered institutions that are members of the Federal Reserve System and bank holding companies*”.

³⁵ *Ibidem*, p. 7: “*The OCC is authorized to impose EAs against IAPs associated with (1) national banks, (2) federal branches and agencies of foreign institutions, and (3) federally chartered savings associations and their subsidiaries*”.

A ben vedere, dunque, in tanto l'esercizio del *removal* negli Stati Uniti risulta *decentrato al livello federale* in quanto siffatto potere risulta “distribuito” in capo alle tre principali agenzie di vigilanza federale (FDIC, *Federal Reserve* e OCC), le quali alternativamente esercitano il potere di rimozione sulla base di un criterio di competenza *soggettiva* (i.e., con riferimento al soggetto bancario concretamente coinvolto).

Ciò premesso, appare ora opportuno ripercorrere la storia del *removal* negli Stati Uniti, dalla sua introduzione fino al suo impiego attuale.

1.1.2. (segue): *Il Banking Act: l'avvento del removal negli Stati Uniti tra gli administrative enforcement orders*

Verso la seconda metà dell'800, venne istituito il sistema bancario nazionale statunitense (*national banking system* o “NBS”)³⁶, fondato su una gestione *privata* – nella misura in cui tali banche nazionali risultavano gestite da dirigenti ed amministratori individuati dagli azionisti in via privatistica (*private shareholders*) – sottoposta a controllo *pubblico* (c.d. *public oversight*). Nel 1891, tale sistema attraversò una delle peggiori crisi della sua storia, col fallimento di venticinque banche nazionali³⁷. L'anno successivo, il Senato istituì una Commissione di esperti (“*Committee on Failed National Banks*”) con l'incarico di investigare sulle cause della crisi e di elaborare un Report nel merito³⁸. Secondo la Commissione, la crisi poteva essere evitata se il Congresso avesse attribuito all'(unica) agenzia di vigilanza allora competente – la OCC³⁹ – il potere di “*rimuovere gli esponenti della banca colpevoli di reiterata violazione delle leggi bancarie*”⁴⁰.

Tuttavia, in quella fase l'appello della Commissione all'introduzione del *removal* rimase inascoltato⁴¹. Nel 1913, il Congresso istituì un'ulteriore agenzia di vigilanza – la *Federal Reserve* – al fine di rafforzare il controllo pubblico sul sistema bancario nazionale. Tuttavia, nel 1933 una

³⁶ Il *national banking system* venne istituito nel 1864 con il *National Banking Act*, legge menzionata nella Sezione 38, Titolo 12, dello *U.S. Code*.

³⁷ D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 10.

³⁸ Si veda COMMITTEE ON NATIONAL FAILED BANKS, Report No. 1286, 1893, di seguito indicato come “Report della Commissione”.

³⁹ Come già anticipato, *The Office of the Comptroller of the Currency*. Per approfondimenti, si veda L. MENAND - M. RICKS, «*Federal Corporate Law and the Business of Banking*», in *Univ. Chic. Law Rev.*, Vol. 88, 2021.

⁴⁰ Report della Commissione, pp. 24-25: “[T]o remove bank officials persistently guilty of [violating banking laws]”.

⁴¹ D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 13.

seconda crisi bancaria trascinò gli Stati Uniti verso la Grande Depressione⁴². La reazione fu un rafforzamento del sistema di vigilanza senza precedenti nella storia degli Stati Uniti: lo stesso anno, sotto la Presidenza di Franklin D. Roosevelt, fu varato il *Banking Act*, il quale: (i) istituì un'ulteriore agenzia di vigilanza – la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC)⁴³ – incaricata di sostenere e vigilare sulla moneta bancaria e (ii) introdusse il potere di *removal* tra le attribuzioni della *Federal Reserve*⁴⁴.

L'introduzione di tale potere fu finalizzato ad “*allineare gli interessi degli esponenti bancari con l'interesse generale*”⁴⁵, dato che la Grande Depressione era stata dovuta perlopiù all'imperizia o disonestà di tali esponenti nella gestione del danaro pubblico, da loro impiegato a fini prettamente speculativi⁴⁶. Il *removal* venne inserito nella Sezione 30 del *Banking Act*, il quale attribuì all'OCC e alle banche federali regionali⁴⁷ il potere di riferire al Consiglio direttivo della *Federal Reserve*, ovvero al proprio Consiglio di amministrazione⁴⁸, casi di reiterate violazioni di legge ovvero pratiche contrarie a sicurezza e solidità da parte dei dirigenti ed amministratori bancari, al fine di rimuoverli dal loro incarico, a seguito di un avviso formale ed un'*hearing*. La Sezione 30, inoltre: (i) non conteneva alcuna previsione di ricorso giudiziale avverso il provvedimento di rimozione; (ii) imponeva la segretezza del relativo procedimento, con lo scopo di tutelare il valore di mercato della banca coinvolta; e (iii) prevedeva l'irrogazione di sanzioni penali nei confronti di qualunque soggetto rimosso che avesse comunque partecipato, *in qualsiasi modo*, alla gestione di tale banca a seguito della rimozione⁴⁹.

⁴² Al riguardo, si veda B. S. BERNANKE, «*Nonmonetary Effects of the Financial Crisis in the Propagation of the Great Depression*», in *Am. Ec. Rev.*, 1983.

⁴³ “*The Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) is an independent agency created by the Congress to maintain stability and public confidence in the nation's financial system. The FDIC insures deposits; examines and supervises financial institutions for safety, soundness, and consumer protection; makes large and complex financial institutions resolvable; and manages receiverships*”.

⁴⁴ *Banking Act*, Sez. 30.

⁴⁵ D. LIN - L. MENAND, op. cit., p.14: “*Its goal in adding removal was to avert bank failures and depositor losses by aligning the interests of bankers with the interests of the public*”.

⁴⁶ Sul punto, si veda F. D. ROOSEVELT, *Fireside Chat*, 12 marzo 1933: “[w]e had a bad banking situation. Some of our bankers had shown themselves either incompetent or dishonest in their handling of the people's funds. They had used the money entrusted to them in speculations and unwise loans”.

⁴⁷ Le dodici *Federal Reserve Bank* regionali costituiscono parte della struttura complessiva del *Federal Reserve System*.

⁴⁸ Ciascuna *Federal Reserve Bank* regionale è un ente di diritto privato e ha un proprio *Board of directors* (appunto, Consiglio di amministrazione) composto da nove membri.

⁴⁹ D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 15: “*No provision was made for judicial review. The Act imposed strict secrecy on any removal order and related findings of fact, presumably to preserve the franchise value of the bank. It also applied criminal penalties to any person who participated in any manner in the management of such bank following removal*”.

1.1.3. (segue): *Il Financial Institution Supervisory Act (FISA): la prima riforma del removal*

Negli anni immediatamente successivi alla sua introduzione e fino al 1966, il potere di *removal* fu raramente utilizzato⁵⁰, in quanto concepito dalle agenzie di vigilanza (*in primis*, dalla stessa *Federal Reserve*) come strumento rimediabile *residuale*, da impiegare esclusivamente quando gli altri mezzi astrattamente utili a ristabilire la conformità al diritto non risultassero in tal senso idonei per il caso concreto⁵¹.

Nel 1966, a seguito di molteplici tentativi, da parte delle banche, di arbitraggio della normativa di settore, si scelse di rafforzare ulteriormente “l’arsenale” della vigilanza bancaria. Nello stesso anno, difatti, il Congresso emanò il *Financial Institution Supervisory Act (FISA)*⁵², il quale – oltre a prevedere la possibilità per le autorità di vigilanza di irrogare ordini di cessazione di condotta irregolare (c.d. *cease and desist orders*)⁵³ nei confronti di amministratori o dirigenti le cui condotte pregiudicassero la solidità dell’istituzione bancaria in questione – estese l’ambito applicativo del *removal*⁵⁴. Difatti, il FISA introdusse da un lato l’istituto della sospensione *temporanea* (c.d. *suspension*)⁵⁵, dall’altro l’istituto dell’interdizione *perpetua* dall’esercizio dell’attività bancaria (c.d. *permanent prohibition*)⁵⁶.

Inoltre, il FISA eliminò il requisito secondo cui la violazione di legge o la pratica contraria a sicurezza o solidità dovesse perpetuarsi a seguito di un avviso formale; e aggiunse un ulteriore

⁵⁰ Il primo caso di ricorso al potere di *removal* da parte della *Federal Reserve* risale al 1937 e coinvolse il presidente di una banca nazionale in West Virginia.

⁵¹ Sul punto, si veda FEDERAL RESERVE, *Memorandum to the Board of Governors, Proceedings under Provisions of Section 30 of the Banking Act of 1933*, Washington D.C., 29 agosto, 1936: *the removal power “should be exercised in cases where other means of obtaining corrections of significant violations of law or of unsound banking practices [...] have failed, or where such other means apparently would be less appropriate or should be supplemented by removal”*.

⁵² *Financial Institution Supervisory Act*, Public-No- 89-695, 80 Stat. 1028, 16 ottobre 1966. Il FISA aveva come obiettivo primario di alzare il livello di protezione assicurativa a favore dei depositanti e risparmiatori. In tal senso, “[t]his bill -- the *Financial Institutions Supervisory Act of 1966* -- strengthens the ability of Federal supervisory agencies to safeguard the soundness of our financial system. And it increases to \$15,000 the insurance coverage for depositors and savers” (Statement del Presidente, 16 ottobre 1966).

⁵³ I “*cease and desist orders*” – a differenza del *removal* – non comportano la rimozione del soggetto destinatario, bensì l’intimazione a cessare (*cease*) e a non riprendere (*desist*) una condotta ritenuta illegale dall’autorità irrogante, rimanendo impregiudicata la permanenza di tale soggetto nell’organizzazione societaria.

⁵⁴ Al riguardo, si veda J. M. KORFF, «*Banking*», in *B. C. L. Rev.*, 1967.

⁵⁵ FISA, Sez. 202, sub. (e)(5), p. 1049: “*suspend from office [an officer, director, or other person] effective upon service of...notice and, unless stayed by a court...pending the completion of the administrative proceedings*”.

⁵⁶ FISA, Sez. 202, sub. (e)(3), p. 1048: “*prohibit [...] further participation in any manner in the conduct of the affairs of the bank*”.

presupposto di irrogazione del *removal*, alternativo alla violazione di legge ovvero alla pratica contraria a sicurezza o solidità: la violazione del dovere fiduciario (c.d. *breach of fiduciary duty*)⁵⁷.

D'altro lato, tuttavia, ai fini dell'irrogazione del *removal*, il FISA aggiunse il requisito secondo cui la violazione di legge ovvero la pratica contraria a sicurezza o solidità ovvero la violazione del dovere fiduciario dovessero essere aggravate dalla "disonestà personale" (*personal dishonesty*) e dovessero comportare (anche solo) la *possibilità* di: (i) perdita finanziaria sostanziale o altro tipo di danno verso l'istituzione bancaria (*substantial financial loss or other damage*); ovvero (ii) serio pregiudizio (*serious prejudice*) ai danni dei depositanti⁵⁸.

In sostanza, se da un lato il FISA estese l'ambito applicativo del *removal* sotto il profilo dei *presupposti oggettivi* (appunto, aggiungendo un ulteriore presupposto di applicazione – la violazione del dovere fiduciario – alternativo ai presupposti già esistenti, ossia la violazione di legge, da un lato, e la pratica contraria a sicurezza o solidità, dall'altro) – al contempo ne restrinse l'ambito applicativo sotto il profilo dell'*elemento soggettivo* (appunto, richiedendo come stato mentale della condotta quello della disonestà personale) e dell'evento (appunto, richiedendo la possibilità di (i) perdita finanziaria sostanziale o di altro tipo di danno; ovvero (ii) serio pregiudizio ai danni dei depositanti. Inoltre, come già ricordato, il FISA introdusse il potere di irrogare ordini di cessazione di condotta irregolare, nonché sospensioni temporanee ed interdizioni perpetue nei confronti degli amministratori e dirigenti.

Tale modifica "a geometria variabile"⁵⁹ dell'ambito applicativo del *removal* ebbe un duplice effetto sul piano pratico. Da un lato, vennero colmate lacune significative di tale potere, sul piano della sanzione avverso condotte dannose per la solidità dell'istituzione bancaria. A tal riguardo, la

⁵⁷ Per "*fiduciary duties*" si intendono tradizionalmente i doveri di diligenza (*duty of care*) e di lealtà (*duty of loyalty*) in capo agli amministratori di società negli Stati Uniti. Al riguardo, si veda R. S. CARNELL *et al.*, op. cit., p. 356: "*Bank directors and officers, like their counterparts at other corporations, owe their institutions fiduciary duties of care and loyalty. Thus, for example, the duty of care requires directors to discharge their duties: (1) in good faith (i.e., honestly, without any conflict of interest, and without committing or condoning illegality); (2) with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and (3) in a manner that directors reasonably believe to be in the best interests of the corporation. But the courts, mindful of how excessive liability could deter economically desirable business activity, apply the duty of care in a way that accords great deference to corporate directors and officers — deference embodied in the business judgment rule. That rule presumes that, in making a business decision, a corporation's managers complied with the duty of care. It requires a plaintiff challenging such a decision to bear the burden of rebutting that presumption. The rule recognizes that reasonable decisions can still have unfavorable outcomes*".

⁵⁸ FISA, Sez. 202, sub. (e)(2), p. 1048. Sul punto, si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 20: "*FISA restricted removal by requiring the Fed to find that a legal violation, unsafe or unsafe practice, or breach of fiduciary duty involved 'personal dishonesty' and that it created the possibility of either 'substantial financial loss or other damage' to the institution or 'serious prejudice' to the interest of the bank's depositors*".

⁵⁹ Nella misura in cui, appunto, tale ambito applicativo venne *esteso* sul piano dei presupposti oggettivi ma *ristretto* sul piano dell'elemento psicologico e dell'evento.

possibilità di irrogare sospensioni ed interdizioni perpetue consentì di perseguire *integralmente* tali condotte, sia *durante* sia *dopo* il procedimento di *removal*. Difatti, la mera rimozione di un esponente aziendale dal suo incarico non comporta necessariamente la cessazione della sua influenza sull'istituzione bancaria coinvolta⁶⁰. Per tale ragione, l'introduzione dei poteri di sospensione ed interdizione perpetua permise di evitare che “*amministratori malintenzionati potessero continuare a danneggiare l'istituzione durante e dopo il relativo procedimento di removal*”⁶¹.

D'altro lato, l'introduzione del requisito mentale-psicologico della disonestà personale, ai fini della irrogazione del *removal*, fu finalizzato ad evitare che l'esercizio di tale potere potesse derivare da una scelta *arbitraria* dell'agenzia, a causa dell'incertezza interpretativa del presupposto della pratica *contraria a sicurezza* (“*unsafe*”) o *solidità* (“*unsound*”)⁶². A tal proposito, dal momento che il *removal* era stato fin dall'origine concepito come potere *invasivo* “per eccellenza”, il suo esercizio doveva essere rigorosamente delimitato, al fine di evitare interventi pubblici arbitrari nella compagine societaria delle istituzioni bancarie⁶³. In altri termini, il requisito della disonestà personale presentava la funzione teorica di *garanzia* dall'esercizio arbitrario del potere di *removal*: in altri termini, non poteva esserci rimozione *senza colpevolezza*.

1.1.4. (segue): Il Financial Institutions Regulatory and Interest Rate Control Act (FIRIRCA): la seconda riforma del removal

Tuttavia, negli anni successivi all'emanazione del FISA, gli Stati Uniti attraversarono un'ulteriore fase critica per il sistema bancario nazionale. In particolare, tra il 1965 ed il 1976,

⁶⁰ “Often, the officer or director will own substantial interests in the institution; thus the removal would not end his ability to exercise his influence in a damaging manner” (OCC, Minutes del 20 luglio 1966).

⁶¹ Sul punto, si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 20: “The addition of suspension and prohibition authority also closed worrisome gaps that had permitted malfeasant bankers to inflict damage during and after Section 30 removal proceedings”.

⁶² Sul punto, si veda U.S. CONGRESS, Rep. No. 89-1482, Washington, D.C., 1966: “‘unsafe’ and ‘unsound’ have no ‘definite or fixed meaning’ and that, therefore, ‘a broad construction of these terms might result in the issuance of suspension or removal orders on the basis of nothing more than a difference of opinion about the most debatable of management problems’”.

⁶³ *Ibidem*: “[it was not] desirable to leave any opening for such a result, and therefore, removal power must be strictly limited and carefully guarded”.

numerose banche andarono incontro al fallimento⁶⁴, tra cui la *Franklin National Bank*, la cui chiusura (nel 1974) rappresentò il più grande fallimento bancario nella storia degli Stati Uniti⁶⁵.

Data la situazione emergenziale, venne istituito il *Government Accountability Office (GAO)*⁶⁶, con l'incarico di revisionare il sistema di vigilanza bancaria e proporre una nuova normativa al riguardo. Dal Report finale⁶⁷ emerse che, in quel decennio preso in esame, il potere di *removal* era stato scarsamente esercitato dalle agenzie di vigilanza⁶⁸.

Lo scarso utilizzo di tale strumento fu perlopiù dovuto alla sua inapplicabilità a casi (come quelli oggetto del Report) di *incompetenza* di gestione. Difatti, come già più volte ricordato in precedenza, il potere di rimozione poteva essere esercitato solo in casi di *disonestà* personale, secondo la nuova formulazione introdotta dal FISA. Pertanto, tale strumento risultava inutilizzabile per le crisi bancarie dovute a gravi errori di gestione, *in assenza di condotte fraudolente* da parte dei relativi amministratori e dirigenti. In poche parole, il FISA – con l'introduzione del requisito della *sola* disonestà personale, senza menzionare *anche* l'incompetenza tra i presupposti di operatività della norma – aveva perlopiù “decapitato” l'ambito applicativo *ottimale* del *removal*⁶⁹ – inteso come ambito applicativo in grado di sanzionare *qualunque* soggetto colpevole, e dunque non solo “il disonesto”, ma anche “l'onesto incapace”.

⁶⁴ Sul punto, si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., pp. 21-22: “*Bank closures continued, reprising their 1965 peak of nine in 1969, and then spiking to thirteen and sixteen in 1975 and 1976, respectively*”.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 22: “*The 1974 failure of Franklin National Bank was especially salient: its collapse was the largest in nominal terms in U.S history, reverberated internationally, and led the Fed and nine other central banks to announce they would do whatever ‘necessary’ to stabilize the system*”. Si veda anche: J. H. ALLAN, «*Franklin Found Insolvent by U.S. and Taken Over*», in *NY Times*, 9 ottobre 1974; A. BRIMMER, «*The Federal Reserve and the Failure of Franklin National Bank: A Case Study of Regulation*», in *Bus's Am. Ec.*, pp. 1776-2001. B. BRAUN - A. KRAMPF - S. MURAU, «*Financial Globalization as Positive Integration: Monetary Technocrats and the Eurodollar Market in the 1970s*», in *Rev. Intern. Pol. Ec.*, 2020; C. H. FARNSWORTH, *10 Nations Plan Bank Aid to Shore Up Confidence*, *NY Times*, Sept. 11, 1974.

⁶⁶ “*In response to a congressional request, GAO reviewed all commercial banks the Federal Deposit Insurance Corporation insured to determine current conditions and recent trends in commercial bank performance from December 31, 1976 through June 30, 1987*” (*Commercial Banking: Trends in Performance From December 1976 Through June 1987* | U.S. GAO). Il *Government Accountability Office (GAO)* è stato istituito più di mezzo secolo dopo la nostra Corte dei conti (1921), in seguito all'approvazione della legge sulla contabilità di Stato. Si tratta di un organo indipendente con funzioni di supporto al Congresso, in particolare, riguardo l'approvazione del bilancio statale e, in generale, il controllo della finanza pubblica.

⁶⁷ E. D. STAATS, *Report to the Congress by the Comptroller General of the United States, Highlights of a Study of Federal Supervision of State and National Banks*, 1977 [di seguito, Report GAO].

⁶⁸ Sul punto, si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 22: “[*T*]he banking agencies had used neither removal nor cease-and-desist powers at all between 1966 and 1971.94 Although the agencies initiated 108 actions and removals over the subsequent six years, the GAO concluded that more were merited”. Al riguardo, si veda anche J. C. DEAL, «*Bank Regulatory Enforcement - Some New Dimensions*», in *Bus's Law*, 1985.

⁶⁹ Sul punto, si veda il Report GAO, p. 48: “*Most bank failures in the last 5 years were caused by individual bank managers who followed self-serving loan practices or were incompetent as stated in examination reports and correspondence*”. Further, “*57 percent [of the banks on the government's problem list] were cited by examiners for ineffective management*”.

Di conseguenza, tale potere era in grado di raggiungere gli amministratori e dirigenti *disonesti*, ma non quelli *incompetenti*. Inoltre, anche la stessa disonestà personale risulta generalmente difficile da provare in sede processuale, ai fini della irrogazione di un provvedimento di *removal*⁷⁰.

Per tali ragioni, nel 1978 venne emanato il *Financial Institutions Regulatory and Interest Rate Control Act* (FIRIRCA)⁷¹, che consentì alla *Federal Reserve* di rimuovere qualunque individuo “*che dimostrasse una voluta o reiterata noncuranza per la sicurezza e la solidità*” di una banca⁷². Tale nuova formulazione ampliò il potere di intervento dell’autorità di vigilanza, esercitabile anche nei confronti di amministratori e dirigenti *che non fossero coinvolti in operazioni fraudolente*⁷³. Inoltre, il FIRIRCA intervenne sul requisito della possibilità di perdita finanziaria sostanziale o di altro tipo di danno e del serio pregiudizio, richiedendo il conseguimento di un guadagno economico personale (“*receipt of financial gain by the individual*”) ai fini dell’irrogazione del provvedimento di *removal*⁷⁴.

In sostanza, le nuove disposizioni del FIRIRCA comportarono l’eliminazione di quello che fino ad allora era stato il “tetto di cristallo” del potere di *removal*: l’inclusione della incompetenza di gestione tra i presupposti di esercizio di tale potere garantiva la possibilità dell’intervento pubblico contro *qualunque* condotta degli amministratori e dirigenti bancari – anche *non* fraudolenta (*alias*: condotta non disonesta) – in grado *comunque* di minacciare la sicurezza e la solidità dell’istituzione bancaria (*alias*: condotta incapace).

I risultati di tale nuova formulazione non si fecero attendere. Nel decennio successivo, infatti, la *Federal Reserve* fece notevole ricorso al *removal* ovvero alle sospensioni o alle interdizioni perpetue, mediamente 11 volte ogni anno, in particolare tra il 1984 ed il 1988, con un ammontare complessivo di 54 provvedimenti sanzionatori. Di questi, ben 52 furono emessi contro funzionari ed amministratori bancari (“*bank officers or directors*”) e nella maggioranza dei casi *in assenza* di condotte fraudolente⁷⁵.

⁷⁰ Sul punto, si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 22: “[E]ven when a banker is dishonest, it is sometimes difficult to [prove]”.

⁷¹ *Financial Institutions Regulatory and Interest Rate Control Act* (FIRIRCA), Pub. L. No. 95-630, 92 Stat. 3641, 1978.

⁷² FIRIRCA. Sezione 107(d)(1): “*demonstrates willful or continuing disregard for...[the] safety and soundness of a bank*”.

⁷³ *Ibidem*, p. 18: “[agencies can] *move against individuals who may not be acting in a fraudulent manner but who are nonetheless acting in a manner which threatens the soundness of their institution*”.

⁷⁴ Si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 23: “*FIRIRCA also loosened the requirement that agencies show either an institution was likely to suffer substantial financial loss or other damage or that the depositors were likely to be seriously prejudiced by adding “receipt of financial gain by the individual”*”.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 25: “*The Fed’s record in the 1980s was better. Although it issued no removal orders in 1982 or 1983, it averaged 11 suspensions, removals, or prohibitions orders each year between 1984 and 1988. All but two of these 54 orders targeted bank officers or directors, and the exceptions involved a scheme that also led to the removal of the bank’s president. Moreover, many involved situations where personal dishonesty was not involved or likely would have been challenging to prove in court*”.

1.1.5. (segue): *Il Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act (FIRREA): la terza riforma del removal*

Ciononostante, la portata innovativa del FIRIRCA non fu sufficiente a consentire di affrontare con successo la (ennesima) profonda crisi del sistema bancario che colpì gli Stati Uniti proprio nella seconda metà degli anni '80, conosciuta come la Crisi dei risparmi e dei prestiti (*Savings and Loan Crisis*)⁷⁶. In particolare, tale crisi determinò il collasso di oltre 1000 Associazioni dei risparmi e dei prestiti (c.d. *Savings and Loan Associations* o “S&L”)⁷⁷ su un totale di 3243, tra il 1980 ed il 1990⁷⁸.

Per rispondere a tale disfacimento del sistema bancario, nel 1989 il Congresso emanò il *Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act (FIRREA)*. A tal riguardo, “*Congress passed FIRREA in the wake of the savings and loan crisis of the 1980s “[t]o reform, recapitalize, and consolidate the Federal deposit insurance system, [and] to enhance the regulatory and enforcement powers of Federal financial institutions regulatory agencies”*”⁷⁹.

Il FIRREA espanse ulteriormente l’ambito applicativo *soggettivo* del *removal*. Difatti, consentì l’esercizio di tale potere non più soltanto nei confronti degli amministratori e dirigenti (come già detto, “*bank directors and officers*”), ma verso *qualunque* soggetto affiliato all’istituzione bancaria (“*any institution-affiliated party*”)⁸⁰. In sostanza, tale ampliamento del *removal* rappresentava un cambiamento radicale del suo fondamento giustificativo: dapprima esercitabile esclusivamente verso le figure apicali della istituzione bancaria – e pertanto in grado di colpire solo le fattispecie *aggravate* dal ruolo direttivo del colpevole (concezione *ristretta* del *removal*) – successivamente concepito come strumento *promozionale* della sicurezza e solidità dell’istituzione

⁷⁶ *Ibidem*, p. 25: “*In 1987, 262 FDIC-insured banks failed. That September, the stock market fell 23% in one day. In 1988, another 470 insured depository institutions failed, followed by 534 in 1989*”.

⁷⁷ Le *Savings and Loan Associations* o “S&L” costituiscono una tipologia di istituzione finanziaria statunitense specializzata nella concessione di mutui immobiliari.

⁷⁸ A tal proposito, si veda CORPORATE FINANCE INSTITUTE, *What was the Savings and Loan Crisis?*, 2021: “*The savings and loan crisis refers to the collapse of 1,043 out of 3,234 savings and loan associations (S&Ls) in the United States during the 1980s and 1990s. The S&L crisis was considered to be one of the most devastating failures of the banking industry in the United States after the Great Depression*”.

⁷⁹ *Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act (FIRREA)*, Pub. L. 101-73, 103 Stat. 183, 1989. A tal proposito, “[t]he purposes of FIRREA include regulatory reform, the establishment of an independent insurance agency to provide deposit insurance, and the provision of improved supervision and enhanced enforcement powers” (*Conference report filed in House*, 08/04/1989).

⁸⁰ FIRREA, Sez. 903, 103 Stat. 446: “*For purposes of this Act, the term 'institution-affiliated party' means:*

- *any committee member, director, officer, or employee of, or agent for, an insured credit union;*
- *any consultant, joint venture partner, and any other person as determined by the Board (by regulation or on a case-by-case basis) who participates in the conduct of the affairs of an insured credit union; and*
- *any independent contractor (including any attorney, appraiser, or accountant) [...]*”.

in senso lato, e dunque utilizzabile *indipendentemente* dal ruolo formale ricoperto dal colpevole (concezione *estesa* del *removal*).

Inoltre, il FIRREA espanse ulteriormente anche l'ambito applicativo *oggettivo* del *removal*. Difatti, consentì il suo esercizio anche per violazioni di legge, pratiche contrarie a sicurezza o solidità e violazioni del dovere fiduciario *indirette*⁸¹. Allo stesso modo, consentì il ricorso al *removal* anche in casi di violazione degli ordini di cessazione di condotta irregolare, delle condizioni scritte imposte in connessione ad una richiesta della banca o di qualunque accordo scritto tra la banca e l'agenzia di vigilanza⁸².

La nuova formulazione del FIRREA eliminò anche le parole “serio” e “sostanziale” rispettivamente nelle precedenti dizioni, già menzionate, di “*serio pregiudizio*” (*serious prejudice*) e “*perdita finanziaria sostanziale o altro tipo di danno*” (*substantial financial loss or other damage*), che erano state introdotte dal FISA. Di conseguenza, con tali nuove disposizioni – ai fini dell'irrogazione del provvedimento di *removal* – risultava sufficiente la possibilità di perdita finanziaria o di altro danno (*financial loss or other harm*) – quand'anche *non* sostanziale – ovvero di pregiudizio (*prejudice*) – quand'anche *non* serio – ai danni dei depositanti⁸³.

Infine, il FIRREA consentì l'intervento pubblico anche nei confronti di operatori bancari che avessero *oramai* lasciato l'incarico (o mediante dimissioni o per scadenza naturale), prevedendo l'irrogabilità di un'interdizione dall'esercizio dell'attività bancaria fino a sei anni dopo il ritiro professionale⁸⁴. In altri termini, l'agenzia di vigilanza – anche *dopo* la cessazione dell'incarico nell'istituzione bancaria – poteva *comunque* interdire l'(ex) operatore, entro sei anni dalle sue dimissioni o dalla scadenza naturale.

Pertanto, il risultato finale è stata l'instaurazione di una “*statutory scheme that gives the Fed wide ranging discretion to pursue suspensions, removals, and prohibitions against executives, investors, employees, and third parties in a variety of circumstances in order to check excessive risk*”

⁸¹ *Ibidem*, 103 Stat. 453: “[A]ny institution-affiliated party has, directly or indirectly [...]”.

⁸² D. LIN - L. MENAND, op. cit., pp. 25-26: “[I]t specified that indirect violations of law, unsafe or unsound practices, and breaches of fiduciary duties could give rise to a removal order, as could violations of final cease and desist orders, conditions imposed in writing in connection with a bank's applications or requests, and any written agreements entered into between banks and the agencies”.

⁸³ *Ibidem*, p. 26: “Third, FIRREA deleted the adjectives ‘seriously’ and ‘substantial,’ which had modified the 1966 requirement that regulators find either the likelihood of financial loss or other harm and prejudice to depositors before removing an individual”.

⁸⁴ *Ibidem*: “[I]t reversed a D.C. Circuit case, decided earlier that year which had concluded that the Fed lacked the authority to invoke § 1818(e) after a banker had already left office (either by resigning or because they were terminated). 118 FIRREA expressly authorizes the Fed to pursue prohibition up to six years after a bank departs”.

taking and prevent bank failures”⁸⁵. In sostanza, l’obiettivo statutario di contenimento dei rischi e di rimedio alle crisi bancarie ha condotto ad un ampliamento progressivo dei poteri di intervento delle agenzie di vigilanza – appunto, non prevedendo più soltanto *removals*, bensì anche sospensioni ed interdizioni perpetue – e ad un ampliamento progressivo dei soggetti potenzialmente destinatari di siffatti provvedimenti – appunto, non più soltanto amministratori e dirigenti bancari (*bank directors and officers*), ma anche investitori (*investors*), dipendenti (*employees*) e terzi (*third parties*): dunque, in tal modo, il potere di *removal* risultava (così come tutt’oggi risulta) esercitabile verso *qualunque soggetto affiliato all’istituzione bancaria*.

1.2. Dalla nozione storica di “*safety and soundness*” alle *Proposed FDIC Guidelines negli Stati Uniti*

Secondo la FDIC, la nozione “*unsafe and unsound practice*” configura un concetto giuridico ad elevato grado di indeterminatezza.

In particolare, in tanto una pratica risulta qualificabile come *unsafe* ovvero *unsound* in quanto costituisca “*any action, or lack of action, that is contrary to generally accepted standards of prudent operation, the possible consequences of which, if continued, would be abnormal risk or loss or damage to an institution, its shareholders, or the agencies administering the insurance funds*”⁸⁶. In altri termini, la nozione in esame è applicabile ad ogni azione od omissione – contraria agli *standard* di prudenza generalmente riconosciuti – in grado di produrre, *anche solo potenzialmente*, un rischio ovvero una perdita ovvero un danno *irragionevole*.

La stessa Sezione 1818(b), Titolo 12, dello *U.S. Code* – pur menzionando la dizione “*unsafe or unsound banking practices*” – non ne specifica il significato ai fini applicativi. Al fine di individuare una precisazione maggiore di tale concetto giuridico, occorre ripercorrere l’analisi condotta nei lavori preparatori del FISA.

In particolare, nel corso di un’apposita audizione alla Camera si affermò quanto segue:

“*Some of the Members were concerned about the exact meaning of ‘unsafe or unsound’ practices [...] Like many other generic terms widely used in the law, such as ‘fraud’, ‘negligence’,*

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ FDIC, *FDIC Enforcement Decisions and Orders: Unsafe or Unsound Banking Practice-Statutory Standard*, 2022.

'probable cause', or 'good faith', the term - 'unsafe or unsound practices' has a central meaning which can and must be applied to constantly changing factual circumstances"⁸⁷.

D'altro lato, anche in un'apposita audizione al Senato si affermò quanto segue:

*"However, despite the fact that the term "unsafe or unsound practices" has been used in the statutes governing financial institutions for many years, the Board is not aware of any statute, either Federal or State, which attempts to enumerate all the specific sets which could constitute such practices. The concept of 'unsafe or unsound practices' is one of general application which touches upon the entire field of the operations of a financial institution. For this reason, it would be virtually impossible to attempt to catalog within a single all-inclusive or rigid definition the broad spectrum of activities which are embraced by the term"*⁸⁸.

Inoltre, nella stessa seduta si avvertì che una eventuale definizione univoca della dizione *"unsafe or unsound"* sarebbe risultata "controproducente", in quanto ciò avrebbe comportato una precisa delimitazione dell'ambito applicativo, con il conseguente rischio di lasciare fuori condotte che – pur non presentando i requisiti formali previsti da tale eventuale definizione – determinassero comunque un pregiudizio all'istituzione bancaria. In tal senso:

*"The formulation of such a definition would probably operate to exclude those practices not set out in the definition, even though they might be highly injurious to an institution under a given set of facts or circumstances [...]"*⁸⁹.

In altri termini, il concetto giuridico di *unsafe or unsound practice* si qualifica, nella concezione statunitense, come *clausola generale* – alla stregua della "negligenza" o della "buona fede" – il cui contenuto normativo non risulta univocamente determinabile in una fase antecedente alla sua applicazione al caso concreto.

Anche la giurisprudenza ha sempre seguito il medesimo orientamento interpretativo. Da un lato, essa definisce *"unsafe or unsound"* qualunque azione od omissione – contraria agli *standard* di prudenza generalmente riconosciuti – in grado di produrre, *anche solo potenzialmente*, un rischio ovvero una perdita ovvero un danno *irragionevole*. Dall'altro, anch'essa qualifica tale nozione come *clausola generale*, la cui interpretazione e applicazione sono caratterizzate da un apprezzabile margine

⁸⁷ U.S. CONGRESS, Rec. 112-24022 (daily ed. 4 October 1966) (House). In tale contesto istituzionale si ribadì che *"an 'unsafe or unsound practice' is any action, or lack of action, which is contrary to generally accepted standards of prudent operation, the possible consequences of which if continued, would be abnormal risk or loss or damage to an institution, its shareholders, or the agencies administering the insurance funds"*.

⁸⁸ *Idem*, Rec. 112-25416 (daily ed. 13 October 1966) (Senate).

⁸⁹ *Ibidem*.

di flessibilità. Di conseguenza, nel corso degli anni, la giurisprudenza non ha mai proceduto ad identificare *ex ante* un contenuto normativo univoco alla nozione “*unsafe or unsound*”. Piuttosto, essa ha deferito tale compito alle agenzie di regolamentazione – data la maggiore competenza tecnica – limitandosi ad accertare *ex post* se i relativi provvedimenti delle agenzie fossero arbitrari ovvero infondati⁹⁰.

D’altro lato, sebbene la giurisprudenza non abbia indicato in via univoca un insieme di fattispecie rilevanti ai fini della violazione dei requisiti di sicurezza e solidità bancaria, essa ha sempre identificato nella *prudenza* il principale criterio di garanzia della sana gestione. A tal proposito, nel caso *Briggs v. Spaulding*, il giudice affermò quanto segue: “[a]nd directors of banks are held to a standard of ordinary care and prudence in the administration of bank affairs, and that this includes something more than officiating as figure-heads. They are entitled under the law to commit the banking business, as defined, to their duly-authorized officers, but this does not absolve them from the duty of reasonable supervision, nor ought they to be permitted to be shielded from liability because of want of knowledge of wrong-doing, if that ignorance is the result of gross inattention”⁹¹.

In sintesi, sebbene la nozione “*unsafe and unsound practice*” configuri *ab origine* un concetto giuridico ad elevato grado di indeterminatezza, negli Stati Uniti si è registrata nel corso del tempo una progressiva *delimitazione* dell’ambito applicativo di tale nozione (anche se non *univocamente* determinabile in una fase antecedente alla sua applicazione al caso concreto) – sia in sede legislativa-regolamentare (*in primis*) sia in sede giurisprudenziale (*in secundis*) – al fine di scongiurare un esercizio irragionevole delle azioni di *enforcement*, tra cui anche il *removal*.

In data 11 ottobre 2023, la FDIC ha pubblicato la nuova Proposta di Linee Guida vincolanti in materia di *corporate governance* e *risk management*, rivolte alle banche statali non associate (*State non-member banks*) con attività superiori a 10 miliardi di dollari (“*Guidelines Establishing Standards for Corporate Governance and Risk Management for Covered Institutions With Total Consolidated Assets of \$10 Billion or More*”)⁹². In particolare, a seguito delle turbolenze registrate nel settore

⁹⁰ A tal proposito, con riferimento al contesto statunitense, si veda K. K. MWENDA, «*The Concept of “Unsafe and Unsound Practice” under Fiji Islands’ Banking Act 1995*», in *Asia Pacif. Law Rev.*, 2016, p. 158: “[T]he courts have tended to defer to the expertise of the bank regulatory agencies in interpreting or defining what constitutes an ‘unsafe or unsound’ practice, limiting their review to a determination of whether the agency’s action was arbitrary, capricious, or otherwise unsupported by substantial evidence in the record”.

⁹¹ SUPR. COURT, *Briggs v. Spaulding et al.*, 141 US 132, 165-66, 1891.

⁹² FDIC, *Guidelines Establishing Standards for Corporate Governance and Risk Management for Covered Institutions With Total Consolidated Assets of \$10 Billion or More*, Federal Register, Vol. 88, No. 195, 11 ottobre 2023.

bancario statunitense nel marzo 2023⁹³, la FDIC intende rafforzare i requisiti di *governance* e gestione del rischio in capo alle banche statali non associate.

A tal proposito, “[s]trong corporate governance is the foundation for an insured depository institution’s safe and sound operations. [...] Reports reviewing the recent 2023 bank failures noted that poor corporate governance and risk management practices were contributing factors. Failures of insured depository institutions (IDIs) impose costs on the Deposit Insurance Fund (DIF) and negatively affect a wide variety of stakeholders including the institution’s depositors and shareholders, employees, customers [...], regulators, and the public as a whole. [...] In order to strengthen the corporate governance and risk management practices of large institutions, the FDIC is proposing to issue Guidelines as a new Appendix C to part 364 to address corporate governance and risk management practices and board oversight”⁹⁴.

A tal fine, dunque, la nuova Proposta di Linee Guida interviene principalmente nelle seguenti materie: (i) *doveri fiduciari degli amministratori*; (ii) *composizione del consiglio di amministrazione*; (iii) *cultura aziendale*; (iv) *polices di rischio*; (v) *supervisione della gestione*.

1) *Doveri fiduciari degli amministratori*

Ai sensi della nuova Proposta, ogni membro del consiglio di amministrazione è tenuto a salvaguardare – attraverso un’amministrazione legittima, informata, efficiente e capace – gli interessi dell’istituzione bancaria. Inoltre, egli deve preservare la sicurezza e la solidità dell’istituzione, nel rispetto delle leggi e dei regolamenti. Nell’esercizio delle proprie funzioni, il Consiglio di amministrazione è tenuto a considerare gli interessi di *tutte* le parti rilevanti, ossia: (a) azionisti; (b) depositanti; (c) creditori; (d) clienti; (e) autorità di regolamentazione; e (f) pubblico⁹⁵.

⁹³ Si fa riferimento ai recenti fallimenti di *Silicon Valley Bank (SVB)*, *Signature Bank* e *First Republic Bank*, registrati lo scorso marzo 2023. Per gli opportuni approfondimenti, si veda FINANCIAL STABILITY BOARD, *2023 Bank Failures. Preliminary lessons learnt for resolution*, 10 ottobre 2023, pp. 18 ss.

⁹⁴ FDIC, op. cit., pp. 70391-70392.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 70404: “Each member of the board has a duty to safeguard, through the lawful, informed, efficient, and able administration of the covered institution, the interests of the covered institution and to oversee and confirm that the covered institution operates in a safe and sound manner, in compliance with all laws and regulations. The board, in supervising the covered institution, should consider the interests of all its stakeholders, including shareholders, depositors, creditors, customers, regulators, and the public”.

2) *Composizione del consiglio di amministrazione*

Ai sensi della nuova Proposta, il consiglio di amministrazione è tenuto a valorizzare la *diversity* come criterio di composizione dell'organo, al fine di assicurare una supervisione *indipendente* ed *efficace* dell'istituzione bancaria. In particolare, in materia di *diversity*, si dovrebbero tenere in considerazione: (a) differenze sociali, etniche, anagrafiche e di genere; (b) trasversalità di competenze (*hard and soft skills*) e di *background* professionali; e (c) diversità dell'ammontare delle rispettive partecipazioni degli amministratori⁹⁶.

3) *Cultura aziendale*

Ai sensi della nuova Proposta, il consiglio di amministrazione è tenuto a valorizzare una cultura aziendale fondata su condotte *responsabili* ed *etiche*. Inoltre, le stesse decisioni del consiglio di amministrazione devono promuovere i valori di integrità, onestà e moralità, ripudiando ogni forma di rischio eccessivo⁹⁷. Infine, il consiglio di amministrazione è tenuto a redigere e ad aggiornare annualmente un codice etico, applicabile nei confronti degli amministratori, dirigenti e dipendenti, in materia di: (a) conflitti di interesse e *self-dealing*; (b) denuncia delle condotte illegali o immorali; (c) istituzionalizzazione di figure interne deputate al controllo della eticità e moralità delle condotte (*ethics officer or counsel*)⁹⁸.

4) *Policies di rischio*

Ai sensi della nuova Proposta, il consiglio di amministrazione è tenuto a definire ed approvare le politiche in materia di “rischio accettabile”, secondo i criteri determinati dalla legge e dai

⁹⁶ *Ibidem*, p. 70404: “However, in determining the appropriate number of directors and the board’s composition, the board should consider how the selection of and diversity among board members collectively and individually may best promote effective, independent oversight of covered institution management and satisfy all legal requirements for outside and independent directors. Important aspects of diversity may include: social, racial, ethnic, gender, and age differences; skills, differences in experience, perspective, and opinion (including professional, educational, and community or charitable service experience); and differences in the extent of directors’ ownership interest in the covered institution”.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 70405: “The board should establish a corporate culture and work environment that promotes responsible, ethical behavior. This culture and environment should not condone or encourage imprudent risk-taking, unethical behavior, or violations of law, regulation, or policy in pursuit of profit or other business objectives, and the board should hold directors, officers, and employees accountable for such conduct”.

⁹⁸ *Ibidem*: “The board should establish a written code of ethics for the covered institution, covering directors, management, and employees, addressing areas such as: (a) Conflicts of interest, self-dealing, protection and proper use of covered institution assets, integrity of financial recordkeeping, and compliance with laws and regulations; (b) How to report illegal or unethical behavior, and forbidding retaliation for such reporting (also known as a whistleblower policy); and (c) Identifying officials, such as an ethics officer or the covered institution’s counsel, employees can contact to seek advice in the event ethical issues arise and to whom and under what circumstances (including those that do not disclose the employee’s identity) the ethics officer or counsel must report ethical issues affecting the covered institution to senior management and the board. At least annually, the board should review and update, as necessary, the code of ethics”.

regolamenti, a tutela della sicurezza e solidità aziendale. Nello specifico, tali politiche devono riguardare, *inter alia*, i controlli interni, l'erogazione del credito, la gestione delle attività e passività e ogni altro standard operativo rilevante⁹⁹.

5) *Supervisione della gestione*

Ai sensi della nuova Proposta, il consiglio di amministrazione è tenuto a supervisionare *attivamente* le assunzioni di rischio da parte dell'istituzione bancaria e a garantire l'eliminazione o sostanziale mitigazione delle carenze individuate dai revisori. Inoltre, il consiglio di amministrazione è tenuto ad assicurare il rispetto del piano strategico, delle *policies*, delle leggi e dei regolamenti in materia di sicurezza e solidità. Di conseguenza, il consiglio di amministrazione è tenuto a non dar seguito a qualunque decisione in grado di pregiudicare la sicura e solida gestione ovvero di violare le leggi o i regolamenti rilevanti in materia¹⁰⁰.

1.3. *L'architettura europea di vigilanza*

Contrariamente agli Stati Uniti, in cui la prima disciplina del potere di rimozione degli amministratori e dirigenti bancari risale al secolo scorso (appunto, come già descritto in precedenza, il *Banking Act* del 1933), in Europa una simile disciplina si è sviluppata molto più di recente: come già anticipato, con la direttiva BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*) – la quale “*mette quindi in atto procedure preventive per ridurre la probabilità di crisi future e migliorare la resistenza*

⁹⁹ *Ibidem*: “The board is responsible for establishing and approving the policies that govern and guide the operations of the covered institution in accordance with its risk profile and as required by law and regulation. These policies ensure that the board has a fundamental understanding of the business of banking and the covered institution’s associated risks, the risks undertaken by the institution are prudently and properly managed, and the covered institution is operating in a safe and sound manner. Such policies may include, but are not limited to, applicable internal controls, loan and credit policies, asset and liability management, and other operational and managerial standards to fulfill the responsibilities outlined in part 364, Appendix A, II”.

¹⁰⁰ *Ibidem*: “The board should actively oversee the covered institution’s activities, including all material risk-taking activities. The board should hold management accountable for adhering to the strategic plan and approved policies and procedures to ensure the covered institution’s compliance with safe and sound banking practices and all applicable laws and regulations. In providing active oversight, the board should question, challenge, and when necessary, oppose recommendations and decisions made by management that are not in accordance with the covered institution’s risk appetite, could jeopardize the safety and soundness of the covered institution, or undermine compliance with applicable laws or regulations. The board also must ensure that management corrects deficiencies that auditors or examiners identify in a timely manner”.

delle istituzioni finanziarie a stress economici, a prescindere se essi siano causati da disordini sistemici o da eventi specifici relativi ad una singola istituzione”¹⁰¹ – e con il relativo recepimento da parte degli Stati membri.

A tal riguardo, appare opportuno in questa sede esaminare brevemente l’architettura istituzionale all’interno della quale tale disciplina è stata concepita, al fine di comprendere al meglio la *ratio* dei presupposti e degli elementi strutturali del *removal* europeo. Anzitutto, appare opportuno precisare che, a differenza degli Stati Uniti, il sistema giuridico comunitario attuale “*non consente la creazione di enti separati (i.e., agenzie) a cui affidare ampi poteri discrezionali*”¹⁰².

Ciò premesso, a partire dal 2012¹⁰³, l’unione bancaria europea risulta *tripartita* in tre pilastri fondamentali:

- I. il primo pilastro è costituito dal Meccanismo di Vigilanza unico (*Single Supervisory Mechanism* o “SSM”), disciplinato dal Regolamento (UE) n. 1024/2013¹⁰⁴ (di seguito, “Regolamento SSM”) e dal Regolamento (UE) n. 468/2014¹⁰⁵ (di seguito, “Regolamento quadro SSM”). Da un lato, il Regolamento SSM disciplina il funzionamento e la ripartizione delle competenze tra le Autorità rilevanti ai fini della vigilanza unica; dall’altro, il Regolamento quadro SSM regola il rapporto di cooperazione tra la BCE e le autorità degli Stati membri.

In linea generale, il Meccanismo di Vigilanza unico è finalizzato a garantire che “*la politica dell’Unione in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi sia attuata in maniera coerente ed efficace, che il corpus unico di norme sui servizi finanziari sia applicato nella*

¹⁰¹ G. M. MARSICO, «La Direttiva BRRD: tra Unione Bancaria Europea, Bail-in e par condicio creditorum», in *Dir. amm.*, Roma, 2023, p. 5.

¹⁰² A. BARONE - G. DRAGO - C. NICOLOSI, «L’erompere della vigilanza bancaria europea», in *PA Persona e Amministrazione, Ric. Giur. Amm. Ec.*, 2021, p. 675. Al riguardo, si veda anche E. CHITI, «Le trasformazioni delle agenzie europee», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010; *Idem*, «An important part of the UE’s institutional machinery: features, problems and perspective of European Agencies», in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2009; H. EKELUND, «Making Sense of the ‘Agency Programme’ in post-Lisbon Europe: Mapping European Agencies», in *Centr. Europ. Journ. Publ. Pol.*, 2012; C. NICOLOSI, «Agencification ed equilibrio istituzionale europeo: brevi considerazioni sul “meccanismo di risoluzione unico”», in *Federalismi.it*, 2017.

¹⁰³ Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio “Una tabella di marcia verso l’unione bancaria”*, COM(2012) 510 final, Bruxelles, 12 settembre 2012. Al riguardo, si veda A. GIANNELLI - P. SFAMENI, *Diritto degli intermediari finanziari e dei mercati finanziari*, Egea, Milano, 2013, p. 8. Si veda anche E. L. CAMILLI, «The governance of EU regulatory powers in the banking sector», in E. Chiti, G. Vesperini (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Il Mulino, Bologna, 2015.

¹⁰⁴ Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

¹⁰⁵ Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell’ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (Regolamento quadro sull’MVU).

stessa maniera agli enti creditizi in tutti gli Stati membri interessati e che tali enti creditizi siano sottoposti a una vigilanza ottimale sotto il profilo qualitativo e libera da considerazioni estranee all'ottica prudenziale"¹⁰⁶.

Tale Meccanismo risulta composto dalla BCE e dalle autorità nazionali competenti (ANC)¹⁰⁷ ed è finalizzato all'applicazione del c.d. Codice Unico Europeo (*Single Rulebook*, il quale costituisce il quadro normativo comunitario in materia di unione bancaria), delle direttive sui requisiti patrimoniali (CRD)¹⁰⁸, dei requisiti patrimoniali (CRR)¹⁰⁹ e dell'Accordo di Basilea. Tuttavia, tale sistema unificato non implica che la Banca centrale europea abbia una competenza di vigilanza sulla *totalità* degli istituti dell'Eurozona.

Difatti, il Regolamento SSM ed il Regolamento quadro SSM adottano a tal proposito specifici criteri soggettivi ed oggettivi di distribuzione di tale competenza tra la BCE e le Autorità nazionali competenti (ANC). In particolare, sotto il profilo soggettivo, la BCE esercita *direttamente* l'attività di vigilanza sugli istituti di credito c.d. "significativi" (*significant*). A tal proposito, la "significatività" dell'istituto di credito si determina in base ai criteri stabiliti dall'art. 6, par. 4, del Regolamento SSM e dal Regolamento quadro SSM, in particolare: (i) dimensioni; (ii) importanza per l'economia dell'Unione o di qualsiasi Stato membro partecipante; (iii) significatività delle attività transfrontaliere.

Più precisamente, la citata disposizione stabilisce che "*non sono considerati meno significativi, tranne se giustificato da particolari circostanze da specificare nella metodologia, qualora soddisfino una qualsiasi delle seguenti condizioni: i) il valore totale delle attività supera i 30 miliardi di EUR; ii) il rapporto tra le attività totali e il PIL dello Stato 32 membro partecipante in cui sono stabiliti supera il 20 %, a meno che il valore totale delle attività sia inferiore a 5 miliardi di EUR; iii) in seguito alla notifica dell'autorità nazionale competente secondo cui tale ente riveste un'importanza significativa con riguardo*

¹⁰⁶ Regolamento SSM, Considerando n. 12. Si veda anche BANCA CENTRALE EUROPEA, *Manuale di vigilanza dell'MVU Vigilanza bancaria europea: funzionamento dell'MVU e approccio di vigilanza*, Francoforte, p. 15. Per approfondimenti, si veda L. QUAGLIA, «*The regulatory response of the European union to the global financial crisis*», in R. Mayntz (a cura di), *Crisis and control. Institutional change in financial market regulation*, Campus, 2012; S. CASSESE, «La nuova architettura europea», in *Giorn. dir. amm.*, Vol. 1, 2014.

¹⁰⁷ Si veda M. BODELLINI, op cit., p. 12: "*Through the establishment of a new system of supervision (the SSM) based on the close cooperation between the ECB and NCAs, the goal is to ensure consistent oversight of every bank in the Banking Union and tackle the issue of supervisory forbearance ontologically embedded in domestic supervision. At the same time, the involvement of NCAs is expected to enable the SSM to take advantage of the skills they own and the experience they have gained over the years in supervising banks in their jurisdiction*".

¹⁰⁸ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE.

¹⁰⁹ Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

all'economia nazionale, la BCE decide di confermare tale significatività sulla scorta di una sua valutazione approfondita, compreso lo stato patrimoniale, dell'ente creditizio in questione"¹¹⁰.

Riguardo le ANC (come poc'anzi specificato, le "autorità nazionali competenti"), esse esercitano direttamente la vigilanza degli istituti c.d. "meno significativi" (*less significant*), sotto la vigilanza *indiretta* della BCE. Pertanto, la BCE ha competenza di *generale* sorveglianza sul sistema complessivo, o in via diretta (nel caso degli enti significativi) o in via indiretta (nel caso degli enti meno significativi)¹¹¹. A tal proposito, rimane impregiudicato il potere della BCE di avocare a sé la vigilanza sugli istituti meno significativi qualora ciò determini un'applicazione maggiormente coerente delle disposizioni sulla vigilanza bancaria¹¹².

Sotto il profilo oggettivo, le materie non espressamente attribuite alla BCE rimangono di competenza delle autorità nazionali (c.d. competenza residuale), quali, in particolare, quelle in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti o di antiriciclaggio e contrasto al finanziamento del terrorismo. Tra quest'ultime, occorre distinguere le materie escluse dall'ambito applicativo del SSM – rispetto alle quali alle autorità nazionali competenti è attribuita competenza *esclusiva* di vigilanza – dalle materie incluse nell'ambito applicativo del SSM – per le quali, quand'anche di competenza delle autorità nazionali competenti, sussiste un controllo *indiretto* della BCE¹¹³.

¹¹⁰ Inoltre, la medesima disposizione prevede che la BCE "può, di propria iniziativa, considerare un ente di importanza significativa quando questo ha stabilito filiazioni in più di uno Stato membro partecipante e le sue attività o passività transfrontaliere rappresentano una parte significativa delle attività o passività totali soggette alle condizioni di cui alla metodologia".

¹¹¹ A tal proposito, si veda A. MAGLIARI, «I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del *Single Supervisory Mechanism*. Il caso dell'applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE», in *Riv. dir. banc.*, Trento, 2016, p. 278: "La BCE, infatti, esercita una generale sorveglianza sul funzionamento dell'intero sistema e, dunque, anche sull'attività di vigilanza svolta, nel quadro del SSM, dalle ANC. A tal fine la BCE può avvalersi, in qualsiasi momento, del potere di richiedere informazioni (art. 10, regolamento SSM), disporre indagini (art. 11) e ispezioni in loco (art. 12), eventualmente richiedendo l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria nazionale (art. 13). I rapporti tra la BCE e le ANC in relazione alla vigilanza sugli enti meno significativi sono disciplinati nel dettaglio dal regolamento quadro, Parte VII, artt. 96 ss. Infine, si rammenta come l'art. 6(5), lett. b, del regolamento SSM attribuisca alla BCE il potere di assumere direttamente tutti i poteri di vigilanza per uno o più enti creditizi 'meno significativi', allorché ciò risulti necessario a garantire l'applicazione coerente di standard elevati di vigilanza".

¹¹² Al riguardo, si veda C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, il Mulino, 2020, p. 149: "Per questi motivi, la Corte di Giustizia [...] ha affermato che l'impianto normativo sancito dal reg. 1024 mostra che sia stata trasferita alla BCE la competenza esclusiva nell'esercizio dei poteri di vigilanza nei confronti di tutte le banche dei paesi dell'euro. Secondo la Corte, le autorità nazionali esercitano i controlli diretti sulle banche «meno significative» su delega della BCE. Le autorità nazionali non sono completamente escluse dalla vigilanza sulle banche «significative». Esse giocano un ruolo sia nel processo decisionale della Bce, sia nella fase di istruttoria e di attuazione dei provvedimenti [...]".

¹¹³ Al riguardo, *ibidem*, pp. 149 ss.

Pertanto, la BCE “riveste un ruolo di fondamentale rilevanza, avendo il ruolo di autorità di vigilanza bancaria europea ha la facoltà di imporre limiti e regole di vigilanza giuridicamente vincolanti per tutte le banche europee. Le sue competenze variano dalla concessione o revoca delle licenze bancarie, alla definizione dei requisiti patrimoniali micro e macroprudenziali, alla valutazione sull’acquisizione o cessione di partecipazioni qualificate, allo stabilire o meno la significatività di ogni banca vigilata, ovverosia di ogni banca europea, e all’eventuale adozione, nei confronti di istituzioni bancarie significative, di misure esecutive o di sanzioni”¹¹⁴;

- II. il secondo pilastro è costituito dal Meccanismo di Risoluzione¹¹⁵ unico (*Single Resolution Mechanism* o “SRM”), disciplinato dal Regolamento (UE) n. 806/2014¹¹⁶ (*Single Resolution Mechanism Regulation*, di seguito “Regolamento SRMR”) la cui *ratio* discende dalla direttiva BRRD, la quale – come anticipato – stabilisce un insieme di regole armonizzate in materia di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. A tal proposito, tale disciplina di armonizzazione sarebbe risultata pressoché inadeguata in assenza di un meccanismo di risoluzione delle crisi bancarie¹¹⁷, il quale affiancasse il meccanismo di vigilanza unico precedentemente analizzato.

¹¹⁴ G. M. MARSICO, «L’Unione bancaria europea: tra Meccanismo di Risoluzione Unico, Meccanismo di Vigilanza Unico e prevenzione del rischio sistemico», in *Dir. amm.*, 2021, p. 10. Si veda anche C. BRESCIA MORRA, «La Banking Union: un progetto in fieri», in *Riv. reg. merc.*, 2017, pp. 1-2: “La supervisione europea ha preso avvio ufficialmente il 4 novembre del 2014, dopo una fase preparatoria in cui la BCE ha condotto il c.d. *comprehensive assessment* per verificare lo stato di salute delle banche che sarebbero passate sotto la sua vigilanza. A settembre dello stesso anno, la medesima autorità ha individuato l’elenco dei soggetti che sarebbero stati assoggettati alla sua vigilanza diretta perché considerati *significant* (in funzione di criteri fissati nel Reg. n. 1024/2013, che fanno riferimento, in primo luogo, alle dimensioni degli attivi delle banche). Le banche *less significant* sono soggette alla vigilanza diretta delle autorità competenti nazionali. La BCE ha comunque la responsabilità complessiva del funzionamento del SSM, ha poteri esclusivi nei confronti di alcuni aspetti della vigilanza su tutte le banche, anche *less significant*, e può dare istruzioni di carattere generale alle autorità nazionali per la vigilanza su queste ultime”. Si veda anche: F. GIGLIONI, «The European Banking Union as a new model of administrative integration?», in E. Chiti, G. Vesperini (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration*, 2015; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1.

¹¹⁵ A tal proposito, *ibidem*, p. 14: “Quando si parla di ‘risoluzione’ si intende il procedimento attraverso il quale un’autorità competente garantisce la c.d. ristrutturazione di una banca con il fine ultimo di mantenere vive e stabili le attività finanziarie, di assicurare la continuità e il risanamento di quelle critiche, e garantire una procedura corretta d’insolvenza per quelle non riparabili”.

¹¹⁶ Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010.

¹¹⁷ A tal riguardo, si veda il Regolamento SRMR, Considerando n. 10, secondo cui la direttiva BRRD – pur costituendo “un passo significativo verso l’armonizzazione delle norme in materia di risoluzione delle banche in tutta l’Unione” – si limitava ad introdurre “regole di armonizzazione minime e non stabilisce la centralizzazione del processo decisionale in materia di risoluzione”, prevedendo, “essenzialmente strumenti e poteri comuni di risoluzione che sono messi a disposizione delle autorità nazionali di ciascuno Stato membro, alle quali lascia tuttavia una certa discrezionalità nell’applicazione degli strumenti e nel ricorso ai meccanismi di finanziamento nazionali a sostegno delle procedure di risoluzione”.

Pertanto, il Meccanismo di Risoluzione unico è finalizzato a fornire “*alle autorità un insieme credibile di strumenti per un intervento sufficientemente precoce e rapido in un ente in crisi o in dissesto, al fine di garantire la continuità delle funzioni finanziarie ed economiche essenziali dell’ente, riducendo al minimo l’impatto del dissesto sull’economia e sul sistema finanziario*”¹¹⁸.

Anzitutto, il Regolamento SRMR presenta un ambito applicativo coincidente con il Regolamento SSM; difatti, ai sensi dell’art. 2 del medesimo Regolamento, rientrano nel Meccanismo di Risoluzione unico: (i) gli “*enti creditizi stabiliti in uno Stato membro partecipante*”; (ii) le “*imprese madri, comprese le società di partecipazione finanziaria e le società di partecipazione finanziaria mista, stabilite in uno Stato membro partecipante, ove siano soggette alla vigilanza su base consolidata svolta dalla BCE conformemente all’articolo 4, paragrafo 1, lettera g), del regolamento (UE) n. 1024/2013*”; (iii) le “*imprese d’investimento e gli enti finanziari stabiliti in uno Stato membro partecipante ove rientrino nell’ambito della vigilanza su base consolidata dell’impresa madre svolta dalla BCE conformemente all’articolo 4, paragrafo 1, lettera g), del regolamento (UE) n. 1024/2013*”.

Tale Meccanismo – responsabile, dunque, della risoluzione di tutte le banche negli Stati membri partecipanti dell’Unione bancaria – presenta una struttura anch’essa assimilabile a quella del SSM. Difatti, l’SRM è composta dal Comitato di risoluzione unico (*Single Resolution Board* o “SRB”)¹¹⁹ e dalle Autorità nazionali di risoluzione (“ANR”)¹²⁰. Proprio come nel sistema delle competenze parallele tra BCE e ANC nel SSM, anche nel Meccanismo di Risoluzione unico l’SRB ha competenza: (i) sulle banche e sui gruppi considerati significativi ai sensi dell’art. 6, par. 4, del Regolamento SSM; (ii) sulle banche o sui gruppi bancari in relazione alle quali la BCE ha deciso – ai sensi dell’art. 6, par. 5, lett. b), del Regolamento SSM – di esercitare direttamente i poteri di vigilanza; e (iii) in ogni caso, sui gruppi a carattere transfrontaliero.

¹¹⁸ Direttiva BRRD, Considerando n. 5.

¹¹⁹ Il SRB costituisce una “agenzia dell’Unione”, dotata di “personalità giuridica” (art. 42, Reg. SRMR). Tale agenzia, in quanto “responsabile del funzionamento efficace e coerente” (art. 7, Reg. SRMR) del SRM presenta una «struttura specifica corrispondente ai suoi compiti» ed è composta da un presidente da altri quattro membri a tempo pieno nominati conformemente all’art. 56 del medesimo regolamento e da «un membro nominato da ciascuno Stato membro partecipante in rappresentanza delle loro autorità nazionali di risoluzione» (art. 43, Reg. SRMR). La “struttura amministrativa e di gestione” del SRB è composta: (i) dal presidente; (ii) dalla sessione plenaria del SRB; (iii) e dalla sessione esecutiva dello stesso Ente.

¹²⁰ Si veda M, BODELLINI, op. cit., p. 14: “*The scope of application of the SRM mirrors the one of the SSM and also the criteria for the distribution of tasks between the SRB and NRAs are rather similar to the ones which apply in the SSM. Accordingly, the SRB is in charge of handling the crisis of significant, as well as cross-border, institutions, and NRAs are in charge of less significant institutions*”.

D'altro lato, le ANR hanno competenza di supervisione e redazione dei piani di risoluzione sulle banche e sui gruppi bancari che non ricadono nell'alveo dei poteri del SRB¹²¹;

- III. il terzo pilastro è costituito dal Sistema Europeo di garanzia dei depositi (*European Deposit Insurance Scheme* o "EDIS"), secondo la Proposta di Regolamento presentata dalla Commissione nel 2015¹²², finalizzato a creare un sistema comune per la protezione dei depositi. Tale Sistema è ancora in fase di elaborazione e la Proposta risulta tutt'oggi sul tavolo dei negoziati.

1.4. La direttiva BRRD: l'avvento del removal in Europa tra le misure di intervento precoce

Analizzata l'architettura istituzionale europea, appare ora opportuno esaminare la "genesì" dell'istituto del *removal* in sede comunitaria e i successivi sviluppi in fase di armonizzazione degli ordinamenti nazionali. A tal proposito, come in parte anticipato nell'Introduzione, la disciplina delle misure di intervento precoce (*early intervention measures*), di cui il *removal* fa parte, si inserisce nell'ambito dei "tre pilastri" precedentemente analizzati (*Single Supervisory Mechanism* o "SSM"; *Single Resolution Mechanism* o "SRM"; *European Deposit Insurance Scheme* o "EDIS").

Difatti, le misure di intervento precoce rafforzano il meccanismo SRM, in quanto finalizzate – a differenza degli *administrative enforcement orders* negli Stati Uniti – non alla "semplice" gestione rimediabile della crisi (già manifestata), bensì alla *prevenzione* della crisi stessa (non ancora manifestata) mediante il potenziamento delle regole prudenziali e dell'azione di vigilanza al fine di "anticipare" (e non di rimediare *ex post*) il rischio di *default* dell'intermediario.

Con riferimento specifico al potere di rimozione degli esponenti aziendali, tale misura di intervento precoce è andata a "declinarsi" in molteplici disposizioni rilevanti qualificandosi – come

¹²¹ Si veda il Regolamento SRMR, art. 7. Si veda inoltre C. BRESCIA MORRA, op. cit., p. 3: "In maniera simile, il Regolamento n. 806 affida competenze decisionali al nuovo Single Resolution Board sull'insieme delle banche significant (e su altri intermediari) e alle autorità di risoluzione nazionale su tutte le altre banche".

¹²² COMMISSIONE EUROPEA, Proposta di Regolamento (COM(2015)586): "L'istituzione dell'EDIS, con poteri decisionali, di sorveglianza e di applicazione centralizzati e affidati al Comitato di risoluzione unico («Comitato»), sarà fondamentale per raggiungere l'obiettivo di un quadro armonizzato di garanzia dei depositi. L'applicazione uniforme dei requisiti di garanzia dei depositi negli Stati membri partecipanti risulterà rafforzata dal fatto di essere stata affidata a siffatta autorità centrale. In questo modo, il funzionamento dell'EDIS dovrebbe facilitare il processo di armonizzazione nel settore dei servizi finanziari, sostenendo e mettendo a disposizione un quadro per l'elaborazione e la successiva attuazione di norme uniformi in materia di meccanismi di garanzia dei depositi" (Considerando n. 11).

negli Stati Uniti – come potere diretto sulla composizione soggettiva della banca. Pertanto, risulta imprescindibile una ricognizione storica delle fonti in materia.

1.4.1. (segue): Il potere regolatorio di removal in capo alla BCE ai sensi del SSM

La prima fattispecie comunitaria di *removal* è stata introdotta, nell’ottobre del 2013, nell’alveo dei poteri di supervisione ordinaria in capo alla BCE ed è specificamente rappresentata dall’attuale art. 16, par. 2, lett. *m*), del Regolamento SSM¹²³. Ai sensi di tale articolo, alla BCE è stato attribuito il potere di “*rimuovere in qualsiasi momento membri dell’organo di amministrazione degli enti creditizi che non soddisfano i requisiti previsti dagli atti di cui all’articolo 4, paragrafo 3, primo comma*”.

Alla luce di tale formulazione, il *removal* europeo nasce come potere regolatorio esercitabile al mancato rispetto, da parte degli amministratori, dei requisiti potenzialmente previsti da “*tutto il pertinente diritto dell’Unione*” (art. 4, par. 3, comma 1), con ciò includendo: (i) l’intero diritto primario e derivato dell’Unione¹²⁴; (ii) la legislazione nazionale di recepimento delle direttive¹²⁵. Inoltre – alla stregua degli altri poteri di supervisione ordinaria previsti dall’art. 16, par. 2 del Regolamento SSM – tale fattispecie di *removal* risulta applicabile “*ai fini dell’articolo 9, paragrafo 1*”, il quale attribuisce alla BCE un ampio ventaglio di poteri di vigilanza microprudenziale e macroprudenziale, il cui esercizio risulta *svincolato* dalla sussistenza di presupposti specifici (da qui, la natura *regolatoria-discrezionale* del potere in esame). Pertanto, l’ambito applicativo oggettivo di tale prima fattispecie di *removal* risulta di ampia portata¹²⁶. Inoltre, appare opportuno chiarire fin da

¹²³ Con riguardo a tale potere attribuito alla BCE, si veda: G. NAPOLETANO, «La risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell’Unione economica e monetaria. Verso l’Unione bancaria», in *Banc. bors. tit. cred.*, 2012, p. 747; F. ACCETTELLA, «L’accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all’interno del diritto dell’UE», in *Banc. bors. tit. cred.*, 2013, p. 462; M. MANCINI, «Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union», Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 73, Banca d’Italia, Roma, settembre 2013; F. GUARRACINO, «Il meccanismo unico di vigilanza sugli enti creditizi tra diritto primario e riforma dei trattati», in *Riv. trim. dir. ec.*, 2014, p. 171.

¹²⁴ Si veda il Regolamento SSM, Considerando n. 32: “*La BCE dovrebbe assolvere i suoi compiti conformemente al pertinente diritto dell’Unione, compresi tutto il diritto primario e derivato dell’Unione [...]*”.

¹²⁵ *Ibidem*, art. 4, par. 3, comma 1: “*Ai fini dell’assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell’Unione e, se tale diritto dell’Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive*”.

¹²⁶ Al riguardo, si veda A. ANTONUCCI, «I poteri di *removal* degli esponenti aziendali nell’ambito del *Single Supervisory Mechanism*», in *Banc. impr. soc.*, 2016, p. 40.

ora che siffatto potere di *removal* attribuito alla BCE risulta esercitabile verso *qualunque* ente creditizio – significativo o meno – che rientri nel perimetro del SSM¹²⁷.

1.4.2. (segue): Il potere sanzionatorio di interdizione temporanea ai sensi della CRD

Una fattispecie comunitaria posta in una prospettiva *distinta* dal potere sopra menzionato – introdotta qualche mese prima, nel giugno del 2013 – è rappresentata dall’attuale art. 67, par. 2, lett. d), della CRD. Ai sensi di tale articolo, difatti, si è prevista la *sanzione* della “*interdizione temporanea dall’esercizio di funzioni in seno a enti a carico di un membro dell’organo di gestione dell’ente o di altre persone fisiche considerati responsabili*”. Come si chiarirà meglio successivamente, il potere di rimozione degli esponenti aziendali ha assunto nel nostro ordinamento natura *regolatoria* (e non sanzionatoria) ed è dunque da mantenere distinto rispetto alla *diversa* fattispecie di interdizione temporanea, avente invece natura *sanzionatoria* (e non regolatoria). Per tali ragioni, appare opportuno chiarire che l’art. 67, par. 2, lett. d), della CRD *non è in alcun modo qualificabile come ipotesi di rimozione*.

Come si approfondirà in seguito, il *removal* è comparso nel nostro ordinamento nazionale con il d.lgs. n. 72/2015, di adeguamento alla CRD¹²⁸. In tal modo, l’istituto in esame è stato incluso nell’alveo dei poteri di intervento nei confronti dell’intermediario in conformità al “nuovo” art. 53-*bis* del TUB. A ben vedere, in realtà, tale norma non ha recepito alcuna previsione della CRD – la quale, come si è poc’anzi precisato, non ha introdotto alcuna ipotesi di *removal* – basandosi piuttosto sull’art. 3, comma 1, lett. e), della legge di delegazione europea n. 154/2014. Difatti, con tale previsione si delegava il Governo ad “*attribuire alla Banca d’Italia il potere di rimuovere gli esponenti aziendali degli intermediari quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione*”. In sostanza, il “nuovo” art. 53-*bis* del TUB mirava *teoricamente* ad

¹²⁷ Si veda F. CIRAOLO, «Il *removal* alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna S.p.A.», in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 201: “È appena il caso di precisare, da ultimo, che le prime due ipotesi si riferiscono a misure (rimozione individuale e rimozione collettiva) che la Banca d’Italia può adottare unicamente nei confronti degli intermediari soggetti alla sua diretta vigilanza (oggi, in pratica, le sole banche *less significant*), mentre la terza contempla la possibilità di un intervento della BCE verso qualunque ente creditizio (significativo o meno) che rientri nel vasto perimetro del SSM”.

¹²⁸ Al riguardo, si veda P. G. TEIXEIRA, «*The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional Foundations*», in Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, *Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale n. 75, Banca d’Italia, Roma, 2014, p. 88.

attribuire alla Banca d'Italia lo *stesso* potere di rimozione che il Regolamento SSM aveva attribuito alla BCE. Tuttavia, alla luce della stessa formulazione della delega – come si chiarirà in seguito – l'art. 53-*bis* non ha proceduto alla mera riproduzione testuale dell'art. 16, par. 2 del Regolamento SSM, *ridisegnando* piuttosto i presupposti e l'ambito applicativo dell'istituto del *removal*¹²⁹.

1.4.3. (segue): *Il potere regolatorio di removal ai sensi della BRRD*

Le altre fattispecie comunitarie di *removal* (oltre a quella prevista dal Regolamento SSM, adottato nell'ottobre del 2013) sono state introdotte con la direttiva BRRD, già richiamata in precedenza, entrata in vigore nel 2015. Tale direttiva, per la prima volta in Europa, ha inserito il potere di rimozione tra le “misure di intervento precoce” (*early intervention measures*), intese come interventi di correzione della *governance* finalizzati alla prevenzione della crisi. In particolare, come si analizzerà meglio in seguito, la direttiva BRRD ha previsto due distinte fattispecie di *removal*:

- I. l'art. 27, lett. *d*), in materia di “Misure di intervento precoce”, il quale attribuisce all'autorità competente il potere di “*richiedere la rimozione o la sostituzione di uno o più membri dell'organo di amministrazione, qualora non siano ritenuti idonei a svolgere i loro compiti ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 2013/36/UE o dell'articolo 9 della direttiva 2014/65/UE*”.

In sostanza, tale fattispecie risulta applicabile in caso di violazione, quand'anche potenziale, dei requisiti CRR, CRD, MiFID¹³⁰ e MiFIR¹³¹. Pertanto, la fattispecie in esame comporta un *fit and proper assessment*, con riferimento *esclusivo* all'organo di amministrazione.

¹²⁹ A. ANTONUCCI, op. cit., p. 41: “*Peraltro, il criterio di delega su cui si basa il decreto – per motivi che non emergono dai lavori preparatori – non opta per la riproduzione della norma presente nel quadro europeo, ma ne riformula ambito soggettivo d'incidenza e presupposti, prevedendo che la norma delegata debba «attribuire alla Banca d'Italia il potere di rimuovere gli esponenti aziendali degli intermediari quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione». Quindi: non i soli membri dell'organo di amministrazione, ma indistintamente tutti gli esponenti aziendali; non nel presupposto dell'inottemperanza all'intero quadro del diritto pertinente, ma del pregiudizio per la sana e prudente gestione*”.

¹³⁰ Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE.

¹³¹ Regolamento UE n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

Inoltre, a ben vedere, tale potere in capo all'autorità di vigilanza implica la *mera richiesta* di rimozione, senza possibilità alcuna di procedere *direttamente* a tal fine. Per tale ragione, ai sensi del presente lavoro, la fattispecie in esame è qualificabile come potere di *quasi-removal*. Pertanto, tale formulazione si inserisce nella più ampia prerogativa di *moral suasion* da parte dell'autorità nei confronti dell'ente, senza che quest'ultimo sia formalmente vincolato dalla richiesta della prima;

- II. l'art. 28, in materia di “Rimozione dell'alta dirigenza e dell'organo di amministrazione”, il quale prevede che “*qualora si verifichi un significativo deterioramento della situazione finanziaria di un ente oppure vi siano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto dell'ente o gravi irregolarità amministrative, e se le altre misure attuate in conformità dell'articolo 27 non siano sufficienti ad invertire tale processo, gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti possano esigere la rimozione dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione dell'ente, nella sua totalità o per quanto riguarda singole persone. La nomina della nuova alta dirigenza o dell'organo di amministrazione è eseguita conformemente al diritto nazionale e dell'Unione ed è soggetta all'approvazione o al consenso dell'autorità competente*”.

In sostanza, tale fattispecie risulta applicabile *solo ed esclusivamente* qualora le misure di cui all'art. 27 *non risultino sufficienti* a superare la fase di: (a) significativo deterioramento della situazione finanziaria; ovvero (b) gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto; ovvero (c) gravi irregolarità amministrative. Pertanto, tale art. 28 configura anzitutto un'ipotesi *negativa-residuale* rispetto all'art. 27, nella misura in cui la prima risulta attivabile *solo in caso di sub-ottimalità* della seconda nel caso concreto.

Inoltre, come si vedrà meglio in seguito, l'art. 28 contiene dei presupposti di applicazione *aggravati-rafforzati* rispetto all'art. 27, richiedendo alternativamente: (a) la *significatività* del deterioramento della situazione finanziaria; ovvero (b) la *gravità* delle violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto, da un lato, ovvero delle irregolarità amministrative, dall'altro.

Peraltro, a differenza dell'art. 27, tale seconda fattispecie non risulta applicabile su base potenziale, presupponendo piuttosto che il significativo deterioramento della situazione finanziaria, ovvero le gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto, ovvero le gravi irregolarità amministrative *si siano effettivamente manifestate*, con

riferimento *non soltanto* all'organo amministrativo (come invece previsto dall'art. 27), bensì *anche* all'alta dirigenza.

A ben vedere, tale potere in capo all'autorità di vigilanza non implica la *mera richiesta* di rimozione – come invece previsto dall'art. 27 – bensì il diverso e più invasivo potere di *esigere* la rimozione, con la possibilità dunque di procedere *direttamente* a tal fine. Per tale ragione, ai sensi del presente lavoro, la fattispecie in esame è qualificabile come potere di *removal strictu sensu*.

Come si vedrà successivamente, tali fattispecie di *removal* di cui alla BRRD sono state recepite – attraverso il d.lgs. n. 181/2015 – nel Titolo IV del TUB, precisamente agli artt. 69-*octiesdecies* e 69-*vicies-semel*.

1.4.4. (segue): Dal removal ai removals: cenni preliminari

In sintesi, da un lato, l'art. 16, par. 2, del Regolamento SSM (prima fattispecie comunitaria di *removal*) ha rappresentato la “fonte di ispirazione” ai fini dell'introduzione nel nostro ordinamento bancario nazionale dell'art. 53-*bis* del TUB¹³² il quale però – come già anticipato – non ha proceduto alla riproduzione testuale della norma del Regolamento, *ridisegnando* piuttosto i presupposti e l'ambito applicativo di tale fattispecie regolatoria. A tal proposito, appare opportuno ribadire che l'art. 53-*bis* non costituisce norma di recepimento diretto di alcuna direttiva comunitaria (inclusa la CRD, il cui art. 67, par. 2, lett. *d*), disciplina – come poc'anzi analizzato – la *distinta* fattispecie sanzionatoria di interdizione temporanea). Piuttosto, l'art. 53-*bis* rappresenta una norma di *adeguamento* alla *generale* disciplina comunitaria in materia di rimozione degli esponenti aziendali¹³³.

D'altro lato, nell'ambito della BRRD, gli artt. 27, lett. *d*), (seconda fattispecie comunitaria di *removal*, denominabile più precisamente come *quasi-removal*, ossia il mero potere di *richiedere* la rimozione) e 28 (terza fattispecie comunitaria di *removal*, denominabile più precisamente come

¹³² Al riguardo, si veda L. STANGHELLINI, op. cit., p. 147.

¹³³ Al riguardo, si veda A. ANTONUCCI, op. cit., p. 41: “A riguardo, la relazione illustrativa che accompagna lo schema di decreto di adeguamento alla CRD IV, sottolineata l'integrazione del novero dei poteri, segnala che «il c.d. removal non è contemplato da CRD 4 ma previsto dall'articolo 3, comma 1, lettera e), LDE [legge di delegazione europea, n. 154/2014]. Si tratta peraltro di innovazione da tempo raccomandata dal FMI»”.

removal strictu sensu, ossia il più invasivo potere di *esigere* la rimozione) sono state recepite dagli attuali artt. 69-*octiesdecies* e 69-*vicies-semel* del TUB.

1.5. *L'avvento del removal in Italia secondo le Considerazioni finali dei Governatori*

Delineata l'architettura istituzionale comunitaria quale principale contesto di sviluppo anche della normativa nazionale di *removal*, occorre anzitutto procedere a definire tale potere secondo il nostro ordinamento giuridico. In conformità alla normativa bancaria italiana, risultato del recepimento di direttive comunitarie (in particolare, come già più volte rilevato, della direttiva BRRD), il potere di *removal* – attribuito alla Banca d'Italia – rappresenta il potere di “*rimuovere gli esponenti aziendali delle banche vigilate, lasciando alle medesime la designazione dei sostituti secondo le apposite regole statutarie*”¹³⁴.

L'introduzione di tale potere era stata auspicata per la prima volta nel 2009, in via istituzionale, dall'allora Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi il quale, nelle *Considerazioni finali* del medesimo anno, affermò che:

*“Il vaglio accurato da parte della Vigilanza dei requisiti degli esponenti di banche o altri intermediari vigilati è un fondamentale strumento di controllo, garanzia di stabilità. Lo è anche la possibilità di rimuovere i responsabili di gestioni scorrette o altamente rischiose prima che la situazione sia gravemente deteriorata e si debbano perciò attivare provvedimenti di rigore. Un'estensione dei poteri della Vigilanza in questa direzione è opportuna. Le autorità di controllo di importanti paesi dispongono già di questi poteri. Il Comitato europeo dei supervisori bancari¹³⁵ la suggerisce; la Commissione ne sta valutando l'adozione a livello comunitario”*¹³⁶.

Fin dalle origini, dunque, lo strumento di *removal* nazionale era stato pensato come mezzo di intervento *precoce* (rimuovere “*prima che la situazione sia gravemente deteriorata*”) funzionale a

¹³⁴ F. CIRAIOLO, op. cit., p. 199.

¹³⁵ Il Comitato europeo dei supervisori bancari (*Committee of European Banking Supervisors* o “CEBS”) è stato un gruppo consultivo indipendente dell'Unione europea in materia di vigilanza bancaria. Istituito dalla Commissione europea nel 2004 con decisione 2004/5/CE e composto da alti rappresentanti delle autorità di vigilanza bancaria e delle banche centrali dell'Unione europea, è stato sostituito dall'Autorità bancaria europea a partire dal 1° gennaio 2011, assumendone quest'ultima tutti i compiti e le responsabilità.

¹³⁶ M. DRAGHI, *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia sul 2009*, 31 maggio 2010, Roma, p. 16.

preservare – anche qui – la sana e prudente gestione dell’istituzione bancaria (“rimuovere i responsabili di gestioni scorrette o altamente rischiose”).

L’auspicio all’introduzione del *removal* fu ribadito da Draghi nelle *Considerazioni finali* dell’anno successivo, confermando che:

*“Nel nostro paese non vi è stata una crisi bancaria. Tuttavia la recessione, aggravando debolezze aziendali preesistenti, ha portato a un aumento del numero di procedure di gestione provvisoria, amministrazione straordinaria e liquidazione. Dobbiamo ora rivedere il quadro delle regole, in linea con gli orientamenti internazionali, lungo due direttrici: ampliare lo spettro delle misure di risoluzione delle crisi; dotare la Vigilanza della possibilità di rimuovere gli esponenti responsabili di condotte nocive alla sana e prudente gestione di una banca”*¹³⁷.

Anche qui, il meccanismo di *removal* proposto implicava l’inserimento di uno strumento di prevenzione a tutela della “sana e prudente gestione di una banca”.

Inoltre, la necessità di introduzione di un potere diretto e selettivo di rimozione fu ribadita dalla Banca d’Italia nel 2011, precisando che “[a]s to early intervention [...] some supplementary measures, however, seem to be necessary. This is, for example, the case for ‘removal’, namely the power of the supervisory authority to replace one or more board members or managing directors or to require their dismissals in cases where they are liable for misconduct. This could be a measure that selectively affects the bank’s governance, avoiding to use the more intrusive instrument of the special administration when not necessary. The Bank of Italy has not actually the power to remove single directors”¹³⁸.

In seguito, anche il successivo Governatore della Banca d’Italia Ignazio Visco ribadì nel 2013 che “quando l’intermediario non è in situazione di crisi, la Banca d’Italia può chiedere agli azionisti di rinnovare il vertice aziendale, ma non può incidere sulle loro decisioni, né direttamente rimuovere un amministratore. Il quadro normativo va rafforzato. L’autorità di vigilanza deve poter valutare compiutamente l’idoneità degli esponenti, nel rispetto di criteri di trasparenza e imparzialità dell’azione amministrativa. Deve poter intervenire efficacemente nei casi in cui, sulla base di fondate

¹³⁷ *Idem*, *Considerazioni finali del Governatore della Banca d’Italia sul 2010*, 31 maggio 2011, Roma, p. 17.

¹³⁸ G. BOCCUZZI, «Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model», in Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 71, Banca d’Italia, Roma, 2011, p. 263. In senso conforme, si veda T. BOERI - L. GUIO, *La lezione del Monte*, in Lavoce.info, 3 febbraio 2013, www.lavoce.info/mps-fondazioni-politica-banche/.

evidenze, ritenga necessario opporsi alla nomina di esponenti aziendali o rimuoverli dall'incarico"¹³⁹.

Di nuovo, lo stesso Governatore, nelle Considerazioni finali sull'anno 2013, affermò che “[s]e necessario, la Vigilanza richiede di rinnovare radicalmente la composizione degli organi amministrativi, di rafforzare la struttura organizzativa e patrimoniale, di elaborare nuovi piani industriali. Questo consente di scongiurare il ricorso a provvedimenti di natura straordinaria che il permanere delle situazioni critiche riscontrate potrebbe comportare. La nostra azione diverrebbe ancora più incisiva con l'attribuzione alla Banca d'Italia del potere di rimuovere – quando necessario e sulla base di fondate evidenze – gli amministratori di una banca dal loro incarico, prevista dalla proposta di recepimento della direttiva europea sui requisiti di capitale”¹⁴⁰.

Come fin da subito rilevato all'epoca dalla dottrina¹⁴¹, tale ultima dichiarazione presentava un notevole tratto innovativo. Difatti, l'auspicio del Governatore non era limitato alla “semplice” introduzione del potere di rimozione degli esponenti aziendali, bensì includeva *anche* il potere di nomina dei nuovi esponenti, di rafforzamento della struttura aziendale – sia organizzativa sia patrimoniale – e di elaborazione di nuovi piani industriali. Come agevolmente intuibile, il tratto innovativo di tale posizione risultava nell'inevitabile “cambio di ruolo” che la Banca d'Italia avrebbe così assunto: da autorità di mera vigilanza – legittimata *ex post* al controllo del rispetto delle regole – a *sostituta* dell'azionista – legittimata *ex ante* a nominare i nuovi esponenti aziendali, a rafforzare la struttura aziendale e ad elaborare nuovi piani industriali¹⁴².

Come noto, le cose sono andate diversamente. Sebbene difatti non sia stata integralmente accolta la posizione del Governatore, l'introduzione del “solo” potere di *removal* ha rappresentato di per sé una tappa rivoluzionaria del sistema nazionale di vigilanza bancaria. A tal riguardo, nella stessa *Relazione illustrativa* al d. lgs. n. 72/2015 – provvedimento che ha introdotto il potere di *removal* nel nostro ordinamento nazionale – si riporta “*come il removal fosse un'innovazione da tempo raccomandata dal FMI*”¹⁴³.

¹³⁹ I. VISCO, *Intervento del Governatore della Banca d'Italia*, ASSIOM Forex, 9 febbraio 2013, Bergamo, p. 8.

¹⁴⁰ *Idem*, *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia sul 2012, 2013*, Roma, p. 20.

¹⁴¹ Si veda P. DE BIASI, «La rimozione in via amministrativa degli esponenti aziendali: una anomalia del settore bancario o una crepa nel sistema?», in *Riv. reg. merc.*, Fasc. 1, 2016, pp. 73-74.

¹⁴² *Ibidem*, p. 74: “Tolti i poteri di scegliere gli amministratori e determinare la struttura del capitale, cosa resta agli azionisti, oltre alla scelta di sindaci e revisore? Forse solo il diritto di opzione sull'aumento di capitale a rafforzamento della struttura patrimoniale scelta, in tesi, dalla Banca d'Italia. Quanto alle funzioni gestorie, chiunque altro le proponesse come attribuzione propria sarebbe considerato un amministratore di fatto e/o qualcuno che turba la vita della società, per tacere del problema di un gestore estraneo alla struttura societaria in una società quotata”.

¹⁴³ Si veda la *Relazione* al d. lgs. n. 72/2015. Con riferimento alla menzionata “raccomandazione del FMI”, ci si riferisce allo *Statement at the End of the IMF Financial Sector Assessment Program (FSAP) Mission to Italy*, March 26, 2013.

1.5.1. (segue): *L'introduzione del removal in Italia: il dibattito dottrinale*

Prima dell'avvento della direttiva BRRD – finalizzata ad una revisione *quantitativa* e *qualitativa* dei poteri di intervento in capo all'Autorità di vigilanza sulla *governance* degli intermediari¹⁴⁴ – in Italia siffatti poteri di intervento erano rappresentati essenzialmente: (i) in fase *preventiva* (o *pre-critica*), dalle disposizioni in materia di requisiti degli esponenti aziendali; e (ii) in fase *successiva* (o *critica*), dall'amministrazione straordinaria e dalla gestione provvisoria¹⁴⁵.

Nello specifico, in materia di gestione della (pre-)crisi, la disciplina vigente non prevedeva il potere in capo all'Autorità di vigilanza di intervenire *precocemente* sulla composizione degli organi di gestione. Piuttosto, come poc'anzi anticipato, l'Autorità poteva intervenire perlopiù in fase *avanzata* della crisi, mediante le misure dell'amministrazione straordinaria ovvero della gestione provvisoria. In linea generale, entrambe le misure implicano la sostituzione degli organi di gestione e di controllo, *per un certo periodo di tempo*, con commissari *nominati dall'Autorità di vigilanza*, ai quali viene integralmente affidata la gestione dell'intermediario. Soltanto a seguito del ripristino della condizione di sana e prudente gestione – qualora la procedura prescelta sia stata l'amministrazione straordinaria – *l'assemblea* procederà alla nomina di *nuovi* esponenti aziendali.

Con l'avvento della direttiva BRRD e della relativa legislazione sul mercato finanziario successiva alla crisi del 2008, da un lato si è prevista, in alternativa all'amministrazione straordinaria, il potere di rimuovere (in tutto o in parte) gli esponenti aziendali ovvero i dirigenti dell'impresa (potere di *removal*); dall'altro, si è sostituita la misura della gestione provvisoria con l'attuale disciplina del temporaneo affiancamento¹⁴⁶.

Dopo l'introduzione del *removal* al livello comunitario, in Italia la dottrina si interrogava su quale fosse la via migliore di attuazione della disciplina. In particolare, le alternative maggiormente sostenute risultavano quattro: (i) introdurre il *removal tra le misure conclusive degli interventi di vigilanza*; (ii) introdurre il *removal tra le misure iniziali della disciplina della crisi*; (iii) introdurre il *removal tra le misure di garanzia dei requisiti degli esponenti aziendali*; ovvero (iv) introdurre il *removal tra le misure sanzionatorie*.

¹⁴⁴ Riguardo ai profili generali dell'intervento della Banca d'Italia nella gestione degli intermediari creditizi, si veda F. CAPRIGLIONE, «La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato», in *Riv. trim. dir. ec.*, 2017.

¹⁴⁵ Si veda F. ANNUNZIATA, «Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari», in *Atti del Convegno Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Venezia, 13-14 novembre 2015, Milano, 2016, pp. 523-524.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 524.

Secondo la prima ipotesi, il potere di rimozione degli esponenti aziendali si collocherebbe *dopo* l'inutile ricorso alla *moral suasion* e *prima* dello scoppio della crisi bancaria. Conseguentemente, seguendo tale orientamento, ai fini dell'irrogabilità di un provvedimento di *removal*, non occorrerebbero come requisiti essenziali le gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie, ovvero recare gravi perdite al patrimonio, come invece richiesto ai fini dell'esperibilità delle misure della disciplina della crisi. In altri termini, il *removal* risulterebbe così concepito come misura di *prevenzione* della crisi e, pertanto, maggiormente tempestiva.

Al contrario, accogliendo la seconda ipotesi – ossia concependo il *removal* come misura della disciplina della crisi – il potere di rimozione degli esponenti aziendali si collocherebbe *prima* dell'amministrazione straordinaria. Di conseguenza, secondo tale orientamento, la Banca d'Italia disporrebbe del *removal* quale strumento meno invasivo, rispetto all'amministrazione straordinaria, per la risoluzione di crisi bancarie reversibili. Secondo tale logica, sarebbe possibile ricorrere all'amministrazione straordinaria soltanto qualora i *nuovi* componenti della dirigenza risultassero inadeguati per superare la fase di crisi della banca¹⁴⁷. In altri termini, seppur in qualità di misura *anticipatoria* dell'amministrazione straordinaria, il *removal* risulterebbe così concepito come misura di intervento *nella* crisi (e non *prima* della crisi) e, pertanto, meno tempestiva.

A fronte di tali due alternative, occorre riflettere sulla diversa “politica istituzionale di vigilanza” che le due ipotesi implicano. Nel primo caso, difatti, concependo il *removal* come misura *prima* della crisi, si predilige il principio della tempestività dell'intervento pubblico a scapito del principio dell'autonomia imprenditoriale. Difatti, configurando il potere di rimozione degli esponenti aziendali come mezzo di *prevenzione* della crisi (non ancora manifestata), si richiede all'autorità pubblica di sostituirsi *il prima possibile* alla classe dirigenziale della banca in dissesto (rimozione *pre-critica*). Nel secondo caso, viceversa, concependo il *removal* come misura *nella* crisi, si predilige il principio dell'autonomia imprenditoriale a scapito del principio della tempestività dell'intervento. Difatti, configurando il potere di rimozione degli esponenti aziendali come mezzo di *rimedio* alla crisi (già manifestata), si richiede all'autorità pubblica di sostituirsi *in un secondo momento* – al ricorrere

¹⁴⁷ Si veda L. DONATO - M. COSSA, «Giocare d'anticipo: crisi bancarie e interventi preventivi dell'Autorità di Vigilanza», in *Banc. impr. soc.*, 2011, p. 357: “Il procedimento di rimozione, pur condividendone i presupposti, non si sovrapporrebbe dunque alla procedura di amministrazione straordinaria, rappresentando uno strumento più flessibile e capace di fornire una reazione adeguata e puntuale in tutte quelle ipotesi in cui le problematiche dell'intermediario si appuntano più che sulla struttura economica, sulla governance della banca. Non di meno, la misura potrebbe anche porsi come anticipatoria rispetto all'amministrazione straordinaria, che verrà disposta, in particolare, laddove l'intermediario non realizzi o realizzi con modalità inadeguate il necessario ricambio degli esponenti aziendali”.

dei presupposti di gravità e significatività della crisi – alla classe dirigenziale della banca in dissesto (rimozione *critica*).

In sintesi, in linea generale, maggiore è il carattere *preventivo* (e quindi minore il carattere rimediabile) del potere di *removal*, minore risulta essere il grado di autonomia attribuito alla banca come impresa (e maggiore risulta essere il grado di tempestività dell'intervento pubblico). Viceversa, maggiore è il carattere *rimediabile* (e quindi minore il carattere preventivo) del potere di *removal*, maggiore risulta essere il grado di autonomia attribuito alla banca come impresa (e minore risulta essere il grado di tempestività dell'intervento pubblico).

Residualmente, accogliendo la terza ipotesi – ossia di collocare il *removal* nella disciplina dei requisiti degli esponenti aziendali – si ridurrebbe tale potere di intervento a mera conseguenza esecutiva dell'accertamento del difetto di requisiti *tassativamente predeterminati* dal Legislatore. In altri termini, così procedendo, si eliminerebbe la flessibilità applicativa che un potere invasivo, come quello di rimozione degli esponenti, deve mantenere al fine di promuovere la *costruttività positiva* del sistema di vigilanza¹⁴⁸.

D'altro lato, accogliendo la quarta ipotesi – ossia di collocare il *removal* tra le misure sanzionatorie disciplinate dagli artt. 144 ss. del TUB – si concepirebbe tale potere di intervento come misura strettamente *successiva* alla violazione¹⁴⁹. In altri termini, così procedendo, si eliminerebbe il carattere *preventivo* del *removal* e si configurerebbe la violazione come *presupposto* della rimozione (alla stregua del *removal* negli Stati Uniti). Tuttavia, come già ampiamente ribadito, l'obiettivo finale della rimozione secondo la disciplina comunitaria è la *non violazione*. Peraltro, le misure sanzionatorie tradizionali previste dal nostro ordinamento presentano, a differenza del *removal*, un carattere esclusivamente *patrimoniale*, senza incidere sulla posizione professionale del singolo esponente¹⁵⁰.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 355: “Nel primo caso, la rimozione degli esponenti male si incastona in un sistema sostanzialmente rigido, quale quello delineato dalle norme di legge e di regolamento in materia di requisiti, in cui l'accertamento di professionalità ed onorabilità è sostanzialmente automatico, in quanto basato su un mero riscontro dell'esistenza delle condizioni previste dai vari decreti ministeriali. Ciò non sembra compatibile con una misura che, per la sua funzionalità, deve essere discrezionale e radicata non tanto su ciò che l'esponente «è», ma su ciò che in concreto «fa» (o «non fa»), nonché sui conseguenti riflessi, attuali o potenziali, sulla situazione della banca”.

¹⁴⁹ A tal proposito, si veda G. GAVAZZI, «Le sanzioni nel diritto. Problemi vecchi e nuovi», in *Il Politico*, 1978, p. 395: “Le sanzioni non sono qualcosa di primitivo, o primario, né in senso logico né in senso cronologico. Le sanzioni vengono sempre «dopo» qualcosa d'altro e a «causa» di qualcosa d'altro: esse, sia nella concezione comune sia in quella dotta, non costituiscono mai il primo passo, ma il secondo se non forse il terzo”.

¹⁵⁰ Si veda L. DONATO - M. COSSA, op. cit., p. 355: “Del pari l'inserimento dello strumento nell'attuale sistema sanzionatorio rappresenterebbe un elemento di forte disarmonia rispetto alle esistenti misure afflittive, tutte a carattere esclusivamente patrimoniale e non incidenti sull'attività professionale del singolo esponente”.

1.6. *La disciplina TUB in materia di removal*

Ripercorso il quadro storico comunitario e nazionale concernente l'introduzione di tale strumento di vigilanza, appare ora opportuno categorizzare le attuali fattispecie di *removal* presenti nel nostro ordinamento, alla luce dell'analisi svolta in precedenza in materia di fattispecie comunitarie di *removal*. In particolare:

- I. una prima fattispecie nazionale di *removal* è stata introdotta dal d. lgs. n. 72/2015, di adeguamento alla già menzionata CRD, ed inserita agli artt. 53-*bis* lett. e), e 67-*ter* del TUB. L'art. 53-*bis* lett. e), stabilisce che “*la Banca d'Italia può disporre, qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca, la rimozione di uno o più esponenti aziendali; la rimozione non è disposta ove ricorrano gli estremi per pronunciare la decadenza ai sensi dell'articolo 26, salvo che sussista urgenza di provvedere*”. D'altro lato, l'art. 67-*ter* contiene la medesima formulazione con riferimento ai *gruppi bancari*.

Anzitutto, tale formulazione – come si rileverà più approfonditamente in seguito – garantisce un ampio margine di azione alla Banca d'Italia, in quanto la questione di pregiudizialità per la sana e prudente gestione non risulta sottoposta alla mera verifica di requisiti strettamente predeterminati dal Legislatore. Di conseguenza, riguardo il potere di rimozione individuale-selettiva, la *ratio* complessiva perseguita dal Legislatore nazionale è stata quella di favorire il principio di tempestività dell'intervento pubblico (e, conseguentemente, il carattere preventivo del *removal*) a scapito del principio dell'autonomia societaria delle banche (e, conseguentemente, del carattere rimediabile del *removal*).

Tale prima fattispecie, inoltre, configura l'ipotesi di rimozione *individuale* (“rimozione di uno o più esponenti aziendali”) – sia con riferimento alla banca (art. 53-*bis* lett. e)) sia con riferimento al gruppo bancario (art. 67-*ter*) – presentando dunque un carattere applicativo *selettivo*. Tale forma di rimozione non viene disposta se vi siano i presupposti per pronunciare la decadenza¹⁵¹, salvo nei casi di urgenza di provvedere.

¹⁵¹ L'art. 26, comma 5, TUB dispone quanto segue: “*In ogni altro caso il difetto di idoneità o la violazione dei limiti al cumulo degli incarichi determina la decadenza dall'ufficio; questa è pronunciata dall'organo di appartenenza entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza del difetto o della violazione sopravvenuti. Per i soggetti che non sono componenti di un organo la valutazione e la pronuncia della decadenza sono effettuate dall'organo che li ha nominati*”. Al riguardo, si veda A. BLANDINI, «Profili procedurali della rimozione dei componenti degli organi di

Inoltre, da un lato, in conformità alla formulazione legislativa, l'ambito soggettivo di operatività della norma concerne *esclusivamente* gli esponenti aziendali (ossia, ai sensi dell'art. 26 del TUB, i soggetti titolari di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca, una società finanziaria capogruppo o un intermediario vigilato. Tale definizione comprende nel sistema di amministrazione tradizionale gli amministratori e sindaci (effettivi e supplenti); nel sistema dualistico i componenti del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione; nel sistema monistico, gli amministratori e i componenti del comitato per il controllo sulla gestione. La definizione include il direttore generale e chi svolge cariche comportanti l'esercizio di funzioni equivalenti a quella di direttore generale. D'altro lato, appare ora evidente che l'ambito applicativo di tale fattispecie non include soltanto l'organo di amministrazione, a differenza invece dell'art. 16, par. 2, lett. *m*), del Regolamento SSM e dell'art. 27, lett. *d*), della BRRD;

- II. una seconda fattispecie nazionale di *removal* è stata introdotta dal d. lgs. n. 181/2015, attuativo della già menzionata direttiva BRRD (nello specifico, gli artt. 27, lett. *d*), e 28) ed inserita all'art. 69-*vicies-semel*, in combinato disposto con l'art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. *b*), del TUB. Difatti, l'art. 69-*vicies-semel* stabilisce che “[a]l ricorrere dei presupposti indicati all’articolo 69-*octiesdecies*, comma 1, lettera *b*), la Banca d’Italia può disporre la rimozione e ordinare il rinnovo di tutti i componenti degli organi con funzione di amministrazione e di controllo delle banche, delle capogruppo italiane di un gruppo bancario o delle società indicate all’articolo 69. Si applica il comma 4 dell’articolo 70”.

Tale seconda fattispecie, dunque, assume carattere *tassativo*, in quanto applicabile *esclusivamente* nei casi previsti dal richiamato art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. *b*), ossia

amministrazione e controllo delle banche», in *Riv. trim. dir. ec.*, (a cura di) F. Capriglione, Vol. 1, 2019, pp. 48-49: “Soltanto nel caso di rimozione individuale, e non di rimozione generale, è prevista, dagli artt. 53-bis, co. 1, lett. *e*, 67-ter, co. 1, lett. *e*, la possibilità che, in luogo del provvedimento di rimozione, l’Autorità di Vigilanza disponga la decadenza dalla carica dell’esponente aziendale in esame, come stabilita dall’art. 26. In realtà, gli stessi artt. 53-bis, co. 1, lett. *e*, 67-ter, co. 1, lett. *e*, pur individuando come preferibile la decadenza alla rimozione – ‘la rimozione non è disposta ove ricorrano gli estremi per pronunciare la decadenza’ stabiliscono entrambe le norme – danno atto sia della maggiore tempistica necessaria per giungere alla decadenza – se sussiste ‘urgenza di provvedere’ si procederà con la rimozione pur in presenza di ipotesi di decadenza – sia del più ampio novero dei presupposti per la rimozione (esigenze di sana e prudente gestione) rispetto a quelli per la decadenza, come fissati nell’art. 26. D’altronde una decadenza generalizzata apparirebbe ipotesi talmente bizzarra da risultare del tutto incongrua, oltre che pericolosa, attesa la sua efficacia immediata, con il conseguente vuoto di potere gestorio, come si è detto non prospettabile”.

soltanto “quando risultano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell’amministrazione ovvero quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo, e sempre che gli interventi indicati nella lettera a) o quelli previsti negli articoli 53-bis e 67-ter non siano sufficienti per porre rimedio alla situazione”.

Alla luce di tale disposizione combinata, l’ipotesi di *removal* di cui all’art. 69-*vicies-semel* assume carattere *negativo-residuale*, nella misura in cui risulta applicabile *esclusivamente* qualora – ai sensi del richiamo all’art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. b) – risultino inadeguati (*i.e.*, sub-ottimali) per il caso concreto:

- (i) sia gli interventi indicati dall’art. 69-*vicies-semel*, lett. a) – che rinvia a sua volta all’art. 69-*noviesdecies* – ossia i seguenti: la richiesta di dare attuazione, anche parziale, al piano di risanamento adottato, ovvero di preparare un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni creditori secondo il piano di risanamento, ove applicabile, ovvero di modificare la propria forma societaria; la richiesta dell’aggiornamento del piano di risanamento quando le condizioni che hanno condotto all’intervento precoce divergono rispetto alle ipotesi contemplate nel piano; la fissazione di un termine per l’attuazione del piano e l’eliminazione delle cause che formano presupposto dell’intervento precoce;
- (ii) sia le altre misure di intervento indicate agli artt. 53-*bis* e 67-*ter* poc’anzi analizzati, ossia la rimozione dei singoli esponenti aziendali – appunto qualificabile come rimozione *individuale-selettiva* – in caso di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca (art. 53-*bis*) o del gruppo bancario (art. 67-*ter*). Pertanto, tra l’art. 69-*vicies-semel* e gli artt. 53-*bis* e 67-*ter* sussiste un rapporto di *gradualità vincolata*, equivalente a quello sussistente tra l’art. 28 e l’art. 27 della BRRD: il primo risulta applicabile *solo in caso di inidoneità* del secondo.

Pertanto, appare opportuno chiarire che, al verificarsi dei presupposti per la rimozione totale-complessiva di cui all’art. 69-*vicies-semel*, la Banca d’Italia potrà *comunque* ricorrere alla rimozione più “mite”, quella *individuale-selettiva* di cui all’art. 53-*bis*,

qualora quest'ultima misura sia *sufficiente* a ripristinare condizioni di sana e prudente gestione¹⁵².

D'altro lato, a differenza dell'ipotesi di cui agli artt. 53-bis, lett. e), e 67-ter, l'ipotesi di *removal* di cui all'art. 69-vicies-semel assume carattere *aggravato-rafforzato*, nella misura in cui – riprendendo la medesima formulazione contenuta nell'art. 28 della BRRD – richiede ai fini applicativi: (a) la *significatività* del deterioramento della situazione finanziaria; ovvero (b) la *gravità* delle violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto, da un lato, ovvero delle irregolarità amministrative, dall'altro.

A tal proposito, appare opportuno ricordare che anche la *più invasiva* misura dell'amministrazione straordinaria può essere disposta al ricorrere di siffatti presupposti aggravati-rafforzati, ma essa può scattare *anche in altre ipotesi*, di cui all'art. 70 TUB, ossia nei casi di: (a) gravi perdite del patrimonio; ovvero (b) richiesta di scioglimento degli organi con istanza motivata da parte degli organi amministrativi o dall'assemblea straordinaria.

Perdipiù, a differenza dell'ipotesi di cui agli artt. 53-bis, lett. e), e 67-ter – la cui interpretazione letterale ne giustifica l'applicabilità anche in caso di pregiudizio *potenziale* per la sana e prudente gestione – l'ipotesi dell'art. 69-vicies-semel, in combinato disposto con l'art. 69-octiesdecies, comma 1, lett. b), presuppone piuttosto che il significativo deterioramento della situazione finanziaria, ovvero le gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto, ovvero le gravi irregolarità amministrative *si siano effettivamente verificate*.

Inoltre, tale seconda fattispecie nazionale di *removal* – rappresentata appunto dall'art. 69-vicies-semel, in combinato disposto con l'art. 69-octiesdecies, comma 1, lett. b), del TUB – configura l'ipotesi di rimozione *totale* (“rimozione di *tutti* i componenti dell'organo di amministrazione e di *tutti* i componenti dell'organo di controllo”), presentando dunque un carattere applicativo *complessivo*, in quanto colpisce l'*intero* organo di amministrazione

¹⁵² Sul punto, si veda L. DI BRINA, «La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie», in *Riv. trim. dir. ec.*, (a cura di) F. Capriglione, Vol. 1, Roma, 2019, p. 108: “Ciò fa sì che, al verificarsi delle avvisaglie della crisi, rilevabile dagli indicatori prodromici fissati dall'art. 69-octiesdecies, comma 1, lett. b) (gravi violazioni di norme o deterioramento della situazione dell'impresa bancaria), la legge conferisca alla Banca d'Italia una variegata gamma di strumenti, adottabili anche in via gradata: la rimozione individuale, quella collettiva e, in caso di insufficienza, le misure di risoluzione e di rigore (art. 70 e 80 TUB)”.

e, *contestualmente*, l'intero organo di controllo della banca o del gruppo bancario coinvolto.

Inoltre, l'ambito soggettivo di tale seconda fattispecie – a differenza degli artt. 53-*bis* e 67-*ter* – concerne non soltanto gli esponenti aziendali, bensì *anche* l'alta dirigenza. Difatti, ai sensi dell'art. 69-*vicies-semel*, comma 3, “[r]icorrendo i presupposti richiamati al comma 1, la Banca d'Italia può inoltre ordinare la rimozione di uno o più componenti dell'alta dirigenza della società di cui al comma 1”. A tal proposito, ai sensi dell'art. 69-*bis*, per alta dirigenza si intendono “il direttore generale, i vice direttori generali e le altre cariche ad esse assimilate, i responsabili delle principali aree di affari e coloro che rispondono direttamente all'organo amministrativo”.

In particolare, per “cariche ad esse assimilate” si intendono, ad esempio: il co-direttore generale; ovvero il direttore generale o vice direttore generale “facente funzioni” o ancora il direttore generale o il vice direttore generale “vicario”. Riguardo “i responsabili delle principali aree di affari”, con tale espressione si intendono, ad esempio, i responsabili dell'area commerciale ovvero dell'area finanziaria. Infine, tra “coloro che rispondono direttamente all'organo amministrativo”, appare ragionevole ricomprendere tutti i dipendenti legati a tale organo da un rapporto di dipendenza gerarchica¹⁵³.

Peraltro, appare opportuno evidenziare che, con riferimento all'alta dirigenza, l'Autorità di vigilanza dispone del più “mite” potere di *ordinare* la rimozione, senza potervi procedere *direttamente*. Di conseguenza, la rimozione di uno o più componenti dell'alta dirigenza risulta avviata su impulso *eso-societario* (i.e., su ordine dell'Autorità di vigilanza), ma il relativo esercizio del potere e la produzione dell'effetto ablativo sono regolati secondo i meccanismi *endo-societari*¹⁵⁴.

A tal proposito, come agevolmente intuibile da tale formulazione, l'ordine di *removal* di cui all'art. 69-*vicies-semel* in riferimento all'alta dirigenza (comma 3) – a differenza della medesima fattispecie di *removal* in riferimento agli organi di amministrazione e controllo

¹⁵³ In tal senso, si veda S. BONFATTI, «La disciplina delle situazioni di crisi degli intermediari finanziari. Il quadro d'insieme e le misure preparatorie. In particolare: il sostegno finanziario infragruppo», in *Quaderni DB*, n. 2, 2020, p. 26.

¹⁵⁴ L. DI BRINA, op. cit., p. 115: “Il potere attribuito all'autorità di vigilanza, con riguardo all'alta dirigenza della banca o della capogruppo bancaria, è limitato alla semplice ingiunzione («ordine») ai soggetti legittimati (consiglio di amministrazione, amministratore delegato ecc.). Ad essi, pertanto, è rimesso il dovere di ottemperanza e l'esercizio del potere ablativo, secondo le norme che regolano l'organismo imprenditoriale”.

(comma 1) – assume carattere *selettivo* (“ordinare la rimozione di *uno o più* componenti dell’alta dirigenza”).

Allo stato attuale, le misure di rimozione previste al livello nazionale (rimozione individuale-selettiva, da un lato, e rimozione totale-complessiva, dall’altro) risultano esercitabili, in via tendenzialmente *esclusiva ed accentrata*, da parte della Banca d’Italia, unicamente verso gli enti creditizi *sottoposti alla sua diretta vigilanza* (i.e., le banche meno significative). Ciò a differenza degli Stati Uniti, in cui si prevede (come già rilevato) un *decentramento al livello federale* dell’esercizio del potere di *removal*, “distribuito” tra le tre principali agenzie di vigilanza federale (FDIC, *Federal Reserve* e OCC) sulla base di un criterio di competenza *soggettiva* (i.e., con riferimento al soggetto bancario concretamente coinvolto).

D’altro canto, il “perimetro” di operatività del potere nazionale di *removal* risulta minore dell’equivalente potere attribuito alla BCE.

A tal proposito, appare opportuno ricordare che un’ulteriore fattispecie di *removal* è stata *direttamente* introdotta nel nostro ordinamento dal Regolamento SSM – costituendo esso un atto direttamente applicabile nelle giurisdizioni degli Stati membri – il cui art. 16, par. 2, lett. *m*), stabilisce che la BCE può “*rimuovere in qualsiasi momento membri dell’organo di amministrazione degli enti creditizi che non soddisfano i requisiti previsti dagli atti di cui all’articolo 4, paragrafo 3, primo comma*”. Siffatto potere risulta esercitabile dalla BCE verso *qualunque* ente creditizio – significativo o meno – che rientri nel perimetro del SSM.

Come già analizzato, la BCE ha dunque il potere di rimuovere *uno o più* membri dell’organo di amministrazione qualora non soddisfino i requisiti previsti dal diritto dell’Unione, compresa la legislazione nazionale di recepimento delle direttive. Tale fattispecie, dunque, presenta carattere applicativo *selettivo* e il suo ambito soggettivo di operatività è limitato al *solo* organo di amministrazione.

1.7. *Dalla nozione storica di “sana e prudente gestione” ai nuovi Orientamenti di Banca d’Italia in materia di esponenti aziendali*

Avendo più volte menzionato in precedenza il concetto giuridico di “sana e prudente gestione”, appare ora opportuno indagarne la definizione e l’ambito applicativo. Difatti, come anticipato, il pregiudizio attuale o potenziale alla sana e prudente gestione costituisce il presupposto applicativo della rimozione di uno o più esponenti aziendali, ai sensi dell’art. 53-*bis* del TUB.

Di conseguenza, precisare il contenuto normativo di tale nozione significa precisare l’ambito applicativo dello stesso potere di rimozione. Inoltre, la sanità e prudenza della gestione bancaria costituisce uno dei beni finali dell’attività di vigilanza complessiva secondo la nostra disciplina in materia. Attualmente, difatti, l’art. 5 del TUB – in materia di finalità di vigilanza – prevede l’esercizio dei relativi poteri in capo alle autorità creditizie “*avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all’osservanza delle disposizioni in materia creditizia*”.

Pertanto, precisare il contenuto normativo di tale nozione significa (anche) precisare una delle finalità della stessa attività di vigilanza. E allora, quando una gestione può definirsi “sana e prudente”? Tali requisiti di sanità e prudenza possono essere univocamente determinati?

A tal proposito, il Tribunale Amministrativo della Regione Lazio, con la sentenza n. 6157/2005, ha sancito la natura di clausola generale della nozione di sana e prudente gestione. In particolare:

*“Merita poi di essere evidenziata la natura di clausola generale (o concetto giuridico indeterminato) che va riconosciuta a detta formula (la ‘sana e prudente gestione’ non appare qualitativamente diversa da nozioni la cui definizione si rinviene in ambiti non giuridici, come la correttezza, la buona fede, l’ordine pubblico), frutto dell’evidente intento del legislatore di non vincolare l’Autorità di settore alla verifica della ‘bontà’ dei comportamenti degli intermediari (imprenditori pieno titolo) alla stregua di rigidi e predeterminati schematismi, ma di consentire, anche in quest’ambito, la massima esplicazione del diritto di iniziativa economica entro parametri storicizzati, non immutabili nel tempo. [...]”*¹⁵⁵.

Data la natura di clausola generale, l’accertamento in concreto dei requisiti di sanità e prudenza costituisce a tutti gli effetti una *valutazione tecnica complessa*. In particolare:

¹⁵⁵ TAR Lazio, Sez. I., 9 agosto 2005, n. 6157, in *Giust. amm.*, pp. 29-30.

“Non sembra infatti revocabile in dubbio, per quanto innanzi osservato, che l’apprezzamento rimesso dalla legge alla Banca d’Italia in merito alla ‘sana e prudente gestione’ (recte: alla compatibilità dell’operazione da autorizzare con la sana e prudente gestione del soggetto vigilato) sia riconducibile alla categoria delle valutazioni tecniche complesse, ossia a quel particolare tipo di giudizi implicanti ‘l’apprezzamento di una serie di elementi di fatto – definiti nella loro consistenza storica o naturalistica – in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che [...] non hanno il carattere di regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico’ [...].

In tali valutazioni complesse, volte all’applicazione di concetti giuridici indeterminati, ‘è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell’interesse pubblico, e più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario’, a ciò conseguendo il riconoscimento di un ‘potere di valutazione tendenzialmente riservato all’amministrazione’ e l’esclusione di un sindacato giurisdizionale caratterizzato dalla possibilità di sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall’amministrazione”¹⁵⁶.

Pertanto, come peraltro si analizzerà anche in seguito, il sindacato giurisdizionale su un provvedimento di rimozione assume i seguenti caratteri:

“[D]eve riconoscersi che il giudice può sindacare, nei limiti detti, il processo valutativo dell’amministrazione, al fine di controllare che nell’apprezzamento della compatibilità delle operazioni assentite in rapporto alla garanzia della stabilità del richiedente (sub specie di ‘sana e prudente gestione’) non siano stati commessi errori di fatto, sviamenti o illogicità manifeste”¹⁵⁷.

Infine, il fatto che la Banca d’Italia eserciti i relativi poteri di vigilanza avendo riguardo, *inter alia*, alla sana e prudente gestione comporta che tale criterio assume rilevanza non solo con riferimento alla rimozione di uno o più membri, ma anche con riferimento allo stesso avvio dell’attività bancaria. In altri termini, la sana e prudente gestione – in qualità di parametro ai fini dell’esercizio complessivo dei poteri di vigilanza ai sensi dell’art. 5 del TUB – costituisce, in linea di principio, *anche* un criterio valutativo ai fini del rilascio dell’autorizzazione.

Il problema che si pone in tale ambito è rappresentato dal rischio di discrezionalità *eccessiva* in capo all’Autorità la quale – mediante un uso improprio del parametro valutativo della “sana e prudente gestione” – potrebbe negare l’autorizzazione sulla base di ragioni non obiettive. A tal

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 31-32.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 34.

riguardo, la stessa Banca d'Italia ha precisato *ab origine* la portata di tale parametro valutativo, qualificandolo come *criterio obiettivo previsionale*. In sostanza, l'Autorità non è chiamata a valutare gli effetti derivanti dall'inserimento di un nuovo istituto di credito nella *preesistente* situazione di mercato. Piuttosto, essa è chiamata a *prevedere* se tale istituto di credito – in forza della propria struttura aziendale – sarà in grado di conseguire gli obiettivi prefissati nel programma di attività *assicurando al contempo una sana e prudente gestione*.

Di conseguenza, il parametro della sana e prudente gestione con riferimento al rilascio dell'autorizzazione – in qualità di criterio obiettivo *previsionale* – non assume carattere *diagnostico* (*i.e.*, valutare *rebus sic stantibus* la compatibilità astratta tra il nuovo ente e l'*attuale* mercato), bensì carattere *prognostico* (*i.e.*, valutare *pro futuro* la propensione concreta di tale ente a svolgere l'attività garantendo al contempo una sana e prudente gestione).

In data 13 novembre 2023, la Banca d'Italia ha pubblicato i nuovi Orientamenti in materia di valutazione dei requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali. In particolare, tali Orientamenti sono rivolti alle banche *less significant*, agli intermediari non bancari e ai sistemi di garanzia dei depositanti.

In linea generale, “*la verifica di idoneità degli esponenti aziendali degli enti vigilati costituisce un presidio fondamentale per assicurare un governo societario improntato a criteri di sana e prudente gestione*”¹⁵⁸. La disciplina regolamentare di riferimento è rappresentata dal D.M. n. 169/2020¹⁵⁹, da un lato, e dalle Disposizioni Procedurali¹⁶⁰ per quanto riguarda l'*iter* di verifica degli esponenti, dall'altro.

¹⁵⁸ Si veda BANCA D'ITALIA, *Orientamenti in materia di valutazione dei requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali delle banche LSI, degli intermediari finanziari, dei confidi, degli istituti di moneta elettronica, degli istituti di pagamento, delle società fiduciarie e dei sistemi di garanzia dei depositanti*, Roma, 2023, p. 1.

¹⁵⁹ D.M., 23 novembre 2020, n. 169 recante il “*Regolamento in materia di requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali delle banche, degli intermediari finanziari, dei confidi, degli istituti di moneta elettronica, degli istituti di pagamento e dei sistemi di garanzia dei depositanti*”, in GU n. 310 del 15 dicembre 2020.

Tale D.M. ha introdotto importanti elementi di discontinuità rispetto alla disciplina previgente. In particolare, il D.M. ha: (i) introdotto una differenziazione tra requisiti e criteri di idoneità, questi ultimi connotati da una maggiore discrezionalità valutativa; (ii) esteso le valutazioni da effettuare nel corso delle verifiche, includendovi i criteri di correttezza, competenza, indipendenza di giudizio, nonché – per i soli intermediari bancari – l'adeguata composizione collettiva degli organi e la disponibilità di tempo e, per le sole banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, i limiti al cumulo degli incarichi; (iii) previsto, per le sole banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, l'applicazione di taluni requisiti e criteri ai responsabili delle principali funzioni aziendali.

¹⁶⁰ BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sulla procedura di valutazione dell'idoneità degli esponenti di banche, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica, istituti di pagamento e sistemi di garanzia dei depositanti*, Roma, 4 maggio 2021.

Sotto il profilo teleologico, tali nuovi Orientamenti sono finalizzati a rafforzare gli attuali assetti di *governance* degli enti vigilati e a promuovere i principi di sana e prudente gestione dell'attività aziendale. A tal fine, essi identificano sia i profili di miglioramento sia le pratiche virtuose del “*fit and proper assessment*”, al fine di incentivare l'espletamento efficace delle procedure di valutazione nonché la convergenza verso le “buone prassi”.

Il nesso relazionale tra il *removal* e la sana e prudente gestione, da un lato, ed i requisiti e criteri di idoneità degli esponenti aziendali, dall'altro, deriva dalla *ratio* dello stesso art. 53-bis. Difatti, “*il potere di cui all'art. 53-bis richiede, comunque, non un semplice giudizio di 'disvalore' dell'esponente interessato, quanto la sussistenza di condizioni che incidono sul piano della complessiva sana e prudente gestione della banca, e, dunque, di una certa rilevanza. Il riferimento all'art. 26 consente, in tale prospettiva, di ritenere che la rimozione potrà essere disposta anche quando vengano a mancare i requisiti previsti in capo agli esponenti aziendali [...] (professionalità, onorabilità, indipendenza, correttezza, cumulo di incarichi), purché, però, si tratti di carenze 'qualificate' per l'impatto che le stesse possono avere sulla complessiva situazione aziendale [...]*”¹⁶¹.

Nello specifico, gli Orientamenti elaborati dalla Banca d'Italia sono otto, in materia di: (i) *completezza degli elementi informativi acquisiti*; (ii) *analiticità della verbalizzazione*; (iii) *verbalizzazione delle azioni di rimedio*; (iv) *onorabilità e correttezza*; (v) *professionalità e competenza*; (vi) *indipendenza formale e di giudizio*; (vii) *disponibilità di tempo (c.d. time commitment)*.

- Orientamento n. 1 – *Completezza degli elementi informativi acquisiti*

In linea generale, la verifica del rispetto dei requisiti e dei criteri di idoneità richiede la raccolta di tutte le informazioni rilevanti riguardo gli esponenti. Di conseguenza, l'acquisizione di tali informazioni costituisce un presupposto essenziale per il corretto esercizio della verifica.

In materia di elementi informativi, pertanto, gli enti vigilati sono invitati a dotarsi di adeguate *policies* interne per la raccolta delle informazioni richieste, il loro inserimento in questionari standardizzati e la successiva trasmissione alla Banca d'Italia, assieme al verbale di verifica, al *curriculum vitae* dell'esponente e al consenso al trattamento dei dati personali¹⁶².

¹⁶¹ F. ANNUNZIATA, op. cit., p. 528.

¹⁶² Si veda BANCA D'ITALIA, *Orientamenti in materia di valutazione dei requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali delle banche LSI, degli intermediari finanziari, dei confidi, degli istituti di moneta elettronica, degli istituti di pagamento, delle società fiduciarie e dei sistemi di garanzia dei depositanti*, Roma, 2023, p. 3.

- Orientamento n. 2 – *Analiticità della verbalizzazione*

Ai sensi delle Disposizioni Procedurali, il verbale della riunione dell'Organo competente deve fornire le valutazioni e le relative motivazioni circa il rispetto dei requisiti e criteri previsti dal D.M.

In materia di verbalizzazione delle verifiche di idoneità, pertanto, gli enti vigilati sono invitati a non limitarsi a riportare le informazioni prodotte dall'esponente nei documenti trasmessi, bensì a formalizzare analiticamente le proprie considerazioni al riguardo¹⁶³.

- Orientamento n. 3 – *Verbalizzazione delle azioni di rimedio*

In linea generale, la procedura di valutazione risulta finalizzata, *inter alia*, all'individuazione di carenze o criticità degli esponenti e, nella misura del possibile, alla definizione dei rimedi utili alla loro risoluzione o mitigazione.

In materia di carenze o criticità relative agli esponenti, pertanto, gli enti vigilati sono invitati ad indicare nel verbale di verifica i presidi di mitigazione di tali carenze o criticità. In caso di insufficienza (*i.e.*, sub-ottimalità) di tali presidi, gli enti sono invitati ad individuare le ulteriori azioni di rimedio al fine di colmare adeguatamente siffatte carenze o criticità¹⁶⁴.

- Orientamento n. 4 – *Onorabilità e correttezza*

In linea generale, gli esponenti degli enti vigilati sono tenuti al rispetto del requisito di onorabilità e del criterio di correttezza.

In materia di esame della correttezza di ciascun esponente, pertanto, gli enti vigilati sono invitati ad acquisire le informazioni – anche mediante memorie o pareri redatti dai consulenti legali del singolo esponente – in merito ad un'eventuale vicenda oggetto d'indagine, allo stadio del procedimento penale e alle altre circostanze rilevanti¹⁶⁵.

- Orientamento n. 5 – *Professionalità e competenza*

In linea generale, gli esponenti degli enti vigilati sono tenuti al rispetto del requisito di professionalità e, per alcune tipologie di enti, anche del criterio di competenza.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 4.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 4-5.

In materia di valutazione della professionalità e competenza, pertanto, gli enti vigilati sono invitati ad acquisire adeguate informazioni e, in particolare, a tenere in considerazione: (a) le mansioni svolte in concreto dall'esponente in ciascuna esperienza professionale; (b) l'effettivo periodo di svolgimento di ciascuna esperienza; (c) le competenze specialistiche maturate dall'esponente; e (d) ogni altro elemento rilevante¹⁶⁶.

- Orientamento n. 6 – *Indipendenza formale e di giudizio*

Ai sensi della disciplina vigente, gli esponenti degli enti vigilati devono essere dotati di indipendenza (formale e di giudizio). *Inter alia*, ciò richiede di verificare se (i) gli esponenti intrattengano o abbiano intrattenuto nei due anni precedenti all'assunzione dell'incarico, quand'anche *indirettamente*, rapporti di lavoro autonomo o subordinato ovvero altri rapporti di natura finanziaria, patrimoniale o professionale, anche non continuativi, con le specifiche controparti individuate dal DM stesso e (ii) tali rapporti siano tali da comprometterne l'indipendenza.

In materia di valutazione dell'indipendenza (formale e di giudizio) rispetto ai rapporti di lavoro precedenti, gli enti vigilati sono invitati ad individuare tutte le fattispecie utili valutare tale indipendenza e specificare il perimetro anche dei rapporti *indiretti* rilevanti¹⁶⁷.

- Orientamento n. 7 – *Indipendenza formale e di giudizio*

In materia di valutazione della compromissione dell'indipendenza (formale e di giudizio), gli enti vigilati sono invitati a definire criteri quantitativi e qualitativi per individuare i rapporti idonei a pregiudicare tale indipendenza. Tali criteri devono: (a) rispettare il principio di ragionevolezza nel caso concreto; (b) considerare la specifica posizione ricoperta dall'esponente e la sua compartecipazione a processi decisionali; (c) includere soglie di materialità e di tolleranza, al di sotto delle quali il rapporto è da considerare *non problematico*;

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 5.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 6: “In tale perimetro gli enti includono almeno i rapporti intercorrenti tra l'ente, i relativi esponenti con incarichi esecutivi o il suo presidente, le società controllate dall'ente o i relativi esponenti con incarichi esecutivi o i loro presidenti, o un partecipante dell'ente o i relativi esponenti, e: (a) le società o imprese (anche costituite in forma non societaria) controllate, anche unitamente ad altri soggetti, direttamente o indirettamente, dall'esponente o da suoi parenti o affini entro il 4° grado; (b) le società di cui l'esponente detiene, direttamente o indirettamente, partecipazioni non immateriali in termini di capitale o diritti di voto (es. 10%); (c) le società nelle quali l'esponente ricopre una carica sociale”.

(d) riguardo le esposizioni indirette – superata una soglia di affidamenti concessi dall’ente alle imprese riconducibili all’esponente – differenziare correttamente le fonti di indebitamento¹⁶⁸.

- Orientamento n. 8 – *Disponibilità di tempo (c.d. time commitment)*

Ai sensi del DM, gli esponenti degli enti vigilati sono tenuti a dedicare tempo adeguato allo svolgimento dell’incarico. A tale scopo, essi devono comunicare all’Organo competente gli incarichi ricoperti e le altre attività eventualmente svolte. D’altro lato, gli enti vigilati devono informare preventivamente gli esponenti in merito al tempo necessario ai fini di un adeguato svolgimento dell’incarico stesso.

In materia di *time commitment*, pertanto, gli enti vigilati sono invitati ad aggiornare periodicamente le stime in merito al tempo necessario per l’espletamento dell’incarico, tenendo in considerazione: (i) la durata delle sedute dell’Organo e degli eventuali comitati endo-consiliari o manageriali; (ii) il ruolo ricoperto da ciascun esponente; (iii) le caratteristiche tecnico-strutturali dell’ente vigilato.

Inoltre, gli enti vigilati sono invitati ad individuare un numero massimo di ulteriori incarichi esperibili da ciascun esponente nel corso del mandato, in modo da assicurarne la complessiva sostenibilità¹⁶⁹.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 7: “[...] si segnala come, nell’ambito del dialogo di supervisione, siano state sinora ritenute adeguate policy recanti i seguenti criteri:

1) *Esposizioni direttamente in capo all’esponente o ai suoi soggetti connessi*

- soglia di materialità: € 200/mila;
- soglia di tolleranza delle esposizioni diverse dai mutui ipotecari: € 500/mila;
- soglia di tolleranza dei mutui ipotecari: € 1 mln;

2) *Esposizioni indirette*

- soglia di materialità: € 1 mln;
- soglia di tolleranza delle esposizioni superiori a € 1 mln: considerate di norma non problematiche se inferiori al 30% dell’accordato/utilizzato a sistema dell’impresa/gruppo. In caso contrario, l’esponente interessato è tenuto a presentare un piano di differenziazione dei finanziamenti concessi alle sue imprese, da realizzarsi nell’arco di un semestre, con l’obiettivo di ridurre l’esposizione (in termini sia di utilizzato che di accordato) presso la banca/gruppo bancario entro la predetta soglia del 30%.

3) *Rapporti commerciali, professionali o di lavoro*

- soglia di materialità: considerati di norma non problematici i rapporti che generano meno del 20% del reddito annuo dell’esponente o dell’impresa/del gruppo a lui/lei riferibile;

4) *Rapporti patrimoniali*

- soglia di materialità: considerati di norma non problematici gli investimenti di valore inferiore o pari al 20% del patrimonio dell’esponente o dell’impresa/del gruppo a lui/lei riferibile”.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 7-8.

1.8. *Caso Credito di Romagna: il primo (e ultimo) removal in Italia*

Ciò illustrato, appare opportuno ripercorrere ed esaminare il primo (e, *almeno finora, pressoché l'ultimo*) caso di applicazione del *removal* nel nostro Paese: il caso Credito di Romagna¹⁷⁰.

La banca Credito di Romagna – costituita nel 2003 – veniva sottoposta, nel giugno 2016, oltre a misure di intervento *ex art. 53-bis* del TUB¹⁷¹, anche al provvedimento di rimozione totale-complexivo *ex art. 69-vicies-semel* del TUB nei confronti degli organi di amministrazione e controllo e del direttore generale¹⁷².

In particolare, sussistendo i presupposti indicati dall'art. 69-*octies-decies* del TUB – ossia le gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie ovvero le gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero il significativo deterioramento della situazione della banca – l'Autorità adottò le seguenti misure: (i) la rimozione di tutti i componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, *con efficacia differita* alla nomina dei nuovi componenti; (ii) la rimozione *immediata* del direttore generale; (iii) la convocazione dell'assemblea dei soci entro 15 giorni per il rinnovo degli organi, da sottoporre all'approvazione dell'Autorità ai sensi dell'art. 69-*vicies-semel*, comma 4; (iv) la nomina di un commissario in temporaneo affiancamento all'organo di amministrazione, ai sensi dell'art. 75-*bis*¹⁷³.

¹⁷⁰ La banca Credito di Romagna è stata costituita nel 2003 con sede a Forlì. Nell'aprile 2018, a seguito dell'autorizzazione della BCE, SC Lowy, gruppo bancario e finanziario internazionale, entra nel capitale sociale di Credito di Romagna e diventa l'azionista di controllo della banca con una quota di oltre il 90%. Da aprile 2019, Credito di Romagna diventa Solution Bank.

¹⁷¹ L'art. 53-*bis*, comma 1, difatti, oltre al potere di rimozione individuale (già precedentemente menzionato) alla lett. e), include i seguenti poteri di intervento della Banca d'Italia:

- a) convocazione degli amministratori, dei sindaci e del personale delle banche;
- b) ordine di convocazione degli organi collegiali delle banche, fissandone l'ordine del giorno, e proposta di assunzione di determinate decisioni;
- c) procedura diretta alla convocazione degli organi collegiali delle banche quando gli organi competenti non abbiano ottemperato a quanto previsto dalla lettera b);
- d) adozione per le materie indicate nell'art. 53, comma 1, ove la situazione lo richieda, di provvedimenti specifici nei confronti di una o più banche o dell'intero sistema bancario riguardanti anche: l'imposizione di un requisito di fondi propri aggiuntivi; la restrizione delle attività o della struttura territoriale; il divieto di effettuare determinate operazioni, anche di natura societaria, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio, nonché, con riferimento a strumenti finanziari computabili nel patrimonio a fini di vigilanza, il divieto di pagare interessi; la fissazione di limiti all'importo totale della parte variabile delle remunerazioni nella banca, quando sia necessario per il mantenimento di una solida base patrimoniale; per le banche che beneficiano di eccezionali interventi di sostegno pubblico, possono inoltre essere fissati limiti alla remunerazione complessiva degli esponenti aziendali.

¹⁷² BANCA D'ITALIA, Nota 28 giugno 2016, n. 837467/16, avente ad oggetto "Analisi della situazione aziendale e adozione dei provvedimenti e misure conseguenti".

¹⁷³ Ai sensi dell'art. 75-*bis* del TUB, "La Banca d'Italia, ricorrendo i presupposti indicati all'articolo 70, può nominare uno o più commissari in temporaneo affiancamento all'organo di amministrazione. La Banca d'Italia, nel provvedimento di nomina, individua funzioni, doveri e poteri dei commissari, specificandone i rapporti con l'organo amministrativo, ivi

A tali misure principali si accompagnavano, ai sensi dell'art. 53-bis, comma 1, lett. b), sia misure nei confronti del nuovo organo di amministrazione¹⁷⁴ sia misure di carattere prudenziale¹⁷⁵.

Tale provvedimento di rimozione venne impugnato dal Credito di Romagna – asseritamente, *inter alia*, per eccesso di potere¹⁷⁶ e falsità dei presupposti, violazione del principio di proporzionalità e adeguatezza, del principio di ragionevolezza e sviamento di potere – dinnanzi al TAR del Lazio, il quale dopo averne inizialmente sospeso l'efficacia¹⁷⁷: (i) respinse con ordinanza¹⁷⁸ la richiesta di sospensione cautelare del provvedimento; e (ii) respinse nel merito¹⁷⁹ il ricorso del Credito di Romagna, confermando quindi la rimozione totale-complessiva degli esponenti della banca.

Per quanto riguarda la richiesta di sospensione cautelare, secondo il TAR Lazio, non emergevano “*elementi che militino per la sussistenza di un reale pregiudizio grave ed irreparabile discendente dal permanere dell'efficacia del provvedimento gravato nelle more della definizione del giudizio di merito, tenuto anche conto del necessario bilanciamento di interessi riconducibili in capo ai ricorrenti ed ai risparmiatori o comunque agli utenti finali dell'attività creditizia svolta dall'intermediario in questione*”¹⁸⁰.

Riguardo la denunciata violazione dei principi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza, nonché l'eccesso di potere, secondo il TAR le misure di intervento disposte dalla Banca d'Italia rientravano nella c.d. *discrezionalità tecnica*. Conseguentemente, i relativi

compreso, eventualmente, l'obbligo degli amministratori di consultare o di richiedere la previa autorizzazione dei commissari per l'assunzione di determinati atti o decisioni”.

¹⁷⁴ In particolare, l'Autorità dispose: (i) la nomina assembleare di un capo all'esecutivo di comprovata esperienza; (ii) l'elaborazione di un progetto di integrazione con un partner aziendale appropriato o di un piano di ri-patrimonializzazione; (iii) il divieto di collocamento dei prestiti subordinati presso la clientela *retail* in caso di aumento di capitale.

¹⁷⁵ In particolare, l'Autorità dispose: (i) lo scomputo di fondi propri per un valore totale di 6.200.000 euro; (ii) l'applicazione di coefficienti patrimoniali di capitale; (iii) il divieto di intraprendere operazioni di aggregazione, la liquidazione della società, l'erogazione di credito a nuovi clienti; (iv) la chiusura della dipendenza di Roma; (v) il divieto di apertura di nuovi sportelli.

¹⁷⁶ Sulla nozione generale di eccesso di potere, si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2019, pp. 214-215: “*L'elaborazione oggi prevalente [Benvenuti 1950, 3 ss.] definisce l'eccesso di potere come vizio della funzione, intesa come la dimensione dinamica del potere che attualizza e concretizza la norma astratta attributiva del potere in un provvedimento produttivo di effetti. In tale passaggio, all'interno cioè delle fasi del procedimento (istruttorio, fase decisionale) possono emergere anomalie, incongruenze e disfunzioni che danno origine appunto all'eccesso di potere*”.

¹⁷⁷ Si veda “*Credito di Romagna, il Tar blocca il removal di Bankitalia*”, su *Il Sole24Ore*, 12 agosto 2016: “*Il 28 giugno scorso per la prima volta la Banca d'Italia aveva sfoderato sul Credito di Romagna il 'removal', il potere di rimuovere i vertici di una banca per prevenire situazione di crisi, imponendo alla banca con sede a Forlì un commissario temporaneo e la convocazione dell'assemblea per un immediato rinnovo degli organi di amministrazione. A sorpresa, si è appreso ieri, l'8 agosto 2016 il Tar del Lazio ha sospeso l'efficacia dei provvedimenti, rinviando la questione a una nuova udienza in camera di consiglio che si terrà il 14 settembre prossimo*”.

¹⁷⁸ TAR Lazio, Sez. II, 16 settembre 2016, n. 5544, in *Giust. amm.*, 2016. Tale ordinanza è stata poi confermata dal Consiglio di Stato (ordinanza dell'11 novembre 2016, n. 5092).

¹⁷⁹ TAR Lazio, Sez. II, 17 gennaio 2017, n. 1627, in *Giust. amm.*, 2017, p. 31.

¹⁸⁰ TAR Lazio, Sez. II, 16 settembre 2016, n. 5544, in *Giust. amm.*, 2016, p. 2.

provvedimenti risultavano sindacabili in sede amministrativa, oltre che per incompetenza e violazione di legge, *esclusivamente* per manifesta illogicità. Pertanto, il giudice amministrativo non avrebbe potuto sostituire le proprie valutazioni a quelle dell’Autorità¹⁸¹.

Difatti, a quest’ultima risulta attribuita ampia discrezionalità nell’adozione delle specifiche misure di intervento precoce per il caso concreto. In altri termini, secondo quanto prospettato dal TAR, l’Autorità di vigilanza – disponendo i provvedimenti contestati – si era limitata ad esercitare i poteri ad essa riconosciuti dagli stessi artt. 69-*octies-decies* e 53-*bis* del TUB. Di conseguenza, risultava esclusa la sussistenza del vizio di carenza di potere.

A tal proposito, riguardo il mancato accoglimento del ricorso del Credito di Romagna, il TAR confermò che “[l]a Banca di Italia, sulla base del potere attribuito da tali norme, ha ritenuto di disporre alcune misure di vigilanza prudenziale per assicurare l’adeguatezza del patrimonio di vigilanza e la corretta gestione del credito [...], misure espressamente previste dall’art 53-bis [...]. Ritenendo poi tali misure da sole non idonee a garantire la corretta gestione della banca e la prospettiva di risanamento, ha disposto le misure di cui agli articoli 69 octiesdecies e vicies semel [...]”¹⁸².

D’altro lato, i ricorrenti lamentavano il difetto di legittimità dell’intervento da parte della Banca d’Italia, dal momento che l’istituto Credito di Romagna non presentava una condizione patrimoniale grave tale da giustificare siffatte misure. Tuttavia, il TAR ribadì che le misure previste dall’art. 53-*bis* non richiedono la sussistenza di una grave crisi patrimoniale ai fini della loro applicazione.

A tal proposito, “le misure adottate nei confronti del Credito di Romagna non presuppongono una situazione di grave crisi patrimoniale, che invece condurrebbe alla riduzione o conversione di azioni, di altre partecipazioni e di strumenti di capitale emessi dalla banca o, qualora tali misure non siano sufficienti, alla risoluzione della banca o alla liquidazione coatta amministrativa, che hanno

¹⁸¹ TAR Lazio, Sez. II, 17 gennaio 2017, n. 1627, in *Giust. amm.*, 2017, pp. 14-15: “Come per i provvedimenti delle Autorità garanti, anche per le operazioni di controllo della Banca d’Italia il sindacato di eccesso di potere è essenzialmente incentrato sulla verifica della ragionevolezza e della coerenza tecnica della decisione amministrativa, in quanto per determinati settori, come quello delle Autorità e dunque per la Banca d’Italia, il sindacato giurisdizionale necessariamente incontra il limite della specifica competenza tecnica, della posizione di indipendenza e dei poteri propri spettanti alle istituzioni in questione, il cui giudizio ha come parametri di riferimento non regole scientifiche esatte e non opinabili, ma valutazioni, anche di ordine prognostico, a carattere economico e sociale, o comunque non ripercorribile in base a dati univoci [...]. Tali orientamenti devono essere applicati anche alla presente fattispecie, rispetto alla quale si deve considerare che, con riferimento alle misure di intervento precoce, sia le norme nazionali che quelle comunitarie attribuiscono alla Autorità di Vigilanza una ampia discrezionalità anche nella scelta del tipo e del numero di misure da adottare nella singola situazione.”.

¹⁸² TAR Lazio, Sez. II, 17 gennaio 2017, n. 1627, in *Giust. amm.*, 2017, p. 17.

per presupposto il dissesto o anche solo il pericolo di dissesto [...]. I provvedimenti indicati dagli artt. 53 bis e 69 octies decies riguardano, invece, banche in condizioni economiche tali che possano ancora autonomamente operare sul mercato, proprio al fine di evitare [...] situazioni che possano condurre al dissesto o anche solo al pericolo di dissesto”¹⁸³.

In altri termini, in tanto una misura di intervento può qualificarsi “precoce” in quanto temporalmente *antecedente* alla crisi, al ricorrere della quale appaiono invece maggiormente idonee *altre* misure di natura aggravata. Risulterebbe dunque contraddittorio (*i.e.*, sub-ottimale) vincolare il ricorso al provvedimento di *removal* – la cui funzione è *prevenire* il dissesto attuale o potenziale (*non ancora manifestato*) – alla sussistenza di presupposti “rafforzati”, tra cui una *grave* crisi patrimoniale (*già manifestata*). In tal senso, il TAR ribadì la natura *pre-critica* del provvedimento di rimozione degli esponenti aziendali.

Il TAR ritenne infondata anche la censura di incostituzionalità, avanzata dai ricorrenti, dei sopra menzionati poteri attribuiti alla Banca d’Italia. Difatti – a fronte della denunciata incompatibilità di tali poteri con i principi costituzionali di tutela della proprietà e dell’iniziativa economica privata – il giudice amministrativo ribadì la costituzionalità delle misure adottate alla luce del principio di tutela del risparmio¹⁸⁴.

I ricorrenti hanno proposto successivamente appello avverso la sentenza del TAR presso il Consiglio di Stato, il quale si è pronunciato lo scorso luglio 2022¹⁸⁵ confermando pienamente la sentenza impugnata.

In questa sede appare indispensabile ripercorrere sommariamente la trattazione svolta dal giudice d’appello in merito all’istituto del *removal*, avendo ad oggetto il primo caso di rimozione bancaria nella storia del nostro Paese e risultando indispensabile per le successive riflessioni del presente lavoro.

Aderendo all’orientamento del TAR, anche il Consiglio di Stato ha qualificato il *removal* come misura di vigilanza preventiva preposta alla tutela dell’economia reale e delle finanze pubbliche. Ciò in conformità al principio della condivisione degli oneri (*c.d. burden sharing*) –

¹⁸³ *Ibidem*, p. 20.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 13: “[...] 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. Ciò, innanzi tutto, in concreta esplicazione di attività volta alla tutela dei valori di promozione e tutela del risparmio, nonché di esercizio dell’attività creditizia, contemplati e garantiti dall’art. 47 della Costituzione”.

¹⁸⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254, in *Giust. amm.*

introdotto dall'art. 132 della direttiva BRRD – secondo cui l'intervento statale nella crisi bancaria rappresenta l'*extrema ratio*, praticabile dunque solo qualora il sacrificio degli interessi dei soggetti interni alla banca non sia stato sufficiente per la risoluzione¹⁸⁶.

Conseguentemente, il potere di rimozione degli esponenti aziendali rientra a pieno titolo tra le prerogative di vigilanza prudenziale attribuite alla Banca d'Italia, finalizzate “*alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia*”¹⁸⁷.

Riguardo i profili di costituzionalità della misura in esame, anche il Consiglio di Stato ha ribadito che i principi di tutela della proprietà e della libertà di iniziativa economica devono essere contemperati col principio di buon funzionamento dei mercati finanziari di cui all'art. 47 Cost¹⁸⁸. Tale principio costituzionale implica, nella misura del possibile, la prevenzione della crisi anche di un singolo istituto di credito, dato che un pregiudizio ai danni del singolo intermediario può agevolmente estendersi anche agli altri intermediari (c.d. responsabilità “ramificata”, già menzionata nell'Introduzione del presente lavoro). A tal fine sono adottabili le misure di intervento precoce, tra cui il *removal*, evitando in linea teorica il ricorso a provvedimenti maggiormente gravosi come la risoluzione¹⁸⁹.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 18: “La direttiva europea 2014/59/UE del 15 maggio 2014 [...] ha introdotto il principio di condivisione, o *overosia*, nella terminologia anglosassone, di *burden sharing* (condivisione degli oneri) di cui all'art. 132 della Direttiva/2014/59 Bank Recovery and Resolution Directive sui dissesti di istituti bancari. Secondo tale principio l'intervento dello Stato con la misura della risoluzione si considera legittimo solo quando rappresenti l'estrema possibilità, dopo che il sacrificio degli interessi dei soggetti interni alla banca in crisi non sia stato sufficiente a risolverla.

In questa prospettiva, con le misure di intervento precoce si è inteso prevenire le crisi bancarie, riducendo al minimo il loro impatto sull'economia reale e le finanze pubbliche, grazie ad un intervento che anticipi il deterioramento irreparabile della situazione di una banca, anche al fine di assicurare la continuità dei servizi essenziali della banca e il suo rapido risanamento”.

A tal proposito, inoltre, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 180/2015 – attuativo della direttiva BRRD – le misure di risoluzione sono adottabili quando “non si possono ragionevolmente prospettare misure alternative che permettano di superare la situazione di cui alla lettera a) in tempi adeguati, tra cui l'intervento di uno o più soggetti privati o di un sistema di tutela istituzionale, o un'azione di vigilanza, che può includere misure di intervento precoce o l'amministrazione straordinaria”.

¹⁸⁷ Art. 5 del TUB.

¹⁸⁸ Ai sensi dell'art. 47 Cost., “La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.

Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese”.

¹⁸⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254, in *Giust. amm.*, p. 23: “Sul piano della compatibilità costituzionale della misura in discorso deve rilevarsi che la tutela della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica deve essere contemperata con la necessità di assicurare il buon funzionamento dei mercati finanziari (cfr. art. 47 Cost.), che può essere seriamente pregiudicato anche dalla crisi di un singolo istituto di credito, stante gli effetti sistemici che ciò può provocare, con conseguente pregiudizio all'economia reale ed ai risparmiatori.

Come già più volte sottolineato circa le finalità che si pongono le misure di intervento precoce, la misura criticata dagli appellanti si pone l'obiettivo del salvataggio di un intermediario in situazione di seria criticità, onde scongiurare misure

Inoltre – ha aggiunto il Consiglio di Stato – la costituzionalità della rimozione è agevolmente deducibile al livello sistematico, considerando che il nostro ordinamento ammette anche l'amministrazione straordinaria, rappresentando quest'ultima una misura di intervento precoce *ben più invasiva* per l'istituto di credito. Difatti, con l'amministrazione straordinaria l'assemblea dei soci perde la prerogativa di individuare i componenti dell'organo amministrativo¹⁹⁰. Conseguentemente, se risulta pacifica la costituzionalità di una siffatta misura, *a fortiori* ne deriva la costituzionalità del potere di *removal* in qualità di intervento più “mite”.

Altra questione emersa già in primo grado riguardava la natura del provvedimento di *removal*. Il Consiglio di Stato ha aderito alla tesi del TAR secondo cui la rimozione non è qualificabile come provvedimento sanzionatorio, *proprio in quanto misura di intervento precoce*. In altri termini, altro è un potere sanzionatorio, altro è un potere di vigilanza, tra cui rientrano le misure di intervento precoce. A tal riguardo, la natura non sanzionatoria del *removal* risulta agevolmente deducibile anche alla luce di una interpretazione teleologicamente orientata dell'istituto, la cui funzione – tipica di ogni misura di vigilanza – “*non è quella di affliggere il titolare della carica, quanto di preservare la stabilità e la sana gestione della banca. In questo senso, gli effetti che, indiscutibilmente, si producono anche sulla persona fisica titolare della carica, che per l'appunto viene rimossa da tale posizione, non paiono comunque sufficienti a ricondurre la misura in discorso nell'alveo delle sanzioni in senso stretto*”¹⁹¹. Piuttosto, in qualità di misura pre-critica, il *removal* risulta *unicamente* preordinato a scongiurare la crisi dell'istituzione bancaria complessivamente intesa (*monofunzionalità* del *removal* europeo), finalità di per sé non raggiungibile attraverso la mera *punizione* di uno o più singoli responsabili.

Tale natura “impersonale” del *removal* europeo – ossia funzionale alla tutela della condizione *oggettiva* della banca *complessivamente intesa* – risulta logicamente deducibile dai suoi stessi presupposti di applicazione, i quali non si concentrano sulla condotta soggettiva del responsabile (a differenza del *removal* statunitense), bensì sulla condizione *oggettiva della banca*¹⁹². Difatti, tali

maggiormente gravose, quale la risoluzione, con effetti ben più incisivi sui diritti e le libertà dei soggetti interessati alle sorti della banca”.

¹⁹⁰ Difatti, l'amministrazione straordinaria implica lo scioglimento degli organi amministrativi e di controllo della banca e la nomina in loro vece, da parte della Banca d'Italia, di uno o più commissari straordinari e di un comitato di sorveglianza. Al riguardo, *ibidem*, p. 24: “*Deve inoltre anticiparsi che la compatibilità costituzionale del meccanismo del removal non appare dubitabile ove si consideri che l'ordinamento bancario consente anche l'amministrazione straordinaria, ovvero una misura in cui l'incisione dell'autonomia dell'istituto di credito è ben più ampia, se si considera che l'assemblea sociale viene del tutto privata del potere di individuare i soggetti deputati alla conduzione dell'azienda bancaria*”.

¹⁹¹ Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254, in *Giust. amm.*, p. 27.

¹⁹² *Ibidem*: “*La ragione dell'intervento dell'Autorità è di tutt'altra natura rispetto all'intento punitivo proprio della sanzione, inserendosi, come si è detto, nel quadro delle misure di vigilanza, atte a prevenire il definitivo dissesto*

presupposti sono costituiti – oltre che dalle gravi violazioni normative e gravi irregolarità amministrative sul piano *oggettivo* – proprio dal *significativo deterioramento della situazione della banca*, qualora misure meno invasive non risultino idonee a risolvere tale situazione.

Peraltro, la inidoneità di altre misure per il caso concreto costituisce a tutti gli effetti una valutazione *discrezionale e prognostica*, che l’Autorità deve compiere ai fini dell’irrogazione del *removal*. Tale margine di discrezionalità esclude qualunque carattere sanzionatorio della misura in esame, dal momento che la sanzione costituisce invece una reazione *vincolata e diagnostica*, esercitata *in via successiva* rispetto alla violazione di una regola giuridica, senza alcun margine di discrezionalità. In altri termini, la natura preventiva e discrezionale del *removal* impedisce di poter qualificare tale misura come sanzione (a differenza del *removal* statunitense), la cui natura tradizionale risulta invece successiva e vincolata.

Ulteriore argomento a supporto della natura non sanzionatoria del *removal* – secondo il Consiglio di Stato – è rappresentato dalla pacifica qualificazione della stessa amministrazione straordinaria come “misura di intervento precoce”¹⁹³. L’amministrazione straordinaria, come poc’anzi illustrato, costituisce una misura ben più gravosa ed invasiva rispetto alla “semplice” sostituzione di amministratori. Conseguentemente, se la prima non è qualificata come provvedimento sanzionatorio (in quanto, come chiarito in precedenza, una misura di intervento precoce non è mai strutturalmente qualificabile come sanzione), *a fortiori* non è possibile qualificare in tal senso la rimozione pura. In sintesi, rimozione ed amministrazione straordinaria condividono la stessa natura – entrambe misure di intervento precoce e, per ciò solo, *non sanzionatorie* – salvo che la prima costituisce una forma di intervento più “mite” rispetto alla seconda¹⁹⁴.

Chiarita la natura precoce e non punitiva del provvedimento di rimozione, il Consiglio di Stato ha specificato che proprio la funzione di prevenzione della crisi bancaria – tipica della rimozione degli amministratori – legittima l’omesso avvio di comunicazione del relativo procedimento, sussistendo le “*particolari esigenze di celerità*” ai sensi dell’art. 7 della L. 241/1990¹⁹⁵. In effetti, in

dell’istituto vigilato e, dunque, avuta di mira tutt’altra finalità che non la punizione di un determinato soggetto, la cui condotta concreta resta infatti sullo sfondo. Invero, i presupposti della misura, che pure incide sul titolare della carica societaria non riguardano in modo specifico la condotta del soggetto rimosso, né tantomeno assume un particolare rilievo l’indagine circa l’imputabilità sul piano soggettivo della detta condotta”.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 29. La natura preventiva dell’amministrazione straordinaria è stata recentemente ribadita dalla Corte Cost., 21 dicembre 2021, n. 248/2021. Inoltre, la stessa giurisprudenza ordinaria si era già pronunciata per la natura non sanzionatoria di tale misura di intervento. Al riguardo, si veda Corte App. di Milano, nn. 71 e 382 del 2019.

¹⁹⁴ Pertanto, tali misure di intervento precoce non sono da confondere con la procedura di risoluzione, qualificabile invece come misura di gestione *della* crisi, il cui avvio presuppone l’irreversibile degenerazione della situazione aziendale.

¹⁹⁵ Ai sensi dell’art. 7 della L. 241/1990, “*Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l’avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall’articolo 8, ai*

tanto una misura di intervento risulta *precoce* in quanto risulta celere la sua applicazione al caso concreto. Per tale ragione, il provvedimento di *removal* deroga alle norme di partecipazione al procedimento amministrativo con l'obiettivo di assicurare un'azione di vigilanza ottimale (*i.e.*, *positiva-costruttiva*), nonché la salvaguardia del sistema bancario complessivo¹⁹⁶.

Ultimo profilo affrontato dal giudice d'appello ha riguardato l'ambito e i limiti di sindacabilità giurisdizionale del provvedimento di rimozione. A tal proposito, l'attività di vigilanza bancaria implica l'apprezzamento di concetti giuridici *indeterminati* – come ad esempio la “sana e prudente gestione” – la cui realizzazione sul piano pratico richiede la valutazione di elementi di fatto opinabili e non univoci. Dal difetto di scientificità di tali elementi di fatto deriva il principio di *insostituibilità* delle valutazioni del giudice a quelle effettuate dall'amministrazione.

Data la finalità preventiva del *removal* – preordinato ad evitare il dissesto dell'istituzione bancaria, riconducendola ad una sana e prudente gestione – il relativo provvedimento di rimozione assume carattere tecnicamente discrezionale, per il solo fatto che l'Autorità è chiamata a valutare – al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. *b*), del TUB – se disporre la rimozione degli organi sociali ovvero se sia ancora possibile ricorrere a misure meno incisive¹⁹⁷. La natura tecnicamente discrezionale del potere di *removal* – assieme al giudizio di opportunità richiesto per il suo esercizio – comporta l'applicazione anche a tale misura del principio di insostituibilità delle valutazioni.

Dal principio di insostituibilità applicato alla rimozione degli organi sociali deriva che, nel giudizio di impugnazione di un provvedimento di *removal*, il sindacato del giudice amministrativo può avere ad oggetto, oltre ai fatti, anche la logicità, la congruità, ragionevolezza ed adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento, la completezza dell'istruttoria e la sussistenza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione. Tuttavia il giudice amministrativo non può esprimere proprie autonome valutazioni in sostituzione dell'Autorità. In altri termini, l'ambito di sindacabilità di un provvedimento di rimozione – per quanto esteso – incontra un limite di operatività, rappresentato dalla valutazione della *maggior o minore attendibilità* della

soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire”.

¹⁹⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254, in *Giust. amm.*, p. 30: “Tanto precisato, tenuto conto del contesto nel quale è intervenuto il provvedimento – che è volto a prevenire la crisi di una banca, potenzialmente dotata di effetti sistemici sulla stabilità dell'intero funzionamento del mercato creditizio – devono ritenersi sussistenti quelle ‘particolari esigenze di celerità del procedimento’ che legittimano, anche ai sensi dell'art. 7 della L. 241/1990, di omettere l'avvio della comunicazione del procedimento”.

¹⁹⁷ Al riguardo, si veda F. VELLA, «Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance», in *Banc. impr. soc.*, 2, 2014, p. 323.

soluzione A rispetto alla soluzione B. L'apprezzamento di tale attendibilità è rimessa in via *esclusiva* all'amministrazione, rispetto alla quale il giudice non può sostituirsi in alcun modo¹⁹⁸.

In conclusione, il provvedimento di rimozione degli esponenti aziendali, in qualità di misura di intervento precoce, richiede un giudizio prognostico (e dunque discrezionale) da parte dell'amministrazione per il suo esercizio. Tale giudizio prognostico consiste nella valutazione dell'idoneità di una siffatta misura alla salvaguardia della sana e prudente gestione della banca, escludendo che tale scopo possa essere perseguito da misure meno incisive. Conseguentemente, la complessità del giudizio richiesto impedisce di qualificare il provvedimento in esame come sanzionatorio, dal momento che la sanzione implica il mero accertamento *ex post* di un illecito sulla base di presupposti vincolati. Piuttosto, il provvedimento di *removal* costituisce una misura regolatoria a tutti gli effetti, implicando un giudizio di idoneità *ex ante* sulla base di valutazioni discrezionali¹⁹⁹.

Nel caso specifico di Credito di Romagna, il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità delle misure adottate dall'Autorità di vigilanza dal momento che *“la Banca d'Italia ha dimostrato il ricorrere delle gravi violazioni di legge, gravi irregolarità e significativo deterioramento della situazione patrimoniale che configurano il presupposto, ai sensi dell'art. 69-octiesdecies TUB, per la rimozione degli esponenti di cui all'articolo 69-vicies-semel, così come l'insufficienza delle misure ex art. 53-bis”*²⁰⁰.

Considerazioni comparatistiche preliminari

Alla luce dell'analisi condotta in tale Capitolo, occorre trarne le opportune lezioni preliminari sul piano comparatistico.

¹⁹⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254, in *Giust. amm.*, p. 32: *“In tali valutazioni complesse è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico e, più in generale, la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario, a ciò conseguendo, in base all'impostazione tradizionale, il riconoscimento di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione e l'esclusione di un sindacato giurisdizionale caratterizzato dalla possibilità di sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'amministrazione”*. Al riguardo, si veda E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale n. 64, Banca d'Italia, Roma, 2009, pp. 76-77.

¹⁹⁹ Al riguardo, si veda F. CIRAULO, «La Banca d'Italia ed il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi», in *Banc. impr. soc.*, 2016, pp. 51 ss.

²⁰⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254, in *Giust. amm.*, par. 12.1.

A ben vedere, la diversa esperienza storica che l'Europa e gli Stati Uniti vantano con riferimento all'introduzione e all'esercizio del potere di *removal* si può apprezzare sia in termini *casistici*, sia in termini *strutturali*, sia in termini *quantitativi*, sia in termini *qualitativi*.

Da una prospettiva casistica, gli Stati Uniti vantano un'esperienza incomparabilmente *maggiore* in materia di rimozione degli esponenti aziendali – misura introdotta nel 1933, in risposta alla crisi della Grande Depressione, in qualità di *rimedio* delle crisi bancarie – rispetto all'ordinamento comunitario, in cui il potere di *removal* e le altre misure di intervento precoce sono state introdotte soltanto recentemente, nel 2014, in risposta alla crisi finanziaria del 2008-11, in qualità di *prevenzione* delle crisi bancarie. A tal riguardo, con riferimento all'Italia, appare utile ricordare che il Caso Credito di Romagna, poc'anzi esaminato, costituisce il primo – e, finora, *pressoché l'ultimo* – caso di *removal* oggetto di intervento dell'autorità giurisdizionale.

Da una prospettiva strutturale, il potere *removal* negli Stati Uniti è andato definendosi secondo un processo *plurifasico*, a differenza dell'Europa, in cui siffatto potere è andato definendosi secondo un processo sostanzialmente *monofasico*. Difatti, negli Stati Uniti il *removal* – introdotto per la prima volta nel 1933, con il *Banking Act*, per i casi di violazione di legge ovvero di pratica contraria a sicurezza o solidità – è stato poi (i) emendato per la prima volta nel 1966, con il FISA, che ne estese l'ambito applicativo sotto il profilo oggettivo – introducendo la violazione di dovere fiduciario quale presupposto ulteriore ed autonomo per l'esercizio del *removal* – ma ne restrinse l'ambito sotto il profilo psicologico – richiedendo la *disonestà personale* come elemento soggettivo della condotta; (ii) emendato per la seconda volta nel 1978, con il FIRIRCA, che ne estese l'ambito applicativo sotto il profilo psicologico, introducendo la *voluta o reiterata noncuranza per la sicurezza e la solidità* come elemento soggettivo della condotta *alternativo* alla *disonestà personale*; infine, (iii) emendato per la terza volta nel 1989, con il FIRREA, che ne ha esteso l'ambito applicativo sul piano soggettivo, consentendo l'esercizio del *removal* verso *qualunque* soggetto affiliato alla banca (processo plurifasico).

Viceversa, in Europa il potere di *removal* – introdotto nel 2014 con la direttiva BRRD, e recepito in Italia nel 2015 in molteplici fattispecie – *non ha subito, almeno finora, alcuna fase di emendamento successivo* (processo monofasico).

Da una prospettiva quantitativa, mentre negli Stati Uniti i molteplici interventi di modifica del *removal* hanno riguardato l'*unica* fattispecie rilevante presente in tale ordinamento – rappresentata dalla Sezione 1818(e) dello *U.S. Code* – in Italia il recepimento della disciplina comunitaria in materia ha comportato, *quantomeno sul piano formale*, l'introduzione di una *pluralità* di fattispecie rilevanti

– essenzialmente rappresentate dalla rimozione individuale-selettiva (art. 53-*bis*, lett. *e*), del TUB) e dalla rimozione totale-complessiva (art. 69-*vicies-semel*, in combinato disposto con l'art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. *b*)).

Tuttavia, come meglio si vedrà nel Capitolo successivo, tra il *removal* individuale-selettivo ed il *removal* totale-complessivo, *formalmente distinti*, sussiste *sul piano sostanziale* un'equivalenza dei rispettivi presupposti di applicazione. Per il momento basta anticipare che commettere un pregiudizio per la *sana e prudente* gestione dell'istituzione bancaria *complessivamente intesa* (presupposto di applicazione della rimozione individuale-selettiva) *non è poi così diverso* dal commettere una *grave* violazione legislativa, regolamentare o statutaria ovvero una *grave* irregolarità amministrativa ovvero un *significativo* deterioramento (presupposti di applicazione della rimozione totale-complessiva), *e viceversa*.

Da una prospettiva qualitativa, negli Stati Uniti il provvedimento di *removal* è andato definendosi come atto *sanzionatorio*, irrogabile all'accertamento di presupposti *tassativi* (condotta impropria; conseguenze negative; intenzionalità). Difatti, in qualità di azione formale di *enforcement*, si richiede un giudizio *diagnostico* (e dunque *vincolato*) da parte dell'amministrazione per il suo esercizio. Tale giudizio diagnostico consiste nella valutazione della *sussumibilità* del fatto concreto alla fattispecie astratta di rimozione. Conseguentemente, la tassatività del giudizio richiesto impedisce di qualificare il provvedimento in esame come regolatorio, dal momento che la regolazione implica la valutazione dell'*idoneità* (*ex ante*) di una misura alla salvaguardia di un interesse individuato come meritevole di tutela. Piuttosto, il provvedimento di *removal* statunitense costituisce una misura sanzionatoria a tutti gli effetti, implicando un giudizio di *sussumibilità ex post* sulla base di valutazioni vincolate.

Viceversa, come poc'anzi esaminato nel caso Credito di Romagna, in Italia ed in Europa il provvedimento di *removal* è andato definendosi come atto *regolatorio*, adottabile all'accertamento di presupposti perlopiù *elastici* (pregiudizio alla *sana e prudente* gestione). Difatti, in qualità di misura di intervento precoce, si richiede un giudizio *prognostico* (e dunque *discrezionale*) da parte dell'amministrazione per il suo esercizio. Tale giudizio prognostico consiste nella valutazione dell'*idoneità* di una siffatta misura alla salvaguardia della sana e prudente gestione della banca, escludendo che tale scopo possa essere perseguito da misure meno incisive. Conseguentemente, l'elasticità del giudizio richiesto impedisce di qualificare il provvedimento in esame come sanzionatorio, dal momento che la sanzione implica il mero accertamento *ex post* di un illecito sulla base di presupposti vincolati. Piuttosto, il provvedimento di *removal* europeo costituisce una misura

regolatoria a tutti gli effetti, implicando un giudizio di idoneità *ex ante* sulla base di valutazioni discrezionali.

CAPITOLO II

IL BANKER REMOVAL POWER OGGI: I PROFILI SOSTANZIALI E PROCEDURALI DEL POTERE

SOMMARIO: *Premessa – 2.1. Il removal negli Stati Uniti oggi – 2.1.1. (segue): Primo presupposto del removal: la condotta impropria – 2.1.2. (segue): Secondo presupposto del removal: le conseguenze negative – 2.1.3. (segue): Terzo presupposto del removal: l'intenzionalità – 2.1.4. (segue): L'ambito operativo del removal negli Stati Uniti – 2.1.5. (segue): L'analisi statistica del removal negli Stati Uniti – 2.1.6. (segue): Il removal negli Stati Uniti: atto rimediabile-sanzionatorio inequivoco – 2.1.7. (segue): I rimedi esperibili contro il removal negli Stati Uniti – 2.2. Il removal in Europa oggi – 2.2.1. (segue): L'analisi statistica delle misure di intervento precoce in Europa – 2.3. Il removal in Italia oggi – 2.4. Le differenze tra il removal nazionale ed il removal comunitario – 2.5. Le differenze procedurali tra il removal individuale-selettivo ed il removal totale-complessivo – 2.6. Il removal in Italia: atto preventivo-regolatorio inequivoco – 2.7. I rimedi esperibili contro il removal in Italia – Considerazioni comparatistiche preliminari*

Premessa

Come già anticipato nell'Introduzione, il presente Capitolo intende esaminare i presupposti, l'ambito applicativo e gli aspetti procedurali del *removal* nei due contesti giuridici di riferimento, delineando le differenze strutturali di esercizio di tale potere tra Europa e Stati Uniti. A tal proposito, come già rilevato, i due ordinamenti presi in esame aderiscono ad una diversa concezione di esercizio *ottimale* del potere di rimozione.

Difatti, da un lato in Europa si è aderito ad una concezione *preventiva-regolatoria* del potere di rimozione degli esponenti aziendali – dal momento che siffatto potere costituisce una *misura di vigilanza regolamentare ordinaria* per prevenire una crisi (non ancora manifestata)²⁰¹.

D'altro canto, negli Stati Uniti si è aderito ad una concezione *rimediale-sanzionatoria* del potere di rimozione degli amministratori e dirigenti bancari – dal momento che siffatto potere costituisce piuttosto un'*azione formale di enforcement*, esercitabile (soltanto) in caso di inadeguatezza delle misure di vigilanza regolamentare ordinaria per il caso concreto, al fine di (a) rimediare ad una crisi (già manifestata) e (b) punire l'attuale colpevole e al tempo stesso dissuadere *pro-futuro* altri potenziali colpevoli²⁰².

Ciò ricordato, si procederà ad esaminare l'istituto del *removal* secondo la legislazione statunitense attuale (par. 2.1), analizzandone i presupposti di esercizio (par. 2.1.1; par. 2.1.2; par. 2.1.3), l'ambito operativo (par. 2.1.4) e i dati statistici rilevanti (par. 2.1.5). Di seguito, si procederà a constatare la pacifica natura *rimediale-sanzionatoria* del potere di rimozione statunitense (par. 2.1.6), per poi analizzare i rimedi esperibili avverso il provvedimento di *removal* secondo la disciplina processuale rilevante (par. 2.1.7).

Specularmente, si procederà poi ad esaminare l'istituto del *removal* secondo la legislazione comunitaria attuale, analizzandone i presupposti di esercizio e l'ambito operativo (par. 2.2), nonché i dati statistici rilevanti (par. 2.2.1). Allo stesso modo, si procederà poi ad esaminare l'istituto del

²⁰¹ M. BODELLINI, op. cit., pp. 37-38: “[e]arly intervention measures are procedures and tools of a different nature and with a different level of intrusiveness, commonly activated and applied by authorities with a view to ensuring that banks address their weaknesses promptly before the triggers for their submission to a crisis management procedure are met. The objective of such measures is either to put banks back on a sound footing or, when this is not possible, to mitigate the consequences of a failure to be then handled in the context of a crisis management procedure”.

²⁰² OFFICES OF INSPECTOR GENERAL, op. cit., p. 9.

removal secondo la legislazione nazionale attuale, analizzandone egualmente i presupposti di esercizio e l'ambito operativo (par. 2.3).

Ciò concluso, si procederà ad evidenziare le differenze tra il *removal* nazionale ed il *removal* comunitario (par. 2.4), nonché le differenze sul piano procedurale tra il *removal* individuale-selettivo ed il *removal* totale-complessivo (par. 2.5), per poi constatare la pacifica natura *preventiva-regolatoria* del potere di rimozione secondo la nostra disciplina nazionale e comunitaria (par. 2.6). Di seguito, si procederà ad analizzare i rimedi esperibili avverso il provvedimento di *removal* secondo la disciplina processuale rilevante (par. 2.7).

Infine, si procederà ad esporre le Considerazioni comparatistiche preliminari rilevanti, in qualità di contributi originali rispetto all'analisi specificamente condotta nel presente Capitolo.

2.1. *Il removal negli Stati Uniti oggi*

Come già ribadito in precedenza, attualmente il *removal* statunitense ha raggiunto l'ambito di applicazione più esteso possibile. Difatti, in virtù della nuova formulazione dell'istituto introdotta dal FIRREA, il potere di *removal* è esercitabile verso *qualunque* soggetto affiliato all'istituzione bancaria (“*any institution-affiliated party*”) – e non esclusivamente verso un amministratore o dirigente della banca – configurando dunque una concezione *soggettivamente* estesa dell'istituto. D'altra parte, tale potere è esercitabile avverso una condotta volontaria o reiterata contraria alla sicurezza o alla solidità, quand'anche *in assenza* di frode, configurando dunque una concezione *oggettivamente* estesa dell'istituto. Infine, allo stato attuale il provvedimento di *removal* comporta l'interdizione *a vita* dall'intero settore bancario (“*lifetime prohibition from banking*”).²⁰³

Occorre ora analizzare più nel dettaglio i presupposti applicativi dell'*American banker removal power* (c.d. *removal prerequisites*), in parte introdotti nel Capitolo I del presente lavoro. Tali presupposti sono tre: (i) condotta impropria (*improper conduct*); (ii) conseguenze negative (*negative consequences*); (iii) intenzionalità (*scienter*).

²⁰³ A tal proposito, si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 6: “*Today, the power exists at its broadest scope. Any institution-affiliated party is subject to sanction; a removal may result in a lifetime prohibition from banking; and willful or continuing 'unsafe or unsound' conduct, even in the absence of fraud, suffices to justify enforcement*”.

2.1.1. (segue): *Primo presupposto del removal: la condotta impropria*

Riguardo il primo presupposto, per condotta impropria si intende:

- 1) violazione di legge, regolamento, ordine di cessazione di condotta irregolare o di accordo scritto tra la banca e la FDIC²⁰⁴; ovvero
- 2) pratica contraria a sicurezza o solidità in relazione a *qualunque* istituto di deposito assicurato²⁰⁵; ovvero
- 3) violazione di dovere fiduciario²⁰⁶.

In merito alla prima forma di condotta impropria, si discute sulla validità dell'accertamento, operato dal giudice amministrativo (c.d. *administrative law judge* o "ALJ"), di una violazione di una norma *penale*, in assenza di condanna formale da parte di un tribunale.

In particolare, alla luce della procedura delineata dalla Sezione 1818(e), si discute se sia accettabile che il soggetto destinatario della notifica di *removal* sia sottoposto ad un'*hearing* amministrativa, *in assenza* delle garanzie costituzionali normalmente previste per un imputato²⁰⁷.

A tal riguardo, nel caso *Van Dyke v. Board of Governors of the Federal Reserve System*²⁰⁸, il giudice amministrativo aveva accertato la rilevanza penale della condotta da parte di Van Dyke, amministratore della Toy Bank. In particolare, Van Dyke risultava coinvolto in pratiche fraudolente di erogazione del credito, in violazione della Sezione 1344 dello *U.S. Code* in materia di frode bancaria²⁰⁹. Tale condotta penalmente rilevante risultava logicamente sussumibile nella nozione di

²⁰⁴ *U.S. Code*, Titolo 12, Sez. 1818(e): "Violating a law, regulation, final cease-and-desist order, or written agreement between the institution and the FDIC".

²⁰⁵ *Ibidem*: "Engaging in an unsafe or unsound practice in connection with any insured depository institution".

²⁰⁶ *Ibidem*: "Committing a breach of fiduciary duty".

²⁰⁷ Ai sensi del Sesto Emendamento della Costituzione americana, "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense".

²⁰⁸ U.S. COURT OF APP., 8 giugno 1989, 876 F.2d 1377 (8th Cir. 1989).

²⁰⁹ Ai sensi dello *U.S. Code*, Titolo 18, Sez. 1344, "Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice-

(1) to defraud a financial institution; or

(2) to obtain any of the moneys, funds, credits, assets, securities, or other property owned by, or under the custody or control of, a financial institution, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises; shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both".

“condotta impropria” ai fini dell’irrogazione del *removal*²¹⁰. Nello specifico, secondo il giudice amministrativo, la condotta in esame risultava “*clearly fit within the prescription of [section] 1344*”. Di conseguenza, il giudice fece ricorso ad uno standard di accertamento della violazione “*clear and convincing*”, superando così il potenziale *deficit* di garanzia costituzionale.

In linea generale, il requisito soggettivo della “disonestà personale” – non facilmente dimostrabile sul piano processuale – ha la funzione teorica di evitare il rischio che i soggetti destinatari di una notifica di *removal* possano essere “vittime” di abusi da parte delle agenzie²¹¹.

In merito alla seconda e alla terza forma di condotta impropria, non risultano unicamente definibili le rispettive nozioni di “pratica contraria a *sicurezza o solidità*” e di “violazione di *dovere fiduciario*”. In ogni caso, i due presupposti risultano *cumulativamente* considerati nel caso in cui il soggetto da rimuovere abbia un dovere fiduciario verso l’istituzione bancaria in cui opera (*i.e.*, nel caso in cui tale soggetto ricopra la carica di amministratore) e nella quale, *al tempo stesso*, abbia posto in essere una pratica contestata dall’agenzia. In tal caso, si condurrà un’analisi combinata (c.d. *collapsed analysis*) della condotta posta in essere dal soggetto, considerando *entrambi* i presupposti. A tal proposito, appare logico che qualunque soggetto fiduciario (*i.e.*, qualunque amministratore) che ponga in essere o partecipi ad una pratica contraria a sicurezza o solidità compia, *al tempo stesso*, una violazione di dovere fiduciario. Tornando al caso *Van Dyke*, “*the AJ found that Van Dyke’s ‘check kiting’ practice was an unsafe and unsound banking practice in addition to a breach of his fiduciary duty to the Toy Bank*”²¹².

In linea generale, tale analisi combinata – funzionale ad accertare cumulativamente la partecipazione ad una pratica contraria a sicurezza o solidità e, *al tempo stesso*, la violazione di un dovere fiduciario – non sarà condotta qualora il soggetto in questione venga perseguito per una *omissione* di supervisione. In tal caso, difatti, l’omessa supervisione (condotta *negativa*) non risulta di regola qualificabile come *partecipazione* (condotta *positiva*) ad una pratica contraria a sicurezza o solidità. Tuttavia, secondo parte della giurisprudenza statunitense, non è da escludere la

²¹⁰ Si veda U.S. COURT OF APP., *Van Dyke v. Board of Gov. of the Federal Reserve System*, p. 3: “*the Board necessarily concluded Van Dyke’s actions for purposes of this administrative proceeding ‘involve[d] fraud and a lack of integrity.’ Thus, the Board determined the Comptroller had shown Van Dyke engaged in acts of personal dishonesty within the meaning of section 1818(e)(1)*”.

²¹¹ A tal proposito, si veda R. J. BASIL, «*Suspension and removal of bank officials under the Financial Institutions Reform Recovery and Enforcement Act of 1989 (“FIRREA”)*», in *Journ. Legisl.*, Vol. 18:1, p. 9: “*The Senate Committee opined that limiting the predicate violations to those involving ‘personal dishonesty’ sufficiently protected banking officials from abuses of agency power. Therefore, the magnitude of the violation was not meant to be a meaningful aspect of the ‘improper conduct’ analysis*”.

²¹² R. J. BASIL, *op. cit.*, p. 10.

configurabilità di una supervisione negligente come pratica *di per sé* contraria a sicurezza o solidità²¹³.

Viceversa, contrariamente a tale ultimo orientamento, nel caso *Brickner v. Federal Deposit Insurance Corporation*²¹⁴ l'accertata negligenza di supervisione commessa da due amministratori non fu oggetto di analisi combinata. In particolare, tali due amministratori non avevano adeguatamente supervisionato un cassiere della banca, il quale aveva posto in essere numerose erogazioni di credito non autorizzate per un valore complessivo di 1.2 milioni di dollari²¹⁵.

Accertata tale negligenza, i due amministratori risultavano pertanto colpevoli di violazione di dovere fiduciario, “*thereby demonstrating a continuing disregard for the safety and soundness of the Bank, and causing a substantial financial loss to the Bank*”²¹⁶. Inoltre, sul concetto di dovere fiduciario, il tribunale affermò che “*Section 1818(e)(1) does not specifically define fiduciary duty and accords substantial discretion to the agency. The concept of fiduciary duty may, in differing circumstances, require fiduciaries to exercise varying degrees of vigilance and care*”²¹⁷.

Ciò stabilito, il giudice non esaminò la sussumibilità della condotta in esame nell'ulteriore nozione di “partecipazione ad una pratica contraria a sicurezza o solidità”. In altri termini – rispetto alla teoria tradizionale dell'analisi combinata – la “formula *Brickner*” costituisce uno standard *separato* di accertamento della responsabilità e di verifica dei presupposti applicativi della rimozione bancaria. Difatti, il giudice si limitò a verificare la sussistenza della violazione di dovere fiduciario ai fini dell'accertamento della “condotta impropria” quale presupposto applicativo del *removal*, *senza indagare la contestuale sussistenza della partecipazione ad una pratica contraria a sicurezza o solidità*.

Al riguardo, “*Brickner's sole reliance upon finding a breach of fiduciary duty in satisfying the improper conduct requirement illustrates that courts need not perform a collapsed analysis of*

²¹³ R. J. BASIL, op. cit., p. 10: “*Van Dyke's collapsed analysis of an official's 'participation' in unsafe or unsound practices and his breach of fiduciary duty is compelled, it would appear, unless a fiduciary is charged with a culpable omission during the course of his oversight function, thereby possibly precluding a finding of 'participation'. It is also quite possible, however, that a court would deem negligent oversight to be an unsafe or unsound practice, reviving the collapsed analysis*”.

²¹⁴ U.S. COURT OF APP., 5 novembre 1984, 747 F.2d 1198 (8th Cir. 1984).

²¹⁵ R. J. BASIL, op. cit., p. 10: “*The cashier had made several large, unauthorized extensions of credit to a particular bank customer by failing to post debits to the customer's account. In addition, the cashier repeatedly extended credit to this customer by allowing check overdrafts and by holding the customer's unpaid items in the Bank's correspondent account. The bank president discovered these practices and asked the cashier to cease these activities, but the cashier persisted. Afterward, the two directors discovered that the cashier persisted in these unsafe practices, but they failed to ensure that the practices ceased*”.

²¹⁶ U.S. COURT OF APP., *Brickner v. Federal Deposit Ins., Corp.*, p. 3.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 4.

*'breach of fiduciary duty' and 'participation in an unsafe or unsound banking practice' when reviewing the conduct of fiduciaries. Indeed, Brickner illustrates that the separate analysis makes it easier for an agency to effect removal of a fiduciary*²¹⁸.

2.1.2. (segue): Secondo presupposto del removal: le conseguenze negative

Riguardo il secondo presupposto, per conseguenze negative si intendono:

- 1) pregiudizio attuale o potenziale ai danni della banca²¹⁹;
- 2) pregiudizio attuale o potenziale ai danni dei depositanti²²⁰; ovvero
- 3) vantaggio in capo all'esponente derivante dalla condotta impropria²²¹.

Sul piano interpretativo, il Congresso è più volte intervenuto per chiarire il livello di danno o pregiudizio necessario per integrare gli estremi della “conseguenza negativa”.

Come già anticipato nel Capitolo I del presente lavoro, il FISA subordinava l'applicabilità della rimozione alla sussistenza, attuale o potenziale, di un danno *sostanziale* nei confronti della banca o di un pregiudizio *sostanziale* nei confronti dei depositanti. In sintesi, secondo le disposizioni del FISA, in tanto la conseguenza poteva qualificarsi come “negativa” in quanto il danno o il pregiudizio derivanti dalla condotta risultavano di entità *aggravata*. La previsione della sostanzialità del danno (nei confronti della banca) o del pregiudizio (nei confronti dei depositanti) impediva dunque che l'azione di *removal* risultasse esercitabile avverso *qualunque* condotta contraria alla sicurezza o alla solidità.

Come precedentemente illustrato, il FIRREA ha eliminato tale requisito della sostanzialità ai fini della rimozione. Di conseguenza, ciò ha comportato un considerevole ampliamento dell'ambito applicativo oggettivo del *removal*. A tal proposito, “*a much smaller quantum of damage to the institution or prejudice to the depositors, real or merely threatened, will now suffice*”²²².

²¹⁸ R. J. BASIL, op. cit., p. 11.

²¹⁹ U.S. Code, Titolo 12, Sez. 1818(e): “*The affected institution has suffered or will probably suffer damage*”.

²²⁰ *Ibidem*: “*The interest of the depositors has been or could be prejudiced*”.

²²¹ *Ibidem*: “*The officer or director received a benefit as a result of the challenged conduct*”.

²²² R. J. BASIL, op. cit., p. 11.

Riguardo alla terza forma di conseguenza negativa, essa ha la funzione di facilitare l'applicabilità della rimozione. Difatti, introducendo il mero "vantaggio in capo all'esponente" come presupposto sufficiente per integrare una conseguenza negativa, non occorre provare che la condotta contestata abbia prodotto un *danno* all'istituzione bancaria (e dunque una modificazione negativa-peggiorativa della sfera di quest'ultima), risultando sufficiente che essa abbia procurato un *vantaggio* all'esponente (e dunque una modificazione positiva-migliorativa della sfera di quest'ultimo). Inoltre, sul piano interpretativo, il FIRREA ha ampliato la nozione di "vantaggio" utile ai fini del *removal*: se nel sistema previgente si richiedeva la prova di un vantaggio *economico-finanziario* in capo all'esponente, il FIRREA ha eliminato il requisito della natura economico-finanziaria del vantaggio conseguito, risultando oggi sufficiente un indebito vantaggio di *qualunque* natura ai fini della rimozione.

Sul piano difensivo-processuale, l'introduzione di tale terza forma di "condotta negativa" ha avuto la funzione ulteriore di precludere la tradizionale argomentazione "non c'è colpevolezza senza danno" (c.d. "*no harm, no foul*"). Al riguardo, appare utile ripercorrere ancora una volta il caso *Van Dyke*. Rispetto alla fase di accertamento dei presupposti per la rimozione, il signor Van Dyke affermava che le indagini dovessero concentrarsi *esclusivamente* sulla Toy Bank – la banca in cui ricopriva la carica di amministratore.

In altri termini, secondo Van Dyke, in tanto egli poteva essere validamente rimosso dalla Toy Bank – in qualità di istituzione di cui era membro all'epoca dei fatti – in quanto la propria condotta avesse determinato un danno *diretto alla Toy Bank*. Di conseguenza, la strategia difensiva così perseguita era finalizzata a limitare l'ambito delle indagini *agli effetti della propria condotta nei confronti della banca direttamente coinvolta* (c.d. effetti interni), *escludendo "dal campo" i potenziali effetti indiretti della propria condotta nei confronti di altre banche* (c.d. effetti esterni).

Ciò premesso, Van Dyke affermava che la propria condotta non aveva determinato alcun danno direttamente nei confronti della Toy Bank e che dunque non sussistevano i presupposti per la sua rimozione²²³.

Al riguardo, il giudice stabilì che una limitazione delle indagini ai meri effetti interni risultava inappropriata per la condotta in esame – come precedentemente anticipato, il c.d. *check kiting*, ossia una forma di erogazione di credito non autorizzata – la quale inevitabilmente coinvolge, in termini di

²²³ A tal proposito, *ibidem*, p. 12: "*Van Dyke claimed that the Toy Bank was not harmed and was never at risk because the second bank, Norwest, had always honored his overdrafts. From this premise he concluded that any risk of loss was on Norwest and his removal from the Toy Bank was unwarranted*".

effetti indiretti, una *pluralità* di istituti bancari. Inoltre – rispetto alla tesi di Van Dyke secondo cui “non c’è rimozione senza danno alla Toy Bank” – il giudice affermò che non occorre necessariamente un danno per punire le condotte contrarie alla sicurezza o solidità. Viceversa, appare ragionevole intervenire *in via rimediale per evitare che simili condotte possano aggravare il pregiudizio alla stabilità degli istituti bancari*²²⁴.

2.1.3. (segue): Terzo presupposto del removal: l'intenzionalità

Riguardo il terzo presupposto, la “intenzionalità” della condotta – come già anticipato nel Capitolo I del presente lavoro – implica di dimostrare alternativamente:

- 1) la disonestà personale; ovvero
- 2) la voluta o reiterata noncuranza per la sicurezza e la solidità della banca.

Tale onere probatorio esprime il principio generale, vigente negli Stati Uniti, secondo cui non c’è rimozione *senza colpevolezza*.

In merito alla disonestà personale quale prima forma alternativa di intenzionalità, nel caso *Van Dyke* è possibile riscontrare due orientamenti in merito alla nozione giuridica di disonestà ai fini del *removal*. Difatti, mentre il giudice amministrativo fece ricorso ad un’interpretazione *restrittiva* di tale nozione – concependo la disonestà come specifico “*intento di guadagnare a spese di altri*” – la *Federal Reserve* fece ricorso ad un’interpretazione *estensiva* della nozione – concependo la disonestà più in generale sia come “*predisposizione a mentire, truffare o frodare*” sia come “*inaffidabilità; mancanza di integrità; travisamento dei fatti e deliberato inganno; mancanza di correttezza*”²²⁵. Appare logico che, se da un lato il giudice amministrativo – in virtù dell’interpretazione restrittiva adottata – negò la sussistenza della “disonestà personale” nel caso concreto, la *Federal Reserve* – in

²²⁴ Si veda U.S. COURT OF APP., *Van Dyke v. Board of Gov. of the Fed. Reserve Sys.*, p. 4: “*We think it unrealistic for Van Dyke to suggest the Board is powerless to respond to an officer’s manipulative, self-dealing activity until actual harm to the Bank occurs*”.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 2-3: “*The Board determined the ALJ employed an unduly narrow standard for evaluating Van Dyke’s culpability because the ALJ equated personal dishonesty with ‘an intent to gain at the expense of others,’ [...] According to the Board, this conduct may include: a ‘disposition to lie, cheat[,] or defraud; untrustworthiness; lack of integrity[;] misrepresentation of facts and deliberate deception by pretense and stealth[;] [or] want of fairness and [straightforwardness]’*”.

virtù dell'interpretazione estensiva adottata – accertò la sussistenza della “disonestà personale” nel caso concreto.

A tal proposito, la linea interpretativa estensiva adottata dalla *Federal Reserve* e confermata dal giudice ordinario attribuisce un ampio potere di accertamento della “disonestà personale”, in quanto quest'ultima è da intendersi – secondo tale orientamento – non solo come disonestà attuale (“*inaffidabilità; mancanza di integrità; travisamento dei fatti e deliberato inganno; mancanza di correttezza*”), ma anche come disonestà *potenziale* (“*predisposizione a mentire, truffare o frodare*”).

Al riguardo, “*the expansive phrase ‘disposition to’ [‘predisposizione a’] allows the ALJ to focus on more than just the examples of conduct in evidence. It permits (compels?) a psychological analysis of the target official to determine the propensity of that official to undertake dishonest actions, given that he undertook the conduct in evidence. If this analysis fails to reveal sufficient propensity to be dishonest in the future, perhaps due to deft expert testimony by the targeted official’s psychological expert, the agency may still find plenty of fertile ground in the Van Dyke standard. According to Van Dyke, the ALJ may find that the conduct was personally dishonest if the conduct demonstrates a want of fairness or straightforwardness*”²²⁶.

In conclusione, la disonestà personale *potenziale* quale prima forma alternativa di intenzionalità ha la funzione teorica di facilitare l'accertabilità della colpevolezza nel caso concreto. Difatti, in conformità all'interpretazione estensiva sopra menzionata, non si richiede la sussistenza di una condotta intenzionale (*willful*), consapevole (*knowing*) o anche negligente (*negligent*) ai fini della rimozione. Piuttosto, a tal fine risulterà sufficiente il mancato rispetto degli standard professionali di affidabilità (*trustworthiness*) e correttezza (*straightforwardness*)²²⁷.

In merito alla voluta o reiterata noncuranza per la sicurezza e la solidità della banca quale seconda forma alternativa di intenzionalità, anche qui le linee guida della *Federal Reserve* hanno contribuito a definire concretamente l'ambito applicativo della nozione.

Sul piano dell'elemento oggettivo, si ha voluta o reiterata noncuranza per la sicurezza e la solidità della banca quando il rimosso “*abbia potenzialmente esposto la banca ad un rischio anormale*

²²⁶ R. J. BASIL, op. cit., p. 14.

²²⁷ *Ibidem*, p. 14: “[E]ven before FIRREA the ‘personal dishonesty’ alternative to finding scienter was a complete abrogation of any traditional culpability requirement. This alternative means of finding scienter does not require a determination of willful, knowing, or even negligent behavior to justify removal. Honest business practices which are found to be unfair or which lack ‘straightforwardness’ will suffice to establish the required scienter. Accordingly, the scienter prerequisite to removal will present only a minor barrier to removal efforts of the banking agencies, given this expansive view of ‘personal dishonesty’”.

di perdita o ad un pregiudizio contrario alle pratiche bancarie prudenti”²²⁸. Conseguentemente, anche qui l’oggetto di valutazione consiste nel danno potenziale derivante dalla condotta, laddove per danno è da intendersi alternativamente: (i) rischio *anormale* di perdita; ovvero (ii) pregiudizio *contrario* alle pratiche bancarie prudenti.

Sul piano dell’elemento soggettivo, occorre richiamare il già citato caso *Brickner*. In tale vicenda – come già anticipato – due amministratori non avevano adeguatamente supervisionato un cassiere della banca, il quale aveva posto in essere numerose erogazioni di credito non autorizzate per un valore complessivo di 1.2 milioni di dollari. In giudizio, i due amministratori – seppur negligenti nell’attività di supervisione – eccepivano di non aver agito *volutamente* (*willfully*) ai danni della banca. Tale mancanza di volontarietà – a loro avviso – non integrava gli estremi per la loro rimozione. Al riguardo, il giudice stabilì – alla luce della formulazione letterale della norma in esame – che non era necessario il requisito della volontarietà ai fini del *removal*, risultando sufficiente la mera *consapevolezza* della condotta illecita del cassiere (*knowledge*).

Difatti, la norma in esame richiede di dimostrare una noncuranza per la sicurezza e la solidità della banca che sia, *alternativamente*, voluta *ovvero* reiterata (*willful or continuing disregard*). Conseguentemente, la volontarietà non costituisce un requisito *necessario* ed *esclusivo* a tal fine, potendo la noncuranza per la sicurezza e la solidità della banca essere determinata da una condotta (non voluta ma) reiterata *e dunque consapevole*²²⁹.

In sintesi, “*Brickner, if followed, would lower the culpability that the agency needs to prove for multiple related instances of forbidden conduct from ‘willful’ to ‘knowing’*. *Since few removal actions will involve a single, isolated infraction, Brickner would eliminate the ‘willful’ culpability standard for most removal actions*”.

In linea teorica, dunque, il combinato disposto della formula *Van Dyke* – in conformità alla quale la “disonestà personale” include (non solo la disonestà attuale ma) anche la disonestà potenziale – e della formula *Brickner* – in conformità alla quale la colpevolezza richiesta ai fini della noncuranza

²²⁸ Si veda U.S. COURT OF APP., *Van Dyke v. Board of Gov. of the Fed. Reserve Sys.*, p. 3: “*The standard considers whether Van Dyke’s conduct potentially exposed the Bank to an abnormal risk of loss or harm contrary to prudent banking practices*”.

²²⁹ *Idem, Brickner v. Federal Deposit Ins., Corp.*, p. 5: “[A]lthough ‘continuing disregard’ may require some showing of knowledge of wrongdoing, it does not require proof of the same degree of intent as ‘willful disregard’. In the present case, petitioners admittedly knew for months that Seurer was engaging in unsafe and unsound banking practices, yet they failed to disclose this knowledge to the other directors or to take suitable action to prevent substantial losses to the Bank. We find no error in the FDIC’s determination that petitioners’ conduct demonstrated the sort of ‘continuing disregard’ contemplated by the statute”.

per la sicurezza e la solidità della banca include (non solo la volontarietà ma) anche la mera consapevolezza – determina *in linea teorica* un ampliamento dell’ambito applicativo del *removal* anche verso condotte in buona fede *ma rischiose* per la sicurezza e la solidità. Si pensi, ad esempio, allo stesso caso *Brickner*: i due amministratori eccepivano che, dato il loro lungo rapporto di amicizia con il cassiere di banca e dopo averlo ammonito già una volta, *avevano ragionevolmente fatto affidamento* sul fatto che avrebbe smesso di praticare erogazioni di credito non autorizzate²³⁰. In virtù di tale affidamento, i due amministratori avevano deciso di non rivelare quanto stava accadendo agli altri amministratori né di ricorrere a provvedimenti formali nei confronti del cassiere. Tuttavia, nonostante la buona fede, i due amministratori si erano *in ogni caso* resi responsabili di una noncuranza (non voluta ma) reiterata per la sicurezza e solidità della banca, a causa della loro inerzia d’intervento prolungata per mesi.

Alla luce di tale ampia esperibilità in astratto dell’azione di *removal*, anche verso condotte in buona fede ma rischiose per la sicurezza e solidità, “*bank officials will be understandably reluctant to undertake activities not already recognized as ‘prudent banking practices,’ given the potentially career-ending consequences of undertaking risky banking activities*”²³¹.

Ciononostante, allo stato attuale, l’accertamento sul piano soggettivo della colpevolezza personale ai fini della rimozione costituisce *in ogni caso* una *probatio diabolica* per le agenzie di vigilanza. Difatti, i requisiti psicologici della (i) *disonestà* personale (quand’anche intesa come meramente potenziale, secondo la formula *Van Dyke*) ovvero, in alternativa, della (ii) *voluta o reiterata noncuranza* per la sicurezza e la solidità della banca (quand’anche intesa come mera consapevolezza della condotta, secondo la formula *Brickner*) risultano *comunque* difficili da accertare in capo alle figure *apicali* delle banche²³². Difatti, appare spesso impossibile attribuire a tali vertici la responsabilità delle singole condotte *operative* alla base dell’illecito contestato, essendo tali condotte perlopiù poste in essere *dai dipendenti* in qualità di “operatori in prima linea” della banca.

In altri termini, data la struttura sempre più decentralizzata e ramificata del sistema bancario contemporaneo, costituisce una *probatio diabolica* l’accertamento in capo al “vertice” della *colpevolezza* – quand’anche interpretata estensivamente – di una condotta operativa direttamente compiuta dalla “base” della banca, proprio a causa dei numerosi “livelli intermedi” che separano la

²³⁰ *Ibidem*, p. 3: “*Although petitioners now realize that they should have taken stronger action to curb Seurer’s activities, they maintain that their failure to do more amounted to an honest error of judgment, not a breach of fiduciary duty*”.

²³¹ R. J. BASIL, *op. cit.*, p. 15.

²³² OFFICES OF INSPECTOR GENERAL, *op. cit.*, p. 3: “*To prove culpability, the Regulators must show that the IAP exhibited personal dishonesty or a willful or continuing disregard for the safety or soundness of an institution. Proving willful or continuing disregard is particularly difficult, according to the Regulators*”.

base dal vertice. In tal modo, gli amministratori e i dirigenti bancari riescono agevolmente a “scampare” al *removal*²³³.

2.1.4. (segue): L’ambito operativo del removal negli Stati Uniti

Analizzati i profili sostanziali del *removal* negli Stati Uniti, occorre analizzarne le conseguenze sul piano applicativo: *da cosa* si viene rimossi?

Tale interrogativo deriva dalla formulazione letterale della Sezione 1818(e), stabilendo che, al ricorrere dei presupposti sopra esaminati, il colpevole può essere rimosso dall’incarico e, come conseguenza ulteriore, interdetto dalla gestione degli affari “*di qualsiasi istituto di deposito assicurato*” (*any insured depository institution*).

Dinanzi a tale formulazione apparentemente chiara, ci si chiede se l’interdizione dall’esercizio dell’attività bancaria – derivante dal provvedimento di rimozione – costituisca un divieto *generale* ovvero un divieto *particolare*. Per divieto “generale” si intende un divieto integrale di settore (*industry-wide ban*), al quale dunque consegue automaticamente l’interdizione da incarico presso *qualsunque* istituto del sistema bancario generale. Viceversa, per divieto “particolare” si intende un divieto specifico (*removal on a bank-by-bank basis*), al quale dunque consegue l’interdizione da incarico presso *questa o quella* banca.

Dalla risoluzione di tale interrogativo consegue una differente qualificazione degli effetti del provvedimento di *removal*. Difatti, nel primo caso – concependo il relativo divieto di partecipazione come divieto generale – il singolo provvedimento assume efficacia (non solo interna ma anche) *esterna* (“rimosso una volta, rimosso da tutto”). Difatti, accogliendo la concezione generale dell’interdizione derivante da *removal*, tale soggetto giudicato colpevole non potrà essere reintegrato non soltanto presso la specifica banca nella quale risultava stabilito al momento della rimozione (c.d. efficacia meramente interna), ma nemmeno presso le *altre* banche (efficacia esterna).

²³³ D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 63: “*In particular, § 1818(e) requires proof of culpability, defined as ‘personal dishonesty’ or a ‘willful or continuing disregard for the safety or soundness of the institution’.* According to many bank regulators, this requirement broadly insulates directors and officers of large banks from liability for corporate misconduct because they can credibly deny knowledge of most operational details. The challenge of attributing fault increases with the distance from the relevant misconduct, particularly when it comes to issues involving financial risk, which is extraordinarily complex to measure”.

Viceversa, nel secondo caso – concependo la relativa interdizione come divieto particolare o specifico – il singolo provvedimento assume efficacia *meramente interna* (“rimosso una volta, solo per stavolta”).

Tale problema – concernente l’ambito applicativo dell’interdizione dalla gestione degli affari “di qualsiasi istituto di deposito assicurato” – venne in buona parte affrontato nel caso *[Anonymous] v. Federal Deposit Insurance Corporation* (“*Anonymous II*”)²³⁴. In tale vicenda, dal momento che il colpevole ricopriva incarichi direttivi in *molteplici* banche, il procedimento di *removal* a suo carico, avviato dalla FDIC, era finalizzato alla sua esclusione da *tutte le banche assicurate* al livello federale, in virtù della formulazione contenuta nella Sezione 1818(e).

In particolare, risalendo tale vicenda al 1985, l’intero procedimento si basava sulla previgente formulazione della Sezione 1818, antecedente all’intervento modificativo del FIRREA nel 1989. A tal proposito, la disciplina previgente poneva dei requisiti probatori *ulteriori*, in materia di disonestà personale e noncuranza voluta o reiterata, ai fini della rimozione da istituzioni bancarie *diverse* da quella di formale appartenenza. In particolare, prima del 1989 era previsto che “*whenever [...], any director or officer of an insured bank, by conduct or practice with respect to another insured bank or other business institution which resulted in substantial financial loss or other damage, has evidenced either his personal dishonesty or a willful or continuing disregard for its safety and soundness, and, in addition, has evidenced his unfitness to continue as a director or officer [...] the agency may serve upon such director, officer, or other person a written notice of its intention to remove him from office or to prohibit his further participation in any manner in the conduct of the affairs of the bank*”.

Di conseguenza, in tanto il colpevole poteva essere rimosso (anche) da istituzioni bancarie a lui esterne in quanto la sua condotta esprimeva un disvalore *aggravato*. Difatti, a tal fine, non risultava sufficiente la comprovata disonestà ovvero la noncuranza voluta o reiterata – requisito utile ai fini della rimozione (meramente) interna – bensì occorreva in aggiunta la comprovata *inidoneità* a ricoprire la carica direttiva.

Alla luce di tale requisito probatorio aggiuntivo – necessario per la rimozione (non solo interna ma anche) esterna – l’intervento giurisdizionale in tale caso ribadì che l’agenzia “*aveva piena autorità di sospendere [e rimuovere] il colpevole da un numero illimitato di banche, ma sulla base di una*

²³⁴ U.S DISTRICT COURT FOR COLUMBIA, 10 ottobre 1985, 619 F. Supp. at 867.

*specifica valutazione banca per banca*²³⁵. In altri termini, un *unico* provvedimento di *removal* non poteva *automaticamente* escludere il colpevole da *più* banche.

Come già ricordato, tale vicenda risale al periodo antecedente alla disciplina attuale del *removal* statunitense, introdotta nel 1989 dal FIRREA. Di conseguenza, l'orientamento giurisprudenziale emerso nel caso *Anonymus II* deve essere riesaminato alla luce della formulazione oggi vigente.

A tal proposito, l'attuale Sezione 1818(e) *non prevede più* requisiti aggiuntivi ai fini della rimozione da banche esterne al colpevole, equiparando sul piano probatorio la rimozione (meramente interna) e la rimozione (non solo interna ma anche) esterna. Inoltre, dalla Sottosezione 7 – intitolata “*Industry-wide prohibition*” – si dedurrebbe in via interpretativa l'effettiva sussistenza dell'interdizione, in capo ai soggetti rimossi o sospesi da una *specific*a banca, di partecipare alla gestione degli affari di *qualunque* altro istituto di credito assicurato²³⁶.

Pertanto, allo stato attuale, l'interdizione dall'esercizio dell'attività bancaria – derivante dal provvedimento di rimozione – costituisce un divieto *generale*, ossia un divieto integrale di settore (*industry-wide ban*), al quale dunque consegue automaticamente l'interdizione da incarico presso *qualunque* istituto del sistema bancario generale.

2.1.5. (segue): L'analisi statistica del removal negli Stati Uniti

Ciò illustrato, occorre procedere con un'indagine analitica dell'attuale applicazione del *removal* negli Stati Uniti, esaminando il *dataset* ufficiale²³⁷ di tutti i provvedimenti emessi dalla *Federal Reserve*, dal 1989 fino al 2019. In particolare, si intende analizzare i casi di maggiore utilizzo

²³⁵ *Ibidem*, p. 8: “Congress has granted to the FDIC in section 1818(e)(1) and (e)(2) the power to suspend dangerous individuals from an unlimited number of banks; it simply requires that the suspension be on a bank-by-bank, individualized basis”.

²³⁶ Si veda R. J. BASIL, op. cit., p.16: “In addition, under the language of 12 U.S.C. §1818(e)(7), entitled ‘Industrywide prohibition,’ officials subject to suspension or removal orders appear to be automatically subject to a ban from participation in to the entire insured depository system, absent an express written exception from the appropriate agency”.

²³⁷ Difatti, le nuove disposizioni del FIRREA hanno introdotto l'obbligo in capo alla *Federal Reserve* di rendere pubblica l'attività di *enforcement*. A tal proposito, però, si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 31: “The data does not, however, capture the full range of federal removal actions, which would require the inclusion of orders issued by the OCC, the FDIC, and the now-defunct Office of Thrift Supervision”. Al riguardo, si veda anche: COMPTROLLER GENERAL OF THE UNITED STATES, *Highlights of a study of federal supervision of state and national banks*, 1977; A. KLEYMENOVA - R. E. TOMY, *Observing Enforcement: Evidence from Banking, Finance and Economics Discussion Series Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs*, Federal Reserve Board, 2021.

di tale azione formale *enforcement*, nonché il *target* soggettivo più frequentemente destinatario di tale misura di intervento. Come si vedrà in seguito, da tale indagine emerge la divergenza tra la concezione originaria del *removal* – introdotto dal Congresso per rafforzare il rapporto fiduciario tra amministratori e dirigenti bancari, da un lato, ed il pubblico, dall’altro – e la concezione odierna di tale istituto secondo la pratica di utilizzo da parte della *Federal Reserve*²³⁸.

Anzitutto, a partire dal 1980 fino al 2019, tale Autorità ha mediamente irrogato un provvedimento di *removal* 7.2 volte ogni anno, per un totale complessivo di 289 provvedimenti di rimozione in quasi quarant’anni²³⁹. Come si evince dalla Figura n. 1²⁴⁰, il picco di *removals* vi fu nel 1988 – l’anno peggiore della Crisi dei risparmi e dei prestiti – per poi esservi una notevole riduzione negli anni ‘90. Allo stesso modo, un secondo picco vi è stato nel 2008 – nel mezzo della crisi finanziaria globale – per poi diminuire a partire dall’anno successivo. D’altro lato, il terzo picco, negli anni 2018-2019 – a differenza dei primi due – è intervenuto in una fase di relativa crescita e stabilità del sistema bancario statunitense.

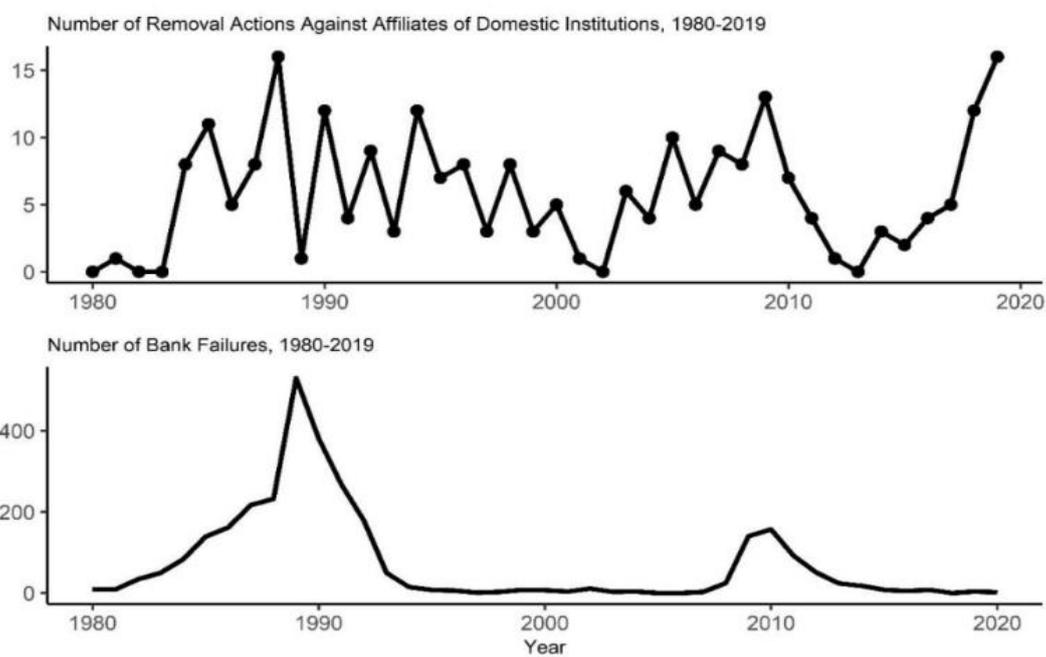


Figure 1: Number of Removal Actions Against Affiliates of Domestic Institutions, 1980-2019

²³⁸ A tal proposito, *ibidem*, p. 26: “The data reveal a disconnect between the conception of the banker removal power that Congress has long embraced—as a tool meant to remind senior bankers that they serve as fiduciaries of the public—and how the Fed has used the power in practice”.

²³⁹ *Ibidem*, p. 32: “When compared to the total number of employees working in commercial banks, the number of removals pursued by the Fed is tiny. Between 1980 and 2019, the Fed completed an average of 7.2 actions each year for a total of 289 orders”.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 33.

Inoltre, come si evince dalla Figura n. 2²⁴¹ – la quale pone in relazione il numero di *removals* irrogati contro soggetti affiliati a banche *domestiche*, da un lato, e soggetti affiliati a banche *straniere* stabilite anche negli Stati Uniti, dall’altro – il numero di rimozioni contro questi ultimi risulta notevolmente inferiore rispetto ai primi, salvo due periodi storici cruciali per la storia finanziaria statunitense. Il primo periodo (1991–1997) fece seguito a molteplici scandali accaduti in banche straniere tra fine degli anni ‘80 ed inizio degli anni ‘90²⁴², tra cui la *Bank of Credit and Commerce International* (“BCCI”)²⁴³. Il secondo periodo (2015–2017) costituì un’intensa fase di indagine, da parte del Dipartimento della Giustizia, nei confronti di diverse banche straniere coinvolte in pratiche di evasione fiscale e manipolazioni di mercato²⁴⁴.

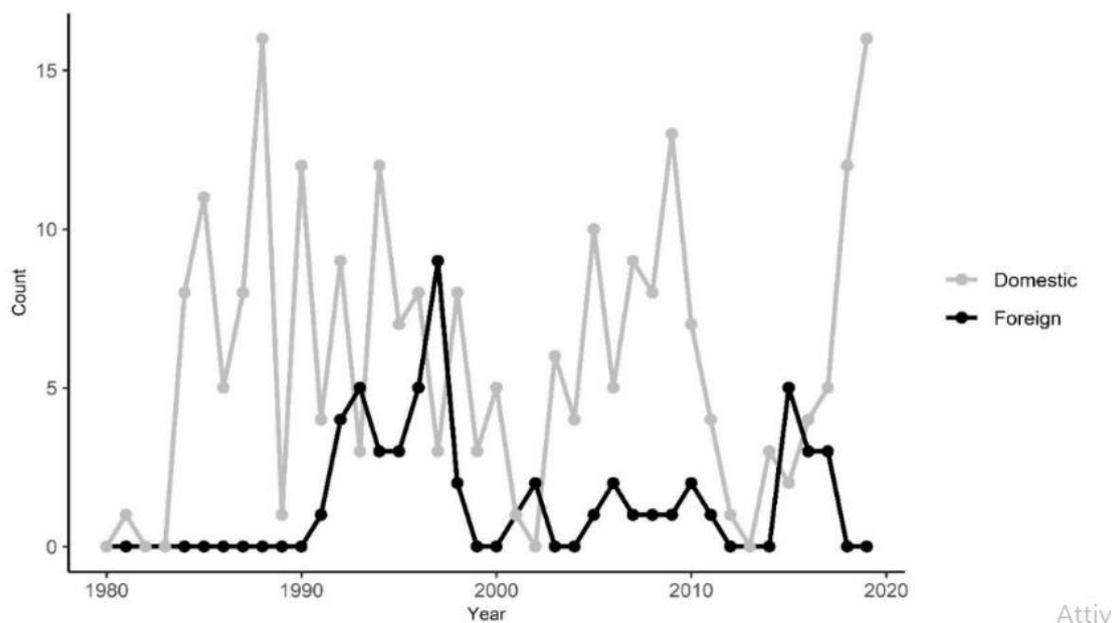


Figure 2: Number of Removal Actions Against Affiliates of Domestic and Foreign Institutions, 1980-2019

²⁴¹ *Ibidem*, p. 33.

²⁴² Al riguardo, si veda T. C. BAXTER, JR. - A. RAMASASTRY, «*The Importance of Being Honest - Lessons from an Era of Large-Scale Financial Fraud*», in *St. Louis Univ. Law Journ.*, 1996, pp. 95-98.

²⁴³ R. J. BASIL, op. cit., p. 34: “*Eleven of the thirty removal orders relate to the most well-known of these frauds: the multi-billion dollar collapse of the Bank of Credit and Commerce International (“BCCI”). The scandals also led to a significant expansion in the Fed’s supervisory capabilities and duties with respect to the U.S. operations of foreign banks. In 1991, Congress passed the Foreign Bank Supervision Enhancement Act, which, among other things, required the Fed to conduct annual examinations of foreign branches and agencies*”. Al riguardo, si veda anche U.S. CONGRESS, *The BCCI Affair: Hearing Before the Subcomm. on Terrorism, Narcotics, and Int’l Operations of the S. Comm. on Foreign Relations*, 102d -144, 1992.

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 34-35: “*In 2015, the Fed issued temporary suspension orders against five former Credit Suisse employees who had been indicted – in 2011, four years earlier – for allegedly helping wealthy Americans evade taxes by hiding money in undeclared Swiss bank accounts. Then in 2016 and 2017, the Fed barred from banking six traders who allegedly coordinated transactions to rig foreign exchange rates while employed at Barclays, UBS, and HSBC*”.

D’altro lato, per quanto riguarda il *target* soggettivo, come illustrato nella Tabella n. 2²⁴⁵, la quasi totalità dei *removals* risulta esercitata nei confronti di *ex* dipendenti ed affiliati, non più operativi al momento della rimozione (“*former employees and affiliates*”). Difatti, “92.5% of the orders (173 of 187) temporarily or permanently prohibited people who were no longer working in banking from re-joining a bank in the future”²⁴⁶. D’altro lato, solo il 7,5% dei *removals* si è rivolto a dipendenti o affiliati *in carica*, ancora operativi al momento della rimozione.

Table 2: Removal Actions by Type and Affiliation, 1989–2019

Former employees or affiliates	173 (92.5%)
Permanent prohibition	170 (90.9%)
Temporary suspension	3 (1.6%)
Current employees or affiliates	14 (7.5%)
Permanent removal from office and prohibition	7 (3.7%)
Temporary suspension from office/banking	7 (3.7%)

Occorre dunque interrogarsi sulle ragioni di tale diversità di trattamento tra le due categorie soggettive, al fine di individuare i principali elementi di valutazione considerati dalla *Federal Reserve* per l’irrogazione di un provvedimento di *removal*.

Accogliendo una concezione pragmatica dell’esercizio di tale azione formale di *enforcement*, sussistono almeno tre principali ragioni per cui la *Federal Reserve* raramente ricorre al *removal* nei confronti di operatori bancari *ancora* operativi.

La prima deriva dalle tempistiche del procedimento di accertamento della condotta, ai fini di una *enforcement action* (EA). Difatti, si prevede anzitutto una fase di indagini preliminari da parte dell’agenzia competente, ai fini della raccolta di prove e mezzi di prova:

“[a]fter reviewing the initial information, the Regulators may initiate an investigation if they believe there is sufficient evidence to pursue an EA. As part of the investigation, the Regulators

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 37.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 35.

interview witnesses, take sworn testimonies, and compel the production of relevant documents necessary to establish a legal basis for an EA”²⁴⁷.

Successivamente, in caso di raccolta di elementi sufficienti a sostenere la fondatezza dell'accusa, vi sono due alternative: (i) in caso di consenso dell'interessato, l'agenzia competente esercita *direttamente* l'EA; ovvero (ii) in caso di opposizione dell'interessato, si apre invece un'ulteriore fase davanti all'*Administrative Law Judge* (ALJ), il quale – sulla base delle informazioni fornite dall'interessato e dall'agenzia – a conclusione del giudizio raccomanda all'agenzia una determinata decisione:

*“[i]f there is sufficient evidence, the Regulators provide the respondents with the opportunity to consent to an EA. Most cases are settled through consent. If the respondent refuses to consent, the Regulator files a Notice of Charges against the IAP with the Office of Financial Institution Adjudication and an administrative hearing process is initiated. The ALJ assigned to the Regulators reviews the case documents, the IAP has an opportunity to respond to the Notice of Charges, a public hearing is held, and the ALJ issues a recommended decision”*²⁴⁸.

A questo punto, l'agenzia – tenendo conto della raccomandazione elaborata dall'ALJ – emana una decisione definitiva. Qualora la decisione preveda l'esercizio dell'EA, l'interessato potrà impugnare la decisione alla corte federale competente:

*“[t]he FDIC's Board, the FRB, or the Comptroller of the Currency reviews the case materials, the ALJ's recommendation, and makes a final decision about whether to issue an order against an IAP. Respondents have the right to appeal to the federal courts”*²⁴⁹.

Come agevolmente intuibile, l'accertamento formale della condotta antiggiuridica richiede un periodo apprezzabile di tempo, tale da pregiudicare talvolta la tempestività del provvedimento di *removal*. Inoltre, spesso l'agenzia di vigilanza predilige interventi nei confronti dell'istituzione bancaria *lato sensu*, in quanto maggiormente in grado di risolvere le criticità in corso e prevenirne in futuro²⁵⁰. A tal riguardo, perdipiù, un *enforcement* nei confronti di un singolo individuo risulta maggiormente contestabile in sede giurisdizionale (richiedendo così tempi notevolmente maggiori ai

²⁴⁷ OFFICES OF INSPECTOR GENERAL, op. cit., p. 12.

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 12-13.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 13.

²⁵⁰ A tal proposito, si veda N. WILLARDSON - J. BRUNMEIER, «*Supervisory Enforcement Actions Since FIRREA and FDICIA*», in *The Region*, Vol. 20, 2006: “*In most cases the timeliness of the institutional enforcement action is more critical as supervisors give greatest priority to actions designed to correct existing and prevent future problems before further deterioration occurs. In the case of enforcement actions against individuals, there is often somewhat less urgency, particularly with respect to actions that have a punitive aspect such as civil money penalties*”.

fini dell'irrogazione del *removal*) rispetto ad un *enforcement* nei confronti dell'intera istituzione²⁵¹. Inoltre, in tal modo, le stesse banche frequentemente procedono con l'interruzione dell'affiliazione con il soggetto in questione²⁵² ovvero è il medesimo soggetto a rassegnare le proprie dimissioni, rendendosi così inutile la prosecuzione dell'azione di *removal*.

La seconda ragione è che la rimozione di operatori bancari ancora operativi, in particolare di amministratori e dirigenti, implica inevitabilmente una riduzione (spesso considerevole) del valore commerciale della banca ("*franchise value of the bank*")²⁵³. A tal proposito, "*franchise value can help reduce excessive risk taking because banks with high franchise value have much to lose if a risky business strategy leads to insolvency*"²⁵⁴. Difatti, risulta evidente che le banche con maggior *franchise value* più frequentemente operano scelte finalizzate a tutelare la solidità bancaria acquisita rispetto alle banche con minor *franchise value*, le quali invece risultano maggiormente propense al rischio eccessivo²⁵⁵ (secondo il principio generale per cui *si è disposti a tutto quando si ha nulla da perdere*).

Per tali ragioni, al fine di non compromettere la condizione finanziaria complessiva dell'istituzione bancaria, nel corso degli anni la *Federal Reserve* ha perlopiù evitato di intervenire *immediatamente* per un'alterazione della compagine aziendale attraverso il *removal*, preferendo attendere la *conclusione* dell'incarico per l'irrogazione di sanzioni individuali²⁵⁶.

La terza ragione è che la *Federal Reserve* predilige il ricorso alle azioni *informali* di *enforcement*²⁵⁷ (ad es., richiami individuali) rispetto alle azioni *formali*, dal momento che i primi – a

²⁵¹ *Ibidem*: "*Individual enforcement actions appear to be contested more than institutional enforcement actions, meaning these actions are more time consuming to put in place*".

²⁵² A tal proposito, si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 39: "*Accordingly, banks may proactively sever their affiliation upon learning that an individual is under investigation*".

²⁵³ Al riguardo, si veda R. P. BARTLETT, «*Making Banks Transparent*», in *Vand. Law Rev.*, 2012.

²⁵⁴ R. S. DEMSETZ - M. R. SAIDENBERG - P. E. STRAHAN, «*Banks with Something to Lose: The Disciplinary Role of Franchise Value*», in *FRBNY Ec. Pol. Rev.*, 1996, p. 1.

²⁵⁵ A tal proposito, *ibidem*, p. 3: "*Franchise value plays a particularly important role in banking because it helps mitigate the 'moral hazard problem' associated with the federal safety net. The safety net, composed of the Federal Reserve's discount window, federal deposit insurance, and extensive supervision and regulation of banks, helps ensure the soundness of the banking system. However, this protection does not come without cost. The safety net creates a moral hazard problem by insulating bank creditors from losses, thereby limiting their incentive to restrain risk taking*".

²⁵⁶ A tal proposito, si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 37: "*To avoid shaking public confidence, the Fed may thus choose not to force a change in management, preferring to wait until after the individual and the bank have severed ties to initiate sanctions*".

²⁵⁷ Per "*informal supervisory tools*" si intendono gli strumenti di vigilanza utilizzabili per fattispecie non emergenziali. Nello specifico, in tale categoria rientrano:

- le *Supervisory letters*, le quali costituiscono la forma meno invasiva di *informal enforcement* e vengono impiegate per risolvere problematiche accessorie o per richiedere relazioni periodiche su determinati aspetti di un'operazione bancaria;
- i *Board resolutions*, le quali costituiscono la forma di *informal enforcement* con livello intermedio di invasività. Essi implicano una serie di impegni a carico degli amministratori bancari (ad es., l'elaborazione di piani, procedure e *policies* per facilitare l'azione correttiva dell'istituzione);

differenza dei secondi – non risultano sottoposti agli stessi obblighi di *disclosure* (proprio in quanto “informali”) e di conseguenza presentano una minore capacità di pregiudicare la reputazione dell’istituzione bancaria e la stabilità complessiva dei mercati finanziari. Inoltre, la natura informale di tali strumenti consente la loro applicabilità ad un numero *indefinito* di condotte antiggiuridiche, senza necessità di un’*hearing* formale e senza possibilità di ricorso in giudizio²⁵⁸.

Ciò precisato, occorre identificare l’ambito applicativo soggettivo *tendenziale* dei provvedimenti di *removal* finora emessi dalla *Federal Reserve*. In particolare, dal 1989 al 2019, il 56,3% dei *removals* ha riguardato dipendenti bancari semplici (“*lower-level bank employees*”), tra cui cassieri, funzionari di prestito, vice-presidenti, direttori di filiale, responsabili del credito e consulenti per gli investimenti. D’altro lato, soltanto il 24,2% dei *removals* è stato irrogato nei confronti di amministratori o dirigenti bancari²⁵⁹.

Tale tendenza consolidata denota “*a stark shift in how the Fed has used its removal power over the past thirty years—from primarily punishing senior executives and directors to rank-and-file employees*”²⁶⁰. In altri termini, si riscontra una profonda *divergenza* tra la concezione originaria del *removal* – introdotto dal Congresso per rafforzare il rapporto fiduciario tra amministratori e dirigenti bancari, da un lato, e pubblico, dall’altro, e dunque esercitabile *anzitutto nei confronti degli amministratori e dirigenti* in qualità di “vertici” dell’istituzione bancaria – e la concezione odierna di tale potere – esercitato dalla *Federal Reserve* per garantire la mera conformità formale a *standard* minimi di condotta professionale (*professional regulation*), e dunque esercitabile *anzitutto nei confronti dei dipendenti bancari semplici* in qualità di “operatori in prima linea” dell’istituzione bancaria.

- i *Memoranda of understanding* (MOU), le quali costituiscono la forma più invasiva di *informal enforcement*. Si tratta di accordi altamente strutturati che vengono firmati sia dalla *Reserve Bank* che dal Consiglio di Amministrazione della banca. Tali *Memoranda* vengono generalmente utilizzati quando una banca presenta molteplici carenze che la *Reserve Bank* ritiene possano essere corrette dall’attuale gestione.

²⁵⁸ D. LIN - L. MENAND, op. cit., pp. 37-38: “*Finally, the Fed may rely on informal mechanisms or threats to cause removals. [...] Informal tools have practical advantages over formal enforcement actions, at least from the Fed’s point of view. They are less open and thus less likely to negatively impact firm reputation or disrupt financial markets. There are also no limits on the types of misconduct that can be addressed, no requirements for hearings, and no opportunity for appeals*”.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 39: “*56.3% (107 of 190) of the removal orders issued by the Fed sanctioned a lower-level bank employee like bank tellers, loan officers, vice presidents, branch managers, credit managers, and investment advisers. Senior bankers, by contrast, make up a much smaller fraction of overall removals: individuals at or above the executive vice president level were targets of 24.2% of enforcement orders (46 of 190), and non-executive board members were targets of only 9.5% (18 of 190). Nine (4.7%) of the remaining orders sanctioned other types of bank affiliates, such as appraisers, shareholders, and independent consultants. Another ten (5.3%) orders provided only vague descriptions of the sanctioned individual*”.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 39.

Difatti, come illustrato nella seguente Figura n. 3²⁶¹, le cose non sono andate *sempre* così.

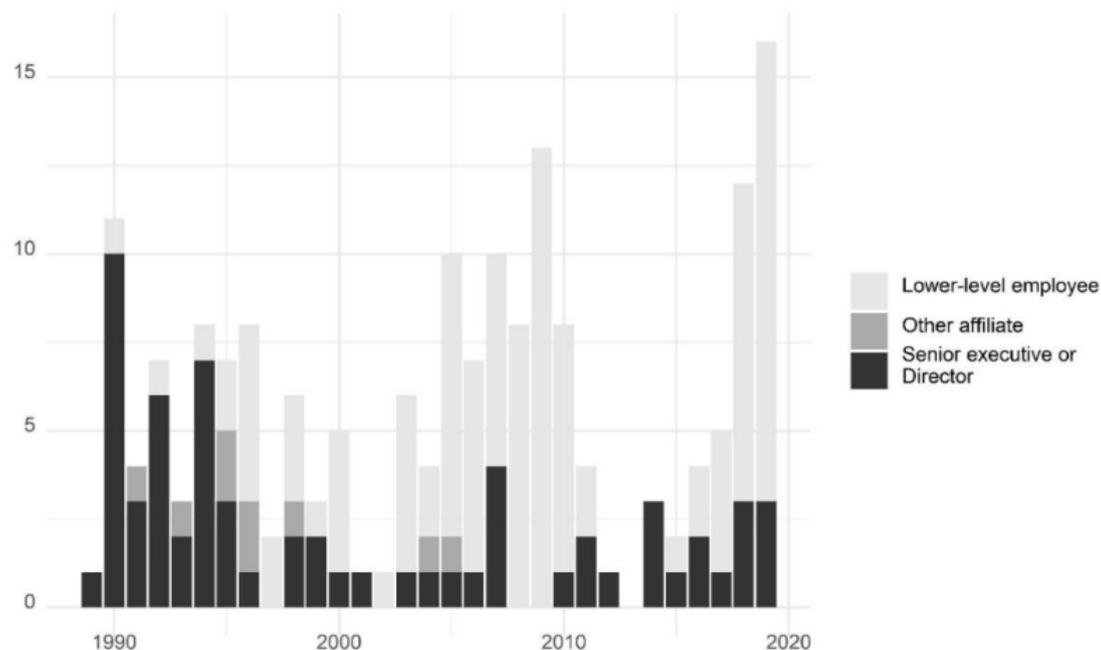


Figure 3: Number of Removal Actions by Affiliation, 1989–2019

Dal 1989 fino al 1998 – contrariamente al *trend* attuale – si è registrato un numero esiguo di *removals* nei confronti dei dipendenti bancari semplici (nella Figura n. 3, “*lower-level employee*”), precisamente pari al 22,4%. D’altro lato, ben il 52,2% ha riguardato amministratori o dirigenti bancari (nella Figura n. 3, “*senior executive or director*”). In sostanza, in tale periodo “*the removal power was overwhelmingly used to hold bank leadership accountable*”²⁶². Successivamente, a partire dagli anni 2000, per le ragioni precedentemente illustrate, il *target* principale delle azioni di *enforcement* della *Federal Reserve* si è progressivamente spostato verso i dipendenti bancari semplici²⁶³.

Altra riflessione rilevante riguarda la tipologia di banche maggiormente destinatarie dei provvedimenti di *removal*. Difatti, proprio come tra gli operatori bancari, anche tra le banche *latu sensu* si è consolidata una tendenziale diversità di trattamento in termini di *enforcement subjection*.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 40.

²⁶² *Ibidem*, p. 40.

²⁶³ *Ibidem*: “*The percentage of removal orders against senior bankers declined steeply from 52.2% between 1989 and 1998 to 21.8% between 1999 and 2008 (12 of 55) and then to 25% between 2009 and 2019 (17 of 68). Conversely, the percentage of orders against lower-level bank employees rose from 22.4% between 1989 and 1998 to around 75% during both 1999–2008 and 2009–2019 (41 of 55 and 51 of 68, respectively). All twenty-one orders issued by the Fed between 2008 to 2009 – during and immediately after the last financial crisis – affected lower-level employees. Most recently, lower-level employees comprised 81.3% of the removal orders (13 of 16) issued in 2019*”.

A tal proposito, prendendo in esame il medesimo periodo storico precedentemente analizzato (1989–2019), è possibile riscontrare tale diversità.

In particolare si è sviluppata la tendenza a rimuovere più frequentemente i soggetti affiliati alle c.d. *community development banks*²⁶⁴ – ossia le banche aventi un attivo totale inferiore a 10 milioni di dollari – rispetto ai soggetti affiliati alle banche aventi un attivo totale maggiore. A tal proposito, dal 1989 fino al 2008, il 63,7% dei *removals* è stato irrogato nei confronti dei primi, con il solo restante 36,3% irrogato nei confronti dei secondi. Tale discrepanza si è attenuata a partire dal 2008, avendo la *Federal Reserve* iniziato a ricorrere sempre di più al *removal* anche nei confronti delle banche con più di 250 miliardi di dollari in attivo²⁶⁵.

Occorre dunque interrogarsi sulle ragioni di tale disparità di trattamento tra le istituzioni bancarie sulla base del loro livello di solidità patrimoniale. A tal proposito, siffatta disparità potrebbe ragionevolmente derivare dalle variazioni della compagine bancaria statunitense intercorse negli ultimi trent'anni. Ad esempio, la progressiva riduzione dei *removals* nei confronti di banche aventi un attivo totale inferiore a 100 milioni di dollari risulta agevolmente comprensibile, se si considera che il numero complessivo di tali banche è notevolmente diminuito tra il 1989 ed il 2019. D'altro lato, il numero esiguo di *removals* dal 1989 al 1999 nei confronti di banche aventi un attivo totale maggiore di 250 miliardi di dollari risulta agevolmente comprensibile, se si considera che tali banche non esistevano prima del 1996²⁶⁶.

²⁶⁴ Al riguardo, si veda R. S. CARNELL *et al.*, op. cit., p. 84: “*Community development banks are limited purpose banks that focus on serving the credit and banking needs of residents of low- and moderate-income areas. Most community development banks are certified by the Community Development Financial Institutions Fund, an office of the Department of the Treasury that provides financial and technical assistance to banks and other financial institutions wishing to engage in community development lending. Community development banks and similar institutions are an American version of microfinance, defined as the use of financial markets to serve the needs of people who have historically lacked access to credit*”. In materia, si veda anche J. C. KRESS - M. C. TURK, «*Too Many to Fail: Against Community Bank Deregulation*», in *Northw. Univ. Law Rev.*, 2019.

²⁶⁵ A tal proposito, si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 41: “*The most striking observation is that affiliates of community banks, defined as banks having less than \$10 billion in total assets, are removed far more frequently than affiliates of larger banks. Across the full data sample, the gap in the raw numbers is considerable (63.7% versus 36.3%). Between 1989 and 2008, the Fed pursued nearly three times more removal actions against affiliates of community banks than that of larger banks. This difference vanishes after 2008, largely because the number of removal actions involving banks with more than \$250 billion in assets rose sharply*”.

²⁶⁶ A tal proposito, *ibidem*, p. 42: “*For instance, the shrinking numbers of enforcement orders involving banks with assets less than \$100 million can largely be explained by the fact that the population of such banks declined by 68% between 1989 and 2019. Conversely, the near absence of removal orders against banks with assets greater than \$250 billion in the first ten years of the data may owe to the fact that no such banks existed before 1996*”.

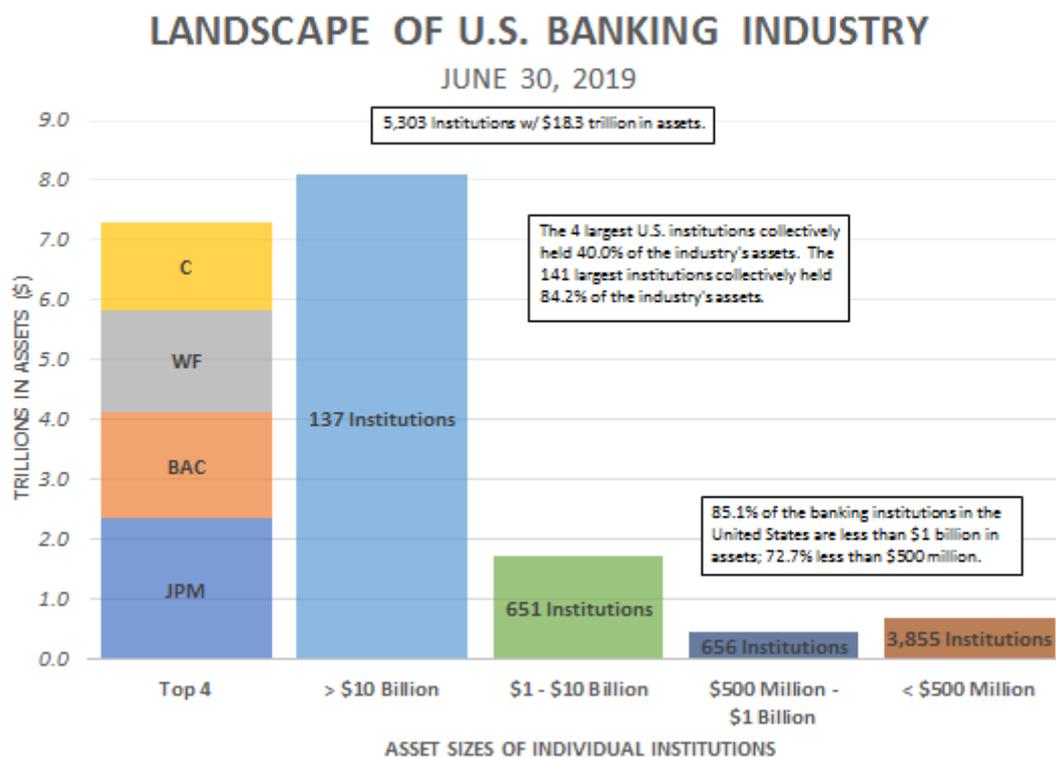


Figure 4: Landscape of U.S. Banking Industry, 2019²⁶⁷

Inoltre, occorre anche riflettere sul diverso grado di utilizzo del *removal* nei confronti dei soggetti affiliati alle *community development banks* e di quelli affiliati alle banche aventi un attivo totale maggiore. Difatti, nel corso degli anni, la *Federal Reserve* ha rimosso molto più frequentemente i soggetti affiliati alle prime rispetto ai soggetti affiliati alle seconde. A tale evidenza è possibile individuare due spiegazioni principali.

La prima è che, contrariamente a ciò che si potrebbe pensare, anche le banche di minori dimensioni possono essere coinvolte in scandali di corruzione e frode di notevole impatto. A tal proposito, “*small banks can behave just as badly as large ones. They can become too reliant on unstable wholesale funds and lend too much at too high a risk*”²⁶⁸. In effetti, la stessa Crisi dei risparmi e dei prestiti, in precedenza menzionata, aveva coinvolto numerose associazioni finanziarie di dimensioni minori.

²⁶⁷ R. KLINGLER - B. C. L. PAISNER, 2019 *U.S. Bank Landscape*, in *JDSupra*, 2019.

²⁶⁸ F. COPPOLA, «*Big Banks Versus Small Banks: Size Doesn't Matter*», in *Forbes*, 2013.

La seconda è che gli amministratori delle banche minori risultano in media maggiormente coinvolti *in via diretta* nella gestione dell'istituzione bancaria²⁶⁹. A tal proposito, negli ultimi anni, gran parte dei *policy-makers* ha evidenziato la necessità di un intervento pubblico per risolvere il problema “*TBTM*” (*Too Big Too Manage*), ossia di trovare una soluzione per le istituzioni bancarie e finanziarie “troppo grandi da gestire”. In particolare, “*a financial institution is TBTM if its size prevents executives, board members, and shareholders from effectively overseeing the firm, leading to excessive risk-taking and misconduct*”²⁷⁰.

In altri termini, le banche di grandi dimensioni presentano problematiche di *governance* uniche nel proprio genere, in quanto maggiormente opache, propense al rischio e meno assoggettabili ad una disciplina di mercato. In particolare, per quanto riguarda gli amministratori e i dirigenti delle banche di siffatte dimensioni, la ricerca mostra come gli amministratori tendano a perdere il controllo delle società man mano che aumenta la complessità organizzativa di quest'ultime²⁷¹. Ed è proprio dal rischio di perdere il controllo della società che deriva la propensione, per le banche maggiori, verso condotte contrarie alla sicurezza o alla solidità. Di conseguenza, la complessità organizzativa dell'istituzione bancaria determina una maggiore difficoltà nell'attribuire una responsabilità *diretta* in capo ai suoi amministratori e dirigenti.

²⁶⁹ Al riguardo, si veda H. M. SCHOONER, «*Big Bank Boards: The Case for Heightened Administrative Enforcement*», in *Ala. Law Rev.*, 2017, p. 1026: “[directors of smaller banks are easier targets for removal actions because they] *are more likely directly involved in management*”.

²⁷⁰ J. C. KRESS, «*Solving Banking's Too Big To Manage Problem*», in *Minn. Law Rev.*, 2019, p. 173.

²⁷¹ A tal proposito, si veda O. WILLIAMSON, «*Hierarchical Control and Optimum Firm Size*», in *Journ. Pol. Ec.*, Vol. 75, No. 2, 1967, p. 135: “*For any given span of control (together with a specification of the state of technology, internal experience, etc.) an irreducible minimum degree of control loss results from the simple serial reproduction distortion that occurs in communicating across successive hierarchical levels. If, in addition, goals differ between hierarchical levels, the loss in control can be more extensive*”. Al riguardo, si veda anche B. L. GARRETT, «*The Corporate Criminal As Scapegoat*», in *Va. Law Rev.*, 2015, pp. 1824-26: “*organizational complexity can obscure fault [because i]t may be quite clear that some employees and officers approved a misleading financial statement, but sorting out who knew what and when, where dozens each signed the relevant reports and statements, could be a frustrating if not impossible task*”.

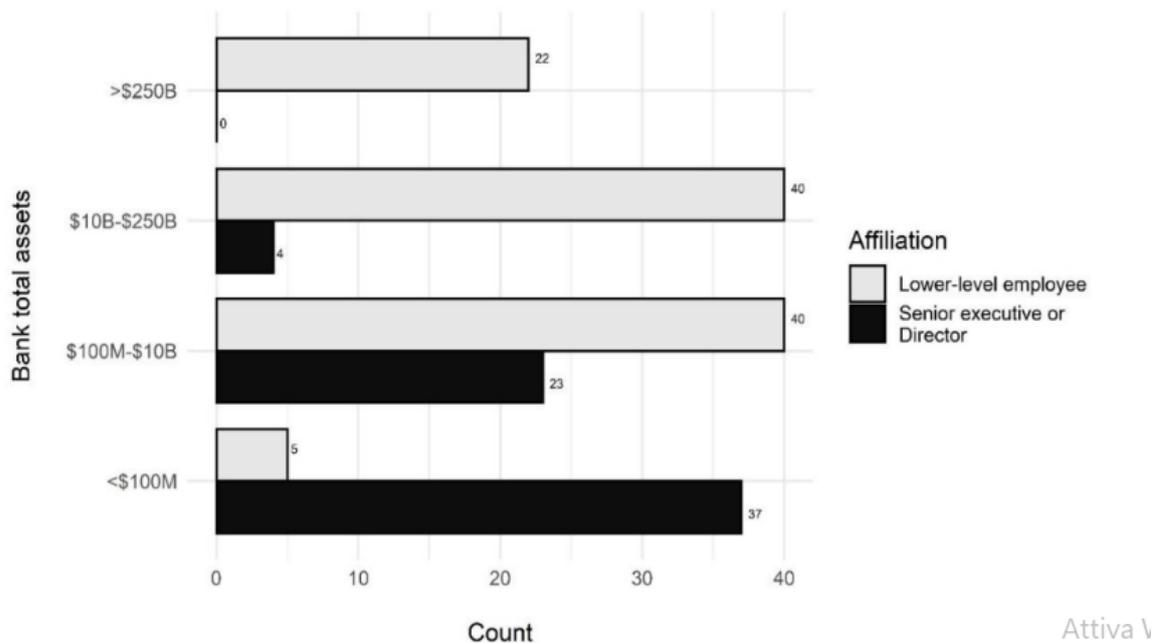


Figure 5: Number of Removal Actions by Affiliation and Bank Total Assets, 1989-2019

Difatti, come riscontrabile dalla Figura n. 5²⁷², il numero complessivo di *removals* nei confronti degli amministratori e dirigenti diminuisce all’aumentare delle dimensioni della banca. In particolare, il 57,1% dei *removals* riguardanti le *community development banks* sono stati destinati ai relativi amministratori o dirigenti²⁷³. D’altro lato, nessun provvedimento di *removal* è stato mai irrogato nei confronti di amministratori o dirigenti di banche aventi un attivo totale superiore a 250 miliardi di dollari.

Altro elemento rilevante sono le ragioni formali di irrogazione del *removal*. A tal proposito, dal 1989 al 2019, la ragione più frequente a tal fine è stata l’appropriazione indebita o l’uso improprio di fondi (“*embezzlement or misuse of funds*”). Altre ragioni frequenti sono state: (i) l’erogazione di credito non autorizzata (“*unauthorized or unsound extensions of credit*”); (ii) alterazioni dei conti dei clienti (“*customer account record alterations*”); e (iii) operazioni *self-dealing* (“*self-dealing transactions*”)²⁷⁴. D’altro lato, raramente sono stati irrogati provvedimenti di *removal* per punire

²⁷² D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 44.

²⁷³ *Ibidem*, pp. 43-44: “By contrast, 57.1% (60 of 105) of removal orders associated with community banks involve misconduct by CEOs, directors, and other senior managers”.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 46: “The Fed also frequently pursued removals for customer-related account or lending violations (e.g., unauthorized or unsound extensions of credit, or customer account record alterations), and for self-dealing transactions (e.g., improperly participating in loans, kickbacks, or other payments that resulted in self-benefit or benefit to a family member)”.

condotte decettive nella gestione di una banca, tra cui il falso in bilancio ed il mancato rispetto degli obblighi di rendicontazione.

Allo stesso modo, negli ultimi trent'anni, casi di rimozione per omessa supervisione del rischio risultano pressoché inesistenti²⁷⁵. Inoltre, in siffatti casi, la *Federal Reserve* ha sempre ricorso a sanzioni nei confronti dell'*istituzione bancaria* in senso lato piuttosto che degli *amministratori o dirigenti* direttamente coinvolti.

Alla luce di quanto sopra esaminato, dunque, il *removal* statunitense risulta oggi uno strumento di intervento scarsamente utilizzato nei confronti del *management* delle banche, sebbene la sua introduzione da parte del Congresso nel 1933 fosse finalizzata ad assicurare che gli amministratori e dirigenti bancari esercitassero le proprie funzioni direttive in qualità di fiduciari del pubblico. Contrariamente a tale visione originaria, attualmente la *Federal Reserve* ricorre al *removal* in via pressoché esclusiva nei confronti dei dipendenti bancari semplici, non già degli amministratori e dirigenti al vertice dell'istituzione. A tal riguardo, “*instead of reminding senior bankers of their status as fiduciaries of the public, removal now serves a function comparable to professional regulation: it is used to ensure that members of the financial industry, from low-level employees to executives, comply with basic standards of behavior*”²⁷⁶.

²⁷⁵ A tal proposito, è possibile citare solo tre casi di “*removal for poor oversight*” negli ultimi trent'anni: (i) David Cronin e Robert Ray, rispettivamente Tesoriere e *Senior Vice President* della *Allfirst Financial Inc.* nel 2002, rimossi per omessa supervisione del rischio dinanzi alla perdita di 691 milioni di dollari; (ii) Adam Koontz, ex CFO della *Fayette County Bank*, rimosso per omessa supervisione del rischio sulle pratiche di prestito dei dipendenti subordinati; (iii) Andrea Vella, ex *Co-Head* della Divisione *Investment Banking* di Goldman Sachs per l'Asia ex Giappone nel 2020, rimosso per omessa supervisione del rischio su un'operazione con elevati rischi di sottoscrizione.

²⁷⁶ D. LIN - L. MENAND, op. cit., pp. 48-49.

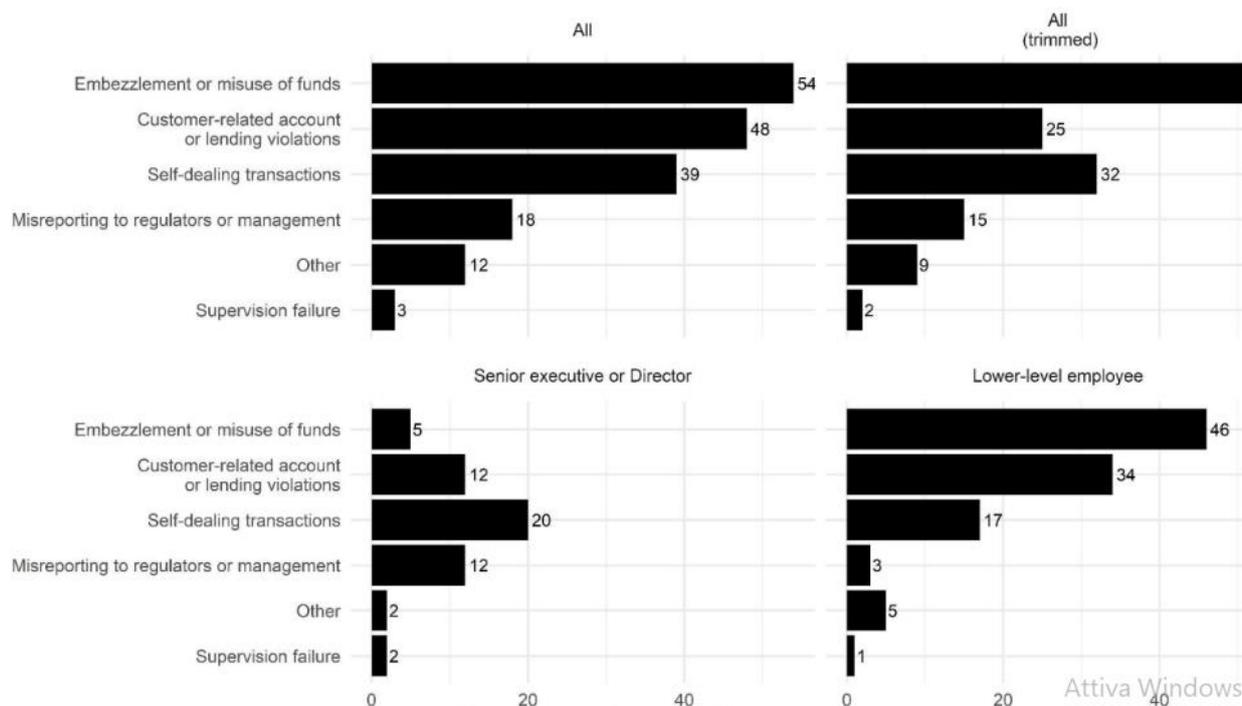


Figure 6: Number of Removal Actions by Reason for Removal, 1989–2019²⁷⁷

2.1.6. (segue): Il removal negli Stati Uniti: atto rimediabile-sanzionatorio inequivoco

La natura *rimediabile-sanzionatoria* (i.e., non preventiva-regolatoria) del *removal* previsto dall’ordinamento statunitense risulta agevolmente deducibile anche alla luce della funzione dell’istituto – tipica di ogni azione formale di *enforcement* – ossia “di correggere e punire le pratiche contrarie a solidità ovvero illegali [funzione sanzionatoria] e di tentare di riabilitare le banche in difficoltà [funzione rimediabile]”²⁷⁸. Difatti, in qualità di misura *critica* e in grado di operare “a cerchi concentrici”, il *removal* statunitense risulta finalizzato a (a) sanzionare il *colpevole rimosso* (cerchio minore), (b) rimediare alla crisi della banca (cerchio maggiore) e (c) dissuadere tutte le altre banche (cerchio massimo). Da qui, la *polifunzionalità* di tale potere di rimozione.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 50.

²⁷⁸ Si veda R. S. CARNELL *et al.*, op. cit., p. 332: “[...] the arsenal of enforcement tools by which regulators can correct and punish unsound or illegal practices and seek to rehabilitate troubled banks”.

La natura “personale” del *removal* statunitense – ossia primariamente funzionale a perseguire la condotta *soggettiva* del colpevole *singolarmente inteso*²⁷⁹ – risulta logicamente deducibile dai suoi stessi presupposti di applicazione, i quali non si concentrano (a differenza del “nostro” *removal*) sulla condizione oggettiva *della banca*, bensì sulla condotta *soggettiva del responsabile*. Difatti, tali presupposti sono costituiti dalla condotta impropria (posta in essere *dal responsabile*), dalle conseguenze negative (prodotte *dal responsabile*) e dall’intenzionalità (quale stato mentale *del responsabile*). Rispetto a quest’ultimo presupposto, occorre ricordare che la “personalità” del *removal* statunitense deriva soprattutto dalla imprescindibilità in concreto della *disonestà* personale ovvero della voluta o reiterata *noncuranza* ai fini della rimozione: in altri termini, negli Stati Uniti non può esserci rimozione *senza colpevolezza personale*.

In sintesi, “[r]emoval/prohibition orders are the most severe actions and prohibit an IAP [institution-affiliated party] from participating in the affairs of any insured depository institution for life. Accordingly, the statutory criteria for sustaining a removal/prohibition order are rigorous and the Regulators must prove three grounds: misconduct, effect of the misconduct, and culpability for the misconduct”²⁸⁰.

Di conseguenza, a differenza del “nostro” *removal*, negli Stati Uniti “*the removal of an officer or director of an institution is an action that should only be taken in the most extreme circumstances*”²⁸¹.

Peraltro, la sussumibilità del fatto concreto alla fattispecie astratta di rimozione costituisce a tutti gli effetti una valutazione *vincolata e diagnostica*, che l’Autorità deve compiere ai fini dell’irrogazione del *removal*. Tale vincolatività esclude qualunque carattere regolatorio della misura in esame, dal momento che la regolazione costituisce invece un’attività *discrezionale e prognostica*, esercitata *in via antecedente* rispetto ad una *potenziale* violazione di una regola giuridica (come nel caso del *removal* europeo). In altri termini, la natura successiva e vincolata del *removal* statunitense impedisce di poter qualificare tale misura come atto di regolazione – sia formalmente sia sostanzialmente – la cui natura tradizionale risulta invece preventiva e discrezionale.

²⁷⁹ Con riferimento alla natura *coercitiva* del *removal* statunitense in qualità di azione di *enforcement*, si veda in generale: S. A. ANDERSON, «*The enforcement approach to coercion*», in *Journ. Eth. Soc. Phil.*, Vol. 5, 2010; M. BERMAN, «*The normative functions of coercion claims*», in *Legal Theory*, 2002; H. OBERDIEK, «*The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems*», in *Amer. Journ. Juris.*, 1976; M. GUNDERSON, «*Threats and coercion*», in *Canad. Journ. Phil.*, 1979; C. C. RYAN, *The Normative Concept of Coercion*, *Mind*, 1980.

²⁸⁰ OFFICES OF INSPECTOR GENERAL, op. cit., p. 3.

²⁸¹ S. K. HUBER, «*Enforcement powers of federal banking agencies*», in *Ann. Rev. Bank. Law*, 1988, p. 130.

Pertanto, il provvedimento di *removal* disciplinato dall'ordinamento statunitense risulta avere natura *inequivocabilmente rimediale-sanzionatoria* – sia sul piano formale sia sul piano sostanziale – in forza dei propri caratteri strutturali-teleologici. Difatti, la finalità *critica* dell'istituto, rivolto a *rimediare ex post* alla crisi bancaria (a differenza del *removal* europeo, rivolto invece a *prevenire ex ante* la crisi bancaria), impedisce di essere diversamente qualificato come atto di regolazione, sia sul piano formale – dal momento che l'atto di regolazione interviene *antecedentemente* ad una condotta antiggiuridica – sia sul piano sostanziale – dal momento che tale obiettivo sanzionatorio risulta raggiungibile solo attraverso la punizione-afflizione (*ex post*) di uno o più singoli responsabili.

Tuttavia, al fine di ottimizzare il potere di rimozione negli Stati Uniti – garantendo così l'effettiva realizzazione di un sistema di vigilanza bancaria *positiva-costruttiva* – occorre superare la concezione attuale di siffatto potere rimediale-sanzionatorio, meramente esercitato per garantire la conformità a *standard* minimi di condotta professionale (*professional regulation*), e dunque esercitato *anzitutto nei confronti dei dipendenti bancari semplici* in qualità di “operatori in prima linea” dell'istituzione bancaria.

Così concepito, difatti, il *removal* assume una natura applicativa meramente *negativa e distruttiva*: ci si limita alla ricerca del *singolo* o dei *singoli* dipendenti semplici e alla loro *esclusione* dal sistema, rimanendo quest'ultimo sostanzialmente *impregiudicato* (concezione *negativa-distruttiva* di vigilanza bancaria)²⁸².

Piuttosto, l'esercizio ottimale di tale potere ne impone un uso finalizzato al miglioramento dell'*intera* banca, in qualità di istituzione operante in nome e per conto del pubblico (concezione *positiva-costruttiva* di vigilanza bancaria). A tal fine, il potere rimediale-sanzionatorio di *removal* dovrebbe essere esercitato per rafforzare il rapporto fiduciario tra amministratori e dirigenti bancari, da un lato, e pubblico, dall'altro, e dunque esercitabile *anzitutto nei confronti degli amministratori e dirigenti* in qualità di “vertici” dell'istituzione bancaria.

Tuttavia, sussistono alcuni ostacoli – sia giuridici sia di fatto – che attualmente impediscono siffatto esercizio *ottimale* del potere di *removal*. Anzitutto, come già ricordato, ai fini dell'irrogazione di un provvedimento di rimozione, negli Stati Uniti è richiesta alternativamente: (i) la disonestà personale (*personal dishonesty*) ovvero (ii) la voluta o reiterata noncuranza per la sicurezza e la solidità della banca (*willful or continuing disregard for the safety and soundness of the institution*).

²⁸² Si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 63: “Used in this narrow way, the removal power produces a sort of government-run ‘shame list’—a tool that bank executives and their lobbies have repeatedly sought as a means to facilitate their hiring practices”.

Tuttavia, come già rilevato, risulta pressoché impossibile accertare simili requisiti di colpevolezza personale in capo agli amministratori e agli altri dirigenti, soprattutto delle banche di maggiori dimensioni, in quanto costoro potrebbero facilmente negare un qualunque coinvolgimento *diretto* negli atti operativi della condotta illecita.

In altri termini, “[t]he challenge of attributing fault increases with the distance from the relevant misconduct, particularly when it comes to issues involving financial risk, which is extraordinarily complex to measure”²⁸³.

D’altro lato, rispetto all’obiettivo auspicabile di esercizio ottimale del *removal*, oltre ad una barriera *giuridica* (quella appena trattata), sussistono anche barriere *di fatto*, consistenti nella scarsità del tempo e delle risorse necessarie ad esercitare tale potere *ogni qualvolta* vi siano i presupposti per il suo esercizio.

In altri termini, da un lato l’irrogazione di un provvedimento di *removal* richiede all’Autorità un periodo *apprezzabile* di tempo ai fini dell’accertamento formale della verità dei fatti, da bilanciare con altri obiettivi istituzionali da perseguire. In particolare, “ogni azione di *removal* richiede l’esame e il voto a maggioranza dei sette membri della Fed, ognuno dei quali è al tempo stesso incaricato di fissare i tassi di interesse a breve termine, stabilire gli obiettivi di inflazione e monitorare la politica monetaria del Paese”²⁸⁴.

Dall’altro, ogni azione di *removal* richiede inevitabilmente un’analisi preliminare costi-benefici, sia da una prospettiva economica in senso stretto – richiedendo l’esercizio di un simile potere risorse finanziarie adeguate – sia da una prospettiva di gestione del rapporto con l’opinione pubblica, la cui approvazione alle azioni intraprese dalla *Federal Reserve* costituiscono una condizione necessaria per maggiori finanziamenti.

In sintesi, in un contesto di scarsità di tempo e di risorse, l’agenzia deve scegliere *attentamente* “le proprie battaglie” da portare avanti. In un simile contesto, appare evidente la propensione per la stessa agenzia a prediligere casi “facili”, di rapida risoluzione: da qui, la comprovata tendenza ad esercitare il *removal* perlopiù nei confronti di dipendenti bancari semplici, per condotte di agevole accertamento (tra cui ad esempio, come menzionato in precedenza, le operazioni *self-dealing*), piuttosto che nei confronti degli amministratori o dirigenti per condotte di più complessa ricostruzione investigativa.

²⁸³ *Ibidem*, p. 63.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 64.

Dunque, il vincolo del tempo e delle risorse comporta la tentazione di limitare il potere rimediabile-sanzionatorio di *removal* alle fattispecie di mera *esclusione* di singoli dipendenti di secondo livello, lasciando sostanzialmente *impregiudicata* la *mala gestio* dell'organizzazione – e prediligendo in tal modo una concezione *negativa-distruttiva* di vigilanza bancaria – anziché utilizzare tale potere nei confronti degli amministratori e dirigenti, come strumento di *miglioramento* della classe dirigente delle istituzioni bancarie – e, a valle, della gestione delle banche stesse – in forza di una concezione *positiva-costruttiva* di vigilanza bancaria.

2.1.7. (segue): I rimedi esperibili contro il removal negli Stati Uniti

In linea generale, negli Stati Uniti, le decisioni delle agenzie federali – tra cui anche il *removal* – risultano impugnabili davanti al giudice *ordinario* (*District Court, Court of Appeal, Supreme Court*), a differenza del nostro Paese, in cui – come meglio si vedrà in seguito – il provvedimento di rimozione emesso dalla Banca d'Italia risulta impugnabile davanti al giudice *amministrativo* (TAR, Consiglio di Stato). Nello specifico, l'*Administrative Procedure Act* disciplina il c.d. *right of review*. Tra i rimedi esperibili avverso siffatte decisioni, se ne prevede l'annullamento qualora esse risultino “*unwarranted by the fact*”, “*unsupported by substantial evidence*”, “*arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with the law*”²⁸⁵. In materia di rimozione, la relativa procedura risulta disciplinata dallo *U.S. Code*, Titolo 12, Sezione 1818(e)(4)²⁸⁶²⁸⁷.

²⁸⁵ Si veda *Administrative Procedure Act*, Sez. 706. Inoltre, al riguardo, si veda anche M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, il Mulino, 2021, p. 44.

²⁸⁶ Ai sensi della Sez. 1818(e)(4), “*A notice of intention to remove an institution-affiliated party from office or to prohibit such party from participating in the conduct of the affairs of an insured depository institution, shall contain a statement of the facts constituting grounds therefor, and shall fix a time and place at which a hearing will be held thereon. Such hearing shall be fixed for a date not earlier than thirty days nor later than sixty days after the date of service of such notice, unless an earlier or a later date is set by the agency at the request of (A) such party, and for good cause shown, or (B) the Attorney General of the United States. Unless such party shall appear at the hearing in person or by a duly authorized representative, such party shall be deemed to have consented to the issuance of an order of such removal or prohibition. In the event of such consent, or if upon the record made at any such hearing the agency shall find that any of the grounds specified in such notice have been established, the agency may issue such orders of suspension or removal from office, or prohibition from participation in the conduct of the affairs of the depository institution, as it may deem appropriate. Any such order shall become effective at the expiration of thirty days after service upon such depository institution and such party concerned (except in the case of an order issued upon consent, which shall become effective at the time specified therein). Such order shall remain effective and enforceable except to such extent as it is stayed, modified, terminated, or set aside by action of the agency or a reviewing court*”.

²⁸⁷ Per avere uno sguardo d'insieme, si veda U.S. SUPR. COURT, *Board of Governors of the Fed. Reserve Sys. v. MCorp Financial, Inc.*, 502 u.s. 32, 3 dicembre 1991, p. 38: “*FISA establishes a tripartite regime of judicial review. First, § 1818(c)(2) provides that, within 10 days after service of a temporary order, a bank holding company may seek an*

In conformità a tale norma, la procedura si apre con la notifica dell'avviso di rimozione (*notice of removal*) al soggetto affiliato da rimuovere (*institution-affiliated party*). Tale avviso deve contenere l'esposizione dei fatti che ne costituiscono il fondamento (*statement of the facts constituting grounds therefor*), nonché la data e il luogo dell'*agency hearing*.

Con l'emissione dell'avviso, l'agenzia può inoltre procedere alla sospensione immediata (*suspension order*) del soggetto dalla carica – prima dell'*hearing* e senza previo contraddittorio – qualora necessaria alla tutela della sicurezza e solidità della banca²⁸⁸. Emesso l'ordine di sospensione, la parte può domandarne entro dieci giorni la sospensione cautelare (*stay of the order*) presso la Corte ordinaria del Distretto in cui la banca ha sede ovvero presso la Corte ordinaria del Distretto di Columbia²⁸⁹. La sospensione dalla carica produce effetto sin dalla notifica dell'ordine fino ad eventuale revoca da parte del giudice o, successivamente, alla decisione finale dell'agenzia.

Di regola, l'*hearing* deve essere fissata non prima di trenta giorni e non dopo sessanta giorni dalla data di notifica dell'avviso. Tale regola è derogabile in caso di: (i) esplicita richiesta della parte, qualora sussista una giusta causa; ovvero (ii) esplicita richiesta del Procuratore generale (*Attorney General*).

La parte potrà comparire nell'*hearing* di persona o mediante rappresentante autorizzato. La mancata comparizione della parte equivale al consenso di quest'ultima all'emissione del provvedimento di *removal* e dell'ordine di sospensione. Di conseguenza, in caso di mancata comparizione (equivalente a consenso alla rimozione) ovvero – qualora la parte sia comparsa – di accertamento positivo di almeno uno dei fatti posti a fondamento dell'avviso di rimozione, l'agenzia procede con l'emissione del provvedimento. Quest'ultimo entra in vigore trenta giorni dopo la

injunction in district court restraining enforcement of the order pending completion of the related administrative proceeding. Second, § 1818(h) authorizes court of appeals review of final Board orders on the application of an aggrieved party. Finally, § 1818(i)(1) provides that the Board may apply to district court for enforcement of any effective and outstanding notice or order”.

²⁸⁸ Ai sensi della Sez. 1818(e)(3), “*If the appropriate Federal banking agency serves written notice under paragraph (1) or (2) to any institution-affiliated party of such agency’s intention to issue an order under such paragraph, the appropriate Federal banking agency may suspend such party from office or prohibit such party from further participation in any manner in the conduct of the affairs of the depository institution, if the agency: (i) determines that such action is necessary for the protection of the depository institution or the interests of the depository institution’s depositors; and (ii) serves such party with written notice of the suspension order”.*

²⁸⁹ Ai sensi della Sez. 1818(f), “*Within ten days after any institution-affiliated party has been suspended from office and/or prohibited from participation in the conduct of the affairs of an insured depository institution under subsection (e)(3) of this section, such party may apply to the United States district court for the judicial district in which the home office of the depository institution is located, or the United States District Court for the District of Columbia, for a stay of such suspension and/or prohibition pending the completion of the administrative proceedings pursuant to the notice served upon such party under subsection (e)(1) or (e)(2) of this section, and such court shall have jurisdiction to stay such suspension and/or prohibition”.*

relativa notifica alla parte e all'istituzione bancaria, salvo che il provvedimento sia stato emesso su consenso della parte stessa, nel qual caso entrerà in vigore alla data ivi indicata.

Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti di rimozione e sospensione è regolato da due previsioni dello *U.S. Code*.

La prima previsione rilevante è la Sezione 1818(h)(2)²⁹⁰, ai sensi della quale la parte può richiedere la riforma (*review*) del provvedimento di rimozione – salvo che sia stato emesso col suo consenso – depositando entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento un'istanza scritta presso la Corte ordinaria d'Appello del Circuito dove la banca ha sede o presso la Corte ordinaria d'Appello del Circuito del Distretto di Columbia. Tale istanza deve contenere la richiesta formale (*written petition*) di modifica, revoca o annullamento del provvedimento di rimozione. Una copia dell'istanza viene immediatamente trasmessa dal cancelliere della Corte all'agenzia, la quale dovrà depositare gli atti del procedimento. Al momento del deposito dell'istanza, la Corte assume il potere esclusivo di modifica, revoca o annullamento totale o parziale del provvedimento di rimozione. L'eventuale decreto di modifica, revoca o annullamento totale o parziale è da ritenersi definitivo, salvo che non sia soggetto alla revisione della Corte Suprema ai sensi della Sezione 1254, Titolo 28²⁹¹.

La seconda previsione rilevante è la Sezione 1818(i)²⁹², ai sensi della quale nessun giudice ha il potere di intervenire – attraverso ingiunzione o altro provvedimento – nell'emissione o esecuzione

²⁹⁰ Secondo tale norma, “Any party to any proceeding under paragraph (1) may obtain a review of any order served pursuant to paragraph (1) of this subsection (other than an order issued with the consent of the depository institution or the institution-affiliated party concerned, or an order issued under paragraph (1) of subsection (g) of this section) by the filing in the court of appeals of the United States for the circuit in which the home office of the depository institution is located, or in the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, within thirty days after the date of service of such order, a written petition praying that the order of the agency be modified, terminated, or set aside. A copy of such petition shall be forthwith transmitted by the clerk of the court to the agency, and thereupon the agency shall file in the court the record in the proceeding, as provided in section 2112 of title 28. Upon the filing of such petition, such court shall have jurisdiction, which upon the filing of the record shall except as provided in the last sentence of said paragraph (1) be exclusive, to affirm, modify, terminate, or set aside, in whole or in part, the order of the agency. Review of such proceedings shall be had as provided in chapter 7 of title 5. The judgment and decree of the court shall be final, except that the same shall be subject to review by the Supreme Court upon certiorari, as provided in section 1254 of title 28”.

²⁹¹ Ai sensi di tale Sezione, “Cases in the courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court by the following methods:

(1) By writ of certiorari granted upon the petition of any party to any civil or criminal case, before or after rendition of judgment or decree;

(2) By certification at any time by a court of appeals of any question of law in any civil or criminal case as to which instructions are desired, and upon such certification the Supreme Court may give binding instructions or require the entire record to be sent up for decision of the entire matter in controversy”.

²⁹² Secondo tale norma, “[...] no court shall have jurisdiction to affect by injunction or otherwise the issuance or enforcement of any notice or order under any such section, or to review, modify, suspend, terminate, or set aside any such notice or order”.

di un avviso o di un ordine ai sensi della suddetta sezione, né di modificare, revocare o annullare in tutto o in parte il medesimo avviso o ordine.

Apparentemente, risulterebbe sussistere un'antinomia tra le due previsioni. Da un lato, difatti, la Sezione 1818(h)(2) *consente* la possibilità di intervento giurisdizionale sul provvedimento amministrativo di *removal*, disciplinandone i tempi e le modalità. Dall'altro, la Sezione 1818(i) *vieta* tale possibilità, escludendo qualunque forma di intervento giurisdizionale nel procedimento di rimozione avviato dall'agenzia²⁹³.

A ben vedere, in realtà la Sezione 1818(i) prevedrebbe un divieto *relativo* di intervento giurisdizionale nel procedimento di rimozione. Difatti, la norma vieta tale possibilità di intervento in riferimento ai procedimenti avviati “*under the statute*”. Di conseguenza, argomentando *a contrario*, sarebbe sempre possibile per il giudice pronunciarsi nell'ambito di un procedimento di *removal* avviato – secondo quanto denunciato dal ricorrente rimosso – “*out of the statute*”, ossia *al di fuori dell'autorità statutaria* dell'agenzia²⁹⁴.

In altri termini, secondo un'interpretazione *letterale* del divieto in esame, l'intervento giurisdizionale risulterebbe inammissibile soltanto per i procedimenti di rimozione avviati *in conformità a diritto*. Conseguentemente – seguendo il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – resterebbe impregiudicata la sindacabilità dei procedimenti di rimozione adottati *ultra vires*, qualora l'agenzia abbia oltrepassato i limiti alle proprie prerogative statutarie.

Tuttavia, aderendo ad un'interpretazione *estensiva* della norma, la Corte Suprema ha da tempo stabilito che la Sezione 1818(i) costituisce un divieto *assoluto* di intervento giurisdizionale su *qualunque* procedimento di rimozione *in corso*²⁹⁵. In particolare, sulla differenza tra le due previsioni in esame, la Corte Suprema ha affermato che “*FISA, in § 1818(h)(2), expressly provides [...] a meaningful and adequate opportunity for review of the regulation's validity and application if and when the Board finds that [X] has violated the regulation and, in § 1818(i)(1), clearly and directly*

²⁹³ A tal riguardo, si veda TENN. DISTR. COURT, *Somerfield v. Federal Deposit Insurance Corporation*, 1. 609 F. Supp. 128, 25 aprile 1985, in cui il giudice stabilì “*that it had no jurisdiction to enjoin the removal procedure in light of subsection (i)*”. D'altro lato, in senso favorevole alla possibilità di intervento giurisdizionale, si veda U.S. COURT OF APP., *Manges v. Camp*, 474 F.2d 97, 99 (5th Cir. 1973) in cui il giudice stabilì “*that 12 U.S.C. § 1818(i) did not foreclose the district court from hearing challenge to action of the Comptroller of Currency taken under 12 U.S.C. § 1818(g)(1), in barring majority stockholder who was convicted of crime from participation in bank, on the ground that the action exceeded the Comptroller's statutory authority*”.

²⁹⁴ A tal proposito, si veda R. J. BASIL, op. cit., p. 6: “*Subsection (i) is a withdrawal provision which forbids judicial interference only with actions brought 'under the statute'. Certainly, the district court should hear a challenge to an agency action if the challenger alleges that the action is outside the agency's statutory authority*”.

²⁹⁵ A tal proposito, si veda il caso *Board of Gov. of the Fed. Reserve Sys. v. MCorp Financial, Inc.*, 60 U.S.L.W.

demonstrates a congressional intent to preclude review. In such circumstances, the District Court is without jurisdiction to review and enjoin the Board's ongoing administrative proceedings”²⁹⁶.

In conclusione, attualmente è ammesso il ricorso giurisdizionale (in sede ordinaria) soltanto avverso provvedimenti di rimozione *definitivi* (c.d. *final removal orders*), ossia conclusivi del relativo procedimento, ai sensi della Sezione 1818(h)(2). Viceversa, alla luce della formulazione preclusiva contenuta nella Sezione 1818(i) secondo l'interpretazione offerta dalla Corte Suprema, non è ammessa alcuna tutela giurisdizionale *durante* il procedimento (amministrativo) di rimozione. In sintesi, da un lato si ammette la difesa *dal provvedimento*, dall'altro si esclude la difesa *nel procedimento*.

Infine, il soggetto ingiustamente rimosso che abbia vittoriosamente contestato il provvedimento di rimozione potrà richiedere in sede ordinaria la riforma di tale provvedimento illegittimo (tutela *modificativa*). Tuttavia, come anche si vedrà con riferimento al “nostro” *removal*, appare di difficile configurazione sul piano pratico la sussistenza, in capo a tale soggetto ingiustamente rimosso, di una pretesa positiva di *automatico* “ritorno in carica”, dati gli effetti *negativi-distruttivi* (e alquanto “confusionari”) che un simile scenario comporterebbe sulla stabilità del *management* (appena ricostituito) della banca: *quand'anche ingiustamente rimosso, il sostituito non potrà automaticamente sostituire il sostituito*.

2.2. Il removal in Europa oggi

A differenza degli Stati Uniti, in Europa la crisi finanziaria ha determinato una maggiore attenzione verso misure di intervento in grado non già di *rimediare* alle crisi bancarie (*ex post*), bensì di *prevenirle* (*ex ante*).

Difatti, nel 2010 appariva ormai evidente il tendenziale disallineamento fra gli interessi dei creditori degli istituti finanziari – a partire dai depositanti – e gli interessi degli azionisti. Questi ultimi, interessati a massimizzare il profitto *nel breve termine*, risultavano maggiormente propensi a livelli eccessivi di rischio – a differenza dei primi, interessati *nel lungo termine* a ricevere dall'ente

²⁹⁶ *Ibidem*.

finanziario il rimborso dei propri depositi ed i relativi crediti maturati e, pertanto, non propensi a rischi elevati²⁹⁷.

Pertanto, già allora emergeva come il livello di rischio ottimale per gli azionisti fosse *maggiore* del livello di rischio ottimale per i creditori.

Più in generale, la stessa Commissione europea ravvisava come i tradizionali principi di *corporate governance* si fossero rivelati inadeguati per affrontare la crisi finanziaria, per tre ragioni principali: (i) scarsa precisione del contenuto precettivo; (ii) scarsa chiarezza in merito ai soggetti responsabili dell'attuazione; e (iii) scarsa vincolatività delle norme e carenza di controlli in materia²⁹⁸.

In particolare, riguardo i consigli di amministrazione degli istituti finanziari, era chiaro che essi non avevano “*saputo, o voluto, vigilare sull'adeguatezza del quadro di gestione dei rischi e dell'appetito di rischio dei propri istituti finanziari*” né avevano “*saputo riconoscere il carattere sistemico di alcuni rischi*”²⁹⁹.

D'altro lato, le stesse autorità di vigilanza non avevano applicato adeguati criteri di ammissibilità per i membri di tali consigli di amministrazione.

Con l'obiettivo di superare tali problematiche, come già anticipato, il Legislatore europeo è intervenuto nel 2014 con la direttiva BRRD, introducendo nuove categorie di strumenti di vigilanza, tra cui le misure di intervento precoce (*early intervention measures*), finalizzate ad assicurare “*che le difficoltà finanziarie vengano affrontate non appena si presentano. I poteri di intervento precoce scattano quando un ente non rispetta i requisiti patrimoniali previsti dalla legge o presumibilmente non sarà più in grado di rispettarli*”³⁰⁰.

Anzitutto, l'art. 27 della direttiva introduce una serie di misure graduali di intervento precoce, da esercitare qualora “*un ente violi o, a causa tra l'altro di un rapido deterioramento della situazione finanziaria, del peggioramento della situazione di liquidità, del rapido aumento dei livelli di leva finanziaria, dei crediti in sofferenza o della concentrazione di esposizioni [...] rischi di violare nel*

²⁹⁷ A tal proposito, si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Il governo societario negli istituti finanziari e le politiche di remunerazione*, Libro Verde, Bruxelles, 2010, p. 4: “*D'altronde, gli interessi dei creditori degli istituti finanziari [...] sono potenzialmente opposti a quelli dei loro azionisti. Gli azionisti traggono vantaggio dal rialzo del prezzo delle azioni e dalla massimizzazione dei profitti a breve termine, e sono potenzialmente meno interessati ad un livello di rischio troppo basso. I depositanti e gli altri creditori, da parte loro, si concentrano esclusivamente sulla capacità dell'istituto finanziario di rimborsare i loro depositi e altri crediti giunti a maturazione e quindi sulla sua sostenibilità a lungo termine. Di conseguenza, i depositanti tendono a privilegiare un livello di rischio molto basso*”.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 6.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 7.

³⁰⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Gestione delle crisi: nuove misure per evitare di dover ricorrere al salvataggio delle banche*, Comunicato stampa, Bruxelles, 2012.

prossimo futuro i requisiti del regolamento (UE) n. 575/2013, della direttiva 2013/36/UE, del titolo II della direttiva 2014/65/UE o di uno degli articoli da 3 a 7, da 14 a 17, e 24, 25 e 26 del regolamento (UE) n. 600/2014”.

In sintesi, tali misure di intervento precoce sono attivabili nei casi violazione o di *rischio* di violazione dei requisiti patrimoniali CRR, CRD, MiFID e MiFIR³⁰¹.

In particolare, si introducono in capo alle autorità di vigilanza i seguenti poteri: *a)* richiedere all’organo di amministrazione dell’ente di attuare o aggiornare il piano di risanamento; *b)* richiedere all’organo di amministrazione dell’ente di esaminare la situazione e preparare un programma di azione; *c)* richiedere all’organo di amministrazione dell’ente di convocare un’assemblea degli azionisti *ad hoc*; *d)* *richiedere la rimozione o la sostituzione* di uno o più membri dell’organo di amministrazione, qualora non siano ritenuti idonei a svolgere i loro compiti ai sensi dell’art. 13 della direttiva CRD o dell’art. 9 della direttiva MiFID³⁰²; *e)* richiedere all’organo di amministrazione dell’ente di preparare un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con i creditori; *f)* richiedere cambiamenti nella strategia aziendale dell’ente; *g)* richiedere cambiamenti alle strutture giuridiche o operative dell’ente; *h)* acquisire informazioni necessarie e svolgere ispezioni nei locali dell’ente.

Come chiaramente emerge dal dato letterale della formulazione, l’art. 27, lett. *d)*, della BRRD introduce un potere di “*quasi-removal*”, che consiste nel *richiedere* la rimozione o la sostituzione di uno o più membri dell’organo di amministrazione. In altri termini, tale potere in capo all’autorità di vigilanza implica la *mera richiesta* di rimozione, senza possibilità alcuna di procedere *direttamente* a tal fine.

Pertanto, tale formulazione si inserisce nella più ampia prerogativa di *moral suasion* da parte dell’autorità nei confronti dell’ente, senza che quest’ultimo sia formalmente vincolato dalla richiesta della prima.

³⁰¹ Si veda l’art. 27 della direttiva BRRD: “*Qualora un ente violi o, a causa tra l’altro di un rapido deterioramento della situazione finanziaria, del peggioramento della situazione di liquidità, del rapido aumento dei livelli di leva finanziaria, dei crediti in sofferenza o della concentrazione di esposizioni, [...] rischi di violare nel prossimo futuro i requisiti del regolamento (UE) n. 575/2013, della direttiva 2013/36/UE, del titolo II della direttiva 2014/65/UE o di uno degli articoli da 3 a 7, da 14 a 17, e 24, 25 e 26 del regolamento (UE) n. 600/2014, gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti dispongano, fatte salve le misure di cui all’articolo 104 della direttiva 2013/36/UE ove applicabili, almeno delle misure seguenti [...]”.*

³⁰² L’art. 13 della CRD richiede la presenza di almeno due persone per dirigere l’ente e che i soggetti soddisfino i requisiti dell’art. 91, par. 1 della stessa direttiva, volta a garantire requisiti di onorabilità, di conoscenza ed esperienza, oltre che di adeguato *time commitment* (par. 2) e di agire con onestà, integrità e indipendenza di spirito (par. 8). D’altro canto, l’art. 9 della MiFID richiede che i membri dell’organo di gestione rispettino i requisiti degli artt. 88 e 91 della CDR: l’art. 88 prevede la separatezza delle funzioni nell’organizzazione e la prevenzione dei conflitti di interesse.

Successivamente, l'art. 28 della BRRD introduce il più invasivo potere di *removal strictu sensu*, stabilendo quanto segue:

“Qualora si verifichi un significativo deterioramento della situazione finanziaria di un ente oppure vi siano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto dell'ente o gravi irregolarità amministrative, e se le altre misure attuate in conformità dell'articolo 27 non siano sufficienti ad invertire tale processo, gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti possano esigere la rimozione dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione dell'ente, nella sua totalità o per quanto riguarda singole persone. La nomina della nuova alta dirigenza o dell'organo di amministrazione è eseguita conformemente al diritto nazionale e dell'Unione ed è soggetta all'approvazione o al consenso dell'autorità competente”.

Stando a tale formulazione, appare chiaro che siffatta fattispecie di *removal* europeo assume natura *restrittiva e residuale*.

Da un lato, difatti, si richiede alternativamente il requisito della significatività (qualora il presupposto di esercizio del potere sia il deterioramento della situazione finanziaria dell'ente) o della gravità (qualora il presupposto di esercizio del potere siano le violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto dell'ente o le irregolarità amministrative). Ciò a differenza dell'art. 27, il quale non richiede i requisiti della significatività o della gravità a fini applicativi. Inoltre, mentre l'art. 28 risulta applicabile *a fatto accaduto* – sia esso il deterioramento della situazione finanziaria ovvero la violazione di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto dell'ente ovvero l'irregolarità amministrativa – l'art. 27 risulta applicabile anche in caso di mero *rischio* del fatto – ossia, come già anticipato, la violazione dei requisiti patrimoniali CRR, CRD, MiFID e MiFIR.

In altri termini, mentre il ricorso al potere di *quasi-removal ex art. 27* della BRRD può fondarsi non solo su una valutazione *diagnostica* (in riferimento ad una violazione già avvenuta), bensì anche su una valutazione *prognostica* (in riferimento ad una violazione che potrà ragionevolmente avvenire nel prossimo futuro), il potere di *removal strictu sensu* ai sensi dell'art. 28 della BRRD può fondarsi esclusivamente su una valutazione *diagnostica* (in riferimento ad una violazione già avvenuta).

Dall'altro, ai fini del possibile esperimento del *removal strictu sensu*, occorre che le altre misure previste dall'art. 27 della direttiva risultino *inefficaci* (i.e., sub-ottimali) per il caso concreto. Da ciò discende che: (i) le misure di intervento precoce previste dall'art. 27 della BRRD, tra cui anche il potere di *quasi-removal*, sono di applicazione generale; e, viceversa; (ii) il potere di *removal strictu sensu* previsto dall'art. 28 della BRRD è di applicazione residuale, ossia da esercitare *solo ed esclusivamente* nei casi di inadeguatezza delle misure *ex art. 27* della BRRD per il caso concreto.

Di conseguenza, come si vedrà meglio in seguito, tra il potere di *quasi-removal* ai sensi dell'art. 27 della BRRD ed il potere di *removal strictu sensu* ai sensi dell'art. 28 della BRRD sussiste un rapporto di *gradualità vincolata*: data la generale ottimalità dei poteri previsti dall'art. 27 per affrontare in linea teorica la fase di crisi ovvero di rischio di crisi, l'art. 28 è attivabile solo in caso di sub-ottimalità dell'art. 27 della BRRD nel caso concreto.

Ciò premesso, appare ora opportuno esaminare i dati quantitativi in riferimento all'applicazione del *removal* in Europa e trarre – secondo il metodo utilizzato per l'analisi sul *removal* statunitense – le relative conclusioni di carattere sistematico.

Tale analisi quantitativa si basa sulla Relazione riguardante l'applicazione delle misure di intervento precoce, pubblicata dall'Autorità bancaria europea (ABE) il 27 maggio 2021, la quale ha evidenziato le principali sfide nell'applicazione dell'attuale quadro normativo sulle misure di intervento precoce e le varie opzioni per affrontarle.

Nello specifico, al fine di elaborare un'indagine quantitativa adeguata in materia di *removal* comunitario, occorre considerare i tre seguenti aspetti:

- (i) *Probabilità di violazione dei requisiti regolamentari*: difatti, come poc'anzi esaminato, le misure di intervento precoce ai sensi dell'art. 27 della BRRD sono attivabili tanto nel caso di violazione quanto nel caso di *rischio* di violazione dei pertinenti requisiti patrimoniali previsti dalle discipline CRR, CRD, MiFID e MiFIR. Pertanto, il ricorso al potere di *quasi-removal ex art. 27* della BRRD può fondarsi non solo su una valutazione *diagnostica* (in riferimento ad una violazione *già avvenuta*), bensì – a differenza del potere di *removal strictu sensu* ai sensi dell'art. 28 – anche su una valutazione *prognostica* (in riferimento ad una violazione che *potrà ragionevolmente avvenire nel prossimo futuro*);
- (ii) *Falsa positività*: essa si verifica allorquando, in presenza un'anomalia degli indicatori finanziari e non-finanziari dell'ente – la quale costituisce in linea teorica un sintomo di violazione attuale o potenziale dei pertinenti requisiti regolamentari – a seguito di ulteriori indagini si conclude viceversa che: (a) tali requisiti non sono stati violati né saranno ragionevolmente violati nel prossimo futuro; e che, dunque (b) non sussistono nel caso concreto i presupposti di applicazione delle misure di intervento precoce;
- (iii) *Falsa negatività*: essa si verifica allorquando, in assenza di un'anomalia degli indicatori finanziari e non-finanziari dell'ente – la quale assenza costituisce in linea teorica un sintomo

di conformità ai pertinenti requisiti regolamentari – a seguito di ulteriori indagini si conclude viceversa che: (a) tali requisiti sono stati violati ovvero saranno ragionevolmente violati nel prossimo futuro; e che, dunque (b) sussistono nel caso concreto i presupposti di applicazione delle misure di intervento precoce.

Una volta accertata l'eventuale sussistenza nel caso concreto dei presupposti di applicazione delle misure di intervento precoce, l'autorità competente è chiamata a valutare: (i) l'effettiva *opportunità* di ricorrere a tali misure; e, in caso affermativo (ii) la misura di intervento precoce *maggiormente appropriata* (i.e., ottimale) per il caso concreto. In altri termini, quand'anche sussistano i presupposti di applicazione di tali misure, l'autorità *non è obbligata a ricorrervi*, potendo ritenere di intervenire con le misure di vigilanza previste dall'art. 104 della CRD, dell'art. 16, par. 2, del SSMR ovvero dell'art. 49 della IFD³⁰³.

Difatti, come rilevato dalla seguente Tabella n. 3³⁰⁴, le misure di intervento precoce (“*early intervention measures*” o “EIMs”) previste dall'art. 27 della BRRD si sovrappongono – *senza sostituirsi* – ai poteri di vigilanza disponibili ai sensi dell'art. 104 della CRD, dell'art. 16, par. 2, del SSMR ovvero dell'art. 49 della IFD, nello specifico in materia di: (i) esame della situazione finanziaria da parte dell'organo di gestione; (ii) *rimozione dei dirigenti che non soddisfano più i criteri di idoneità*; e (iii) modifiche della strategia aziendale e della struttura operativa dell'ente.

³⁰³ Direttiva (UE) 2019/2034 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativa alla vigilanza prudenziale sulle imprese di investimento e recante modifica delle direttive 2002/87/CE, 2009/65/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE e 2014/65/UE.

³⁰⁴ AUTORITÀ BANCARIA EUROPEA, *Relazione sull'applicazione delle misure di intervento precoce nell'Unione europea ai sensi degli articoli 27-29 BRRD*, 27 maggio 2021.

Table 3: Overlap between EIMs and other supervisory powers

EIMs	Supervisory powers	
Article 27(1) BRRD	Article 104(1) CRD	Article 16(2) SSMR
(b) require management to examine the situation, identify measures to overcome any problems identified and draw up an action programme to overcome those problems and a timetable for its implementation;	(c) require institutions to submit a plan to restore compliance with supervisory requirements pursuant to CRD and CRR and set a deadline for its implementation, including improvements to that plan regarding scope and deadline;	(c) require institutions to present a plan to restore compliance with supervisory requirements pursuant to the acts referred to in the first subparagraph of Article 4(3) and set a deadline for its implementation, including improvements to that plan regarding scope and deadline;
(d) require one or more members of the management body or senior management ¹⁰ to be removed or replaced if those persons are found unfit to perform their duties pursuant to Article 13 CRD or Article 9 of Directive 2014/65/EU;	<i>Although not mentioned in Article 104 CRD, a similar supervisory power is included in Article 91(1) CRD which allows the competent authority to remove members of the management body of the institution where they do not fulfil the requirements set out in this paragraph.</i>	(m) remove at any time members from the management body of credit institutions who do not fulfil the requirements set out in the acts referred to in the first subparagraph of Article 4(3).
(f) require changes to the institution's business strategy; (g) require changes to the legal or operational structures of the institution ¹¹ ;	(e) restrict or limit the business, operations or network of institutions or to request the divestment of activities that pose excessive risks to the soundness of an institution; (f) require the reduction of the risk inherent in the activities, products and systems of institutions, including outsourced activities;	(e) restrict or limit the business, operations or network of institutions or to request the divestment of activities that pose excessive risks to the soundness of an institution; (f) require the reduction of the risk inherent in the activities, products and systems of institutions;

2.2.1. (segue): L'analisi statistica delle misure di intervento precoce in Europa

L'indagine condotta dall'Autorità bancaria europea nel 2021 ha richiesto alle autorità competenti dei singoli Stati membri di fornire un'analisi statistico-quantitativa sul numero complessivo di misure di intervento precoce applicate nelle rispettive giurisdizioni, a partire dall'entrata in vigore della BRRD.

Come mostrato nella seguente Figura n. 7³⁰⁵, il ricorso a tali misure all'interno dell'eurozona risulta di scarsa frequenza. Nello specifico, a partire dall'entrata in vigore della BRRD, la loro applicazione da parte delle autorità nazionali competenti (*Competent Authorities* o "CAs") si è registrata *soltanto in nove giurisdizioni europee*.

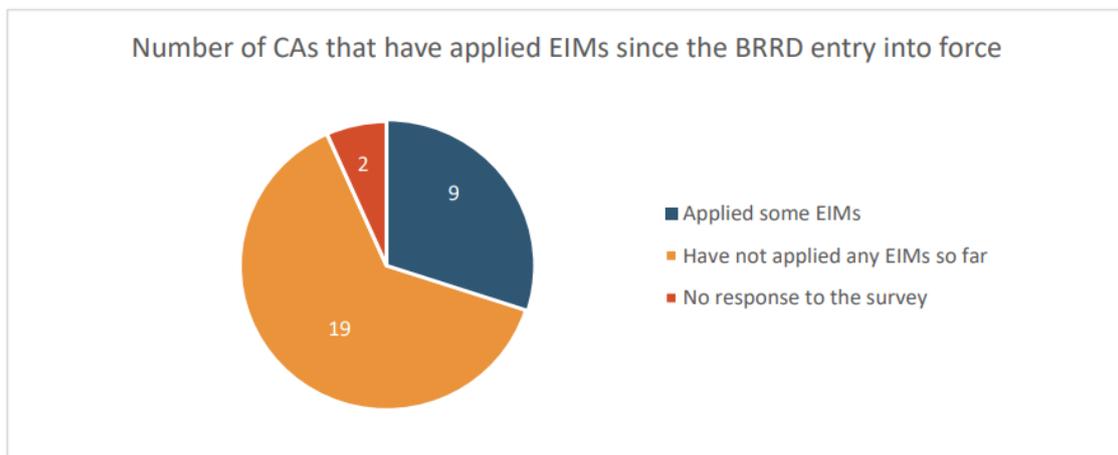


Figure 7: Application of EIMs

In tutti i restanti Stati membri, le rispettive autorità nazionali competenti hanno invece privilegiato il ricorso ai poteri di vigilanza disponibili ai sensi dell'art. 104 della CRD o dell'art. 49 della IFD. Difatti, come poc'anzi anticipato e come verrà successivamente trattato in maniera più approfondita, le misure di intervento precoce previste dall'art. 27 della BRRD – la cui applicazione, come si è chiarito, non costituisce un obbligo in capo all'autorità competente – sono andate a sovrapporsi, *senza sostituirsi*, a tali poteri di vigilanza.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 18.

Da ciò deriva un ampio ventaglio di misure alternative a disposizione delle autorità nazionali, alle quali rispettivamente compete una valutazione discrezionale nel merito ed eventualmente – come appunto si è registrato nella larga maggioranza delle giurisdizioni europee fino ad oggi – una scelta a favore dei poteri di vigilanza ai sensi dell’art. 104 della CRD o dell’art. 49 della IFD in luogo delle misure di intervento precoce.

Alla luce dell’evidenza statistica riportata, lo scarso utilizzo delle misure di intervento precoce rispetto ai poteri di vigilanza tradizionali deriva da sei ragioni fondamentali, di cui le prime cinque di carattere *sostanziale-strutturale* e la sesta di carattere *procedurale*.

Anzitutto, tali misure rappresentano ancora un “inedito” potere di intervento per gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, essendo la BRRD entrata in vigore in epoca relativamente recente³⁰⁶ (a differenza del *Banking Act* negli Stati Uniti, il quale ha introdotto il *removal* tra gli *administrative enforcement orders* il secolo scorso, nel 1933).

Inoltre, le autorità competenti di alcuni Stati membri non hanno mai proceduto all’applicazione di tali misure, dal momento che gli enti rispettivamente coinvolti si erano impegnati a mitigare immediatamente gli effetti del dissesto attuale o potenziale³⁰⁷, nello specifico mediante:

- a) rilevante supporto prestato dalla società controllante o dagli azionisti;
- b) adeguato aumento di capitale;
- c) comprovata intenzione di aderire o comprovata adesione al sistema di tutela istituzionale (IPS);
- d) attuazione o comprovata pianificazione di un processo di fusione con altro istituto di credito;
- e) comprovato piano di ricapitalizzazione.

La terza ragione dello scarso utilizzo delle misure di intervento precoce nelle giurisdizioni europee è rappresentata dalla funzione di *moral suasion* che tali misure hanno finora esercitato con successo nella larga maggioranza degli Stati membri³⁰⁸.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 19: “The fact that EIMs are relatively new compared to the CRD supervisory powers might explain to some extent why they have been less frequently used”.

³⁰⁷ *Ibidem*: “The EBA also noticed that some competent authorities had decided not to apply EIMs in situations where credit institutions had been in the process of applying other mitigating measures or submitted a plan to do so”.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 20: “Finally, some competent authorities considered available EIMs/supervisory powers, taking into account their confidence that credit institutions would respond appropriately to the supervisory requests without actually using these powers”.

La quarta ragione consiste nell'applicazione *restrittiva-residuale* di alcune di tali misure, in conformità alle norme nazionali, a favore del ricorso in via *generale* ai tradizionali poteri di vigilanza. Nello specifico, l'art. 29 della BRRD – in materia di nomina di uno o più amministratori temporanei in sostituzione temporanea ovvero in affiancamento temporaneo all'organo di amministrazione dell'ente – può essere applicato *solo ed esclusivamente* in caso di inadeguatezza dei poteri previsti dall'art. 104 della CRD per il caso concreto³⁰⁹.

La quinta ragione consiste nel *deficit* di impatto *immediato* delle misure di intervento precoce in termini di miglioramento *patrimoniale* dell'ente in dissesto. Difatti, a ben vedere, le misure ai sensi dell'art. 27, 28 e 29 della BRRD – tra cui anche il *quasi-removal* (art. 27, lett. e)) ed il *removal strictu sensu* (art. 28) – non implicano *di per sé* un'automatica ri-stabilizzazione dell'ente sotto i profili della liquidità e del capitale³¹⁰.

La sesta ragione – di carattere procedurale – è rappresentata dalla pressoché pacifica qualificazione delle misure di intervento precoce come misure *amministrative*, la cui procedura di adozione risulta talvolta incompatibile – in termini di tempistiche e di eventuali contestazioni in sede giurisdizionale – con la necessità di scongiurare *immediatamente* il deterioramento della crisi³¹¹.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 23: “According to national rules, in one Member State, Article 104 CRD has to be applied before appointing a temporary administrator or a trustee, and the competent authority must apply a certain sequence of powers (i.e., recommendations and in case the bank fails to comply with them, also written warning) before using stricter tools, under Article 29(1) BRRD”.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 24: “The EIMs listed in Article 27 BRRD are measures that are unlikely to result in an immediate improvement in the capital/liquidity position of an institution. As a result, the effectiveness of the measures is called into question”.

³¹¹ *Ibidem*: “The application of the EIMs might be considered an administrative decision, which implies that in that Member State, it must be passed onto the institution for comments (e.g. at least a few days before it becomes effective), unless urgency aspects are considered. The timelines required under EIMs (e.g. the right to be heard) may not always be possible given the deteriorating situation of the institution.

EIMs might be less effective in systemic or fast-moving crises that are accompanied by a severe liquidity crisis, as their application usually takes up much precious time and/or provides opportunity for a non-cooperative institution to challenge many EIMs in order to impede the implementation of supervisory actions [...].

National regulatory requirements for gaining final approval to apply EIMs may delay and impede the procedure, which is aimed at early prevention of a weakness developing further into a threat to the soundness of the institution”.

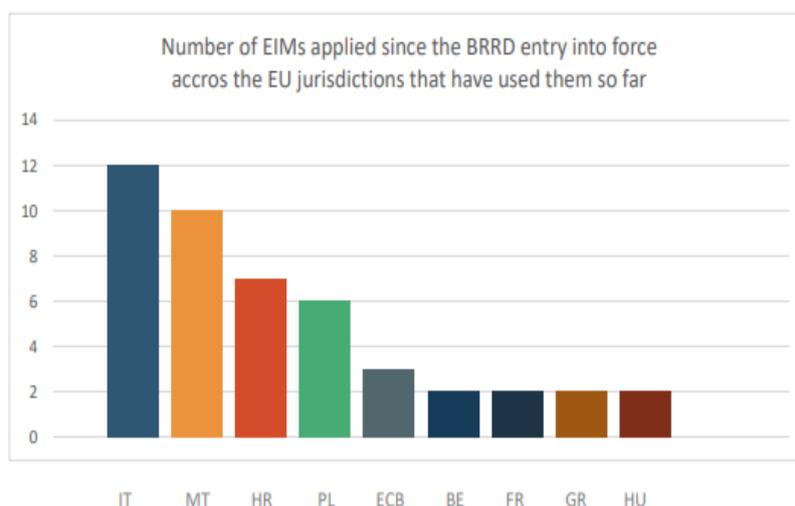


Figure 8: Total number of EIMs applied in various jurisdictions since the BRRD entry into force

Come si evince dalla Figura n. 8 di cui sopra³¹² – in materia di scarso utilizzo delle misure di intervento precoce dall’entrata in vigore della BRRD – *il nostro Paese ha riscontrato l’applicazione maggiore di tali misure* (12 interventi) rispetto alle altre giurisdizioni. Al secondo posto si colloca Malta (10 interventi), seguita da Croazia (7 interventi) e Polonia (6 interventi). Seguono *ex aequo* Belgio, Francia, Germania ed Ungheria – ciascuno con un ammontare di soli 2 interventi.

Tali numeri evidenziano, ancora più chiaramente, le patologie strutturali presenti nell’attuale disciplina delle misure di intervento precoce, proprio alla luce del ricorso pressoché inesistente a tali poteri da parte degli Stati membri. A tal proposito, anche la Banca Centrale europea ha utilizzato assai raramente siffatte misure: difatti, come emerge dal Grafico, ciò è accaduto soltanto 6 volte dall’entrata in vigore della BRRD.

2.3. Il removal in Italia oggi

Al fine di elaborare specifici approfondimenti in merito all’esercizio del potere di *removal* nel nostro Paese, appare opportuno ripercorrere sinteticamente – nella misura del possibile – le due principali fattispecie attualmente previste nel nostro ordinamento nazionale.

³¹² *Ibidem*, p. 18.

Come in buona parte già rilevato, il potere di *removal* è stato introdotto in Italia con il d. lgs. n. 72/2015 ed il d.lgs. n. 181/2015³¹³.

Col d. lgs. n. 72/2015, si è introdotto l'attuale art. 53-*bis*, lett. *e*), nel Titolo III, del TUB, in materia di rimozione di uno o più esponenti aziendali in caso di pregiudizio – attuale o potenziale – per la sana e prudente gestione della banca. L'art. 67-*ter* disciplina il medesimo potere con riferimento ai *gruppi bancari*. Tale forma di rimozione non viene disposta se vi siano i presupposti per pronunciare la decadenza, salvo nei casi di urgenza di provvedere.

Tale prima fattispecie configura un potere di *removal individuale-selettivo* (rimozione di *uno o più* esponenti aziendali), il cui esercizio in tanto risulta ampiamente discrezionale in quanto richiede l'interpretazione caso per caso di una *clausola generale*, costituita dal pregiudizio alla “*sana e prudente gestione*”. Come già rilevato in precedenza, tale fattispecie concerne l'organo amministrativo e l'organo di controllo. Giova al riguardo richiamare l'art. 26 del TUB, il quale definisce come “esponenti aziendali” i soggetti titolari di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca, una società finanziaria capogruppo o un intermediario vigilato. Tale definizione comprende nel sistema di amministrazione tradizionale gli amministratori e sindaci (effettivi e supplenti); nel sistema dualistico i componenti del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione; nel sistema monistico, gli amministratori e i componenti del comitato per il controllo sulla gestione. La definizione include, peraltro, il direttore generale e chi svolge cariche comportanti l'esercizio di funzioni equivalenti a quella di direttore generale.

Nello specifico, in dottrina ci si è interrogati se il potere di rimuovere uno “*o più*” esponenti aziendali includa l'ipotesi di rimozione di *tutti* gli esponenti dell'organo amministrativo e, *contestualmente*, di *tutti* gli esponenti dell'organo di controllo: in linea generale, difatti, l'espressione “uno o più” includerebbe anche la *totalità assoluta*. Tuttavia, esigenze di carattere sistematico impongono di escludere tale ipotesi, la quale si realizza invece con la rimozione *totale-complexiva*, specificamente disciplinata. Pertanto, si ritiene che la rimozione individuale-selettiva includa l'ipotesi di rimozione di *tutti* gli esponenti *di un unico organo (totalità relativa)*, sia esso quello amministrativo *ovvero* quello di controllo (*grado più elevato della rimozione individuale-selettiva*)³¹⁴.

³¹³ Con riguardo a tale fase di recepimento, si veda P. CARRIÈRE, *Crisi bancaria e bail-in: prime noterelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD*, in *dirittobancario.it*, 2016; V. LEMMA, «La nuova procedura di risoluzione: indicazioni per una insolvenza obbligatoria»; in *Riv. trim. dir. ec.*, 2016, II, p. 24.

³¹⁴ Al riguardo, si veda F. ANNUNZIATA, *op. cit.*, p. 530: “*Fermo quanto precede, ci si deve chiedere se il provvedimento di cui si discute potrà riguardare anche tutti gli esponenti aziendali. La formula ‘uno o più’ potrebbe, in proposito, lasciar pensare ad una risposta affermativa: uno o più comprende, infatti, anche la totalità degli esponenti. Tuttavia, tale conclusione non pare del tutto condivisibile sul piano sistematico, posto che la rimozione ‘collettiva’ degli esponenti è disciplinata in via specifica. Sembra, dunque, che la soluzione preferibile debba essere negativa. Non si ritiene, invece,*

Con il d.lgs. n. 181/2015, si sono introdotti in combinato disposto gli attuali artt. 69-*vicies-semel* e 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. *b*), nel Titolo IV del TUB, in materia di rimozione di *tutti* i componenti *sia* dell'organo di amministrazione *sia* dell'organo di controllo della banca o del gruppo bancario.

Tale seconda fattispecie configura un potere di *removal totale-complexivo* (rimozione di *tutti* i componenti dell'organo amministrativo e, *contestualmente*, di *tutti* i componenti dell'organo di controllo), il cui esercizio in tanto risulta *aggravato-rafforzato* in quanto richiede: (*a*) la *significatività* del deterioramento della situazione finanziaria; ovvero (*b*) la *gravità* delle violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto, da un lato, ovvero delle irregolarità amministrative, dall'altro.

A tal proposito, appare opportuno ribadire che anche la *più invasiva* misura dell'amministrazione straordinaria può essere disposta al ricorrere di tali presupposti aggravati-rafforzati³¹⁵, ma essa può scattare *anche in altre ipotesi*, di cui all'art. 70 del TUB, ossia nei casi di: (*a*) gravi perdite del patrimonio; ovvero (*b*) richiesta di scioglimento degli organi con istanza motivata da parte degli organi amministrativi o dall'assemblea straordinaria.

In aggiunta, l'esercizio del *removal totale-complexivo* in tanto risulta *negativo-residuale* in quanto presuppone l'inadeguatezza (*i.e.*, sub-ottimalità) per il caso concreto:

- sia degli interventi indicati dall'art. 69-*vicies-semel*, lett. *a*) – che rinvia a sua volta all'art. 69-*novesdecies* – ossia i seguenti: la richiesta di dare attuazione, anche parziale, al piano di risanamento adottato, o di preparare un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni creditori secondo il piano di risanamento, ove applicabile, o di modificare la propria forma societaria; la richiesta dell'aggiornamento del piano di risanamento quando le condizioni che hanno condotto all'intervento precoce divergono rispetto alle ipotesi

che ostino ragioni a ritenere che il provvedimento di rimozione possa riguardare, nel caso di specie, la totalità di uno soltanto degli organi societari e/o di un certo numero degli altri: ad esempio, tutti gli amministratori, tutti i componenti del Consiglio di sorveglianza, e/o la totalità dei componenti di uno degli organi e 'uno o più' (ma non tutti) degli esponenti dell'altro (ad esempio, tutti i sindaci, e la maggioranza degli amministratori)".

³¹⁵ Al riguardo, con riferimento alla parziale coincidenza dei presupposti tra rimozione ed amministrazione straordinaria, si veda A. CASTIELLO D'ANTONIO, «L'amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro normativo. Profili sistematici», in AGE, 2016, n. 2, pp. 557 ss., secondo il quale la discrezionalità dell'Autorità di vigilanza, nella scelta tra rimozione ed amministrazione straordinaria, troverebbe un limite nell'onere di motivazione gravante sulla Banca d'Italia, dovendo quest'ultima dare conto "non già soltanto delle ragioni intrinseche alla scelta effettuata ma anche, e soprattutto, dei motivi della reputata inadeguatezza di ogni altra alternativa potenzialmente praticabile".

contemplate nel piano; la fissazione di un termine per l'attuazione del piano e l'eliminazione delle cause che formano presupposto dell'intervento precoce;

- sia degli stessi artt. 53-bis e 67-ter, ossia della rimozione *individuale-selettiva* dei singoli esponenti aziendali, in caso di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca (art. 53-bis) o del gruppo bancario (art. 67-ter). Pertanto, tra l'art. 69-vicies-semel, da un lato, e gli artt. 53-bis e 67-ter, dall'altro, sussiste un rapporto di *gradualità vincolata*, equivalente a quello sussistente tra l'art. 28 e l'art. 27 della BRRD: il primo risulta applicabile *solo in caso di inidoneità* del secondo.

A tal proposito, “*sebbene occorra che si realizzi la situazione di maggiore gravità sopra accennata affinché sia possibile ricorrere alla rimozione ‘generale’ [significatività del deterioramento della situazione finanziaria; gravità delle violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto; gravità delle irregolarità amministrative], il verificarsi di questa eventualità resta una condizione necessaria, ma non sufficiente. Affinché si possa ricorrere alla soluzione massimamente estrema occorrerà anche che la rimozione singolare, ove attuata, non sia di per sé sufficiente al fine di ‘porre rimedio’ [...]*”³¹⁶.

Pertanto, appare opportuno ribadire che, al verificarsi dei presupposti per la rimozione totale-complessiva di cui all'art. 69-vicies-semel, la Banca d'Italia potrà *comunque* ricorrere alla rimozione più “mite”, quella *individuale-selettiva* di cui all'art. 53-bis, qualora quest'ultima misura sia *sufficiente* a ripristinare condizioni di sana e prudente gestione.

Tale seconda fattispecie di rimozione – rappresentata appunto dall'art. 69-vicies-semel in combinato disposto con l'art. 69-octiesdecies, comma 1, lett. b) – concerne l'organo amministrativo, l'organo di controllo e – a differenza della rimozione *individuale-selettiva ex art. 53-bis* – *anche l'alta dirigenza*.

Difatti, ai sensi dell'art. 69-vicies-semel, comma 3, ricorrendo i medesimi presupposti aggravati-rafforzati, si prevede la (inedita) possibilità per la Banca d'Italia di ordinare la rimozione di uno o più componenti dell'*alta dirigenza* – ossia “*il direttore generale, i vice direttori generali e le altre cariche ad esse assimilate, i responsabili delle principali aree di affari e coloro che*

³¹⁶ A. BLANDINI, op. cit., p. 36.

rispondono direttamente all'organo amministrativo" (art. 69-bis) – nonché, in qualsiasi momento, di disporre l'amministrazione straordinaria (comma 5).

A tal proposito, come già rilevato, appare opportuno ricordare che: (i) per “*cariche ad esse assimilate*” si intendono, ad esempio: il co-direttore generale; ovvero il direttore generale o vice direttore generale “*facente funzioni*” o ancora il direttore generale o il vice direttore generale “*vicario*”; (ii) per “*responsabili delle principali aree di affari*” si intendono, ad esempio, i responsabili dell'area commerciale ovvero dell'area finanziaria; e (iii) per “*coloro che rispondono direttamente all'organo amministrativo*” si intendono tutti i dipendenti legati a tale organo da un rapporto di dipendenza gerarchica.

Inoltre, appare opportuno ricordare che, con riferimento all'alta dirigenza, l'Autorità di vigilanza dispone del più “*mite*” potere di *ordinare* la rimozione, senza potervi procedere *direttamente*.

Come agevolmente intuibile da tale formulazione, nell'ambito del medesimo art. 69-*vicies-semel*, l'ordine di rimozione dell'alta dirigenza (comma 3) si configura come potere *individuale-selettivo* (ordine di rimozione di *uno o più* componenti dell'alta dirigenza), a differenza della rimozione degli organi amministrativo e di controllo (comma 1), la quale si configura appunto come potere *totale-complessivo* (rimozione di *tutti* i componenti dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo).

A tal proposito, appare opportuno precisare nuovamente che la rimozione di cui all'art. 69-*vicies-semel* concerne *sia* tutti i componenti dell'organo amministrativo *sia* tutti i componenti dell'organo di controllo (*totalità assoluta* quale *grado supremo* della rimozione). Viceversa, non risulta possibile ricorrere al potere di *removal totale-complessivo* per rimuovere tutti i componenti *di un unico organo (totalità relativa)*, sia esso quello amministrativo *ovvero* quello di controllo. Tale ultima ipotesi rientra invece, come poc'anzi rilevato, nella più mite fattispecie della rimozione *individuale-selettiva* (anche se ne rappresenta il grado più elevato).

Peraltro, l'ordine di rimozione *individuale-selettivo* dell'alta dirigenza non è da confondere con la rimozione egualmente *individuale-selettiva* degli esponenti ai sensi dell'art. 53-*bis*, dal momento che – al di là del diverso ambito applicativo soggettivo (alta dirigenza da un lato, esponenti aziendali dall'altro) – la prima misura, come poc'anzi anticipato, risulta applicabile al ricorrere degli *stessi* presupposti previsti *per la rimozione totale-complessiva*.

Come in parte anticipato in precedenza, in materia di interrelazione complessiva tra l'art. 53-*bis*, da un lato, e gli artt. 69-*vicies-semel* e 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. *b*), dall'altro, risulta

difficilmente identificabile una diversità *sostanziale* tra le condotte che incidono sulla “*sana e prudente gestione*” (presupposto di applicazione del *removal* individuale-selettivo ai sensi dell’art. 53-bis), e le “*gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie*” ovvero le “*gravi irregolarità nell’amministrazione*” ovvero il “*significativo deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario*” (presupposti di applicazione del *removal* totale-complessivo ai sensi dell’art. 69-vicies-semel).

In altri termini, da un lato – secondo l’*id quod plerumque accidit* – un pregiudizio per la *sana e prudente gestione* dell’istituzione bancaria *complessivamente intesa* deriva perlopiù da una *grave* violazione legislativa, regolamentare o statutaria ovvero da una *grave* irregolarità amministrativa ovvero da un *significativo* deterioramento. D’altro canto, risulta pressoché impossibile che una *grave* violazione legislativa, regolamentare o statutaria ovvero una *grave* irregolarità amministrativa ovvero un *significativo* deterioramento lascino impregiudicata la *sana e prudente gestione* dell’istituzione bancaria.

Di conseguenza, in sede di valutazione dell’esercizio del *removal* individuale-selettivo ovvero del *più intenso removal* totale-complessivo, l’Autorità è chiamata ad utilizzare non già un criterio *causale* – basato cioè sui *presupposti* delle due misure, risultando questi *sostanzialmente equivalenti* – bensì un criterio *effettuale* – basato cioè sugli *effetti* delle due misure, risultando questi *sostanzialmente differenti*. Difatti, come poc’anzi anticipato, l’Autorità dovrà procedere *in ogni caso* al *removal* individuale-selettivo *qualora sufficiente, sul piano dell’efficacia sostanziale, per porre rimedio alla situazione*.

Pertanto, tra le due ipotesi di *removal* finora considerate – la individuale-selettiva e la totale-complessiva, *formalmente distinte* – sussiste *sul piano sostanziale* una relazione di equivalenza causale (*i.e.*, equivalenza dei presupposti applicativi); ai fini del ricorso all’una o all’altra misura, dunque, sarà necessario piuttosto prendere in esame la loro diversità effettuale (*i.e.*, diversità degli effetti).

2.4. *Le differenze tra il removal nazionale ed il removal comunitario*

Avendo ripercorso (nuovamente, ma in via necessaria) le principali fattispecie di *removal* presenti nel nostro ordinamento³¹⁷, occorre soffermarsi sulla diversità delle formulazioni letterali delle citate norme comunitarie e delle corrispondenti norme nazionali.

A tal proposito, come già ribadito in precedenza, l'art. 53-bis, comma 1, lett. e), del TUB, non recepisce alcuna norma comunitaria (e dunque neanche l'art. 67, comma 2, lett. d) della CRD, in materia di interdizione temporanea), intendendo piuttosto introdurre al livello nazionale il distinto potere di rimozione, *teoricamente* analogo a quello attribuito alla BCE dall'art. 16 del Regolamento SSM.

Tuttavia, come già rilevato, poiché il menzionato art. 53-bis è stato introdotto con il d. lgs. n. 72/2015 – decreto in ogni caso di adeguamento alla direttiva CRD – appare comunque utile coinvolgere in tale analisi anche il citato articolo di tale direttiva (art. 67, comma 2, lett. d)).

Difatti, da un lato, l'art. 67, comma 2, lett. d) della CRD, stabilisce che, tra le sanzioni amministrative e le altre misure amministrative applicabili per violazioni delle norme nazionali di attuazione della direttiva, sia inclusa anche “*l'interdizione temporanea dall'esercizio di funzioni in seno a enti a carico di un membro dell'organo di gestione dell'ente o di altre persone fisiche considerati responsabili*”.

D'altro canto, al livello comunitario il distinto potere di rimozione risulta attribuito alla BCE la quale, ai sensi dell'art. 16 del Regolamento SSM, può “*rimuovere in qualsiasi momento membri dell'organo di amministrazione degli enti creditizi che non soddisfano i requisiti previsti dagli atti di cui all'articolo 4, paragrafo 3, comma 1*”.

In via intermedia, l'art. 53-bis, comma 1, lett. e), del TUB, si riferisce alla rimozione dei (singoli) esponenti aziendali *quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione*.

Ponendo le tre norme appena citate a confronto, risulta evidente il diverso margine di discrezionalità ai fini della loro rispettiva applicazione.

³¹⁷ A ben vedere, un'ulteriore fattispecie di rimozione di esponenti aziendali presente nel nostro ordinamento è disciplinata dall'art. 112-bis, comma 7, del TUB, in materia di Organismo per la tenuta dell'elenco dei confidi, per le quali si rinvia ad E. BANI, Commento all'art. 112-bis, in *Commentario al t.u.b.*, a cura di F. Capriglione, 2018, II, pp. 1674 ss.

In particolare, l'art. 67, comma 2, lett. d) della CRD, si limita a menzionare l'interdizione temporanea tra le sanzioni amministrative applicabili a soggetti “*considerati responsabili*”, senza definire specificamente i presupposti di applicazione della misura interdittiva, configurando dunque un potere *causalmente indeterminato*.

D'altro lato, l'art. 16 del Regolamento SSM attribuisce alla BCE invece un potere *causalmente determinato*, subordinando l'esercizio del *removal* al mancato rispetto di requisiti comunque *predeterminati*, ossia quelli previsti dagli atti di cui all'art. 4, par. 3, comma 1, del medesimo Regolamento.

Il Legislatore nazionale ha scelto, rispetto a questi “due poli” (ossia tra l'*assenza* di presupposti applicativi del potere sanzionatorio di cui alla CRD e la *presenza* di presupposti applicativi del potere regolatorio di cui al Regolamento SSM), una soluzione intermedia. Difatti, il TUB prevede l'esercizio del *removal* dei (singoli) esponenti aziendali *ex art. 53-bis quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione*.

A tal proposito, la valutazione circa il pregiudizio per la sana e prudente gestione coinvolge un margine di discrezionalità *circoscritta* – essendo sì tale pregiudizio riscontrabile *solo in specifici casi di particolare gravità* – ma *non vincolata strictu sensu* – essendo tale valutazione non limitata alla mera verifica del rispetto di requisiti *tassativamente predeterminati*³¹⁸.

Un'ulteriore differenza riscontrabile tra la normativa comunitaria e la normativa nazionale riguarda l'ambito di applicazione soggettivo. Difatti, se da un lato la direttiva CRD prevede l'applicabilità dell'interdizione temporanea nei confronti di un membro dell'*organo di gestione* dell'ente o di altre persone fisiche considerati responsabili, il distinto potere di *removal ex art. 53-bis* del TUB si applica più ampiamente agli *esponenti aziendali*, definiti dall'art. 26 dello stesso TUB come soggetti che svolgono funzioni di *amministrazione, direzione e controllo*. In altri termini, secondo la formulazione letterale delle due disposizioni, mentre la direttiva si applicherebbe esclusivamente ai membri dell'organo di gestione, il TUB si applica *anche* ai membri dell'organo di controllo. Tuttavia, la stessa direttiva potrebbe includere anch'essa i membri dell'organo di controllo, menzionando “*le altre persone fisiche*” nel proprio ambito di applicazione³¹⁹.

³¹⁸ A tal proposito, si veda P. DE BIASI, op. cit., p. 76: “La differenza è evidente, osservando che la discrezionalità concessa dalla direttiva nell'interdizione temporanea si contrappone al rigore della rimozione prevista dal Regolamento a fronte del giudizio su un fatto specifico, ovvero il fatto che le persone coinvolte soddisfino o meno determinati requisiti. La regola italiana coniuga la durezza del regolamento con la discrezionalità della direttiva”.

³¹⁹ *Ibidem*: “Una seconda differenza è nella latitudine, forse maggiore, dei soggetti passivi, opponendosi come destinatari della misura, secondo la direttiva «un membro dell'organo di gestione dell'ente o ... altre persone fisiche considerati responsabili» agli esponenti aziendali, definiti dall'art. 26 TUB come i «soggetti che svolgono funzioni di

Inoltre, in materia di ambito territoriale di applicazione, l'art. 53-bis, lett. e) (rimozione individuale-selettiva), e gli artt. 69-*vicies-semel* e 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. b) (rimozione totale-complexiva), riguardano misure che la Banca d'Italia può adottare *esclusivamente* verso gli istituti di credito soggetti alla sua diretta vigilanza (*i.e.*, secondo quanto illustrato in precedenza, le banche meno significative). Viceversa, l'art. 16 del Regolamento SSM riguarda una misura di intervento che la BCE può adottare nei confronti di *qualunque* istituto di credito (significativo o meno) che rientri nell'ambito del SSM³²⁰.

2.5. Le differenze procedurali tra il removal individuale-selettivo ed il removal totale-complexivo

D'altro lato, occorre ricordare che una differenza sostanziale tra la formulazione dell'art. 69-*vicies-semel* (che, come illustrato in precedenza, disciplina il *removal* totale-complexivo) e quella dell'art. 53-*bis* (che, come illustrato in precedenza, disciplina il *removal* individuale-selettivo) è che nel primo caso i nuovi esponenti – una volta nominati dall'assemblea – devono essere *approvati* dalla Banca d'Italia. Secondo la lettera della legge, dunque, la nomina dei nuovi organi spetta in prima battuta alla stessa banca e all'Autorità di vigilanza spetta la mera approvazione *ex post*³²¹.

Sotto tale profilo, peraltro, emerge la differenza tra l'istituto del *removal* e i *ben più gravi* istituti dell'amministrazione straordinaria e dei commissari in temporaneo affiancamento. Difatti, in entrambe queste ipotesi – salvo il diverso grado di incisività dei due istituti – all'Autorità di vigilanza spetta direttamente la *nomina* dei nuovi organi, non già la mera approvazione *ex post*. A differenza del *removal* (totale-complexivo), dunque, sia l'amministrazione straordinaria sia il temporaneo

amministrazione, direzione e controllo presso [le] banche», anche se è vero che le 'altre persone fisiche' potrebbero corrispondere non solo ai dipendenti, ma ai membri degli organi di controllo».

³²⁰ Al riguardo, si veda A. BLANDINI, op. cit., p. 32: “Il Regolamento UE 1024/2013 del 15 ottobre 2013 ha espressamente individuato all'uopo, nell'ambito dei poteri di vigilanza attribuiti alla BCE dall'art. 16 (e riferiti in particolare alle banche *cd. significative*, ma applicabile anche alle altre banche), la possibilità di ‘rimuovere in qualsiasi momento membri dell'organo di amministrazione degli enti creditizi che non soddisfano i requisiti previsti dagli atti di cui all'art. 4, par. 3, co. 1’, ovvero da ‘tutto il pertinente diritto dell'Unione”.

³²¹ Sul punto, *ibidem*, p. 39: “Tutto ciò manifesta la chiara differenza che esiste tra questo istituto e i *ben più gravi* provvedimenti costituiti dall'amministrazione straordinaria e dai commissari in temporaneo affiancamento. In entrambe queste ipotesi, seppure con un diverso grado di incidenza nella vita della banca che ne è oggetto, la nomina è disposta direttamente dall'Autorità di vigilanza, e, in questi sensi, si dà corso ad una vera e propria gestione coattiva della banca stessa. Fenomeno indiscutibile ed evidente quanto all'amministrazione straordinaria; fattispecie meno incisivamente emergente, ma che pur può intravedersi, quanto ai commissari in temporaneo affiancamento, quantomeno con riferimento alle specifiche attribuzioni a questi conferite”.

affiancamento configurano un'ipotesi di *gestione coattiva* dell'istituzione bancaria. In sostanza, da un lato, all'esito della rimozione (totale-complessiva) si prevede la nomina dei nuovi amministratori e sindaci secondo procedimenti *endo-societari*³²². Dall'altro, all'esito sia dell'amministrazione straordinaria sia del temporaneo affiancamento si prevede la nomina dei nuovi organi secondo procedimenti *eso-societari*. Sotto il profilo teleologico, nel caso della rimozione (totale-complessiva), la natura endo-societaria della nomina dei nuovi organi risulta giustificata dal carattere *definitivo* del relativo provvedimento: ad esso consegue *irrevocabilmente* la cessazione dall'incarico amministrativo o di controllo. D'altro canto, nel caso del temporaneo affiancamento – misura “più mite” rispetto all'amministrazione straordinaria – la natura eso-societaria della (eventuale) nomina dei nuovi organi risulta giustificata dal carattere *non definitivo* del relativo provvedimento: ad esso, infatti, può conseguire anche la cessazione dei commissari e la *permanenza degli originari amministratori* sino alla ordinaria scadenza³²³.

A tal proposito, appare utile ricordare che lo stesso art. 29 della BRRD – in materia di nomina di uno o più amministratori temporanei in sostituzione temporanea ovvero in affiancamento temporaneo all'organo di amministrazione dell'ente – costituisce una misura ultra-residuale, nella misura in cui può essere applicato *solo ed esclusivamente* in caso di inadeguatezza dell'art. 28 (e, *a fortiori*, anche dell'art. 27) per il caso concreto, segnatamente “*qualora la sostituzione dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione ai sensi dell'art. 28 sia ritenuta insufficiente da parte dell'autorità competente per porre rimedio alla situazione*”. Tale formulazione della stessa direttiva BRRD conferma, una volta di più, che non soltanto l'amministrazione straordinaria, *ma anche il temporaneo affiancamento*, costituiscono fattispecie più gravi della rimozione dell'organo amministrativo e di controllo³²⁴.

Sebbene, come anticipato, nel caso della rimozione (totale-complessiva) all'Autorità di vigilanza spetti il mero potere di approvazione *ex post* dei nuovi organi – e non già il più intrusivo potere di nomina, come nei casi dell'amministrazione straordinaria e del temporaneo affiancamento

³²² Al riguardo, L. STANGHELLINI, op. cit., p. 163

³²³ Sul punto, si veda A. BLANDINI, op. cit., pp. 39-40.

³²⁴ *Ibidem*, pp. 40-41: “*Queste considerazioni consentono di proporre una prima conclusione: il rapporto tra removal e commissari in temporaneo affiancamento – o addirittura tra removal e amministrazione straordinaria – milita normalmente nel senso di una maggiore gravità della seconda ipotesi rispetto alla prima, e, dunque, della necessità di una situazione più compromessa, nella quale l'affidamento all'assemblea – con i modi e i tempi necessari – della nomina dei nuovi organi non si presenti sufficiente per superare la situazione nella quale versa la Banca. In questi sensi, non occorrerà ragionare soltanto in termini di significatività delle violazioni o delle irregolarità – banalmente, meno gravi nel removal, più gravi nel temporaneo affiancamento, o, addirittura, nell'amministrazione straordinaria – ma anche in termini di individuazione del momento di efficacia e di decorrenza: la tempistica del removal non risulta altrettanto immediata come la nomina di commissari in temporaneo affiancamento o l'amministrazione straordinaria*”.

– tuttavia, *de facto*, l’approvazione “*realizza comunque una qualche ‘intrusività’ nella vita aziendale*”, anche se “*assolutamente necessaria stante la gravità della situazione che ha condotto alla rimozione*”³²⁵. Inoltre, parte della dottrina sostiene che, ai fini dell’approvazione, non risulta sufficiente la mera sussistenza dei presupposti formali per la nomina, bensì occorre anche la sussistenza delle qualità che risultavano assenti nei componenti rimossi³²⁶. Tale orientamento interpretativo concede dunque un maggiore margine di discrezionalità in capo alla Banca d’Italia, la quale tuttavia rimane vincolata all’obbligo di motivazione alla luce dei principi generali³²⁷.

Ampio dibattito dottrinale si è creato rispetto a come tale potere di approvazione attribuito all’Autorità incida sull’efficacia del provvedimento di *removal* (totale-complessivo) e sulla successiva sostituzione dei nuovi esponenti. La soluzione maggiormente condivisibile risulta quella per la quale nelle more del periodo tra la nomina dei nuovi esponenti da parte dell’assemblea e l’approvazione di questi da parte della Banca d’Italia, rimarranno in carica gli esponenti rimossi *coadiuvati da un commissario in temporaneo affiancamento* ai sensi dell’art. 75-bis del TUB. Secondo tale orientamento, dunque, il potere di approvazione attribuito all’Autorità ha natura *sospensiva*: in assenza di approvazione formale, i nuovi esponenti *non potranno entrare in carica*. Inoltre, in ottica di vigilanza positiva-costruttiva, la nomina di un commissario in temporaneo affiancamento è finalizzata ad evitare abusi da parte dell’assemblea, la quale – puntando a mantenere lo *status quo* – potrebbe intenzionalmente proporre candidati di cui prevede la mancata approvazione da parte dell’Autorità.

D’altro lato, secondo l’orientamento opposto, i nuovi esponenti assumerebbero le funzioni al momento della nomina, sostituendo *immediatamente* i predecessori rimossi, salvo successivo diniego (*i.e.*, mancata approvazione) da parte della Banca d’Italia. Secondo tale orientamento, dunque, il potere di approvazione attribuito all’Autorità ha natura *risolutiva*: in assenza di approvazione formale, i nuovi esponenti *entrano comunque in carica al momento della nomina con effetto immediato, salvo successiva decadenza per diniego della Banca d’Italia*.

Come già anticipato, la prima soluzione (natura sospensiva del potere di approvazione dell’Autorità) appare condivisibile *in quanto maggiormente conforme al principio di costruttività*

³²⁵ *Ibidem*, pp. 38-39.

³²⁶ *Ibidem*, p. 45. Al riguardo, si veda anche V. LEMMA, «*Messa in sicurezza del mercato bancario: problematica dei crediti deteriorati e resilienza degli intermediari*», in *Riv. trim. dir. ec.*, 3/2017 (supplemento), p. 157.

³²⁷ Difatti, la direttiva BRRD prevede un obbligo di motivazione esclusivamente in riferimento alla nomina di amministratore temporaneo (straordinario) e di un commissario in temporaneo affiancamento nell’atto di nomina (art. 29 della BRRD). Tuttavia, nel nostro ordinamento nazionale, tale norma deve ritenersi estesa altresì alle altre misure (art. 4, comma 3, del TUB).

positiva del sistema di vigilanza: difatti, in tal modo si garantisce la stabile continuità dell'organizzazione bancaria – anche attraverso la possibile nomina di un commissario in temporaneo affiancamento – dal momento che non sussiste alcun rischio di decadenza successiva dei nuovi esponenti, i quali in tanto entreranno in carica in quanto *precedentemente approvati*.

Viceversa, la seconda soluzione (natura risolutiva del potere di approvazione dell'Autorità) *pregiudica la costruttività positiva del sistema di vigilanza*: difatti, in tal modo non si garantisce la stabile continuità dell'organizzazione bancaria, dal momento che sussiste il rischio di decadenza successiva dei nuovi esponenti, i quali entreranno in carica *anche se non precedentemente approvati*³²⁸.

In altri termini, accogliendo tale ultima soluzione, l'organizzazione bancaria – reduce della rimozione totale della propria classe di esponenti – rischia di rimanere vittima di un secondo “terremoto” interno, nel caso di decadenza dei nuovi esponenti per diniego successivo dell'Autorità³²⁹.

Ciò dimostra inoltre che un sistema *positivo-costruttivo* di vigilanza bancaria è un sistema di *lungo periodo*. Difatti, riconoscendo la natura sospensiva (e non risolutiva) del potere di approvazione dei nuovi esponenti attribuito alla Banca d'Italia, si ammette – in attesa del riscontro positivo da parte dell'Autorità – la *prorogatio medio tempore* degli esponenti rimossi (anziché la loro esclusione immediata) – auspicabilmente coadiuvati da un commissario in temporaneo affiancamento – al fine

³²⁸ Tuttavia, tale scenario potrebbe non verificarsi quando, anche ammettendo la natura risolutiva del potere di approvazione dell'Autorità, quest'ultima possa ricorrere all'amministrazione straordinaria in caso di mancata approvazione. In tal senso, A. BLANDINI, op. cit., p. 46: “[...] in caso di mancata approvazione, che ovviamente dovrà essere motivata, contestualmente la Banca d'Italia potrà procedere con l'amministrazione straordinaria, che il comma immediatamente successivo puntualizza può essere disposta 'in ogni momento'. Tale approvazione costituisce invero la previsione peculiare della norma, delineando, unitamente al potere di convocazione, il momento di maggiore 'intrusività' rispetto alla rimozione individuale: ipotesi in cui, viceversa, non risulta previsto né l'uno né l'altro compito. Tuttavia, attesa, come si riferiva, la parziale comunanza dei presupposti addirittura con l'amministrazione straordinaria, e dunque la particolare gravità della situazione, per un verso, e la circostanza che con la rimozione integrale in realtà si vuole evitare, per le evidenti ripercussioni che può determinare sul mercato e per assicurare una continuità di governance, evidentemente ancora possibile l'assoggettamento della banca alla procedura di amministrazione straordinaria, un così rigoroso ed effettivo potere/dovere di incidere sulla scelta dei sostituti dei componenti revocati non può stupire”.

³²⁹ A tal proposito, si veda CENTRO STUDI AC GROUP, *Considerazioni sulla nuova disciplina della rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*, 2016, p. 4: “Diversamente, si dovrebbe ipotizzare l'immediata assunzione della carica da parte dei nuovi esponenti, salva la loro decadenza una volta intervenuto l'eventuale diniego da parte della Banca d'Italia: una soluzione, quest'ultima, che lascia evidentemente perplessi sia sul piano sistematico, sia sul piano delle conseguenze pratiche (anche se, sul piano pratico, è immaginabile che, prima della nomina assembleare, la società interessata cercherà di condividere, almeno per le vie brevi, con l'Autorità di vigilanza il profilo dei candidati)”.

però di evitare il rischio *pro futuro* di decadenza dei nuovi esponenti (anziché correre tale rischio consentendo a questi ultimi di entrare in carica in assenza di previa approvazione)³³⁰.

Viceversa, l'ammissione della natura risolutiva del potere di approvazione dei nuovi esponenti implica una politica di vigilanza di *breve periodo*: con lo scopo di “eliminare” immediatamente gli esponenti rimossi, si ammette la loro sostituzione con nuovi soggetti *non ancora approvati* ed il conseguente rischio *pro futuro* di decadenza di tali sostituenti in caso di diniego formale da parte dell'Autorità.

Una volta emesso, il provvedimento di *removal* deve essere (i) comunicato al legale rappresentante della banca e a tutti i destinatari; in ogni caso (ii) pubblicato per estratto nella Gazzetta Ufficiale (ai sensi dell'art. 70, comma 4, richiamato dall'art. 69-*vicies-semel*, comma 1); e (iii) iscritto nel registro delle imprese secondo le modalità previste dall'art. 2385, comma 3, per gli amministratori, e dall'art. 2400, comma 3, c.c. per i sindaci, entro trenta giorni dalla data di efficacia, per la rilevanza esterna del provvedimento.

In materia di rimozione totale-complessiva, l'art. 69-*vicies-semel*, comma 2, *disciplina direttamente la procedura applicabile a seguito del provvedimento*, disponendo che la Banca d'Italia procede anche alla convocazione dell'assemblea per il rinnovo degli organi sociali, al fine di evitare che la banca risulti paralizzata – per via della rimozione (totale-complessiva) – dalla mancanza di un organo legittimato alla convocazione. Pertanto, da un lato, la Banca d'Italia assume ruolo *vicario*, rispetto all'organo societario generalmente legittimato, ai fini della promozione della riunione assembleare. D'altro canto, tale Autorità dovrà espletare gli adempimenti di cui all'art. 2366 c.c., dalle norme speciali *e dallo statuto*.

In sostanza, dunque, la convocazione assembleare conseguente alla rimozione totale-complessiva risulta avviata su impulso *eso-societario* (i.e., su iniziativa dell'Autorità di vigilanza, in base a quanto *espressamente previsto dalla norma speciale*), ma si svolge operativamente secondo i meccanismi *endo-societari* (i.e., secondo quanto previsto, *inter alia*, dallo statuto della banca)³³¹.

³³⁰ In tal senso, si veda F. ANNUNZIATA, op. cit., p. 532: “La rimozione collettiva prenderà, dunque, effetto della data indicata nel provvedimento che potrà coincidere, o meno, con la data prevista per l'assemblea convocata dalla Banca d'Italia. In caso di mancata coincidenza delle due date (e, quindi, qualora la data di efficacia sia anteriore all'assemblea), nel periodo intercorrente tra la data individuata dalla Banca d'Italia e la data della ricostituzione degli organi ‘rimossi’ resteranno, dunque, in carica, in regime di prorogatio, con i relativi poteri, come ricavabili dalla disciplina comune”.

³³¹ Sul punto, L. DI BRINA, op. cit., pp. 113-114: “La presidenza dell'assemblea, così convocata, sarà assunta dalla persona designata dallo statuto (qualora non sia decaduta per effetto del provvedimento di rimozione) o da quella eletta con il voto della maggioranza dei presenti, a norma dell'art. 2371 c.c. In mancanza di una norma che, come stabilito dall'art. 2367, comma 3, c.c. (per l'ipotesi di convocazione ordinata dal tribunale), autorizzi la Banca d'Italia a designare la persona che deve presiedere l'assemblea, questa rimane sovrana nella scelta del presidente, secondo gli ordinari meccanismi collegiali”.

Diversamente, in materia di rimozione individuale-selettiva, l'art. 53-bis *nulla stabilisce riguardo la procedura applicabile a seguito del provvedimento*, rinviando *de facto* alla corrispondente disciplina societaria in materia di: (i) revoca di un membro del consiglio di amministrazione o del collegio sindacale (nel modello tradizionale); (ii) revoca di un membro del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza (nel duale); e (iii) revoca di un membro del comitato interno per il controllo (nel monistico).

In sostanza, dunque, l'intera procedura di sostituzione dell'esponente e di conseguente ricomposizione della compagine aziendale risulta avviato su impulso *endo-societario* (i.e., su iniziativa degli stessi organi interni, in base a quanto *generalmente previsto dalla disciplina societaria di diritto comune*) e si svolge operativamente secondo gli stessi meccanismi *endo-societari* (i.e., secondo quanto previsto dallo statuto della società)³³².

Per quanto riguarda gli effetti della rimozione, occorre distinguere se i destinatari del provvedimento siano gli amministratori o sindaci ovvero se siano i dipendenti. Difatti, in virtù di una interpretazione teleologica dell'istituto – volto a tutelare la sana e prudente gestione dell'istituzione bancaria – per la prima categoria la rimozione implica necessariamente “*togliere loro la possibilità di agire*”³³³. Difatti, la rimozione di *singoli* esponenti aziendali (come illustrato precedentemente, la rimozione individuale-selettiva) estingue in via (tendenzialmente) immediata *sia* il rapporto di preposizione organica *sia* il rapporto di lavoro autonomo o dipendente. In particolare, la rimozione degli amministratori comporta un effetto equivalente a quello della loro cessazione³³⁴, “*che prevede implicitamente l'efficacia immediata della revoca deliberata dall'assemblea o disposta dal giudice, essendo l'operatività della prorogatio limitata ai soli casi di rinuncia all'incarico o di scadenza*”

³³² Sul punto, F. ANNUNZIATA, op. cit., p. 529: “*La disciplina ‘speciale’ nulla stabilisce riguardo alla struttura del provvedimento, o ai suoi effetti, a differenza di quanto previsto per il caso della rimozione collettiva. In generale, quindi, troverà applicazione la disciplina societaria di diritto comune, dovendosi allora prevedere diversamente a seconda che la rimozione riguardi un membro del Consiglio di amministrazione, o del collegio sindacale (nel modello tradizionale), del Consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione (nel duale) o, ancora, nel modello monistico, del comitato interno per il controllo. Il meccanismo di sostituzione dell'esponente rimosso sarà, altresì, governato dai meccanismi statuari [...]. Le conseguenze della rimozione saranno, altresì, diverse a seconda che il provvedimento riguardi un singolo esponente, ovvero più esponenti, o la maggioranza degli stessi*”.

³³³ P. DE BIASI, op. cit., p. 76, affermando che tale effetto consegue indipendentemente se il destinatario del provvedimento di *removal* sia un amministratore o un sindaco.

³³⁴ Si veda l'art. 2385 c.c.: “*L'amministratore che rinuncia all'ufficio deve darne comunicazione scritta al consiglio d'amministrazione e al presidente del collegio sindacale. La rinuncia ha effetto immediato, se rimane in carica la maggioranza del consiglio di amministrazione, o, in caso contrario, dal momento in cui la maggioranza del consiglio si è ricostituita in seguito all'accettazione dei nuovi amministratori.*

La cessazione degli amministratori per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il consiglio di amministrazione è stato ricostituito.

La cessazione degli amministratori dall'ufficio per qualsiasi causa deve essere iscritta entro trenta giorni nel registro delle imprese a cura del collegio sindacale”.

*naturale, e che esige la tempestiva iscrizione di ogni causa di cessazione dall'incarico nel registro delle imprese, con efficacia dichiarativa*³³⁵.

In sostanza, dunque, la rimozione esercitata nei confronti di amministratori e sindaci produce un effetto *estintivo* dell'incarico in via *tendenzialmente immediata*³³⁶. La tendenzialità dell'immediatezza discende dal fatto che: (i) qualora la rimozione concerna soltanto *alcuni* esponenti aziendali – rimanendo impregiudicato il sostanziale funzionamento dell'organo – essa potrà avere anche effetto immediato, al momento della notifica del provvedimento alla banca e all'interessato; viceversa, (ii) qualora la rimozione concerna *tutti* i componenti degli organi amministrativo e di controllo – pregiudicandone così il sostanziale funzionamento – appare ragionevole far decorrere i relativi effetti *dal momento dell'accettazione dell'incarico da parte dei nuovi componenti*³³⁷.

Viceversa, nel caso dei dipendenti, un eventuale provvedimento di rimozione può comportare il mero demansionamento, *senza* quindi risultare necessariamente in un licenziamento. Difatti, “[l]a norma intende impedire lo svolgimento di determinate attività, che sono connesse alla carica per l'amministratore e per il sindaco, ma non sono funzionalmente connesse allo stato di dipendente e quindi non è richiesto in alcun modo che la banca licenzi il dipendente”³³⁸. In sostanza, dunque, la rimozione esercitata nei confronti di dipendenti – a differenza del caso degli amministratori e sindaci – può produrre in alternativa un effetto meramente *modificativo* dell'incarico.

2.6. Il removal in Italia: atto preventivo-regolatorio inequivoco

Nel complesso, come già più volte rilevato, il potere del *removal* previsto dal nostro ordinamento appare costruito come strumento di *regolazione*, non già di sanzione. Difatti, la natura regolatoria – e non sanzionatoria³³⁹ – del potere di *removal* deriva anzitutto dalla stessa nozione giuridica di regolazione, la quale costituisce un'attività *discrezionale*³⁴⁰, a differenza della sanzione,

³³⁵ F. GUERRERA, «La rimozione degli esponenti aziendali di Sim, Sgr, Sicav e Sicaf», in *Dir. banc. merc. fin.*, Vol. 30, 2016, p. 435.

³³⁶ A. BLANDINI, op. cit., p. 37: “La fattispecie della ‘rimozione’ implica la definitività del provvedimento: nel senso che l'esponente aziendale rimosso cessa dall'incarico, con la decorrenza indicata nell'ambito del provvedimento stesso”.

³³⁷ *Ibidem*, p. 44.

³³⁸ P. DE BIASI, op. cit., p. 76.

³³⁹ Sulla differenza tra potere regolatorio e potere sanzionatorio, si veda la sentenza TAR Roma, Sez. II, 19 marzo 2014, n. 3009.

³⁴⁰ Sul rapporto tra discrezionalità ed azione amministrativa autoritativa, si veda: C. MORTATI, (voce) *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, Utet, 1960, pp. 1098 ss.; *Idem*, (voce) *Potere discrezionale*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, Utet, 1939,

costituendo quest'ultima un'attività esercitabile al ricorrere di presupposti *vincolati* in senso stretto³⁴¹. Conseguentemente, la differente nozione delle due attività – l'una discrezionale, l'altra vincolata – giustifica una differente disciplina sul piano sostanziale e procedimentale. A tal proposito, in forza della natura regolatoria del provvedimento di *removal*, ad esso non si applica l'art. 145 del TUB, in materia di procedura sanzionatoria³⁴². Inoltre, in conformità alla natura regolatoria del provvedimento di *removal*, l'esponente rimosso non subisce le conseguenze personali generalmente previste dai provvedimenti sanzionatori (*i.e.*, perdita di requisiti di onorabilità, pubblicazione della sanzione, ecc.).

Peraltro, la natura regolatoria (e non sanzionatoria) del *removal* appare deducibile anche dalla sua collocazione normativa, ossia dopo l'art. 53 del TUB – in materia di vigilanza *regolamentare*³⁴³ – nonché dalla natura regolatoria (non già sanzionatoria) di tutti gli altri poteri di intervento menzionati al comma 1 e comma 2 dell'art. 53-*bis*³⁴⁴.

Tuttavia, rispetto a questi ultimi, il potere di rimozione si distingue in quanto:

- *non richiede un confronto con i vertici societari* (a differenza del comma 1 lett. a) – concernente la convocazione degli amministratori, sindaci e personale delle banche – e comma 2 – concernente la convocazione degli amministratori, sindaci e soggetti ai quali siano

pp. 76-78; G. ZANOBINI, (voce) *Amministrazione pubblica (nozione e caratteri generali)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 235; F. BENVENUTI *Disegno della Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, pp. 91-92; A. POLICE, «Principi e azione amministrativa», in F. G. Scoca (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 202.

³⁴¹ Sul punto, parte della dottrina riteneva, fino a non molto tempo fa, che l'aspetto sanzionatorio costituisse “la fase estrema” della vigilanza, e dunque della regolazione. Al riguardo, si veda: E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 86; P. DE BIASI, *Persuasione e castigo. Le sanzioni amministrative nel TUB e nel TUF*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 169; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 483.

³⁴² Ai sensi dell'art. 145, comma 4, del TUB, “*Contro il provvedimento che applica la sanzione è ammesso ricorso alla corte di appello di Roma. Il ricorso è notificato, a pena di decadenza, alla Banca d'Italia nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento impugnato, ovvero sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero, ed è depositato in cancelleria, unitamente ai documenti offerti in comunicazione, nel termine perentorio di trenta giorni dalla notifica*”.

³⁴³ Al riguardo, si veda G. TARELLO, «L'interpretazione della legge», in *Tratt. dir. civ. comm.* (a cura di) Cicu-Messineo-Mengoni, vol. I, t. 2, Giuffrè, Milano, 1980, p. 376; si veda anche R. GUASTINI, «Interpretare e argomentare», in *Tratt. dir. civ. comm.* (a cura di) Cicu-Messineo-Mengoni continuato da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2011, p. 298.

³⁴⁴ L. DI BRINA, op. cit., p. 102: “*La collocazione dell'istituto nell'ambito dell'ampia strumentazione di vigilanza lo fa, di primo acchito, ascrivere al novero di strumenti previsti da discipline tipicamente 'regolatorie'. Esso è adottabile dalla Banca d'Italia autonomamente e tempestivamente, perché non subordinato ai vincoli e alle garanzie procedurali, applicabili agli strumenti sanzionatori, ed è basato su valutazioni di carattere prudenziale, apprezzabili con ampi margini di discrezionalità, attinenti alla stima prognostica delle conseguenze che le condotte – non sempre riguardabili come irregolarità o fatti censurabili dell'esponente rimosso – potrebbero avere sui profili tecnici della banca*”.

state esternalizzate funzioni aziendali)³⁴⁵. Piuttosto, la rimozione di un esponente aziendale è l'effetto di una decisione *esclusiva* della Banca d'Italia;

- *non ha lo scopo di “far tornare all’azione” soggetti inattivi ovvero inoperosi* (a differenza del comma 1 lett. *b*) – concernente l'ordine di convocazione degli organi collegiali delle banche per l'assunzione di determinate decisioni – e comma 1 lett. *c*) – concernente la convocazione diretta degli organi collegiali delle banche, in caso di mancata convocazione ai sensi della lett. *b*));
- *non costituisce un intervento patrimoniale* – come quelli previsti dal comma 1 lett. *d*) – trattandosi piuttosto di una “semplice” *rimozione* di persone³⁴⁶.

Perdipiù, l'esponente rimosso subirebbe inevitabilmente un peggioramento significativo della propria sfera reputazionale e di quella patrimoniale (diritto alla remunerazione e ai benefici della carica, diritto al compenso dei dirigenti, ecc.)³⁴⁷.

Per tali ultime ragioni, secondo parte della dottrina, la siffatta incidenza del provvedimento di *removal* – atto in realtà *formalmente regolatorio* – sulla posizione degli esponenti rimossi, renderebbe tale atto *sostanzialmente sanzionatorio*³⁴⁸. Da ciò discenderebbe, secondo tale orientamento, l'immagine del *removal* quale “Giano Bifronte” – data la coesistenza di una forma regolatoria e di una sostanza sanzionatoria *nel medesimo atto* – da considerare dunque come provvedimento *ambiguo* ed *equivoco*.

Difatti, secondo tale dottrina, un istituto così strutturato rischia di violare il principio fondamentale di presunzione d'innocenza (art. 48 della Carta dei Diritti fondamentali), secondo il quale non risulta attribuibile una responsabilità penale – alla quale far conseguire una conseguenza

³⁴⁵ Sul punto, *ibidem*, p. 104: “Il provvedimento non è preceduto da un'istruttoria o da una fase prodromica di confronto con i vertici societari né dallo stimolo all'attività dei destinatari della misura ablativa”.

³⁴⁶ A tal proposito, si veda P. DE BIASI, op. cit., p. 77.

³⁴⁷ Sul punto, L. DI BRINA, op. cit., p. 104: “[L]a misura di rimozione disciplinata dall'art. 53-bis è configurata come mera misura prudenziale, con la conseguenza che, in relazione ad essa, sono attenuati alcuni profili “sanzionatori” nei confronti dell'esponente rimosso, il quale non soggiace a talune delle possibili conseguenze personali dei provvedimenti di rigore (perdita di requisiti di onorabilità, pubblicazione delle sanzioni ecc.). Ciò non toglie che esso incida in modo grave sulla reputazione dell'esponente e sui suoi diritti patrimoniali (diritto alla remunerazione e ai benefici della carica; diritto al compenso dei dirigenti ecc.), talora con rilevanza di gran lunga maggiore rispetto a quella delle sanzioni amministrative”.

³⁴⁸ *Ibidem*, pp. 102-103: “Tuttavia, la profonda incidenza del provvedimento di rimozione, connotato da spiccato carattere sanzionatorio-afflittivo, sulle posizioni individuali degli esponenti aziendali, cui direttamente connette un giudizio di inefficienza nel perseguimento della sana e prudente gestione, pone la rimozione in una posizione ibrida, pur nell'ambito della disciplina di vigilanza, cui è ascrivibile, in ragione della collocazione normativa”.

afflittiva – in assenza di una sentenza definitiva di condanna³⁴⁹. In realtà, la Corte di Giustizia UE ha stabilito che tale principio non si applica esclusivamente in materia penale, ma più in generale al potere *sostanzialmente afflittivo* di *qualunque* pubblica autorità, anche in materia civile ed *amministrativa*³⁵⁰. E, secondo tale orientamento, il potere di *removal* presenterebbe (anche) un carattere manifestamente afflittivo, dato il peggioramento significativo della sfera reputazionale e patrimoniale quale conseguenza della rimozione.

Inoltre, la natura sostanzialmente sanzionatoria del *removal* risulterebbe deducibile anche ricorrendo ai criteri elaborati dalla Corte EDU nel caso *Engel ed altri c. Paesi Bassi*³⁵¹. Tali criteri hanno la funzione di qualificare una sanzione come penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, assoggettando tale sanzione alle garanzie del giusto processo³⁵² e del principio del *ne bis in idem*³⁵³. Tali criteri – tra loro alternativi e non cumulativi³⁵⁴ – sono i seguenti: (i) la qualificazione formale secondo il diritto interno; (ii) la natura *sostanziale* dell'infrazione; (iii) l'afflittività della sanzione. La compresenza di tali parametri comporta una valutazione complessiva *a-formale* della sanzione: indipendentemente dalla sua identificazione nominale sul piano interno (primo criterio), tale sanzione potrà essere qualificata *in ogni caso* come penale qualora consegua alla violazione di *interessi generali* e abbia funzione sostanzialmente *deterrente* (secondo criterio), considerando *in via alternativa* anche il massimo edittale astrattamente previsto (terzo criterio).

In altri termini, il principio di alternatività dell'applicazione dei tre criteri comporta che “*la qualificazione formale della sanzione non osta a una diversa determinazione fondata sulla natura dell'illecito o sull'afflittività della sanzione possibilmente comminabile, garantendo la preminenza del dato concreto rispetto a quello nominalistico e la flessibilità della valutazione della Corte*”³⁵⁵.

³⁴⁹ P. DE BIASI, op cit. p. 82.

³⁵⁰ Si veda Corte EDU, n. 48297/99, 26 marzo 2002, *Butkevicius c. Lituania*.

³⁵¹ *Idem*, n. 5100/71, 8 giugno 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*.

³⁵² Ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU, “*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti*”.

³⁵³ Ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, “*Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato*”. Al riguardo, si veda V. D'ALESSANDRO, «La procedura sanzionatoria amministrativa nei mercati finanziari», in *Riv. trim. dir. ec.*, 2016, pp. 5 ss.

³⁵⁴ Su tale criterio di alternatività, si veda C.E. PALIERO, «“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione “classica” a una svolta “radicale”», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 919.

³⁵⁵ F. URBANI, «La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo Unico Bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte», in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 2, 2017, p. 149. Al riguardo, si veda anche P. PROVENZANO, «La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative», in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2012, pp. 877 ss.; G.M. FLICK - V. NAPOLEONI, «A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal *bis in idem* all'*pluribus unum*?», in *Riv. soc.*, 2015, p. 869.

Conseguentemente, l'espressa qualificazione "amministrativa" delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali secondo il nostro diritto nazionale (precisamente, secondo l'art. 144-ter TUB)³⁵⁶ non osta ad una qualificazione *penale sostanziale* alla luce dei criteri sopra menzionati. In altri termini, ci si interroga se il potere italiano di *removal*, formalmente atto di regolazione (ai sensi del TUB), costituisca *sostanzialmente* una sanzione penale (ai sensi della CEDU), con la conseguente applicazione – in caso di risposta affermativa – dei principi del giusto processo e del *ne bis in idem*³⁵⁷.

L'interrogativo appare ragionevole alla luce dell'orientamento espresso dalla stessa Corte EDU nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*³⁵⁸, sancendo la natura sostanzialmente penale delle sanzioni (pur formalmente amministrative) previste dall'art. 187-ter³⁵⁹ del TUF in materia di manipolazione del mercato (c.d. *market abuse*). L'attribuzione di tale natura sostanziale è stata motivata dalla Corte con le seguenti argomentazioni: (i) le norme violate sono finalizzate a "garantire l'integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni"; (ii) la Consob persegue "interessi generali della società, normalmente tutelati dal diritto

³⁵⁶ Difatti, ai sensi dell'art. 144-ter del TUB, "Fermo restando quanto previsto per le società e gli enti nei confronti dei quali sono accertate le violazioni, per l'inosservanza delle norme [poste dal TUB in materia di governance, gruppi bancari, vigilanza (anche su base consolidata) e attività creditizia], si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 5.000 fino a 5 milioni di Euro nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, di direzione o di controllo, nonché del personale, quando l'inosservanza è conseguenza della violazione di doveri proprio dell'organo di appartenenza".

³⁵⁷ Con riferimento ai provvedimenti "sostanzialmente penali" delle autorità di supervisione, si veda M. LAMANDINI - D. RAMOS MUNOZ - J. SOLANA ALVAREZ, *Depicting the Limits to the SSM's Supervisory Powers: The Role of the Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale n. 79, Banca d'Italia, Roma, 2015, p. 97; si veda anche R. D'AMBROSIO, *Due Process and Safeguards of the Persons Subject to SSM Supervisory and Sanctioning Proceedings*, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale n. 74, Banca d'Italia, Roma, 2013, pp. 24-26; si veda inoltre V. AMOROSINO, «I principi del giusto procedimento ed i provvedimenti 'di rigore' delle Autorità di Vigilanza sui mercati finanziari», nota di commento a Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 657, in *Dir. banc. fin.*, 2015, n. 3, pp. 495 ss.; si veda inoltre S. AMOROSINO, «Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d'Italia e giurisprudenza "riduzionista" della Cassazione», in *Dir. banc. merc. fin.*, 3/2016, pp. 543 ss.

³⁵⁸ Corte EDU, n. 18640/10, 4 marzo 2014, Caso *Grande Stevens e altri c. Italia*. Con riferimento alla dottrina rilevante, si veda F. VIGANÒ, «Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?», in *Dir. pen. cont.*, 2014, pp. 219 ss.; M. VENTORUZZO, «Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia», in *Riv. soc.*, 2014, pp. 693 ss.; A. ALESSANDRI, «Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato», in *Giur. comm.*, 2014, pp. 855 ss.; G.M. FLICK, «Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?» in *Riv. soc.*, 2014, pp. 953 ss.; M. GARGANTINI, «Public Enforcement of Market Abuse Bans. The ECtHR Grande Stevens Decision», in *Journ. Fin. Reg.*, 2015, pp. 149 ss.; P. MONTALENTI, «Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU», in *Giur. Comm.*, 2015, pp. 478 ss.; C. SANTORIELLO, «La sentenza Ifil-Grande Stevens, la giurisprudenza comunitaria sul divieto di punire più volte la medesima condotta e le conseguenze sulla responsabilità da reato degli enti collettivi», in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, pp. 43 ss.

³⁵⁹ Ai sensi dell'art. 187-ter, comma 1, del TUF, "Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila euro a cinque milioni di euro chiunque viola il divieto di manipolazione del mercato di cui all'articolo 15 del regolamento (UE) n. 596/2014".

penale”; (iii) le sanzioni pecuniarie previste presentavano un elevato grado di afflittività³⁶⁰; (iv) le sanzioni previste determinavano, *inter alia*, “la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità per i rappresentanti delle società coinvolte” e, per le società quotate in borsa, “l’incapacità temporanea di assumere incarichi di amministrazione, gestione o controllo [...] da due mesi a tre anni”.

Allo stesso modo, anche l’istituto della rimozione degli esponenti aziendali – alla luce dei criteri enunciati dalla Corte EDU – risulterebbe sostanzialmente qualificabile come sanzione penale, in quanto: (i) sarebbe preposto alla tutela di *interessi generali* (i.e., la sana e prudente gestione delle istituzioni bancarie); (ii) presenterebbe un grado di afflittività ancor più elevato, trattandosi di una misura *interdittiva*; (iii) presenterebbe una funzione *repressiva* (nei confronti della banca coinvolta) e *deterrente* (nei confronti di tutte le altre banche).

In altri termini, secondo tale orientamento, se risulta sostanzialmente attribuibile la natura penale – in virtù dell’elevato grado di afflittività – a sanzioni “nate” come meramente *pecuniarie* (come quelle previste dall’art. 187-ter del TUF, in materia di manipolazione del mercato), *a fortiori* si dovrebbe attribuire tale natura al provvedimento di *removal*, comportando quest’ultimo la più afflittiva delle conseguenze: la *totale esclusione* da un pubblico ufficio. Conseguentemente, la qualificazione del provvedimento di *removal* come penale sostanziale secondo i criteri Engel comporterebbe il suo assoggettamento ai principi del giusto processo e del *ne bis in idem*.

A tal riguardo, “la rimozione, incidendo direttamente sul futuro professionale del rimosso, ha una natura diversa da quella delle sanzioni amministrative pecuniarie, di sicuro contigua a quella delle pene interdittive, ricadendo nell’alveo sostanzialmente penalistico e, dunque, l’irrogazione senza un premio contraddittorio sembra inammissibile [...] la sanzione in questo caso prescinde all’accertamento di una violazione, deriva dallo stato di pericolo, ossia dall’opinione della Banca d’Italia che la presenza del soggetto da rimuovere nuoccia alla sana e prudente gestione, mentre le sanzioni interdittive sono dall’ordinamento comminate come sanzione accessoria, dopo un contraddittorio”³⁶¹.

In realtà, come già ribadito dal Consiglio di Stato nel caso Credito di Romagna, con la sentenza 6254/2022 esaminata in precedenza, il “nostro” *removal* (a differenza del *removal* statunitense) non è mai qualificabile come provvedimento sanzionatorio – né sul piano formale né sul piano sostanziale – proprio in quanto misura di intervento precoce. In altri termini, altro è un potere sanzionatorio,

³⁶⁰ All’epoca la Consob, in materia di *market abuse*, poteva irrogare sanzioni pecuniarie fino ad un massimo di 3 o 5 milioni di euro, ulteriormente incrementabili in caso di inadeguatezza della sanzione base rispetto alla gravità della condotta.

³⁶¹ P. DE BIASI, op. cit., p. 84.

altro è un potere di vigilanza, tra cui rientrano le misure di intervento precoce. A tal riguardo, la natura regolatoria (*i.e.*, non sanzionatoria) del *removal* previsto dal nostro ordinamento risulta agevolmente deducibile anche alla luce della funzione dell'istituto – tipica di ogni misura di vigilanza – che “*non è quella di affliggere il titolare della carica, quanto di preservare la stabilità e la sana gestione della banca. In questo senso, gli effetti che, indiscutibilmente, si producono anche sulla persona fisica titolare della carica, che per l'appunto viene rimossa da tale posizione, non paiono comunque sufficienti a ricondurre la misura in discorso nell'alveo delle sanzioni in senso stretto*”³⁶². Piuttosto, in qualità di misura pre-critica, il “nostro” *removal* risulta (*unicamente*) preordinato a scongiurare la crisi dell'istituzione bancaria complessivamente intesa (*monofunzionalità* del *removal* italiano), finalità di per sé *non raggiungibile attraverso la mera punizione* di uno o più singoli responsabili.

Siffatta natura “impersonale” del *removal* italiano – ossia funzionale alla tutela della condizione *oggettiva* della banca *complessivamente intesa* – risulta logicamente deducibile dai suoi stessi presupposti di applicazione, i quali non si concentrano (a differenza del *removal* statunitense) sulla condotta soggettiva *del responsabile*, bensì sulla condizione oggettiva *della banca*. Difatti, tali presupposti sono costituiti – oltre che dalle gravi violazioni normative e gravi irregolarità amministrative sul piano *oggettivo* – proprio dal *significativo deterioramento della situazione della banca*, qualora misure meno invasive non risultino idonee a risolvere tale situazione. A tal riguardo, occorre precisare che la “impersonalità” del “nostro” *removal* deriva soprattutto dalla prescindibilità in concreto dell'intenzionalità della condotta: in altri termini, in Italia (a differenza degli Stati Uniti) può esserci rimozione *in assenza di colpevolezza personale*.

Peraltro, la inidoneità di altre misure per il caso concreto costituisce a tutti gli effetti una valutazione *discrezionale* e *prognostica*, che l'Autorità deve compiere ai fini dell'irrogazione del *removal*. Tale margine di discrezionalità esclude qualunque carattere sanzionatorio della misura in esame, dal momento che la sanzione costituisce invece una reazione *vincolata* e *diagnostica*, esercitata *in via successiva* rispetto ad un'*attuale* violazione di una regola giuridica, senza alcun margine di discrezionalità (come nel caso del *removal* statunitense). In altri termini, la natura preventiva e discrezionale del “nostro” *removal* impedisce di poter qualificare tale misura come sanzione – sia formalmente sia sostanzialmente – la cui natura tradizionale risulta invece successiva e vincolata.

Inoltre, la natura non sanzionatoria del *removal*, peraltro, risulta deducibile *a fortiori* dalla pacifica qualificazione della stessa amministrazione straordinaria come “misura di intervento

³⁶² Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254, in *Giust. amm.*, par. 9.1.

precoce”. L’amministrazione straordinaria, come già rilevato, costituisce una misura ben più gravosa ed invasiva rispetto alla “semplice” sostituzione di amministratori. Conseguentemente, se la prima non è qualificata come provvedimento sanzionatorio (in quanto, come chiarito in precedenza, una misura di intervento precoce non è mai strutturalmente qualificabile come sanzione), *a fortiori* non è possibile qualificare in tal senso la pura rimozione. In sintesi, rimozione ed amministrazione straordinaria condividono la stessa natura – entrambe misure di intervento precoce e, per ciò solo, *non sanzionatorie* – salvo che la prima costituisce una forma di intervento più “mite” rispetto alla seconda.

Data la natura precoce e *non punitiva* del provvedimento di rimozione, la funzione pre-critica (*i.e.*, di prevenzione della crisi bancaria) – tipica della “nostra” rimozione degli esponenti aziendali – legittima l’omesso avvio di comunicazione del relativo procedimento, sussistendo le “*particolari esigenze di celerità*” ai sensi dell’art. 7 della L. 241/1990. In effetti, in tanto una misura di intervento risulta precoce in quanto risulta celere la sua applicazione al caso concreto. Per tale ragione, il provvedimento di *removal* deroga alle norme di partecipazione al procedimento amministrativo con l’obiettivo di assicurare un’azione di vigilanza ottimale (*i.e.*, positiva-costruttiva), nonché la salvaguardia del sistema bancario complessivo.

In conclusione, nonostante i dubbi avanzati dalla dottrina poc’anzi richiamata, il provvedimento di *removal* disciplinato dal nostro ordinamento risulta avere natura *inequivocabilmente preventiva-regolatoria* – sia sul piano formale sia sul piano sostanziale – in forza dei propri caratteri strutturali-teleologici. Difatti, la finalità *pre-critica* dell’istituto, rivolto a *prevenire* la crisi bancaria (a differenza del *removal* statunitense, rivolto invece a *rimediare* alla crisi bancaria), impedisce di essere diversamente qualificato come sanzione, sia sul piano formale – dal momento che la sanzione interviene solo *successivamente* ad una condotta anti-giuridica – sia sul piano sostanziale – dal momento che tale obiettivo di prevenzione non risulta raggiungibile attraverso la mera punizione-afflizione (*ex post*) di uno o più singoli responsabili.

2.7. I rimedi esperibili contro il removal in Italia

A differenza degli Stati Uniti in cui, come già rilevato in precedenza, le decisioni delle agenzie federali – tra cui anche il *removal* – risultano impugnabili davanti al giudice *ordinario* (*District Court*,

Court of Appeal, Supreme Court), nel nostro Paese – come adesso si rileverà – il provvedimento di rimozione emesso dalla Banca d'Italia risulta impugnabile davanti al giudice *amministrativo*.

A tal riguardo, il principio generale di gerarchia delle fonti impone di partire anzitutto dalle nostre norme costituzionali in materia di diritto di difesa.

Come noto, l'art. 24 Cost. statuisce che “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*”. A completamento di tale principio, l'art. 113 Cost. garantisce che “*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*”.

Rispetto ai provvedimenti di rimozione emessi dalla Banca d'Italia, la nostra legislazione bancaria prevede *de iure* due possibili alternative di difesa.

La prima è tutt'oggi disciplinata dall'art 9 del TUB, concernente il reclamo al Comitato Interministeriale del Credito e Risparmio (CICR)³⁶³³⁶⁴. In particolare, tale articolo stabilisce che chiunque vi abbia interesse può presentare reclamo al CICR contro i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia nell'esercizio dei poteri di vigilanza, entro trenta giorni dalla comunicazione o dalla pubblicazione del provvedimento. Tale forma di reclamo è qualificabile come ricorso gerarchico improprio³⁶⁵, secondo quanto già affermato nella stessa Relazione governativa al TUB³⁶⁶. Inoltre, lo stesso art. 9, comma 1, TUB, rinvia alle disposizioni del capo I del decreto del Presidente della Repubblica n. 1199/1971, in materia di ricorso gerarchico improprio.

De facto, tale mezzo di difesa risulta pressoché inutilizzato da anni ormai, dal momento che “*il CICR è un organo che per l'esercizio delle proprie funzioni si avvale della Banca d'Italia, quindi qualora si volesse fare ricorso nei confronti del provvedimento adottato dell'autorità di vigilanza,*

³⁶³ Ai sensi dell'art. 2 del TUB, “*Il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio ha l'alta vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio. Esso delibera nelle materie attribuite alla sua competenza dal presente decreto legislativo o da altre leggi. Il CICR è composto dal Ministro dell'economia e delle finanze, che lo presiede, dal Ministro del commercio internazionale, dal Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, dal Ministro dello sviluppo economico, dal Ministro delle infrastrutture, dal Ministro dei trasporti e dal Ministro per le politiche comunitarie. Alle sedute partecipa il Governatore della Banca d'Italia*”.

³⁶⁴ Si veda F. CASTIELLO, *I ricorsi amministrativi*, LegaleAmministrativo, Maggioli Editore, 2013, p. 137, in cui si afferma che tale forma di reclamo “*costituisce retaggio dell'antica struttura gerarchica nella quale l'ispettorato per il credito era sottordinato all'autorità governativa*”.

³⁶⁵ Il ricorso gerarchico improprio costituisce un procedimento di riesame ad iniziativa di parte, attivabile al di fuori di un rapporto di gerarchia, in particolare avverso gli atti di organi collegiali. Il ricorso gerarchico improprio assume carattere tassativo, ossia esercitabile nei soli casi stabiliti dalla legge, ed è direttamente disciplinato dal d.p.r. n. 1199/1971, all'art. 1, comma 2.

³⁶⁶ Si veda la Relazione governativa al TUB, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale n. 32, Banca d'Italia, Roma, 1994, p. 128: “[I]l reclamo, da considerare ricorso gerarchico improprio, è disciplinato dalle disposizioni del capo I del d.P.R. 1199/71, che vanno osservate in quanto compatibili”.

*seguendo quanto dettato dall'art. 9 t.u.b., si finirebbe di fatto, con il rivolgersi alla stessa Banca d'Italia*³⁶⁷.

La seconda (e principale) alternativa di difesa contro un provvedimento di rimozione emesso dalla Banca d'Italia è rappresentata dal ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, tendenzialmente sotto il profilo dell'eccesso di potere (come accaduto nel caso Credito di Romagna, esaminato nel Capitolo I).

A tal proposito, appare opportuno ricordare che – in materia di sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità amministrative indipendenti – il sindacato del giudice amministrativo, nei casi di eccesso di potere, attiene ai profili di ragionevolezza e proporzionalità della decisione amministrativa, estendendosi anche all'attendibilità e alla logicità delle valutazioni tecniche dei fatti opinabili svolte dall'amministrazione³⁶⁸. In altri termini, si ritiene che *“il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica, al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, le regole del gioco”*³⁶⁹.

L'attribuzione di competenza al TAR giustifica, una volta di più, l'impossibilità di qualificare il provvedimento di rimozione come sanzione amministrativa (a differenza del *removal* statunitense). Difatti, attualmente, il sindacato sui provvedimenti sanzionatori emessi da Banca d'Italia e Consob spetta invece – secondo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale – alla Corte d'Appello di Roma³⁷⁰.

³⁶⁷ M. DE CUPIS, op. cit., p. 31.

³⁶⁸ Al riguardo, si veda: C. MARZUOLI, «Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali», in *Dir. pubbl.*, 1998; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 181; S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico», in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 765.

³⁶⁹ TAR Lazio, Sez. II, 17 gennaio 2017, n. 1627, in *Giust. amm.*, 2017, p. 14.

³⁷⁰ Si veda Corte Cost., 20 giugno 2022, n. 162, in materia di provvedimenti sanzionatori della Consob; e Corte Cost., 9 aprile 2014, n. 94, in materia di provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia. A tal proposito, si veda anche E. BINDI, «Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano», in *Riv. reg. merc.*, Giappichelli, Fasc. 2, 2020, p. 281: *“Come è noto, la storia del giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob è caratterizzata da un percorso lungo e travagliato il cui punto di arrivo ha portato nuovamente ad attribuire al giudice ordinario il sindacato sui provvedimenti sanzionatori di queste due autorità indipendenti, mentre è continuata a rimanere al giudice amministrativo la competenza sui provvedimenti sanzionatori delle altre autorità indipendenti. Il giudice amministrativo ha difatti giurisdizione esclusiva sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, così come sugli atti dell'autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”*. Sulle ragioni di tale attribuzione, si veda anche W. T. MANGONI, «Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale», in *Riv. reg. merc.*, Giappichelli, Fasc. 2, 2021, p. 296: *“A seguito del comportamento illecito, sorge immediatamente un diritto di credito in capo all'autorità nei confronti del soggetto sanzionando e l'atto sanzionatorio costituisce la mera esplicitazione della pretesa creditoria. Nell'irrogare le sanzioni, l'autorità «non esercita un potere amministrativo in senso proprio e con effetti costitutivi, ma adempie*

Difatti, l'attribuzione di competenza al TAR Lazio deriva dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui “*nelle società pubbliche e deputate al perseguimento di scopi d'interesse generale [...] l'atto di nomina e quello di revoca assumono natura di provvedimenti amministrativi con conseguente giurisdizione del 'giudice naturale' del corretto esercizio della pubblica funzione, ovvero del giudice amministrativo*”³⁷¹.

D'altro lato, non appare totalmente infondato l'orientamento per cui, trattandosi di una lesione di un diritto fondamentale – in particolare il diritto al lavoro e la dignità della persona – il giudice del sindacato sui *removal* dovrebbe essere il Tribunale delle imprese, il quale è difatti competente a conoscere le controversie, in ambito societario, sulla revoca deliberata dall'assemblea, sull'azione di responsabilità e sulla revoca giudiziale³⁷².

In ogni caso, posto che il giudice naturale in materia di rimozione degli esponenti aziendali è il TAR Lazio, più discussa è invece la forma di tutela in caso di accertamento dell'illegittimità del relativo provvedimento (ipotesi assai remota a dir la verità).

A differenza del caso dell'amministratore destinatario di una revoca senza giusta causa – il quale di regola potrà al massimo richiedere in sede ordinaria il risarcimento del danno, *rimanendo impregiudicata la sua esclusione dall'organizzazione societaria (tutela meramente compensativa)* – l'esponente aziendale ingiustamente rimosso che abbia vittoriosamente contestato il provvedimento di rimozione potrà richiedere in sede amministrativa (a differenza degli Stati Uniti, in cui invece il giudice competente in materia risulta, come poc'anzi ribadito, quello ordinario) la riforma di tale provvedimento illegittimo (*tutela modificativa*³⁷³, alla stregua degli Stati Uniti, in cui si prevede in

semplicemente al dovere istituzionale, cui la medesima soggiace in ragione della sua peculiare essenza, di provvedere alla riscossione di un credito già sorto per effetto della riscontrata violazione”. In materia si veda anche F. DENOZZA, «Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti “regolatrici”», in *Merc. conc. reg.*, 2000, p. 475; A. MACCHIATI, «Poca deferenza e molta discrezione (ma dei giudici). A proposito degli argomenti di Francesco Denozza sulle autorità indipendenti», *Merc. conc. reg.*, 2001, p. 363; A. TRAVI, «Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia ‘amministrativa’?», in *Giornale dir. amm.*, 2006, p. 304.

³⁷¹ A tal proposito, si veda P. DE BIASI, op. cit., p. 86.

³⁷² *Ibidem*, p. 85: “*In realtà, poiché si tratterebbe della lesione di un diritto fondamentale, quello di svolgere il proprio lavoro – per tacere del non minor tema relativo alla lesione della reputazione – il giudice naturale dovrebbe essere il Tribunale delle imprese, quello stesso che sarebbe competente a decidere sulla revoca deliberata dall'assemblea, sulla azione di responsabilità e sul ricorso ex art. 2409 c.c., e non vi è motivo di accentrare la competenza o prevedere un unico grado di giudizio, come accade per le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal TUB*”.

³⁷³ A. BLANDINI, op. cit., p. 47: “*All'esito della cessazione, tuttavia, quantomeno avuto riguardo ai componenti gli organi amministrativo e di controllo, non si ravvisa che possano neppure astrattamente configurarsi diritti risarcitori in capo ai soggetti così revocati, a differenza di quanto accade in ipotesi di revoca di diritto comune. Ed invero, o il provvedimento di rimozione è legittimo, e, dunque, la fattispecie sostanzia in re ipsa una giusta causa di revoca dalla quale non conseguono posizioni giuridiche soggettive in ambito risarcitorio; o, seppur assurdamente nel caso concreto non lo fosse, l'iniziativa di tutela andrebbe esperita in sede amministrativa, quale impugnativa del provvedimento, non potendo certo l'amministratore o il sindaco revocato pretendere un qualsivoglia risarcimento dalla banca della quale era esponente*”.

materia, come già rilevato in precedenza, un'eguale forma di tutela). Tale forma di tutela appare ragionevole, nel nostro sistema, in analogia a quanto stabilito dalla Corte di Cassazione in materia di revoca *giudiziale* degli amministratori delle società per azioni di diritto comune³⁷⁴, *ex art. 2409 c.c.*(sul quale si ritornerà a breve), il cui provvedimento risulta inidoneo “*ad incidere su posizioni di diritto soggettivo*”³⁷⁵ e, pertanto, rimane *esclusa* la sussistenza di un diritto al risarcimento.

Ciononostante, al tempo stesso – come già rilevato con riferimento al *removal* statunitense – appare di difficile configurazione sul piano pratico la sussistenza, in capo all'esponente aziendale ingiustamente rimosso, di una pretesa positiva di *automatico* “ritorno in carica”, dati gli effetti *negativi-distruttivi* (e alquanto “confusionari”) che un simile scenario comporterebbe sulla stabilità del *management* (appena ricostituito) della banca: proprio come avviene negli Stati Uniti, quand'anche ingiustamente rimosso, *il sostituito non potrà automaticamente sostituire il sostituito*.

Considerazioni comparatistiche preliminari

Alla luce dell'analisi condotta in tale Capitolo, occorre trarne le opportune lezioni preliminari sul piano comparatistico.

A ben vedere, dal punto di vista soggettivo, il potere di *removal* statunitense (Sez. 1818(e), *U.S. Code*) presenta un ambito applicativo *più ampio* rispetto alla fattispecie-base del *removal* in

Dello stesso avviso, L. DI BRINA, op. cit., p. 112: “*Il provvedimento della Banca d'Italia priva i membri degli organi di amministrazione e controllo dei diritti inerenti alla carica, ivi compreso quello al risarcimento del danno ex art. 2383, comma 3, c.c., nel caso (in vero remoto) di accertamento da parte del giudice amministrativo della carenza dei presupposti. In sostanza, al verificarsi delle condizioni di applicabilità della norma (al pari di quanto avviene in caso di rimozione, in virtù dei menzionati poteri di intervento per la salvaguardia della sana e prudente gestione), subiscono un affievolimento tanto i diritti della società, inerenti alla conservazione della governance, in capo ai membri scelti dall'assemblea, quanto quelli dei membri degli organi sociali. Tale affievolimento degrada quei diritti a meri interessi legittimi, subordinati all'esercizio da parte dell'autorità vigilante del potere di incidere sulla governance societaria*”.

³⁷⁴ A. BLANDINI, op. cit., pp. 47-48: “*D'altra parte, risulta evidente in argomento l'analogia con l'ipotesi disciplinata, nell'ambito delle società per azioni di diritto comune, dall'art. 2409 c.c. e dalle conseguenze per l'esponente aziendale in tal modo revocato: conseguenze che transitano necessariamente dalla riforma del provvedimento di rimozione – come, in caso di amministrazione giudiziaria, dalla riforma del provvedimento che la ha disposta – risultando, in caso contrario, inammissibile ogni riesame nel merito della vicenda*”.

³⁷⁵ Corte Cass., sez. I, 5 agosto 1987, n. 6720 (rel. Carbone), in *Giust. civ.*, secondo la quale “*I provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria a norma dell'art. 2409 c. c. per il riassetto amministrativo e contabile delle società per azioni, sono atti di volontaria giurisdizione e non assumono carattere contenzioso neppure quando contengono, nei casi più gravi, la revoca degli amministratori e dei sindaci, essendo questa disposta nell'interesse della società ad una corretta amministrazione, non in quanto nei confronti degli amministratori vengano fatti valere dei diritti soggettivi da parte di altri soggetti; tali provvedimenti, quindi, in quanto solo strumentali e cautelari sono inidonei anche sotto tale profilo, ad incidere su posizioni di diritto soggettivo[...]*”.

Italia (art. 53-bis, TUB). Difatti, negli Stati Uniti il potere di *removal* risulta esercitabile verso *qualunque soggetto affiliato* all'istituzione bancaria (“*any institution-affiliated party*”); d’altro canto, in Italia il potere di *removal* individuale-selettivo risulta limitatamente esercitabile verso uno o più *esponenti aziendali*. Tuttavia, va ricordato che nel nostro ordinamento è previsto, al ricorrere dei presupposti *aggravati-rafforzati* della rimozione totale-complessiva (art. 69-*vicies-semel*, TUB), il più “mite” potere di *ordinare* la rimozione di uno o più membri dell’“alta dirigenza”, nella quale sono da ricomprendere anche i *dipendenti* dell’organo amministrativo della banca.

Dal punto di vista oggettivo-materiale, il potere (sanzionatorio) di *removal* statunitense risulta esercitabile, in fase *critica*, al ricorrere di presupposti *vincolati strictu sensu*: (i) condotta impropria (*improper conduct*); (ii) conseguenze negative (*negative consequences*); e (iii) intenzionalità (*scienter*)³⁷⁶. D’altro canto, come ribadito dal Consiglio di Stato nel caso Credito di Romagna, il potere (regolatorio) di *removal* previsto dal nostro ordinamento risulta esercitabile, in fase *pre-critica*, al ricorrere di presupposti tendenzialmente *discrezionali*, a cominciare dal “pregiudizio per la *sana e prudente* gestione”.

Inoltre, il potere di *removal* statunitense si “focalizza” sulla *condotta soggettiva del responsabile*, richiedendo a fini applicativi l’elemento psicologico della *disonestà* personale ovvero della *voluta o reiterata* noncuranza per la sicurezza e la solidità bancaria. Di conseguenza, negli Stati Uniti non c’è rimozione *senza colpevolezza* (“personalità” del *removal* statunitense). D’altro canto, in Italia il potere di *removal* si “focalizza” sulla *condizione oggettiva dell’istituzione bancaria*. Difatti, da un lato il *removal* individuale-selettivo è attivabile in caso di pregiudizio per la sana e prudente gestione *della banca*. Dall’altro, il *removal* totale-complessivo (verso *tutti* i membri dell’organo amministrativo e, *contestualmente*, *tutti* i membri dell’organo di controllo) è attivabile, oltre che nei casi di gravi violazioni normative e gravi irregolarità amministrative *sul piano oggettivo*, anche nel caso di significativo deterioramento *della situazione della banca*, qualora misure meno invasive non risultino idonee a risolvere tale situazione. Di conseguenza, a differenza degli Stati Uniti, in Italia può esserci rimozione *anche senza colpevolezza* (“impersonalità” del *removal* italiano).

Tali differenze fra il *removal* statunitense ed il *removal* nazionale-comunitario derivano dalla diversa concezione di esercizio *ottimale* del potere di *removal* rispettivamente adottata dai due

³⁷⁶ OFFICES OF INSPECTOR GENERAL, op. cit., p. 3: “*Removal/prohibition orders are the most severe actions and prohibit an IAP from participating in the affairs of any insured depository institution for life. Accordingly, the statutory criteria for sustaining a removal/prohibition order are rigorous and the Regulators must prove three grounds: misconduct, effect of the misconduct, and culpability for the misconduct*”.

ordinamenti. Difatti, da un lato in Europa si è aderito ad una concezione *preventiva-regolatoria* del potere di rimozione degli esponenti aziendali – dal momento che siffatto potere costituisce una *misura di vigilanza regolamentare ordinaria* per prevenire una crisi (non ancora manifestata).

D’altro canto, negli Stati Uniti si è aderito ad una concezione *rimediale-sanzionatoria* del potere di rimozione degli esponenti aziendali – dal momento che siffatto potere costituisce piuttosto un’*azione formale di enforcement*, esercitabile (soltanto) in caso di inadeguatezza delle misure di vigilanza regolamentare ordinaria per il caso concreto, al fine di (a) rimediare ad una crisi (già manifestata) e (b) punire l’attuale colpevole e al tempo stesso dissuadere *pro-futuro* altri potenziali colpevoli. In particolare, il potere di *removal* statunitense appare ricostruibile secondo “cerchi concentrici”: difatti, siffatto potere risulta (a) sanzionatorio *verso il colpevole rimosso* (cerchio minore), (b) rimediale *verso la banca in crisi* (cerchio maggiore) e (c) dissuasivo *verso tutte le altre banche* (cerchio massimo).

Da ciò deriva pertanto la tendenziale *polifunzionalità* del *removal* statunitense, il cui esercizio – dinanzi ad una crisi pressoché già manifestata – rappresenta *al tempo stesso* una sanzione, un rimedio ed un deterrente. Viceversa, in Europa si è riconosciuta la tendenziale *monofunzionalità* del *removal*, il cui esercizio – dinanzi ad una crisi non ancora manifestata – rappresenta una prevenzione di natura regolatoria, senza alcuna necessità di assumere funzioni ulteriori: in altri termini, *la prevenzione basta e avanza*.

In sostanza, da un lato, in Europa il *banker removal power* si fonda sul principio generale secondo cui *prevenire è meglio che curare*; da qui, appunto, l’inserimento di tale potere tra le misure *precoci* di vigilanza, esercitabili dinanzi ad indici *sintomatici* di una crisi bancaria (non ancora manifestata). D’altro canto, negli Stati Uniti il *banker removal power* si fonda sul principio generale secondo cui *il rimedio è la cura migliore*; da qui, appunto, l’inserimento di tale potere tra gli *administrative enforcement orders*, esercitabili (soltanto) in caso di comprovata inadeguatezza dei poteri di vigilanza ordinaria per il caso concreto, e dunque dinanzi ad indici *conclamati* di una crisi bancaria (già manifestata).

Come peraltro anticipato nel Capitolo I del presente lavoro, dal punto di vista quantitativo, se negli Stati Uniti il potere di *removal* viene disciplinato in un’*unica* fattispecie normativa, in Italia il recepimento della disciplina comunitaria in materia (artt. 27 e 28 della BRRD) ha comportato, *quantomeno sul piano formale*, l’introduzione di una *pluralità* di fattispecie rilevanti – essenzialmente rappresentate dalla rimozione individuale-selettiva, da un lato, e dalla rimozione totale-complessiva,

dall'altro. Tuttavia, tali due ipotesi di *removal* – rispettivamente disciplinate dall'art. 53-*bis* e dall'art. 69-*vicies-semel* del TUB – pur rimanendo distinte sul piano formale, *non sono poi così diverse*.

A tal riguardo, va anzitutto ricordato che il potere di cui all'art. 53-*bis* richiede non già un mero giudizio di 'disvalore' dell'esponente interessato, bensì la sussistenza di condizioni che incidono sul piano della *complessiva* sana e prudente gestione della banca, e, dunque, di una certa rilevanza. In altri termini, il pregiudizio alla sana e prudente gestione deve configurarsi come pregiudizio *aggravato*.

Ciò ricordato, secondo l'*id quod plerumque accidit*, un pregiudizio *aggravato* per la sana e prudente gestione dell'istituzione bancaria (presupposto di applicazione della rimozione individuale-selettiva) non può che derivare da una *grave* violazione legislativa, regolamentare o statutaria ovvero da una *grave* irregolarità amministrativa ovvero da un *significativo* deterioramento (presupposti di applicazione della rimozione totale-complessiva). D'altro canto, risulta pressoché impossibile che una *grave* violazione legislativa, regolamentare o statutaria ovvero una *grave* irregolarità amministrativa ovvero un *significativo* deterioramento lascino impregiudicata la (*complessiva*) sana e prudente gestione dell'istituzione bancaria.

Sotto il profilo *sostanziale*, dunque, la rimozione individuale-selettiva (art. 53-*bis*) e la rimozione totale-complessiva (art. 69-*vicies-semel*, in combinato disposto con l'art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. *b*)) non configurano due distinte fattispecie di rimozione. Piuttosto, esse configurano *un'unica fattispecie a gradualità variabile*: secondo una valutazione di adeguatezza al caso concreto, partendo dal grado minore della rimozione individuale-selettiva (ossia la rimozione di *un unico* esponente), si procederà ai suoi gradi via via successivi (ossia la rimozione di *due, tre, quattro, ... n.* esponenti), fino ad arrivare al suo grado più elevato (ossia la rimozione di *tutti* gli esponenti di *un unico organo*, sia esso quello amministrativo *ovvero* quello di controllo). Qualora neanche il grado più elevato della rimozione individuale-selettiva fosse sufficiente per porre rimedio alla situazione, si procederà al "grado supremo", rappresentato dalla rimozione totale-complessiva (ossia la rimozione di *tutti* gli esponenti di *entrambi gli organi*: sia di quello amministrativo sia di quello di controllo)³⁷⁷.

³⁷⁷ Al riguardo, si veda F. ANNUNZIATA, op. cit., p. 532: "Se, sul piano astratto, la graduazione pare sufficientemente chiara, sul piano pratico i confini paiono meno netti, quantomeno se riguardati sul piano dei presupposti richiesti per l'applicazione dei vari provvedimenti: il confine tra condotte che incidono sulla «sana e prudente gestione» della banca, e le «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie» o «gravi irregolarità nella amministrazione», non è netto, e lascia all'Autorità di vigilanza spazi [di] una certa discrezionalità nel valutare la sussistenza degli uni, o degli altri presupposti (il che, peraltro, non deve stupire, giacché anche nel sistema precedente i confini per i presupposti, ad esempio, per l'applicazione della gestione provvisoria o dell'amministrazione straordinaria non erano identificati in modo nettissimo). Tuttavia, va osservato che la valutazione dell'applicazione del ricorso all'uno o all'altro istituto

Con riferimento all'esercizio attuale del potere, il *removal* statunitense risulta oggi uno strumento di intervento scarsamente utilizzato nei confronti del *management* delle banche, sebbene la sua introduzione da parte del Congresso nel 1933 fosse finalizzata a promuovere il *vincolo fiduciario* tra gli amministratori e dirigenti bancari, da un lato, ed il pubblico, dall'altro. Contrariamente a tale visione originaria, attualmente la *Federal Reserve* ricorre al *removal* in via pressoché esclusiva nei confronti dei dipendenti bancari semplici – precisamente, *ex* dipendenti ed affiliati, *non più operativi* al momento della rimozione – in luogo degli esponenti al vertice dell'istituzione.

Pertanto, allo stato attuale il *removal* statunitense presenta specifiche sub-ottimalità *qualitative-teleologiche*, nella misura in cui: (i) si rivolge perlopiù “alla persona sbagliata” (sub-ottimalità qualitativa) e, pertanto, (ii) tradisce la *ratio* originaria dell'istituto (sub-ottimalità teleologica).

D'altro canto, il *removal* in Europa, dalla sua introduzione nel 2014 ad oggi, *non è stato pressoché mai esercitato*. In Italia, in particolare, alle misure di intervento precoce (di cui il *removal* fa parte) si è fatto ricorso soltanto 12 volte, dal 2015 al 2021. Tale *deficit* di utilizzo in Europa delle misure di intervento precoce (e dunque, *a fortiori*, anche del *removal*) deriva, come meglio si vedrà nel Capitolo IV del presente lavoro, dalle inefficienze strutturali della disciplina, sia sul piano interno (rapporto di gradualità *vincolata* sussistente tra l'art. 27, 28 e 29 della BRRD) sia sul piano esterno (rapporto di *sovrapposizione* sussistente tra tali misure di intervento, da un lato, e i poteri di vigilanza della CRD, del SSMR e della IFD).

Pertanto, allo stato attuale il *removal* comunitario presenta specifiche sub-ottimalità *quantitative-strutturali*, nella misura in cui: (i) non risulta (quasi) mai esercitato (sub-ottimalità quantitativa) in quanto (ii) presenta specifiche inefficienze strutturali (sub-ottimalità strutturale).

(removal globale vs. removal di 'uno o più' esponenti) viene in realtà ancorato non già ai presupposti, ma agli effetti attesi dall'adozione dell'una o dell'altra misura”.

Inoltre, con riferimento aggiuntivo anche alla stessa decadenza *ex* art. 26 del TUB, si veda L. DI BRINA, op. cit., pp. 103-104: “Già queste prime notazioni sembrano sintomatiche del complesso rapporto tra fattispecie e presupposti della decadenza prevista dall'art. 26, da un canto, e, dall'altro, delle rimozioni (ad es. art. 53-bis, per quelle di carattere individuale, e 69-vicies-semel, per quelle collettive [...]): può infatti osservarsi come, nella prospettiva delle norme qui considerate, pur nell'apparente distinzione dei presupposti (disegnati in maniera autonoma da ciascuna disciplina), gli strumenti siano riguardati alla stregua di misure, in tutto o in parte, fungibili, perché connotati da un medesimo giudizio di disvalore dell'operato gestorio degli esponenti e, in qualche misura, intercambiabili negli effetti concretamente perseguiti. Che si tratti dell'inidoneità a ricoprire l'incarico (art. 26), del pregiudizio per la sana e prudente gestione (art. 53-bis) o di situazioni che richiedano l'intervento precoce di risoluzione delle banche (indicate dall'art. 69-octiesdecies, comma 1, lett. b), i richiami interni dall'una all'altra norma sembrano predisporre uno strumentario non scandito da precisi confini di alterità tra cospiranti misure di intervento sugli esponenti aziendali”.

Infine, sia in Europa sia negli Stati Uniti, i meccanismi normativi tradizionali non costituiscono strumenti ottimali per la risoluzione del dilemma del disallineamento tra gli interessi del *management* bancario e quelli dei cittadini.

Da un lato, la disciplina di *corporate governance* – la quale si propone in linea teorica di risolvere il dilemma del disallineamento influenzando *in via indiretta* le scelte degli esponenti aziendali, attraverso *incentivi* a condotte conformi alla sana e prudente gestione – aggrava *de facto* il dilemma, in quanto si limita ad allineare gli interessi degli esponenti aziendali a *quelli degli azionisti-investitori*, anch’essi propensi al rischio eccessivo d’impresa³⁷⁸.

Dall’altro, la regolamentazione prudenziale – la quale si propone in linea teorica di risolvere il dilemma del disallineamento determinando in via *diretta* le attività bancarie consentite e quelle non consentite – non risulta sufficiente a tale scopo, in quanto incapace di “tenere il ritmo” rispetto alla crescente complessità del sistema finanziario e alle pratiche di arbitraggio regolamentare poste in essere dalle banche maggiormente consolidate.

In siffatto contesto, il potere di *removal* costituisce “*the third leg of the stool*”³⁷⁹, essendo in grado di ri-allineare gli interessi del *management* bancario a quelli dei cittadini. Difatti, la credibile “minaccia” del *removal* determina il raggiungimento di un livello *ottimale* di vigilanza bancaria per tre ragioni principali: (i) consente ai regolatori di “fare a meno” di esponenti nei confronti dei quali *non ripongono più alcuna fiducia*; (ii) consente di individuare uno o più *responsabili* anche all’interno di istituzioni – come le banche – per definizione *complesse*, superando la illusoria concezione della cultura della complessità come cultura dell’irresponsabilità (secondo cui in un’organizzazione complessa risulterebbe *impossibile* individuare i responsabili); e dunque (iii) consente di raggiungere un bilanciamento ottimale tra la posizione degli azionisti privati, il *management* delle banche e la comunità nazionale. Per tali ragioni, dinanzi alle sub-ottimalità intrinseche alla disciplina della *corporate governance*, da un lato, e della regolamentazione prudenziale, dall’altro, il *removal* può costituire un potere di *garanzia* per una vigilanza bancaria positiva-costruttiva.

³⁷⁸ Al riguardo, si veda M. C. JENSEN - W. H. MECKLING, «*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*», in *Journ. Fin. Ec.*, 1976. Si veda anche Z. GOSHEN - S. HANNES, «*The Death of Corporate Law*», in *NYU Law Rev.*, 2019, pp. 306–308.

³⁷⁹ Si veda D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 51: “[...] *the power to remove senior bankers serves a distinct complementary function. Regulatory rules are inherently incomplete because of the dynamism and complexity that characterize modern finance. Corporate governance reforms, although they focus on the incentives governing how bank leadership exercises their discretion, motivate executives to advance only the interests of shareholders. The removal power is the third leg of the stool. A credible threat of removal reorients bank officers and directors toward the public interest*”.

CAPITOLO III

IL DIRECTOR REMOVAL POWER: LA REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ

SOMMARIO: *Premessa – 3.1. La revoca degli amministratori in Italia – 3.2. La revoca degli amministratori negli Stati Uniti – 3.3. Il removal come alterazione positiva-costruttiva del rapporto fiduciario tra assemblea ed amministratori – 3.4. Il potere di revoca ad nutum: dall'Europa agli Stati Uniti – 3.5. Le differenze e analogie tra la revoca degli amministratori ed il removal in Italia – Considerazioni comparatistiche preliminari*

Premessa

Tanto in Europa quanto negli Stati Uniti l'espressione "banca" indica una specifica attività di *impresa*. Difatti, nel nostro ordinamento, la banca costituisce un'impresa *speciale* in quanto "l'attività bancaria, intesa come raccolta del risparmio ed esercizio del credito, è riservata alle banche (art. 10, comma 2, t.u.b.), ossia ai soggetti iscritti in un apposito albo tenuto dalle autorità creditizie (art. 13 t.u.b.)"³⁸⁰. Allo stesso modo, negli Stati Uniti, ai sensi del *Banking Holding Company Act* del 1956, la banca costituisce un'impresa *speciale* in quanto l'unica deputata all'attività di raccolta del risparmio e di concessione di prestiti commerciali³⁸¹.

Di conseguenza, ai sensi del presente lavoro, tanto in Europa quanto negli Stati Uniti il potere di rimozione degli esponenti aziendali finora esaminato (*banker removal power*) risulta qualificabile come potere di *revoca speciale*, in deroga alla disciplina generale prevista per la revoca degli amministratori di società (*director removal power*).

Pertanto, come già anticipato nell'Introduzione, il presente Capitolo intende esaminare, in via comparatistica, la disciplina del potere (generale) di revoca degli amministratori vigente in Italia e negli Stati Uniti – ed alternativamente esercitabile dall'assemblea, dallo stesso consiglio di amministrazione ovvero dall'autorità giudiziaria – al fine di identificare le differenze rispetto al potere (speciale) di rimozione degli esponenti aziendali – esercitabile dall'Autorità (o agenzia) di vigilanza competente.

Inoltre, come peraltro avviene nel nostro ordinamento, in qualità di disciplina generale, le norme in materia di revoca degli amministratori risultano funzionali a *colmare* eventuali lacune presenti nella stessa disciplina speciale del potere di rimozione degli esponenti aziendali.

In sintesi, da un lato, in tanto il *banker removal power* configura un potere speciale rispetto al *director removal power* in quanto *si distingue* da quest'ultimo. D'altro canto, in tanto il *director*

³⁸⁰ C. BRESCIA MORRA, op. cit., pp. 57 ss.

³⁸¹ Ai sensi del *Banking Holding Company Act*, Sez. 2(c)(1), "the term 'bank' means any of the following:

A. An insured bank as defined in section 3(h) of the Federal Deposit Insurance Act.

B. An institution organized under the laws of the United States, any State of the United States, the District of Columbia, any territory of the United States, Puerto Rico, Guam, American Samoa, or the Virgin Islands which both—

(i) accepts demand deposits or deposits that the depositor may withdraw by check or similar means for payment to third parties or others; and

(ii) is engaged in the business of making commercial loans".

removal power configura un potere generale rispetto al *banker removal power* in quanto, per quanto non espressamente previsto da quest'ultimo, *si sostituisce* a quest'ultimo.

Pertanto, si procederà all'esame della disciplina della revoca degli amministratori di società rispettivamente prevista dal nostro ordinamento (par. 3.1) e dall'ordinamento statunitense (par. 3.2). Di seguito, si procederà ad analizzare l'effetto ablativo *speciale*, tipico del *removal*, sul rapporto tra assemblea ed amministratori nel nostro ordinamento (par. 3.3). Successivamente, si procederà alla ricostruzione storica dell'istituto specifico della revoca *ad nutum*, sia nel contesto comunitario sia nel contesto statunitense (par. 3.4) e, di seguito, all'analisi delle differenze e analogie tra revoca e *removal*, con particolare riferimento al nostro ordinamento nazionale (par. 3.5).

Infine, si procederà ad esporre le Considerazioni comparatistiche preliminari rilevanti, in qualità di contributi originali rispetto all'analisi specificamente condotta nel presente Capitolo.

3.1. La revoca degli amministratori in Italia

In linea generale, nel nostro ordinamento le cause di cessazione della carica di amministratore prima della scadenza del termine³⁸² sono le seguenti: *decesso*; *decadenza*³⁸³; *revoca*³⁸⁴; *rinuncia all'incarico (dimissioni)*³⁸⁵.

In particolare, le cause di cessazione maggiormente assimilabili all'istituto del *removal* sono, tra quelle sopra menzionate, la decadenza e la revoca.

³⁸² Ai sensi dell'art. 2385, comma 2, c.c., la cessazione degli amministratori per scadenza del termine ha effetto solo dal momento in cui l'organo amministrativo è stato ricostituito. Pertanto, gli amministratori scaduti rimangono in carica fino all'accettazione della nomina da parte dei nuovi amministratori (c.d. *prorogatio*). Sul punto, si veda G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Utet Giuridica, (a cura di) M. Campobasso, Vol. 2, 2018, p. 363.

³⁸³ Ai sensi dell'art. 2382 c.c., “Non può essere nominato amministratore, e se nominato decade dal suo ufficio, l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi”.

³⁸⁴ Ai sensi dell'art. 2383, comma 3, c.c., “Gli amministratori sono rieleggibili, salvo diversa disposizione dello statuto, e sono revocabili dall'assemblea in qualunque tempo, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto dell'amministratore al risarcimento dei danni, se la revoca avviene senza giusta causa”.

³⁸⁵ Ai sensi dell'art. 2385, comma 1, c.c., “L'amministratore che rinuncia all'ufficio deve darne comunicazione scritta al consiglio d'amministrazione e al presidente del collegio sindacale. La rinuncia ha effetto immediato, se rimane in carica la maggioranza del consiglio di amministrazione, o, in caso contrario, dal momento in cui la maggioranza del consiglio si è ricostituita in seguito all'accettazione dei nuovi amministratori”.

Con riferimento alla decadenza, essa si verifica al ricorrere delle ipotesi tassative previste dal Legislatore. Qualora a seguito di una nomina regolare alla carica di amministratore *sopravvenga* una delle cause di incapacità tassativamente previste (interdizione, inabilitazione, fallimento, condanna ad una pena che comporta l'interdizione o l'incapacità di esercitare uffici direttivi), ne consegue la decadenza da tale carica (c.d. decadenza come *incapacità sopravvenuta*). Inoltre, per gli amministratori delle società quotate, la decadenza si verifica *anche* in caso di perdita dei requisiti di *onorabilità* previsti per i sindaci con regolamento del Ministro per la giustizia. Con riferimento specifico agli amministratori indipendenti, peraltro, la decadenza si verifica pure in caso di perdita dei requisiti di *indipendenza* ai sensi dell'art. 147-ter del TUF.

A tal proposito, l'ambito applicativo delle cause di ineleggibilità e decadenza *ex art.* 2382 c.c. include requisiti statuari di professionalità, onorabilità ed indipendenza eventualmente previsti anche per amministratori di società *non quotate*, in forza del richiamo contenuto nell'art. 2387 c.c.³⁸⁶

In caso di decadenza, gli effetti della conseguente cessazione dall'incarico non risultano differiti o differibili. Pertanto, ai sensi dell'art. 2386 c.c., ai fini della *sostituzione* degli amministratori decaduti, sono previste tra ipotesi:

- (a) se rimane in carica più della metà degli amministratori nominati dall'assemblea, essi provvedono a sostituire *provvisoriamente* gli amministratori decaduti, con delibera consiliare approvata dal collegio sindacale (c.d. *cooptazione*). Gli amministratori così nominati rimangono in carica *fino alla successiva assemblea, che potrà confermare ovvero sostituirli*;
- (b) se decade più della metà degli amministratori nominati dall'assemblea, non opera la cooptazione. Viceversa, gli amministratori in carica *convocano l'assemblea*, la quale provvede alla sostituzione dei decaduti. Gli amministratori così nominati scadono *con quelli in carica all'atto della nomina*, salvo diversa previsione dello statuto o dell'assemblea;
- (c) se decadono tutti gli amministratori o l'amministratore unico, il collegio sindacale *convoca d'urgenza l'assemblea*, la quale provvede alla ricostituzione dell'organo amministrativo. Nelle more, il collegio sindacale può compiere gli atti di ordinaria amministrazione.

³⁸⁶ Ai sensi dell'art. 2387 c.c. “Lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati. Si applica in tal caso l'articolo 2382”. Si veda anche P. RAINELLI, Commento all'Articolo 2382, in *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, 2009, pp. 684-685: “Nel quadro d'insieme occorre tuttavia evidenziare come il legislatore delegato, rispondendo alle istanze giunte dalla dottrina, dalla giurisprudenza ed ancor prima dalla prassi statutaria, abbia esteso l'applicazione del meccanismo dell'art. 2382 – ineleggibilità e decadenza – anche alle ipotesi in cui lo statuto preveda particolari requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza degli amministratori, in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 2387”.

Con riferimento alla revoca, occorre distinguere tra società per azioni e società a responsabilità limitata.

Nelle società per azioni³⁸⁷, una prima fattispecie di revoca è contenuta nell'art. 2383, comma 3, c.c. Tale potere risulta inderogabilmente attribuito all'assemblea in sede ordinaria (c.d. revoca a mezzo delibera dell'assemblea ordinaria), la quale ha facoltà di revocare *uno o più* amministratori (revoca *individuale-selettiva*) in via discrezionale (*ad nutum*) – in quanto non occorre una giusta causa³⁸⁸ ai fini della rimozione dall'incarico – ed unilaterale – in quanto non è attribuito all'amministratore revocato alcun diritto di opposizione. Tuttavia, in assenza di giusta causa, tale amministratore potrà chiedere il risarcimento del danno.

Di conseguenza, l'istituto della revoca per delibera dell'assemblea ordinaria non è subordinato, ai fini del suo esercizio, alla sussistenza di ipotesi tassativamente previste dal Legislatore – come invece è il caso della decadenza. In altri termini, tale fattispecie di revoca *individuale-selettiva* risulta legittima anche se *non motivata* (salvo il risarcimento del danno in assenza di giusta causa) ed ha effetto immediato.

Tale carattere “libero” della revoca – secondo cui l'assenza di giusta causa non incide sulla sua validità ed efficacia, bensì rileva al massimo ai fini del risarcimento del danno – indicherebbe nell'amministratore la figura di un *mero mandatario*³⁸⁹.

Con riguardo alla natura della presente fattispecie di revoca, occorre specificare che – alla stregua di quanto esaminato in riferimento al *removal* – “*la revoca assembleare per giusta causa dell'amministratore di s.p.a., che può discendere dal venir meno del rapporto di fiducia con la compagine societaria, non costituisce una sanzione e, pertanto, non richiede la preventiva contestazione dei comportamenti legittimanti la revoca stessa*”³⁹⁰.

Una seconda fattispecie di revoca in ambito di società per azioni è contenuta nell'art. 2393, comma 4, c.c. Tale potere – c.d. revoca d'ufficio per azione di responsabilità contro gli amministratori

³⁸⁷ Nell'ambito delle società per azioni, la norma sulla revoca degli amministratori era già presente nel Codice di commercio del 1882, all'art. 120.

³⁸⁸ Al riguardo, si veda G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, 2019, p. 3121: “*La giusta causa può essere sia soggettiva che oggettiva, purché si tratti di circostanze o fatti sopravvenuti idonei ad influire negativamente sulla prosecuzione del rapporto; nel secondo caso, essa consiste in situazioni estranee alla persona dell'amministratore, quindi non integranti un suo inadempimento e sempre che ricorra un quid pluris, cioè l'esistenza di situazioni tali da eliminare il citato affidamento*”.

³⁸⁹ Al riguardo, si veda U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Bocca, Torino, 1920, v. IV p. 373; riguardo invece i profili controversi della revoca, si veda P. DE BIASI, op. cit., p. 79: “*Si discute invece su quali siano i casi di giusta causa che esimono la società dal pagare i danni e, al più, su quale sia il limite del danno risarcibile e si assiste alle oscillazioni tra la protezione dell'interesse portato dall'amministratore e quello portato dalla società*”.

³⁹⁰ G. CIAN - A. TRABUCCHI, op. cit., p. 3122.

– risulta disgiuntamente attribuito all’assemblea in sede ordinaria – purché adottata con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale – ed al collegio sindacale – purché adottata con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti³⁹¹. Di conseguenza, o l’assemblea ordinaria o il collegio sindacale hanno facoltà di esercitare tale azione di responsabilità contro *uno o più* amministratori in carica (revoca *individuale-selettiva* aggravata), determinandone la revoca *ope legis* con effetto immediato. In tale caso, a differenza della prima fattispecie poc’anzi analizzata, non solo si procede alla revoca degli amministratori, bensì *contestualmente* anche alla richiesta di risarcimento nei loro confronti, alla luce della *maggiore gravità* delle condotte poste in essere da questi ultimi. Il fatto che la revoca derivi *automaticamente* dal raggiungimento dei *quorum* menzionati non implica necessariamente la sussistenza di una giusta causa; in altri termini, il valido esercizio dell’azione di responsabilità – a cui consegue *ope legis* la revoca di uno o più amministratori – non esclude l’obbligo in capo alla società di risarcire questi ultimi in caso di assenza di una giusta causa³⁹².

Una terza fattispecie di revoca in ambito di società per azioni – l’unica esercitata da un soggetto *diverso* da quello che ha proceduto alla nomina – è contenuta nell’art. 2409, comma 4, c.c. Tale potere – c.d. revoca giudiziale – risulta inderogabilmente attribuito al tribunale il quale – su denuncia di almeno un decimo del capitale sociale (o di un ventesimo, in caso di società quotata) – ha la facoltà di revocare gli amministratori – *ed eventualmente anche i sindaci* – in caso di accertamento di *gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno* alla società o a una o più società controllate, nominando contestualmente un amministratore giudiziario³⁹³.

³⁹¹ Ai sensi dell’art. 2393 c.c., “L’azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell’assemblea, anche se la società è in liquidazione.

La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell’elenco delle materie da trattare, quando si tratta di fatti di competenza dell’esercizio cui si riferisce il bilancio.

L’azione di responsabilità può anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

L’azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell’amministratore dalla carica.

La deliberazione dell’azione di responsabilità importa la revoca dall’ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso, l’assemblea stessa provvede alla sostituzione degli amministratori.

La società può rinunciare all’esercizio dell’azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell’assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l’esercizio dell’azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell’articolo”.

³⁹² Al riguardo, si veda C. CONFORTI, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Giuffrè, 2007, p. 581: “Comunque, il fatto che la revoca avvenga per l’effetto automatico che discende dal raggiungimento del quorum di cui all’art. 2393, co. 5, c.c. non significa che l’esercizio di tale potere sia, di per se stesso, sorretto da una motivazione di ‘giusta causa’ e quindi la società possa dirsi aprioristicamente esonerata dal dover risarcire il danno all’amministratore ai sensi dell’art. 2383, co. 3, c.c.”.

³⁹³ Ai sensi dell’art. 2409 c.c., “Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i

Tale ipotesi di revoca presenta una dinamica di esercizio “agli antipodi” rispetto al potere di *removal*, dal momento che la prima – a differenza del secondo – viene esercitata interamente di fronte all’autorità giudiziaria³⁹⁴. A seguito della riforma del 2003, sono stati inoltre definiti i presupposti applicativi di tale istituto: occorre una violazione *grave* ed *idonea* a cagionare danno all’organizzazione societaria. Pertanto, sussistendo la gravità della violazione derivante dalla condotta, è sufficiente il danno *potenziale* ai fini del valido ricorso alla revoca giudiziale. D’altro canto, in presenza di irregolarità *non gravi*, il tribunale potrà al massimo disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l’assemblea per le conseguenti deliberazioni, senza quindi alcuna possibilità di revoca degli amministratori.

Infine, altra differenza rispetto al potere di rimozione è che la revoca *ope iudicis* è esercitabile, se del caso, esclusivamente e necessariamente nei confronti di *tutti* i membri dell’organo amministrativo, a prescindere dalle singole responsabilità (revoca *totale-complexiva* dell’organo amministrativo). Di conseguenza, la revoca giudiziale non è applicabile *selettivamente*, a differenza (come si è visto) del potere di rimozione degli esponenti aziendali di cui all’art. 53-*bis* del TUB.

Difatti, la maggiore incisività di tale fattispecie di revoca risulta giustificata dal fatto che “*l’irregolarità deve essere talmente grave da incidere su tutta l’amministrazione della società: e non può quindi porsi rimedio ad essa se non estromettendo gli organi sociali eletti e nominando in loro vece un terzo, l’amministratore giudiziario, che avrà poteri e durata ben determinati. Scopo della norma non è quello di sostituire gli amministratori revocati con altri dotati delle medesime prerogative, ma riavviare la società verso una ‘corretta ordinaria’ amministrazione, nella prospettiva – ove possibile – di continuazione dell’impresa esercitata*”³⁹⁵.

A ben vedere, rispetto all’ipotesi di *removal totale-complexivo* previsto in ambito bancario dall’art. 69-*vicies-semel*, in combinato disposto con l’art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. b), del TUB, tale fattispecie di “revoca giudiziale *totale-complexiva* aggravata” degli amministratori di s.p.a. appare comunque “più mite”. Difatti, come già ampiamente rilevato in precedenza, il *removal ex art. 69-vicies-semel* colpisce *sia tutti* i membri dell’organo amministrativo *sia, necessariamente, tutti i*

soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione [...]

Se le violazioni denunciate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l’assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata”.

³⁹⁴ A tal proposito, si veda P. DE BIASI, op. cit., p.80: “*Il provvedimento è preso su istanza di parte, nel corso di un contraddittorio avanti il giudice, quindi all’interno del quadro di garanzie normalmente offerte dall’ordinamento*”.

³⁹⁵ C. CONFORTI, op. cit., p. 563.

membri dell'organo di controllo (totalità *assoluta*). Viceversa, l'ipotesi di revoca in esame colpisce (come minimo) *tutti* i membri dell'organo amministrativo e, *soltanto eventualmente*, anche i membri dell'organo di controllo (totalità *relativa, eventualmente assoluta*).

Nelle società a responsabilità limitata, il Codice disciplina esclusivamente l'ipotesi di revoca giudiziale *per gravi irregolarità nella gestione* della società attribuendo la legittimazione attiva a *ciascun socio* ex art. 2476, comma 3, c.c.

Nello specifico, il singolo socio, sperando un'azione sociale di responsabilità contro *uno o più* amministratori, può chiedere in via cautelare la revoca di questi in caso di gravi irregolarità nella gestione della società (revoca *individuale-selettiva*), al ricorrere dei tradizionali presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*³⁹⁶. A ben vedere, si ritiene che il socio possa richiedere la revoca giudiziale degli amministratori anche *in assenza* di contestuale esercizio dell'azione di responsabilità³⁹⁷.

Inoltre, appare ragionevole ammettere, nelle s.r.l. munite di organo sindacale, al ricorrere dei medesimi presupposti di gravi irregolarità nella gestione, la revocabilità giudiziaria degli amministratori ex art. 2409, comma 4, c.c., su denuncia *dell'organo medesimo* ai sensi dell'art. 2409, comma 7, c.c.³⁹⁸

³⁹⁶ Al riguardo, si veda la recente pronuncia del Trib. Milano, sez. XV, 10 maggio 2023, n. 42809, *Giur. Impr.*, p. 3: “L'art. 2476 comma 3 c.c. richiede, perché sia adottato su richiesta anche del singolo socio il provvedimento cautelare di revoca dell'amministratore, che questi si sia reso responsabile di 'gravi irregolarità nella gestione' (*fumus boni iuris*) e che l'attualità o la permanenza di tali comportamenti determini quanto meno il rischio di un pregiudizio imminente per l'interesse sociale (*periculum in mora*). Le gravi irregolarità possono essere costituite da violazioni di legge o di statuto anche solo potenzialmente foriere di danno per la società”.

³⁹⁷ Sul punto, G. F. CAMPOBASSO, op. cit., p. 583. Al riguardo, si veda anche G. SPALTRO, «Commento al Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Sez. fall., 8 maggio 2007», in *Le Società*, 9/2009, pp. 1151 ss.: “Si ritiene, per quanto sopra detto, che nel caso di gravi irregolarità gestionali i soci di srl abbiano il diritto di agire in giudizio per conseguire una sentenza di condanna degli amministratori al risarcimento del danno, ma anche per ottenere la loro revoca dalla carica. La rimozione degli amministratori può quindi essere oggetto di una specifica ed autonoma domanda, proponibile nell'ambito del giudizio di responsabilità instaurato nei loro confronti, atteso che i medesimi inadempimenti possono rappresentare la medesima causa petendi di pronunce diverse, cumulabili nello stesso processo [...] La revoca e l'azione di responsabilità, pur potendo essere esercitate cumulativamente nel medesimo processo, hanno presupposti e finalità diversi: con la seconda si chiede l'accertamento della responsabilità degli amministratori e la loro condanna al risarcimento del danno; con la prima si chiede l'accertamento delle gravi irregolarità gestionali e, a causa di esse, la risoluzione del rapporto intercorrente con gli amministratori. Ne consegue che nel caso in cui gli amministratori di s.r.l. compiano atti di mala gestio, i soci possono non soltanto agire in responsabilità nei loro confronti, ma, qualora si tratti di gravi irregolarità, possono anche agire per ottenerne la revoca, eventualmente anche in via cautelare”. Pertanto, secondo l'Autore, la revoca cautelare ex art. 2476, comma 3, c.c. andrebbe inquadrata tra le misure non a contenuto conservativo, bensì anticipatorio della pronuncia nel merito. Dello stesso avviso, G. SCOGNAMIGLIO, «Revoca 'cautelare' e revoca 'nel merito' dell'amministratore di s.r.l.», in *Riv. or. dir. comm.*, Giappichelli, Torino, 2014.

³⁹⁸ G. SCOGNAMIGLIO, op. cit.

Intervenuta la revoca giudiziale – sia essa su denuncia del singolo socio ovvero, per le s.r.l. munite di organo sindacale, su denuncia di quest’ultimo – il giudice non potrà procedere alla nomina del nuovo amministratore, restando tale prerogativa in capo *alla società*³⁹⁹.

Secondo l’orientamento prevalente, la riconducibilità della s.r.l. nella categoria delle società capitalistiche giustifica l’applicazione anche della norma dettata per le s.p.a. dall’art. 2383, comma 3, c.c.: pertanto, i soci potranno *in qualsiasi momento* revocare gli amministratori⁴⁰⁰.

Naturalmente, in tanto l’applicazione analogica dell’art. 2383 comma 3 c.c. risulta possibile in quanto il modello capitalistico della s.r.l. non sia stato superato dalle previsioni dell’atto costitutivo. Difatti, qualora i soci avessero organizzato la società su base personalistica, la revoca sarebbe possibile: (i) *anche in assenza di giusta causa*, qualora l’amministratore sia stato nominato con atto diverso dall’atto costitutivo; ovvero, viceversa (ii) *solo per giusta causa*, qualora l’amministratore sia stato nominato nell’atto costitutivo, *ex art. 2259, comma 1, c.c.*⁴⁰¹

A seguito dell’analisi finora svolta, risulta possibile concludere che in ambito societario si applica il principio generale di *corrispondenza tra nomina e revoca*: ai soci è attribuito il potere di “vestire” l’amministratore così come di “spogliarlo” (*rectius*, nel caso della revoca giudiziale, di “richiedere di spogliarlo”).

Viceversa, la disciplina del *removal* deroga a tale principio, rompendo il nesso tradizionale tra titolarità della nomina e rimozione: viene attribuito alla Banca d’Italia un potere – quello di “spogliare” gli esponenti aziendali – che in precedenza era riconosciuto in capo ai soci, titolari del solo potere di “vestire” tali esponenti⁴⁰².

³⁹⁹ Sul punto, si veda G. U. TEDESCHI, «Responsabilità e revoca degli amministratori di s.r.l.», in *Contr. impr.*, 2008, p. 1280.

⁴⁰⁰ C. CONFORTI, *op. cit.*, p. 643.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 644.

⁴⁰² P. DE BIASI, *op. cit.*, p. 81, in cui afferma che il potere di *removal* “*sostituisce il controllore ai proprietari della banca, cioè l’assemblea degli azionisti, poi pone in discussione il ruolo di terzo tipicamente rivestito dalla vigilanza e infine consente che sia adottato un provvedimento al di fuori delle garanzie giurisdizionali considerate normali in un sistema democratico, dando per evidente il fatto che l’accertamento in sede di procedimento amministrativo non sia pieno, anche perché privo di contraddittorio. Continua il percorso ‘verso la sostituzione dell’atto amministrativo al contratto’ nella vita dell’impresa*”.

3.2. *La revoca degli amministratori negli Stati Uniti*

Negli Stati Uniti, il *Model Business Corporation Act* (MBCA)⁴⁰³ – il modello di disciplina societaria predisposto in via federale, liberamente adottabile e emendabile sul piano interno dai singoli Stati – non prevede esplicitamente l’ipotesi di revoca di uno o più amministratori da parte dello stesso consiglio di amministrazione. Viceversa, risulta disciplinata la revoca degli amministratori da parte dell’assemblea dei soci.

A tal proposito, ai sensi della Sezione 8.08(a) del MBCA, “*the shareholders may remove one or more directors with or without cause unless the articles of incorporation provide that directors may be removed only for cause*”. Di conseguenza, tale ipotesi di revoca *individuale-selettiva* costituisce un’iniziativa *libera nel fine*, prescindendo dalla sussistenza di una giusta causa⁴⁰⁴ ai fini del suo esercizio, salvo diversa previsione dell’atto costitutivo.

Inoltre, ai sensi della Sezione 8.08(b), qualora l’amministratore da revocare sia stato nominato da uno specifico gruppo votante di soci (c.d. *voting group of shareholders*)⁴⁰⁵, soltanto i soci membri di tale gruppo possono procedere alla sua revoca⁴⁰⁶ (revoca *individuale-selettiva* rafforzata).

Previsione di natura particolare è quella contenuta Sezione 8.08(c) in materia di voto cumulativo (c.d. *cumulative vote*). Si ha voto cumulativo quando ciascun socio può (i) moltiplicare il numero di voti che complessivamente può esprimere – in base al numero di azioni da lui possedute – per il numero di amministratori che complessivamente può votare e (ii) “puntare” l’intero risultato a favore di un singolo candidato ovvero “spalmarlo” su più candidati⁴⁰⁷. Un esempio chiarirà il

⁴⁰³ L’MBCA, promulgato in versione completa nel 1984, costituisce il modello di disciplina generale statunitense in materia societaria. Nello specifico, tale modello – tutt’oggi vigente e periodicamente revisionato – risulta adottato da 36 Stati americani.

⁴⁰⁴ Sulla nozione di giusta causa nell’ordinamento statunitense, si veda R. CASSIM, «*The Removal of Directors by the Board of Directors under the Companies Act 71 of 2008: Should it be a Mandatory or an Alterable Provision?*», in *Comp. Intern. Law Journ. South. Afr.* 389, n. 52(3), 2019, p. 397: “*For cause means that there must be a justifiable reason for the removal, while ‘without cause’ means removal for any reason whatsoever. To remove a director without cause all that is needed are sufficient votes for the removal. As a general proposition, a director must be guilty of some abuse of trust or malfeasance or nonfeasance in office to justify the removal for cause*”. Sul punto, si veda anche D. M. BOLLING, «*Removal of Directors in Closely Held Corporations*», in *Flor. Law Rev.*, Vol. 12, 1959.

⁴⁰⁵ Sulla nozione di *voting group of shareholders* nell’ordinamento statunitense, *ibidem*, pp. 397-398: “*A voting group of shareholders is a group of shareholders who have all agreed, by written agreement, to either appoint one person to vote on their behalf as a group or that they will all vote together as one*”.

⁴⁰⁶ Si veda MBCA, Sez. 8.08(b): “*If a director is elected by a voting group of shareholders, only the shareholders of that voting group may participate in the vote to remove that director*”.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, Sez. 7.28(c): “*A statement included in the articles of incorporation that ‘[all] [a designated voting group of] shareholders are entitled to cumulate their votes for directors’ (or words of similar import) means that the shareholders designated are entitled to multiply the number of votes they are entitled to cast by the number of directors for whom they are entitled to vote and cast the product for a single candidate or distribute the product among two or more candidates*”.

concetto: se si deve procedere alla nomina di quattro amministratori, ciascuna azione esprimerà complessivamente quattro voti, i quali possono essere dati tutti a favore di un candidato ovvero essere distribuiti diversamente. Di conseguenza, in tale scenario, se un socio possiede 100 azioni, egli avrà a disposizione complessivamente 400 voti che potrà esprimere a favore di un unico candidato ovvero distribuire a favore di più candidati⁴⁰⁸.

Come si può intuire, la *ratio* del voto cumulativo è garantire ai gruppi di soci di minoranza di essere rappresentati nel consiglio di amministrazione. Difatti, un gruppo di minoranza potrà accordarsi internamente su un “nome” da nominare e – attraverso il voto cumulativo – “puntare tutto” su quel candidato, il quale avrà dunque maggiori possibilità di successo⁴⁰⁹.

Ciò spiegato, occorre precisare che secondo il MBCA i soci non possono cumulare i propri voti per la nomina di amministratori, *salvo diversa previsione dell'atto costitutivo*. Di conseguenza, ai sensi della Sezione 8.08(c), se l'atto costitutivo non prevede il diritto di cumulo, un amministratore potrà essere revocato dall'incarico se la maggioranza semplice dei soci vota in tal senso, salvo che sia richiesta una maggioranza qualificata dall'atto costitutivo o dallo statuto. Viceversa, se l'atto costitutivo prevede il diritto di cumulo, un amministratore potrà essere revocato soltanto se il numero complessivo di voti contrari alla revoca sia minore di quelli (cumulati) che erano risultati sufficienti alla sua nomina⁴¹⁰ (revoca *individuale-selettiva* ultra-rafforzata). In altri termini, per “salvare” tale amministratore, risulta sufficiente che lo stesso gruppo di soci che abbia (in via cumulativa) votato per la sua nomina si pronunci in senso contrario alla sua revoca. A tal riguardo, “*this provision ensures that the minority shareholders with sufficient votes to guarantee the election of a director under*

⁴⁰⁸ Sul punto si veda J. D. COX - M. A. EISENBERG, *Business organizations. Cases and materials*, 2019, pp. 279-280: “More generally, under straight voting, minority shareholders can never elect even a single director over the opposition of the majority. For example, in the Blue Corporation hypothetical, since under straight voting S can cast no more than 100 votes for any of her seven nominees, and T can cast 200 votes for each of his seven nominees, T can elect all the directors. In contrast, under the system of cumulative voting, a shareholder can distribute among her nominees, in any way she pleases, a number of votes equal to the number of her shares times the number of directors to be elected. (In a relatively small number of states, cumulative voting is made mandatory by constitution or by statute. More typically, however, the statutes permit rather than require cumulative voting)”.

⁴⁰⁹ A tal proposito, R. CASSIM, op. cit., p. 398: “Cumulative voting thus ensures minority shareholder representation on the board of directors. It favours minority shareholders when all of the minority shareholders agree to vote all of their shares for the same director. It thus preserves the balance of power within the corporation”.

⁴¹⁰ Si veda MBCA, Sez. 8.08(c): “A director may be removed if the number of votes cast to remove exceeds the number of votes cast not to remove the director, except to the extent the articles of incorporation or bylaws require a greater number; provided that if cumulative voting is authorized, a director may not be removed if, in the case of a meeting, the number of votes sufficient to elect the director under cumulative voting is voted against removal and, if action is taken by less than unanimous written consent, voting shareholders entitled to the number of votes sufficient to elect the director under cumulative voting do not consent to the removal”.

cumulative voting would be able to protect that director from removal by the remaining shareholders”⁴¹¹.

Esattamente come il MBCA, anche la legge applicabile in Delaware – il *Delaware General Corporation Law* (“DGCL”) – non prevede l’ipotesi di revoca di uno o più amministratori da parte dello stesso consiglio di amministrazione⁴¹². Viceversa, anche qui, risulta disciplinata la revoca degli amministratori da parte dell’assemblea dei soci.

A tal proposito, ai sensi della Sezione 141(k) del DGCL, “*any director or the entire board of directors may be removed, with or without cause, by the holders of a majority of the shares then entitled to vote at an election of directors*”. Pertanto, anche tale ipotesi di revoca *individuale-selettiva* costituisce un’iniziativa *libera nel fine*, prescindendo dalla sussistenza di una giusta causa.

Tuttavia, anche in questo caso tale regola soffre due specifiche eccezioni. Difatti, come previsto dalla stessa Sezione 141(k) del DGCL, la revoca da parte dell’assemblea prescinde dalla sussistenza di una giusta causa, salvo che: (i) il consiglio di amministrazione sia *classificato* al proprio interno⁴¹³; (ii) sia previsto il voto cumulativo e la revoca non riguardi l’intero consiglio di amministrazione, ma solo *uno o più* singoli amministratori. In entrambi i casi, in deroga al principio generale, la revoca risulta esercitabile solo al ricorrere di una giusta causa⁴¹⁴.

Difatti, nella prima ipotesi, dal momento che in un consiglio di amministrazione classificato ogni amministratore ha “vita breve” – caratterizzandosi per una candidabilità limitata nel tempo – *ergo* risulta ragionevole vincolare la revoca alla sussistenza di una giusta causa.

Nella seconda ipotesi, un amministratore può essere revocato solo al ricorrere di giusta causa qualora il numero complessivo di voti contrari alla revoca sia (in via cumulativa) sufficiente alla sua

⁴¹¹ R. CASSIM, op. cit., p. 399.

⁴¹² Si vedano: DEL. COURT, *Bruch v. National Guarantee Credit Corp.*, 10 aprile 1922; *Idem*, *Dillon v. Berg*, 6 maggio 1971; *Idem*, *Kurz v. Holbrook*, 9 febbraio 2010.

⁴¹³ Per consiglio di amministrazione classificato si intende un consiglio di amministrazione “scaglionato”, ossia un consiglio composto da diverse classi di amministratori – solitamente tre – con termini di scadenza naturale diversi. A tal proposito, “*a board is considered to be classified if the certificate of incorporation or the by-laws of the company divide the directors into three classes with the term of office of those of the first class to expire at the first annual meeting held after such classification becomes effective, the term of office of those of the second class to expire one year thereafter, and of the third class to expire two years thereafter*” (R. CASSIM, op. cit., cit. 41).

⁴¹⁴ Si veda MBCA, Sez. 141(k): “*Any director or the entire board of directors may be removed, with or without cause, by the holders of a majority of the shares then entitled to vote at an election of directors, except as follows: (a) Unless the certificate of incorporation otherwise provides, (in the case of a corporation whose board is classified as provided in subsection (d) of this section), stockholders may effect such removal only for cause; or (b) (In the case of a corporation having cumulative voting,) if less than the entire board is to be removed, no director may be removed without cause if the votes cast against such director’s removal would be sufficient to elect such director if then cumulatively voted at an election of the entire board of directors, or, if there be classes of directors, at an election of the class of directors of which such director is a part*”.

nomina. In altri termini, per vincolare la revoca alla sussistenza di una giusta causa, risulta sufficiente che lo stesso gruppo di soci che abbia (in via cumulativa) votato per la sua nomina si pronunci in senso contrario alla sua revoca.

Come già anticipato, il DGCL non consente la revoca di uno o più amministratori da parte dello stesso consiglio di amministrazione; tuttavia, al tempo stesso, non lo vieta espressamente. A tal proposito, nel caso *Bruch v. National Guarantee Credit Corp.*, la *Delaware Court of Chancery* riconobbe la possibilità di prevedere, nell'atto costitutivo o nello statuto, la revoca di uno o più amministratori da parte del consiglio di amministrazione.

A tal riguardo, *“the corporation undoubtedly possesses the power of a motion of a director; that Section 3 of the General Corporation Law confers not only on the corporation but also on its ‘officers, directors and stockholders’ all the ‘powers and privileges’ contained in this chapter, and ‘the powers expressly given in its charter, or in its certificate under which it was incorporated,’ etc.; the certificate of incorporation confers on the board of directors authority ‘to exercise all such powers and do all such acts and things as may be exercised or done by the corporation’; therefore, the board may by virtue of the grant to it of authority as indicated by these quotations, exercise the power of a motion which is lodged by law in the corporation itself”*⁴¹⁵.

Tuttavia, la *Delaware Court of Chancery* affermò che un simile potere non può essere esercitato arbitrariamente; viceversa, l'amministratore da revocare ha diritto ad essere previamente ascoltato dal consiglio di amministrazione per esporre le proprie ragioni⁴¹⁶.

In sintesi, le due discipline analizzate – MBCA e DGCL – preservano perlopiù la revoca degli amministratori nelle mani dell'assemblea, senza consentire – almeno esplicitamente – un eguale potere nelle mani dello stesso consiglio di amministrazione. A tal proposito, *“[s]ection 141(k) provides no limitation on the right of stockholders to remove a member of a nonclassified board. Like the right to elect directors, Delaware law considers the right to remove directors to be a fundamental element of stockholder authority”*⁴¹⁷. In linea con tale orientamento, la maggior parte degli Stati americani attribuisce all'assemblea la prerogativa di revoca degli amministratori.

⁴¹⁵ Caso *Bruch v. National Guarantee Credit Corp.*, p. 6.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 1: *“Even if the board of directors of a corporation may remove a director for cause, such power cannot be exercised in an arbitrary manner; the accused director being entitled to be heard in his own defense”*.

⁴¹⁷ Si veda DEL. COURT, *Rohe v. Reliance Training Network, Inc.*, 21 luglio 2000, n. 17992, par. 1.

Ciononostante, non mancano Stati in cui è previsto il potere di revoca anche in capo allo stesso consiglio di amministrazione⁴¹⁸. Occorre però precisare che in alcuni di questi ultimi Stati – in particolare New York, Rhode Island, New Jersey e Tennessee – il potere di revoca in capo all'organo amministrativo si configura come potere *derivato in forma espressa*. Difatti, il consiglio di amministrazione ha il potere di revocare *uno o più* amministratori (revoca *individuale-selettiva*) *soltanto qualora tale potere gli sia stato attribuito dall'assemblea*. In concreto, ciò significa che in tanto l'organo amministrativo è titolare di un siffatto potere in quanto sia stato espressamente riconosciuto nell'atto costitutivo o nello statuto, *entrambi adottati dall'assemblea*⁴¹⁹.

Viceversa, in altri di questi Stati – in particolare Ohio, California, Alaska, Pennsylvania, Minnesota, North Dakota e Indiana – il potere di revoca in capo all'organo amministrativo si configura come potere *derivato in forma tacita*. Difatti, il consiglio di amministrazione ha il potere di revocare *uno o più* singoli amministratori (revoca *individuale-selettiva*) *salvo diversa previsione nell'atto costitutivo o nello statuto*. In concreto, ciò significa che in tanto l'organo amministrativo resta titolare di un siffatto potere – riconosciuto *ab initio* – in quanto non vi sia una previsione *contraria* nell'atto costitutivo o nello statuto, *entrambi adottati dall'assemblea*⁴²⁰.

In sintesi, mentre nel primo assetto (*i.e.*, potere di revoca derivato in forma espressa) l'assemblea è titolare di una facoltà *positiva* di attribuzione del potere di revoca in capo all'organo amministrativo, nel secondo assetto (*i.e.*, potere di revoca derivato in forma tacita) l'assemblea è titolare di una facoltà *negativa* di sottrazione del potere di revoca dall'organo amministrativo. Da ciò deriva logicamente che, in mancanza di esplicito intervento dell'assemblea, nel primo assetto non c'è

⁴¹⁸ Tali Stati sono: Ohio, California, Alaska, Pennsylvania, Massachusetts, Missouri, Minnesota, North Dakota, New Jersey, New York, Rhode Island, Tennessee e Indiana.

⁴¹⁹ A tal riguardo, si veda R. CASSIM, op. cit., p. 401: “*For example, section 706(a) of the New York Business Corporation Law empowers the board of directors to remove board members for cause, but only when the certificate of incorporation or a by-law adopted by the shareholders makes provision for the board of directors to remove a board member. Section 7-1.2-805 of the Rhode Island Business Corporation Act emulates section 706(a) of the New York Business Corporation Law. Section 14A:6-6(3) of the New Jersey Business Corporation Act also adopts a similar stance to that of the New York Business Corporation Law with regard to the removal of directors by board members. This section provides that the certificate of incorporation or a by-law adopted by the shareholders may provide that the board shall have the power to remove directors for cause, and to suspend directors pending a final determination that cause exists for removal. Again, the board of directors may remove board members only if the shareholders have empowered the directors to do so. Section 48-18-108(d) of the Tennessee Business Corporation Act similarly provides that directors may be removed for cause by a vote of the entire board of directors if so provided by the charter (which is the equivalent of the certificate of incorporation)*”.

⁴²⁰ *Ibidem*, pp. 401-402: “*For example, under section 302A.223(2) of the Minnesota Business Corporation Act, and section 10-19.1-41 of the North Dakota Business Corporation Act the board of directors is empowered to remove board members unless this power is modified by the articles of incorporation, the by-laws or a shareholders' agreement [...] Section 23-1-33-8(a) of the Indiana Business Corporation Law also empowers the board of directors to remove directors unless the articles of incorporation provide otherwise. Likewise, section 1726(b) of the Pennsylvania Business Corporation Law permits the board of directors to remove directors from office on certain specified grounds unless provided otherwise in a by-law adopted by the shareholders*”.

potere di revoca in capo all'organo amministrativo (presunzione *negativa iuris tantum*), a differenza del secondo assetto, in cui siffatto potere resta (ancora e anche) nelle mani di tale organo (presunzione *positiva iuris tantum*).

Caso eccezionale è quello di due Stati – Massachusetts e Missouri – in cui il potere di revoca in capo all'organo amministrativo si configura come potere *originario ed indisponibile*. Difatti, in tali Stati non è possibile limitare né sottrarre tale potere all'organo amministrativo, salvo specifiche garanzie di tutela degli amministratori eletti dai gruppi di soci di minoranza⁴²¹.

Con riferimento al potere di revoca *ope iudicis* (*judicial removal power*)⁴²², l'MBCA prevede in via residuale in capo all'autorità giudiziaria la facoltà di revocare *uno o più* singoli amministratori (revoca giudiziale *individuale-selettiva* residuale). Nello specifico, ai sensi della Sezione 8.09 (*Removal of directors by judicial proceedings*), “[t]he [name or describe] court of the county where a corporation’s principal office (or, if none in this state, its registered office) is located may remove a director of the corporation from office in a proceeding commenced by or in the right of the corporation if the court finds that (i) the director engaged in fraudulent conduct with respect to the corporation or its shareholders, grossly abused the position of director, or intentionally inflicted harm on the corporation; and (ii) considering the director’s course of conduct and the inadequacy of other available remedies, removal would be in the best interest of the corporation”.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 402: “In terms of section 8.08(d) of the Massachusetts Business Corporation Act, directors may be removed for cause by vote of the greater of (i) a majority of the directors then in office, or (ii) the number of directors required by the articles of organization or by-laws to take action under section 8.24 of the Massachusetts Business Corporation Act [...] Section 351.317 of the Missouri General Business Corporation Law provides that a director of the corporation may be removed for cause by the action of a majority of the entire board of directors if, at the time of removal, the director has failed to meet the qualifications stated in the articles of incorporation or by-laws for election as a director or is in breach of any agreement between that director and the corporation relating to that director’s services as a director or employee of the corporation”.

⁴²² Con riferimento alla *ratio* del potere di revoca degli amministratori per via giudiziaria negli Stati Uniti, si veda O. N. SIRODOEVA-PAXSON, «*Judicial Removal of Directors: Denial of Directors’ License to Steal or Shareholders’ Freedom to Vote?*», in *Hast. Law Journ.*, Vol. 50, 1998. In particolare, pp. 107-109: “Three fundamental interests are key in fashioning a removal remedy. The first is the shareholders’ inherent right to remove directors. [...] The second fundamental interest is that of the corporation. Apparently, it is the need to protect corporate interests that inspired the recent proliferation of removal statutes. The best interests of the corporation imply the maximization of corporate profits and often coincide with shareholders’ collective interests. [...] The third fundamental interest, that of the market, may invite application of the judicial removal remedy in order to discourage other similarly placed executives from committing fraud at other companies. [...] When shareholders cure directorial wrongdoing by removing a director themselves, the three interests are in harmony and the judicial removal remedy is unnecessary. When, however, shareholders fail to take action to remove misbehaving directors, tension between these three interests arises. The first interest of shareholder democracy, if taken alone, unconditionally prohibits the judicial removal of directors. Such a postulate is in conflict with the other two interests that favor removing directors without concerted shareholder action and suggest disregarding the shareholder prerogative to remove. [...] Removal to protect a corporation does not present a threat to the interests of the market, but instead furthers its goals—dismissal of the director acts as a signal to other potential wrongdoers not only within the company but also in other companies, bolsters a sense that the market is being policed and represents a form of punishment for wrongs committed”.

Pertanto, nella misura in cui tale facoltà di revoca viene esercitata da un soggetto *esterno* alla società (*i.e.*, il giudice) – a differenza delle ipotesi di revoca poc’anzi esaminate – essa presuppone necessariamente: (i) la sussistenza di una *giusta causa* (*fraudulent conduct with respect to the corporation or its shareholders; grossly abused the position of director; intentionally inflicted harm on the corporation*) e (ii) l’*inadeguatezza di altri rimedi* meno invasivi (*inadequacy of other available remedies*).

Rispetto all’assetto generale delineato dal MBCA – in conformità al quale la revoca *ope iudicis* risulta esercitabile soltanto nei confronti degli amministratori – i singoli Stati americani hanno poi adattato l’ambito applicativo della revoca giudiziaria secondo la propria legislazione interna. Ad esempio, da un lato, lo Stato di New York prevede la revocabilità *ope iudicis* nei confronti *sia degli amministratori sia dei dirigenti*⁴²³; dall’altro, lo Stato della California prevede l’esercizio di tale potere *soltanto nei confronti degli amministratori*⁴²⁴. Caso distinto è quello del Delaware, in cui non è previsto il potere di revoca per via giudiziaria, *né nei confronti degli amministratori né nei confronti dei dirigenti*⁴²⁵.

3.3. *Il removal come alterazione positiva-costruttiva del rapporto fiduciario tra assemblea ed amministratori*

In ambito societario, in tanto il rapporto tra assemblea ed amministratori ha natura *fiduciaria* in quanto all’assemblea è attribuita la prerogativa di nomina e revoca degli amministratori.

Di conseguenza, di regola, ogni forma di alterazione della compagine amministrativa – attraverso il ricorso al potere di revoca assembleare – ha provenienza *interna e privatistica*: è la stessa assemblea quale parte interna alla compagine sociale che procede alla sostituzione di uno o più amministratori.

⁴²³ Si veda *New York Business Corporation Law*, Sez. 706 e 716.

⁴²⁴ Si veda *California Corporation Code*, Sez. 304.

⁴²⁵ Sul punto, si veda DEL. COURT, *Ross Sys. Corp. v. Ross*, 22 febbraio 1993: “*This claim is without merit. The only persons empowered to remove a director are the corporation’s shareholders.... [The appointment of a receiver for a solvent corporation] would have the incidental effect of displacing the entire board of directors. But the plaintiffs here do not ask the Court to appoint a receiver or trustee, and they are unable to point to any statute or other source of law that would empower this Court to remove a particular member of the corporation’s board of directors. The Court lacks the power to grant the relief being requested*”.

Viceversa, in materia di rimozione degli esponenti aziendali, il relativo potere non risulta attribuito ad una parte interna alla compagine, bensì all’Autorità (o agenzia) di vigilanza: in tal caso, l’alterazione della compagine aziendale – attraverso il ricorso al potere ablativo di rimozione – ha provenienza *esterna e pubblicistica*: è la pubblica autorità, terza rispetto all’organizzazione bancaria, che altera il rapporto fiduciario tra assemblea ed esponenti della banca.

Come si è avuto modo di rilevare, tale intervento esterno si giustifica alla luce della necessaria tutela dell’interesse pubblico – ulteriore ed esterno rispetto all’interesse privato (interno) dei soci – che l’attività di impresa bancaria implica. In altri termini, in tanto l’alterazione della compagine bancaria può definirsi *positiva-costruttiva* – nel senso di assicurare il miglior perseguimento dell’interesse pubblico – in quanto tale alterazione proviene dalla pubblica autorità di vigilanza *esterna* all’organizzazione bancaria. A tal proposito, in materia di rimozione degli esponenti aziendali si è rilevata la possibilità di sussistenza di *eterodirezione*, in grado di influire unilateralmente dall’esterno sulla permanenza o meno degli esponenti della banca⁴²⁶.

Peraltro, nel nostro ordinamento nazionale, esiste una terza ipotesi di alterazione della compagine societaria, intermedia rispetto all’alterazione interna e privatistica (ossia determinata dalla stessa assemblea) prevista dal diritto societario comune e all’alterazione esterna e pubblicistica (ossia determinata dall’autorità di vigilanza) nel caso della rimozione bancaria. Difatti, l’art. 2449 c.c. consente – nell’ambito di una società per azioni non quotata – l’attribuzione del potere di nomina e revoca di un gruppo di amministratori *allo Stato o agli enti pubblici* che vi abbiano partecipazioni⁴²⁷. In tal caso, lo Stato o l’ente pubblico partecipante può revocare *esclusivamente* gli amministratori da esso nominati, non potendo dunque intervenire sugli amministratori nominati dai soci privati⁴²⁸.

⁴²⁶ Si veda L. DI BRINA, op. cit., p. 117: “*La norma sembra rispecchiare una concezione «dirigistica» dell’impresa bancaria, che – al manifestarsi delle avvisaglie della crisi – viene assoggettata a una forma di sostanziale «eterodirezione», condizionante sia la permanenza in carica degli esponenti scelti dai soci sia l’autonoma scelta di nuovi esponenti. Tali condizionamenti avvicinano la situazione della banca e della capogruppo, colpite dai provvedimenti dell’art. 69-vicies-semel, a quella di un’impresa soggetta ad influenza dominante, con possibili implicazioni anche sotto il profilo della responsabilità*”.

⁴²⁷ L’attribuzione esclusiva del potere di revoca in capo allo Stato o altro ente pubblico nominante risulta coerente con il principio generale di simmetria tra potere di nomina e facoltà di revoca. Sul punto, si veda C. CONFORTI, op. cit., p. 485.

⁴²⁸ Sul punto, si veda G. CIAN - A. TRABUCCHI, op. cit., p. 3201: “*La revoca degli amministratori di s.p.a. nominati da enti pubbl., è di spettanza dell’ente (e non della società interessata) ed ha natura di atto amministrativo discrezionale (per la sua provenienza da un ente pubbl., nell’esercizio di un potere previsto e regolato per il perseguimento di fini pubblici ad esso attribuito. Conseguentemente, non è invocabile l’applicaz. nei confronti della soc. dell’art. 2383 c.c., ove prevede in favore dell’amm. revocato senza giusta causa il diritto al risarcimento dei danni, in quanto tale norma postula una delibera di revoca dell’amm. da parte dell’ass. della soc. ed un sindacato (in riferimento alla giusta causa) inibito al g.o. nei riguardi dell’attività discrezionale della p.a., bensì è esperibile la tutela in sede amministrativa degli interessi eventualmente lesi dall’atto di revoca*”. In materia si veda anche G. MINERVINI, «Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici», in *Banca borsa*, 1954, vol. I, p. 712; F. BONELLI, «La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici», in *Giur. comm.*, 1983, vol. II, p. 511.

In tale ultima fattispecie, l'alterazione della (limitata) compagine amministrativa presenta natura "mista". Difatti, da un lato – contrariamente all'ipotesi della revoca di competenza assembleare – il relativo potere è attribuito ad un'entità pubblica, sia essa lo Stato od un altro ente⁴²⁹. Dall'altro – contrariamente all'ipotesi di rimozione di competenza dell'autorità di vigilanza – l'ente pubblico in questione è *socio* dell'organizzazione, e dunque risulta parte interna della compagine societaria⁴³⁰.

In sintesi, la previsione dell'art. 2449 c.c. configura un'ipotesi di alterazione *interna* (in quanto il titolare del potere ablativo è qualificabile come socio) e *pubblicistica* (in quanto il titolare del potere ablativo è qualificabile al tempo stesso come entità pubblica), configurandosi dunque come *tertium genus* rispetto alla revoca societaria di competenza assembleare (alterazione interna e privatistica) e alla rimozione bancaria degli esponenti aziendali di competenza dell'autorità di vigilanza (alterazione esterna e pubblicistica)⁴³¹.

In ogni caso, la disciplina della rimozione degli esponenti aziendali – quale disciplina speciale rispetto al diritto societario – presenta alcune lacune proprio sotto il profilo dell'alterazione della compagine aziendale. Nella medesima ottica positiva-costruttiva, occorre colmare tali lacune ricorrendo alla disciplina di diritto comune e all'autonomia statutaria della banca.

Difatti, in materia di rimozione individuale-selettiva, l'art. 53-bis *nulla stabilisce riguardo la struttura e gli effetti del provvedimento*, rinviando *de facto* alla corrispondente disciplina societaria. Di conseguenza, il rischio della paralisi dell'organizzazione bancaria derivante di tale forma di rimozione (rischio a dir poco remoto, trattandosi di una mera rimozione *individuale-selettiva*) sussiste in base a quanto *generalmente previsto dalla disciplina di diritto comune*.

D'altro canto, in materia di rimozione totale-complessiva, l'art. 69-*vicies-semel*, comma 2, *disciplina direttamente la struttura e gli effetti del provvedimento*, il quale reca obbligatoriamente la data di decorrenza dei relativi effetti, che dunque possono (anche) essere differiti⁴³². Di conseguenza,

⁴²⁹ In dottrina è rimasta minoritaria la tesi secondo cui l'esclusiva facoltà dello Stato o di altro ente pubblico nominante di revocare i "suoi" amministratori sussiste soltanto in assenza di giusta causa. In altri termini, secondo tale orientamento, in presenza di giusta causa anche la revoca assembleare dovrebbe ritenersi praticabile (sul punto, si veda G. FERRI, 2001, p. 398).

⁴³⁰ Al riguardo, F. CIRAOLO, op. cit., p. 214: "[...] *nelle società a partecipazione pubblica, lo Stato o l'ente pubblico che esercitano il potere di nomina/revoca degli amministratori agiscono nella loro qualità di soci (sia pur muniti, nella specie, di un particolare 'privilegio') e non anche iure imperii. Di contro, la Banca d'Italia, nel disporre la rimozione dell'esponente aziendale, agisce nelle sue prerogative di autorità di vigilanza e non certo uti socius, non rivestendo (e non potendo rivestire) tale qualifica, ovviamente, negli enti soggetti a vigilanza*".

⁴³¹ Con riferimento alla giurisdizione, G. CIAN - A. TRABUCCHI, op. cit., p. 3201: "*Va esclusa la giurisdizione della Corte dei Conti, dovendosi affermare la giurisdizione del giudice ordinario nel caso di responsabilità degli amministratori di società di diritto privato partecipate da un ente pubblico, le quali non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico*".

⁴³² Il provvedimento convoca inoltre l'assemblea ai fini della nomina dei nuovi organi. Con particolare riferimento al *removal* ai sensi dell'art. 69-*vicies-semel*, "*la rimozione appare concepita in vista di un totale ricambio degli esponenti*

il rischio della paralisi dell'organizzazione bancaria derivante da tale forma di rimozione (rischio concreto, trattandosi della più intensa rimozione *totale-complessiva*) sussiste in base a quanto *espressamente previsto dalla norma speciale*.

In linea generale, in tanto una rimozione è qualificabile come positiva-costruttiva in quanto tale rischio di stallo viene evitato (sia esso derivante dall'applicazione della corrispondente disciplina societaria di diritto comune – nel caso della rimozione individuale-selettiva – sia esso derivante dalla espressa formulazione della norma speciale – nel caso della rimozione totale-complessiva). E dunque, qual è la soluzione ottimale per evitare tale scenario di stallo?

Nel caso di esercizio della rimozione individuale-selettiva *ex art. 53-bis* del TUB, come poc'anzi anticipato, un simile rischio (a dir poco remoto) sussisterebbe *soltanto* in presenza della clausola statutaria *simul stabunt simul cadent* ai sensi dell'art. 2386, comma 4, c.c. Difatti, in tal caso si avrà la decadenza dell'intero organo amministrativo come conseguenza della rimozione di uno o più esponenti aziendali da parte dell'Autorità di vigilanza⁴³³. Viceversa, rimane impregiudicata la cooptazione fino alla nuova assemblea, ai sensi dell'art. 2386 c.c.

Viceversa, nel caso di esercizio della rimozione totale-complessiva *ex art. 69-vicies-semel*, il rischio di stallo risulta maggiore, in quanto non risulta applicabile l'istituto della cooptazione, presupponendo essa la permanenza in carica della maggioranza degli amministratori, ai sensi dell'art. 2386, comma 1, c.c. *Quid iuris?*

In tale situazione, come si è avuto modo di rilevare, parte della dottrina ha avanzato la proposta di applicare l'istituto della *prorogatio* ai sensi dell'art. 2385 c.c.: così facendo, l'intero organo amministrativo rimosso cesserebbe dall'incarico soltanto a partire dal momento della costituzione del nuovo consiglio⁴³⁴.

di vertice (organi di gestione e di controllo), la cui cessazione appare tendenzialmente immediata, allo spirare del termine di efficacia, fissato dal medesimo provvedimento, ai sensi del comma 2 dell'art. 69-vicies-semel. Ciò concede una certa flessibilità, onde temperare l'inevitabile impatto che il provvedimento medesimo produce sulla società e sulla sua organizzazione. La norma lascia infatti ampia discrezionalità nella scelta dei termini di efficacia della rimozione: essa quindi potrà essere immediata oppure potrà prevedere una data ulteriore, per il decorrere dell'efficacia decadenziale" (L. DI BRINA, op. cit., p. 109).

⁴³³ Sul punto, *ibidem*, p. 111: "D'altra parte, una simultanea cessazione dell'intero consiglio di amministrazione è effetto ammesso dalla disciplina comune, al verificarsi di determinate situazioni (v. le clausole statutarie *simul stabunt, disciplinate dall'art. 2386, comma 4, c.c.*)".

⁴³⁴ Al riguardo, si veda F. ANNUNZIATA, op. cit., p. 532. Secondo tale orientamento, dunque, la disciplina bancaria fa salva l'applicazione, per quanto non previsto, delle regole societarie di diritto comune e pertanto, a seguito della rimozione collettiva ed in caso di mancata coincidenza tra le date della caducazione degli esponenti e quella della ricostituzione degli organi, i primi resterebbero in carica, in regime di *prorogatio*, con i relativi poteri, secondo la disciplina di diritto comune.

Come già rilevato in precedenza, tale proposta risulta compatibile con la concezione positiva-costruttiva della vigilanza bancaria e del potere di rimozione. Difatti, la permanenza del sostituto in attesa del sostituito rappresenta l'opzione migliore per assicurare la stabile continuità dell'organizzazione bancaria. Inoltre, come già più volte ribadito, l'affiancamento al sostituto di un amministratore *medio tempore* è auspicabile in virtù del principio del “buon governo societario nel miglior interesse per il pubblico” che il potere di rimozione, in ottica positiva-costruttiva, mira ad assicurare⁴³⁵.

Infine, per quanto riguarda l'applicazione del *removal* in ambito bancario – in qualità di potere di revoca *speciale* rispetto alla disciplina societaria finora esaminata – non risulta esperibile l'azione di responsabilità da parte dei terzi nei confronti del nuovo amministratore, qualora il predecessore sia stato *ingiustamente* rimosso. Tale impossibilità deriva direttamente dalla previsione dell'art. 2394 c.c., secondo cui l'azione dei creditori sociali è ammessa esclusivamente nei casi di (i) violazione degli obblighi inerenti alla *conservazione dell'integrità del patrimonio sociale* ovvero (ii) *insufficienza del patrimonio* al soddisfacimento dei crediti.

Inoltre, non risulta possibile attribuire una responsabilità – tanto in capo all'amministratore sostituito quanto in capo all'amministratore (ingiustamente) sostituito – per i danni derivanti dalla illegittima rimozione del secondo, poiché entrambi risulterebbero “vittime” di un deviato esercizio del potere da parte dell'autorità di vigilanza.

3.4. Il potere di revoca *ad nutum*: dall'Europa agli Stati Uniti

Come in buona parte anticipato in precedenza, il potere di revoca *ad nutum* si configura come potere *libero nel fine*, nella misura in cui: (i) risulta esercitabile *in qualsiasi momento* (*libertà*

⁴³⁵ Come si è avuto modo di rilevare, nel caso Credito di Romagna, la Banca d'Italia ha disposto: (i) la rimozione degli organi di amministrazione *con efficacia differita* all'insediamento dei nuovi e (ii) la nomina di un commissario *medio tempore*. A tal proposito, si veda A. BLANDINI, op. cit., p. 42: “Appare peraltro sicuro che i due provvedimenti (rimozione e commissari in temporaneo affiancamento) possano persino essere assunti congiuntamente, non essendo prevista tra di essi una alternatività: così è, ad esempio, avvenuto per il Credito di Romagna s.p.a., con riferimento al quale, pur non intendendosi ricorrere all'amministrazione straordinaria vera e propria, si è ritenuto necessario disporre il removal di cui all'articolo qui in commento. Tuttavia, al contempo, non si è valutato come possibile, anche per il mero lasso temporale intercorrente tra provvedimento di rimozione e riunione assembleare, mantenere nelle esclusive mani dell'organo amministrativo la piena gestione dell'impresa bancaria. In ipotesi siffatte, potrà utilmente stabilirsi, per un verso, che il provvedimento di rimozione decorra dalla accettazione della carica dei nuovi amministratori, e, per l'altro, che, nelle more, gli amministratori revocandi siano affiancati dai commissari nominati ai sensi dell'art. 75-bis”.

temporale); (ii) risulta esercitabile (anche) *senza giusta causa*, salvo eventuale obbligo di risarcimento (*libertà causale*); e (iii) risulta esercitabile nei confronti di un numero *indefinito* di amministratori in carica (*libertà spaziale*). La *ratio* di tale forma “svincolata” di revoca consiste nel garantire un equo contrappeso all’autonomia decisionale degli amministratori⁴³⁶.

La “nascita” del potere di revoca *ad nutum* risale all’Europa del XVII secolo, con lo sviluppo delle Compagnie delle Indie Orientali, dapprima in Inghilterra e in Olanda e successivamente anche in Francia e Germania⁴³⁷.

In linea generale, la loro costituzione presupponeva l’approvazione del governo e la disciplina applicabile veniva determinata *caso per caso*. Inizialmente, gli amministratori di tali Compagnie erano *irrevocabili*: piuttosto, la loro nomina era *a vita* o, quantomeno, per tutta la durata della Compagnia⁴³⁸.

Successivamente in Francia, dopo la promulgazione del Decreto di Colbert nel 1673 – il quale per la prima volta prevedeva una disciplina *generale* applicabile a tutte le Compagnie – cominciarono a svilupparsi organizzazioni d’impresa dotate dei caratteri tradizionali della società per azione (trasferibilità delle azioni; centralizzazione della gestione; autonomia patrimoniale). Gli statuti di tali organizzazioni cominciarono a prevedere il *potere di nomina e revoca degli amministratori* in capo all’assemblea⁴³⁹.

In particolare, tali statuti costituirono la base preparatoria per la redazione del *Code Civil* del 1804, il quale introdusse in via positiva la categoria delle società per azioni (*société anonyme*). Secondo tale disciplina, il mandatario poteva essere revocato *a discrezione del mandante*⁴⁴⁰. In forza di tale principio, successivamente, lo stesso *Code de Commerce* del 1807 stabilì che la società per

⁴³⁶ Sul punto, S. COOLS, «*Europe’s Ius Commune on Director Revocability*», in *Europ. Comp. Fin. Law Rev.*, 2011, p. 203: “*The power to sack directors at any time with no need for justification serves as an ultimate stick for shareholders who disagree with the board’s decisions – even if those decisions, strictly speaking, are within the latter’s exclusive competence*”.

⁴³⁷ Si veda R. HARRIS, «*The English East India Company and the History of Company Law*», in *VOC 1602-2002*, 2005, pp. 219-220.

⁴³⁸ P. H. CONAC, «*The French and Dutch East India Companies in Comparative Legal Perspective*», in *VOC 1602-2002*, pp. 142-143.

⁴³⁹ S. COOLS, op. cit., p. 223: “*Gradually, organizations were created in France that featured some traits characteristic of the stock corporation, such as transferable shares, centralized management and limited liability. Their charters commonly allotted the power to appoint and revoke directors to the meeting of shareholders*”.

⁴⁴⁰ Si veda *Code Civil* 1804, art. 2004: “*Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s’il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l’écrit sous seing privé qui la contient, soit l’original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l’expédition, s’il en a été gardé minute*”.

azioni “è governata da mandatari temporanei e revocabili”⁴⁴¹. Tale previsione rappresenta la prima norma di revoca *ad nutum* in materia societaria introdotta in Europa continentale.

Tale forma “svincolata” di revoca – caratterizzata da libertà temporale, causale e spaziale – si diffuse ben presto negli altri principali Paesi europei nel corso del XIX secolo – in particolare in Belgio⁴⁴², Germania⁴⁴³, Olanda⁴⁴⁴ e Italia⁴⁴⁵ – fino ad arrivare ai giorni nostri.

Diversamente dal contesto giuridico di *civil law*, in cui il potere di revoca *ad nutum* ha radici storiche ben profonde, negli ordinamenti di *common law* un simile potere è stato introdotto solo in epoca relativamente recente.

Nel caso del Regno Unito, da un lato, il potere di revoca *ad nutum* è stato positivizzato “soltanto” nel 1948⁴⁴⁶. In precedenza, la facoltà di revocare un amministratore *in qualsiasi momento, anche senza giusta causa*, non era disciplinata in via legislativa e risultava *de facto* impraticabile per due ragioni: (i) gli amministratori potevano essere nominati *a vita*; ovvero, in caso contrario, (ii) comunque tale facoltà era esercitabile *ex consuetudine* soltanto *in via residuale*, ossia solo in assenza di disposizioni contrarie in atto costitutivo, e richiedeva la maggioranza dei tre quarti ai fini del suo esercizio.

Lo *UK Companies Act* del 1948 rimosse tali due ostacoli all’esercizio della revoca *ad nutum*, disciplinando direttamente siffatto potere ablativo e assicurandone l’effettività sul piano societario.

Nel caso degli Stati Uniti, d’altro canto, il potere di revoca *ad nutum* è stato positivizzato ancora più tardi, nel 1960. La previsione tuttora vigente, contenuta nel MBCA, stabilisce che “[t]he shareholders may remove one or more directors with or without cause unless the articles of incorporation provide that directors may be removed only for cause”⁴⁴⁷. Pertanto, allo stato attuale il MBCA – il quale, come già rilevato, costituisce il modello di disciplina societaria predisposto in via

⁴⁴¹ Si veda *Code de Commerce* 1807, art. 31: “Elle est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits”.

⁴⁴² Si veda P. NAMUR, *Le Code de Commerce Belge Révisé*, 1884, art. 45.

⁴⁴³ Si veda *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHGB), 1861, art. 227. Al riguardo, tuttavia, “the principle of at will removal was curtailed in the German tradition, by the Act of 30 January 1937, which introduced the – above mentioned and qualified – requirement of a good cause for the removal of managing directors” (S. COOLS, op. cit., p. 228).

⁴⁴⁴ Si veda *Dutch Commercial Code*, 1838, art. 44.

⁴⁴⁵ Si veda art. 2383, comma 3, c.c.

⁴⁴⁶ Si veda *UK Companies Act* 2006, art. 168(1). Sul punto si veda anche S. COOLS, op. cit., p. 230: “Until 1948, shareholders could not dismiss directors if they could not show a good cause, and the articles of association did not provide for at will removal. Waiting until the end of the director’s term of office and then appoint another director was not always an available solution, as directors could be appointed for life. Shareholders had to wait until 1948 for the legislator to intervene. Since then, English law has prescribed at will removal of directors”.

⁴⁴⁷ Si veda MBCA, Sez. 8.08(1).

federale, liberamente adottabile e emendabile sul piano interno dai singoli Stati – disciplina tale forma di revoca come potere *generale-residuale*, esercitabile dunque nel silenzio dell’atto costitutivo. In qualità di modello di disciplina, la maggior parte degli Stati americani ha accolto la natura generale-residuale di siffatto potere ablativo prevista dal MBCA⁴⁴⁸.

In sintesi, dunque, “[t]he history of the two chief common law jurisdictions, the United Kingdom and the United States, contrasts sharply with that of European civil law. [...] a mandatory rule of at will revocability is not part of the old common law. In the United Kingdom, the principle appeared early as a default rule, but it only became compulsory halfway through the twentieth century. In the United States, many states have by now introduced the rule but still allow the company to deviate in its articles of incorporation”⁴⁴⁹.

Con particolare riferimento all’orientamento tradizionale statunitense, il potere di revoca *ad nutum* influisce su due distinti problemi di agenzia (*agency problems*): (i) disallineamento *tra amministratori e soci* e, rispetto a tale ultima categoria specifica, (ii) disallineamento *tra soci di maggioranza e soci di minoranza*.

Con riferimento al primo problema di agenzia, tale potere *mitiga* il disallineamento tra amministratori e soci. Difatti, come poc’anzi anticipato, il rischio che gli amministratori possano perseguire i propri interessi privati in luogo degli interessi della società – attraverso un esercizio deviato (*i.e.*, *sub-ottimale*) dell’autonomia decisionale ad essi riconosciuta – risulta agevolmente evitabile attribuendo all’assemblea dei soci un siffatto potere libero nel fine. In sostanza, dunque, il potere di revoca *ad nutum* ha un impatto *positivo-migliorativo* sul disallineamento tra amministratori e soci⁴⁵⁰. Tale impatto positivo-migliorativo si sostanzia tanto in una fase *preventiva* quanto in una fase *successiva*. Difatti, “its effects are in the first place preventive, directors are more likely to act in accordance with the shareholders’ wishes in the face of a credible threat of removal, be it independently or in the context of a takeover [...] if prevention fails, effective removal can serve as a remedy”⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ S. COOLS, op. cit., pp. 231-232: “A small majority of the American states have enacted comparable provisions on director removal by stockholders and thus do not have a mandatory rule of at will revocability. Outside the MBCA states, there is no tendency toward imposing a mandatory rule of at will revocability either”.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 234.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 203: “In a similar vein, at will revocability affects two agency problems. First, it mitigates the so-called ‘first agency problem’ caused by the separation of decision and risk-bearing functions between board (and management), on the one hand, and small shareholders, on the other hand. Whenever the interests of the directors are not perfectly aligned with those of the shareholders, the directors may be tempted to serve their private interests and thus display suboptimal corporate performance. Shareholders’ power to remove directors is a major tool for tackling the first agency problem”.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 204.

Con riferimento al secondo problema di agenzia, tale potere *aggrava* il disallineamento tra soci di maggioranza e soci di minoranza. Difatti, quanto più la proprietà azionaria risulta accentrata nelle mani di un gruppo limitato di soci, tanto più la modifica unilaterale della compagine amministrativa – conseguente all’esercizio del potere di revoca *ad nutum* – esprime l’interesse di tale gruppo limitato in luogo dell’interesse dell’assemblea *generale*. In sostanza, dunque, il potere di revoca *ad nutum* ha un impatto *negativo-peggiorativo* sul disallineamento tra soci di maggioranza e soci di minoranza⁴⁵².

In sintesi, tanto più il potere di revoca *ad nutum* ha un impatto *positivo-migliorativo*, con particolare riferimento al disallineamento *tra amministratori e soci* (primo problema di agenzia), quanto più la proprietà azionaria risulta *decentrata*. Viceversa, tanto più tale potere ha un impatto *negativo-peggiorativo*, con particolare riferimento al disallineamento *tra soci di maggioranza e soci di minoranza* (secondo problema di agenzia), quanto più la proprietà azionaria risulta *accentrata*⁴⁵³.

3.5. Le differenze e analogie tra la revoca degli amministratori ed il removal in Italia

Avendo analizzato i principali profili societari delle cause di cessazione della carica di amministratore, la tutela estesa a favore dei soggetti terzi prevista dal nostro ordinamento, nonché i rimedi contro la ingiusta decisione di revoca della carica amministrativa (intesa come revoca senza giusta causa), appaiono ora chiare le differenze e analogie rispetto al *removal* bancario.

Difatti, come in parte anticipato, se da un lato la banca costituisce una *species* della nozione giuridica di impresa, allo stesso modo il “*removal* bancario” costituisce una *species* della revoca societaria (quest’ultima intesa come revoca degli amministratori di società generica).

A tal proposito, mentre la revoca societaria viene tradizionalmente (ma non esclusivamente) esercitata dai componenti dell’assemblea ordinaria, ossia dai proprietari della società, il *removal*

⁴⁵² *Ibidem*, pp. 204-205: “Second, at will revocability intensifies the ‘second agency problem’, which stems from the divergence of interests between controlling shareholders and minority shareholders when stock ownership is not fully dispersed. As mentioned before, at will revocability enables the shareholders meeting to influence the management of the corporation. In the presence of a large shareholder or group of shareholders who dominate the shareholders meeting, this ability to interfere in management is effectively exercised by the largest shareholder(s) rather than by the shareholders meeting as a whole”.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 205: “Stated differently, it plays a positive role in jurisdictions where corporations are primarily plagued by the first agency problem – typically those with diffuse stock ownership – and possibly a negative role where the second agency problem dominates – necessarily characterized by concentrated stock ownership”.

bancario viene esercitato dall’Autorità di vigilanza – come più volte ribadito, la Banca d’Italia. Di conseguenza, se da un lato la revoca societaria costituisce la conseguenza dell’esercizio di un potere da parte di soggetti *interni* alla società, la rimozione bancaria costituisce la conseguenza dell’esercizio di un potere da parte di un soggetto *esterno* alla banca.

Inoltre, da un lato, l’amministratore destinatario di una revoca senza giusta causa, di regola, potrà al massimo richiedere in sede ordinaria il risarcimento del danno, *rimanendo impregiudicata la sua esclusione* dall’organizzazione societaria (tutela *meramente compensativa*).

D’altro canto, l’esponente aziendale ingiustamente rimosso che abbia vittoriosamente contestato il provvedimento di rimozione potrà richiedere in sede amministrativa (a differenza degli Stati Uniti, in cui invece il giudice competente in materia risulta quello ordinario) la riforma di tale provvedimento illegittimo (tutela *modificativa*, alla stregua degli Stati Uniti, in cui si prevede in materia un’eguale forma di tutela). Come già rilevato, nel nostro sistema tale forma di tutela appare ragionevole in analogia a quanto stabilito dalla Corte di Cassazione in materia di revoca *giudiziale* degli amministratori delle società per azioni di diritto comune, *ex art. 2409 c.c.*, il cui provvedimento risulta inidoneo “*ad incidere su posizioni di diritto soggettivo*” e, pertanto, rimane *esclusa* la sussistenza di un diritto al risarcimento.

Ciononostante, al tempo stesso, occorre ribadire la difficile configurazione sul piano pratico della sussistenza, in capo all’esponente aziendale ingiustamente rimosso, di una pretesa positiva di *automatico* “ritorno in carica”, dati gli effetti *negativi-distruttivi* (e alquanto “confusionari”) che un simile scenario comporterebbe sulla stabilità del *management* (appena ricostituito) della banca: proprio come avviene negli Stati Uniti, quand’anche ingiustamente rimosso, *il sostituito non potrà automaticamente sostituire il sostituente*.

Inoltre, l’eventuale accertamento dell’illegittimità della rimozione *non travolgerà gli atti precedentemente compiuti* dall’esponente sostituente. Difatti, anche nel caso del *removal* bancario assume rilevanza preminente la tutela dei soggetti terzi, i quali sarebbero altrimenti vittime incolpevoli della rimozione degli effetti giuridici di tali atti. Pertanto, proprio come in ambito societario, anche per le banche si applica il principio generale per cui *alla rimozione ingiusta di un amministratore non consegue la rimozione degli atti compiuti dal suo successore*.

In sintesi, da un lato, con riferimento alla rispettiva provenienza, si ha *divergenza* tra potere (generale) di revoca e potere (speciale) di *removal*: difatti, la revoca societaria costituisce la conseguenza dell’esercizio di un potere da parte di soggetti tendenzialmente *interni* alla società;

viceversa, la rimozione bancaria costituisce la conseguenza dell'esercizio di un potere da parte di un soggetto *esterno* alla banca.

D'altro canto, con riferimento al livello di tutela previsto, nel caso di esercizio deviato del potere, si ha: (i) *convergenza* tra potere di revoca e potere di *removal* nella fase *precedente* e, viceversa (ii) *divergenza* tra i due poteri nella fase *successiva* alla decisione ingiusta.

Difatti, per la fase precedente – ossia il destino degli atti precedentemente compiuti dall'amministratore sostituente – non esiste differenza di tutela tra i due istituti: sia nel caso di revoca senza giusta causa sia nel caso di ingiusto provvedimento di rimozione emesso dalla Banca d'Italia, il Legislatore salva gli atti precedentemente compiuti dall'amministratore sostituente⁴⁵⁴.

Diversamente, per la fase successiva – ossia il destino dell'amministratore ingiustamente sostituito – sussiste una divergente forma di tutela prevista dai due istituti: da un lato, l'amministratore destinatario di una revoca senza giusta causa, di regola, potrà al massimo richiedere in sede ordinaria il risarcimento del danno (tutela *meramente compensativa*); dall'altro, l'esponente aziendale ingiustamente rimosso che abbia vittoriosamente contestato il provvedimento di rimozione potrà richiedere la riforma di tale provvedimento (illegittimo) in sede amministrativa (tutela *modificativa*).

Occorre ovviamente precisare che l'ipotesi di illegittimità di un provvedimento di *removal* emesso da un'Autorità di vigilanza risulta assai improbabile nella realtà empirica, dal momento che tale Autorità – nel caso specifico, la Banca d'Italia – rappresenta essa stessa il garante della legge che applica⁴⁵⁵.

Infine, come già in parte illustrato in precedenza, occorre ricordare che il nostro ordinamento attribuisce alla Banca d'Italia il “semplice” potere di *rimozione*⁴⁵⁶, e non anche il conseguente potere di *sostituzione*, che rimane in capo all'assemblea dei soci, ai quali spetta la scelta dell'amministratore sostituente; l'Autorità è dunque titolare di un potere di rimozione *strictu sensu*.

Tale potere “ristretto” consente di giustificare, in caso di illegittimità del provvedimento di rimozione e di conseguente risarcimento del danno a favore del sostituito, la *ratio* dell'impregiudicata validità degli atti precedentemente compiuti dal sostituente. Difatti, in tanto risulta accettabile che atti

⁴⁵⁴ A tal proposito, si veda M. DE CUPIS, op. cit., pp. 39-40: “Vi è inoltre un problema pratico che impedisce di agire diversamente: dichiarare l'annullabilità degli atti compiuti dal manager 'sostituente', che ricopre quindi il ruolo impropriamente, genererebbe un'infinità di problematiche, proprio a causa del ruolo centrale che svolge qualsiasi banca all'interno del sistema”.

⁴⁵⁵ A tal proposito, M. DE CUPIS, op. cit., p. 40.

⁴⁵⁶ Al contrario, come già visto, la direttiva BRRD include anche il potere di sostituzione degli amministratori bancari. Tuttavia, al momento del recepimento di tale normativa, il nostro Legislatore si è appunto limitato ad introdurre il potere di rimozione *strictu sensu*.

compiuti da un amministratore “improprio” (ossia, l’illegittimo sostituente) rimangano validi – e quindi vincolanti per gli azionisti della banca – in quanto tale amministratore sia stato quantomeno scelto da quegli stessi azionisti.

Di conseguenza, l’attribuzione del potere sostitutivo in capo all’assemblea dei soci (e non all’autorità di vigilanza) costituisce una forma minima di tutela a favore di questi ultimi: di fronte al rischio che essi rimangano comunque vincolati ad atti compiuti dall’illegittimo sostituente, viene preservato il loro diritto di scegliere *a chi* vincolarsi.

Considerazioni comparatistiche preliminari

Alla luce dell’analisi condotta in tale Capitolo, occorre trarne le opportune lezioni preliminari sul piano comparatistico.

A ben vedere, sia in Europa sia negli Stati Uniti, il potere di rimozione degli esponenti aziendali (*banker removal power*) si configura come potere di *revoca speciale*, in deroga alla disciplina generale prevista per la revoca degli amministratori di società (*director removal power*).

Difatti, da un lato, l’alterazione della compagine amministrativa, derivante dal potere ablativo di revoca assembleare, ha provenienza *interna e privatistica*: è la stessa assemblea quale parte interna alla compagine sociale che procede alla sostituzione di uno o più amministratori. Ciò in virtù del principio generale di *corrispondenza tra nomina e revoca*: ai soci è attribuito il potere di “vestire” l’amministratore così come di “spogliarlo” (*rectius*, nel caso invece della revoca giudiziale, di “richiedere di spogliarlo”).

D’altro canto, l’alterazione della compagine aziendale, derivante dal potere ablativo di *removal*, ha provenienza *esterna e pubblicistica*: è la pubblica autorità, terza rispetto all’organizzazione bancaria, che altera il rapporto fiduciario tra assemblea ed esponenti della banca. A tal proposito, come già rilevato, tale pubblica autorità è rappresentata, nel nostro ordinamento nazionale, dalla Banca d’Italia (competenza *esclusiva ed accentrata*); viceversa, nell’ordinamento federale statunitense, siffatta autorità è alternativamente rappresentata dalla *Federal Reserve*, dall’OCC ovvero dalla FDIC (competenza *concorrente e decentrata*). In entrambi i casi, si ha una

divergenza tra nomina e revoca: all’Autorità (o agenzia) di vigilanza spetta il potere di “spogliare” l’esponente, precedentemente “vestito” dai soci.

Come già rilevato, sia in Europa sia negli Stati Uniti, tale intervento esterno si giustifica alla luce della necessaria tutela dell’interesse pubblico – ulteriore ed esterno rispetto all’interesse privato (interno) dei soci – che l’attività di impresa bancaria implica.

Con riferimento al potere (generale) di revoca degli amministratori di società, sia in Italia sia negli Stati Uniti siffatto potere risulta disciplinato in una *pluralità* di fattispecie.

In Italia, da un lato, la disciplina in materia risulta integralmente *accentrata* nel Codice Civile, il quale prevede: (i) il potere di revoca di *uno o più* amministratori a mezzo delibera dell’assemblea ordinaria, il quale risulta esercitabile *ad nutum* ed *in via unilaterale* (revoca *individuale-selettiva*, art. 2383, comma 3, c.c.); (ii) l’azione di responsabilità contro *uno o più* amministratori da parte dell’assemblea ordinaria ovvero del collegio sindacale, con contestuale richiesta di risarcimento del danno, in forza della maggiore gravità delle condotte commesse (revoca *individuale-selettiva* aggravata, art. 2393, comma 4, c.c.); (iii) il potere di revoca giudiziale, su denuncia della società, nei confronti di *tutti* gli amministratori, in caso di violazioni *gravi* ed *idonee* a cagionare danno all’organizzazione societaria (revoca giudiziale *totale-complessiva* aggravata, art. 2409, comma 4, c.c.). Come già rilevato, rispetto all’ipotesi di *removal totale-complessivo* previsto in ambito bancario, tale fattispecie di revoca giudiziale *totale-complessiva* degli amministratori di s.p.a. appare “più mite”. Difatti, il *removal ex art. 69-vicies-semel* colpisce *sia tutti* i membri dell’organo amministrativo *sia, necessariamente, tutti* i membri dell’organo di controllo (totalità *assoluta*). Viceversa, l’ipotesi di revoca in esame colpisce (come minimo) *tutti* i membri dell’organo amministrativo e, *soltanto eventualmente*, anche i membri dell’organo di controllo (totalità *relativa, eventualmente assoluta*).

D’altro canto, negli Stati Uniti, in qualità di sistema federale, la disciplina in materia risulta *in parte accentrata e in parte decentrata* nelle legislazioni dei singoli Stati. Da un lato, in via accentrata, il MBCA prevede: (i) il potere di revoca di *uno o più* amministratori a mezzo delibera dell’assemblea ordinaria, il quale risulta esercitabile *ad nutum*, salvo diversa previsione dell’atto costitutivo (revoca *individuale-selettiva*, Sez. 8. 08(a)); (ii) il potere di revoca del *singolo* amministratore, nominato da uno *specifico* gruppo votante di soci, da parte di *quel medesimo* gruppo di soci (revoca *individuale-selettiva* rafforzata, Sez. 8. 08(b)); (iii) il potere di revoca del *singolo* amministratore, nominato da uno *specifico* gruppo votante di soci *in via cumulativa*, da parte di *quel medesimo* gruppo di soci (revoca *individuale-selettiva* ultra-rafforzata, Sez. 8. 08(c)); (iv) il potere di

revoca di *uno o più* amministratori da parte dell'autorità giudiziaria, esercitabile solo *per giusta causa* ed *in via residuale* (revoca giudiziale *individuale-selettiva* residuale, Sez. 8.09).

D'altro lato, in via decentrata, il DGCL ad esempio prevede il potere di revoca di *uno o più* amministratori a mezzo delibera dell'assemblea ordinaria, il quale risulta esercitabile *ad nutum* salvo che: (a) il consiglio di amministrazione sia *classificato* al proprio interno; ovvero (b) sia previsto il voto cumulativo e la revoca non riguardi l'intero consiglio di amministrazione, ma solo uno o più singoli amministratori. In questi due casi, la revoca risulta esercitabile al solo ricorrere di una giusta causa (revoca *individuale-selettiva*, Sez. 141(k)).

Inoltre, in via decentrata, alcuni Stati americani prevedono il potere di revoca *anche* in capo allo stesso consiglio di amministrazione. In tali stati, siffatto potere di revoca si configura: (i) in alcuni come potere *derivato in forma espressa*, nella misura in cui il consiglio di amministrazione ha il potere di revocare uno o più amministratori *soltanto qualora tale potere gli sia stato attribuito dall'assemblea*; (ii) in altri come potere *derivato in forma tacita*, nella misura in cui il consiglio di amministrazione ha il potere di revocare uno o più amministratori *salvo diversa previsione nell'atto costitutivo o nello statuto*; (iii) in altri ancora come potere *originario ed indisponibile*, nella misura in cui non è possibile limitare né sottrarre tale potere all'organo amministrativo.

Sempre in via decentrata, con riferimento al potere di revoca giudiziale, siffatto potere risulta esercitabile: (i) in alcuni Stati nei confronti *sia degli amministratori sia dei dirigenti*; (ii) in altri *soltanto nei confronti degli amministratori*; (iii) in altri ancora né *nei confronti degli amministratori né nei confronti dei dirigenti*.

Infine, sia in Italia sia negli Stati Uniti, il soggetto ingiustamente rimosso che abbia vittoriosamente contestato il provvedimento di rimozione potrà richiedere la riforma di tale provvedimento illegittimo (tutela *modificativa*), rispettivamente in sede amministrativa (in Italia) e in sede ordinaria (negli Stati Uniti). Tuttavia, sia in Italia sia negli Stati Uniti, appare di difficile configurazione sul piano pratico la sussistenza, in capo a tale soggetto ingiustamente rimosso, di una pretesa positiva di *automatico* "ritorno in carica", dati gli effetti *negativi-distruttivi* (e alquanto "confusionari") che un simile scenario comporterebbe sulla stabilità del *management* (appena ricostituito) della banca: quand'anche ingiustamente rimosso, *il sostituito non potrà automaticamente sostituire il sostituito*. In sostanza, ai sensi del presente lavoro, la *non-automaticità* del "ritorno in carica" appare, in entrambi gli ordinamenti, la "via maestra" ai fini di un esercizio *positivo-costruttivo* del potere di *removal*.

CAPITOLO IV

VERSO UN NUOVO REMOVAL: LA PROPOSTA DI DIRETTIVA “CMDI” IN EUROPA ED IL RECOUP ACT NEGLI STATI UNITI

SOMMARIO: *Premessa – 4.1. Le sub-ottimalità del removal in Europa – 4.2. Come ottimizzare il removal in Europa. Proposte positive-costruttive – 4.3. La Proposta di direttiva CMDI – 4.4. Le sub-ottimalità del removal negli Stati Uniti – 4.5. Come ottimizzare il removal negli Stati Uniti. Proposte positive-costruttive – 4.6. Il RECOUP Act – Considerazioni comparatistiche preliminari*

Premessa

Avendo analizzato i profili sostanziali e procedurali del potere di rimozione degli esponenti aziendali – sia nel contesto nazionale-comunitario sia nel contesto statunitense – come già anticipato nell’Introduzione, il presente Capitolo intende esaminare specifiche proposte di riforma al fine di ottimizzare l’applicabilità dell’istituto giuridico, tenendo in considerazione le differenze strutturali tra i due ordinamenti.

A tal proposito, occorre ricordare che, da un lato, in Europa il *banker removal power* costituisce una misura di intervento precoce (*early intervention measure*) – presentando come tale una funzione *preventiva* della crisi *non ancora manifestata* (funzione *pre-critica*, derivante da una concezione *preventiva-regolatoria* del potere). D’altro canto, negli Stati Uniti il *banker removal power* costituisce un’azione formale di *enforcement* (*administrative enforcement order*), presentando come tale una funzione *rimediale* della crisi pressoché *già manifestata* (funzione *critica*, derivante da una concezione *rimediale-sanzionatoria* del potere), nella misura in cui interviene *in un secondo momento*, ossia (soltanto) in caso di comprovata inadeguatezza dei poteri di vigilanza ordinaria nel caso concreto, al fine di (a) rimediare ad una crisi (già manifestata) e (b) punire l’attuale colpevole e al tempo stesso dissuadere *pro-futuro* altri potenziali colpevoli.

In particolare, come già rilevato in precedenza, il potere di *removal* statunitense appare ricostruibile secondo “cerchi concentrici”: difatti, siffatto potere risulta (a) sanzionatorio *verso il colpevole rimosso* (cerchio minore), (b) rimediale *verso la banca in crisi* (cerchio maggiore) e (c) dissuasivo *verso tutte le altre banche* (cerchio massimo).

Da ciò deriva peraltro la tendenziale *polifunzionalità* del *removal* statunitense, il cui esercizio – dinanzi ad una crisi pressoché già manifestata – rappresenta *al tempo stesso* una sanzione, un rimedio ed un deterrente. Viceversa, in Europa si è riconosciuta la tendenziale *monofunzionalità* del *removal*, il cui esercizio – dinanzi ad una crisi non ancora manifestata – rappresenta una prevenzione di natura regolatoria, senza alcuna necessità di assumere funzioni ulteriori: in altri termini, *la prevenzione basta e avanza*.

Pertanto, da un lato, in Europa il *banker removal power* si fonda sul principio generale secondo cui *prevenire è meglio che curare*; da qui, appunto, l’inserimento di tale potere tra le misure *precoci* di vigilanza, esercitabili dinanzi ad indici *sintomatici* di una crisi bancaria (non ancora manifestata). D’altro canto, negli Stati Uniti il *banker removal power* si fonda sul principio generale secondo cui *il rimedio è la cura migliore*; da qui, appunto, l’inserimento di tale potere tra gli

administrative enforcement orders, esercitabili (soltanto) in caso di comprovata inadeguatezza dei poteri di vigilanza ordinaria per il caso concreto, e dunque dinanzi ad indici *conclamati* di una crisi bancaria (già manifestata).

Ciò ribadito, in tale Capitolo sarà dedicata un'apposita analisi in merito alle proposte di riforma del *removal* che, proprio in questi mesi, risultano rispettivamente in esame in Europa e negli Stati Uniti.

Difatti, da un lato, la Commissione europea ha presentato lo scorso 18 aprile 2023 una Proposta di direttiva di modifica della BRRD per quanto riguarda le misure di intervento precoce, le condizioni per la risoluzione e il finanziamento dell'azione di risoluzione. Tale proposta di riforma rientra nel pacchetto legislativo sulla gestione delle crisi e sull'assicurazione dei depositi (*Crisis Management and Deposit Insurance framework*, di seguito "CMDI")⁴⁵⁷, il quale include modifiche anche al Regolamento SRMR (come più volte chiarito, il Regolamento sul meccanismo di risoluzione unico) e alla direttiva 2014/49/UE (ossia, la direttiva sui sistemi di garanzia dei depositi, o anche "direttiva SGD")⁴⁵⁸.

Tale Proposta di direttiva – finalizzata a riformare la materia *complessiva* della gestione delle crisi bancarie – si configura dunque come proposta di riforma *multi-disciplinare*, nella quale le modifiche proposte in materia di intervento precoce (e dunque, *inter alia*, del *removal*) rappresentano una *micro-componente* dell'intera Proposta. A tal riguardo, come già anticipato nell'Introduzione, nel corso del tirocinio curriculare svolto presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze dal 12 ottobre 2023 al 9 gennaio 2024, il sottoscritto ha partecipato attivamente a riunioni con *stakeholders* istituzionali pubblici – tra cui, in particolare, Banca d'Italia – in merito alla posizione italiana relativa alla stessa Proposta CMDI.

D'altro canto, la Commissione del Senato degli Stati Uniti per le banche, l'edilizia abitativa e gli affari urbani (*U.S. Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs*, di seguito "SBC") ha presentato lo scorso 21 giugno 2023 una Proposta di modifica del *Federal Deposit Insurance Act* in materia di responsabilità dei dirigenti bancari e *governance* aziendale. Tale proposta di riforma rientra nel pacchetto legislativo sul recupero dei compensi dai dirigenti delle banche fallite

⁴⁵⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2014/59/UE per quanto riguarda le misure di intervento precoce, le condizioni per la risoluzione e il finanziamento dell'azione di risoluzione*, COM(2023) 227 final, 2023/0112 (COD).

⁴⁵⁸ Direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi.

(*Recovering Executive Compensation Obtained from Unaccountable Practices Act*, di seguito “RECOUP”).

Tale Proposta di modifica – finalizzata a riformare la materia *particolare* della responsabilità gestionale e finanziaria dei dirigenti bancari – si configura dunque come proposta di riforma *mono-disciplinare*, nella quale le modifiche proposte in materia di *removal* rappresentano una *macro-componente* della Proposta.

Pertanto, si procederà all’esame delle sub-ottimalità del *removal* attualmente previsto in Europa (par. 4.1) al fine di delineare specifiche proposte di miglioramento dell’istituto nel contesto comunitario (par. 4.2). Di seguito, si procederà ad esaminare la Proposta CMDI, con particolare riferimento alle modifiche in materia di misure di intervento precoce (par. 4.3).

Ciò concluso, si procederà specularmente all’esame delle sub-ottimalità del *removal* attualmente previsto negli Stati Uniti (par. 4.4) al fine di delineare specifiche proposte di miglioramento dell’istituto nel contesto federale (par. 4.5). Di seguito, si procederà ad esaminare il RECOUP Act in qualità di riforma *ad hoc* in materia di *removal* (par. 4.6).

Infine, si procederà ad esporre le Considerazioni comparatistiche preliminari rilevanti, in qualità di contributi originali rispetto all’analisi specificamente condotta nel presente Capitolo.

4.1. *Le sub-ottimalità del removal in Europa*

Il 27 maggio 2021, l’Autorità bancaria europea (ABE) ha presentato una relazione delle misure di intervento precoce introdotte – come già più volte ribadito – dalla direttiva BRRD in materia di risanamento e risoluzione delle banche. La relazione ha evidenziato le principali sfide affrontate dalle autorità di vigilanza nell’applicazione dell’attuale quadro normativo sulle misure di intervento precoce e le varie opzioni per affrontarle.

In particolare, prima dell’avvento della BRRD e delle misure di intervento precoce in essa contenute, trovavano applicazione esclusiva i poteri di vigilanza previsti dall’art. 104 della direttiva CRD, dall’art. 16, par. 2, del Regolamento SSM e dell’art. 49 della direttiva IFD.

Con l'introduzione della BRRD, le nuove misure di intervento precoce si sono *aggiunte, senza sostituirsi*, a tali poteri di vigilanza. Difatti, obiettivo principale della disciplina è stato quello di *incrementare* il numero di misure a disposizione delle autorità competenti in materia di gestione della (pre-)crisi⁴⁵⁹.

Come già anticipato, tali misure di intervento precoce sono menzionate nell'art. 27, par 1, della BRRD e sono: *a)* richiedere all'organo di amministrazione dell'ente di attuare uno o più dei dispositivi o delle misure previsti nel piano di risanamento; *b)* richiedere all'organo di amministrazione dell'ente di esaminare la situazione e preparare un programma d'azione; *c)* richiedere all'organo di amministrazione dell'ente di convocare un'assemblea degli azionisti; *d)* *richiedere la rimozione o la sostituzione* di uno o più membri dell'organo di amministrazione in caso di mancanza dei requisiti di idoneità; *e)* richiedere all'organo di amministrazione dell'ente di preparare un piano per negoziare la ristrutturazione del debito; *f)* richiedere cambiamenti nella strategia aziendale dell'ente; *g)* richiedere cambiamenti alle strutture giuridiche o operative dell'ente; *h)* acquisire e fornire all'autorità di risoluzione tutte le informazioni necessarie al fine di aggiornare il piano di risoluzione.

Tali misure vengono completate dai successivi artt. 28 e 29 della direttiva.

Da un lato, l'art. 28 prevede la rimozione dell'alta dirigenza e dell'organo di amministrazione, in caso di significativo deterioramento della situazione finanziaria dell'ente ovvero di gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto ovvero di gravi irregolarità amministrative.

D'altro canto, l'art. 29 prevede la nomina di uno o più amministratori temporanei in sostituzione temporanea o in affiancamento temporaneo all'organo di amministrazione dell'ente.

Allo stato attuale, tra i poteri disciplinati dai tre articoli sopra-menzionati sussiste una relazione di *gradualità vincolata*, nella misura in cui:

- (i) i poteri previsti dall'art. 27 della BRRD sono di applicazione generale, ossia da esercitare di regola ogni qualvolta *“un ente violi o, a causa tra l'altro di un rapido deterioramento della situazione finanziaria, del peggioramento della situazione di liquidità, del rapido aumento dei livelli di leva finanziaria, dei crediti in sofferenza o della concentrazione di esposizioni [...] rischi di violare nel prossimo futuro i requisiti*

⁴⁵⁹ AUTORITÀ BANCARIA EUROPEA, op. cit., p. 6: *“The additional set of EIMs from the BRRD supplements rather than replaces the supervisory powers applied based on actual or likely infringement of certain supervisory requirements as provided for under Articles 104 and 105 CRD and Article 16 of SSMR”*.

del regolamento (UE) n. 575/2013, della direttiva 2013/36/UE, del titolo II della direttiva 2014/65/UE o di uno degli articoli da 3 a 7, da 14 a 17, e 24, 25 e 26 del regolamento (UE) n. 600/2014”;

(ii) i poteri previsti dall’art. 28 della BRRD sono di applicazione residuale, ossia da esercitare – in caso di significativo deterioramento della situazione finanziaria dell’ente ovvero di gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto ovvero di gravi irregolarità amministrative – solo ed esclusivamente “*se le altre misure attuate in conformità dell’articolo 27 non siano sufficienti ad invertire tale processo*”;

(iii) i poteri previsti dall’art. 29 della BRRD sono di applicazione ultra-residuale, ossia da esercitare solo ed esclusivamente “*qualora la sostituzione dell’alta dirigenza o dell’organo di amministrazione ai sensi dell’articolo 28 sia ritenuta insufficiente da parte dell’autorità competente per porre rimedio alla situazione*”.

In sintesi, data la generale ottimalità dei poteri previsti dall’art. 27 della BRRD per affrontare in linea teorica la fase di crisi o di rischio di crisi, l’art. 28 è attivabile solo in caso di sub-ottimalità dell’art. 27 nel caso concreto. A sua volta, l’art. 29 è attivabile solo in caso di sub-ottimalità dell’art. 28 (e dunque, *a fortiori*, anche dell’art. 27) nel caso concreto⁴⁶⁰. Inoltre, come già poc’anzi anticipato, le misure di intervento precoce previste dall’art. 27 si sovrappongono – senza sostituirsi – ai poteri di vigilanza disponibili ai sensi dell’art. 104 della CRD, dell’art. 16, par. 2 del SSMR ovvero dell’art. 49 della IFD, nello specifico in materia di: (i) esame della situazione finanziaria da parte dell’organo di gestione; (ii) *rimozione dei dirigenti che non soddisfano più i criteri di idoneità*; e (iii) modifiche della strategia aziendale e della struttura operativa dell’ente.

Di conseguenza, l’architettura attuale delle misure di intervento precoce presenta specifiche criticità strutturali, sia sul piano interno – in riferimento al rapporto di gradualità vincolata sussistente tra le misure di intervento della BRRD – sia sul piano esterno – in riferimento al rapporto di sovrapposizione sussistente tra le misure di intervento della BRRD, da un lato, e i poteri di vigilanza della CRD, del SSMR e della IFD, dall’altro.

⁴⁶⁰ *Ibidem*: “Thus, under the current framework, different levels of severity exist within the EIMs because, in principle, the measures listed in Articles 28-29 should be implemented only if the measures from Article 27(1) and Article 28 respectively are not sufficient to reverse the deterioration”.

Tali criticità strutturali rendono sub-ottimale il ricorso alle misure di intervento precoce, nella misura in cui:

- (i) sul piano interno, il rapporto di gradualità vincolata sussistente tra l'art. 27, 28 e 29 della BRRD non consente talvolta di intervenire tempestivamente con la misura *più appropriata*, *i.e.* ottimale, per affrontare la crisi (si pensi, ad esempio, al caso in cui sia richiesto di intervenire *immediatamente e direttamente* con la nomina di un amministratore temporaneo ai sensi dell'art. 29, il quale attualmente – come già rilevato – costituisce invece una misura *ultra-residuale*); e
- (ii) sul piano esterno, il rapporto di sovrapposizione sussistente tra le misure di intervento della BRRD, da un lato, e i poteri di vigilanza della CRD, del SSMR e della IFD, dall'altro, determinano ambiguità ed incertezza riguardo gli indicatori per la loro rispettiva l'applicazione.

In sostanza, siffatte criticità strutturali non consentono a tale disciplina di prevenire *effettivamente* la fase di crisi delle istituzioni bancarie. Da tali criticità, difatti, discende più in generale lo *scarso* utilizzo delle stesse misure di intervento precoce – incluso il potere di *removal* – secondo quanto già analizzato in precedenza. A tal proposito, appare opportuno ricordare che, a partire dall'entrata in vigore della BRRD, siffatte misure sono state utilizzate (almeno una volta) *soltanto in nove giurisdizioni europee*.

4.2. Come ottimizzare il removal in Europa. Proposte positive-costruttive

Alla luce delle criticità strutturali della disciplina comunitaria del *removal* poc'anzi identificate – sia sul piano interno (rapporto di gradualità vincolata tra gli artt. 27, 28 e 29 della BRRD) sia sul piano esterno (rapporto di sovrapposizione tra gli artt. 27, 28 e 29 della BRRD, da un lato, e le misure di vigilanza di cui agli artt. 104 della CRD, 16, par. 2, del SSMR e 49 della IFD, dall'altro) – appare ora opportuno elaborare specifiche proposte di ottimizzazione dell'istituto giuridico in esame, al fine di superare siffatte criticità.

A tal proposito – a seguito dell’analisi finora svolta con riferimento al contesto comunitario – il potere di *removal* europeo in tanto risulta qualificabile come *ottimale* in quanto, esercitato *secondo armonizzazione e coordinamento rispetto alle altre misure concorrenti* (tanto sul piano interno quanto sul piano esterno), risulta in grado di raggiungere l’obiettivo fondamentale di prevenzione di *qualunque* crisi non ancora manifestata (*monofunzionalità ottimale* del *removal* comunitario).

Secondo quanto finora rilevato, tale obiettivo fondamentale risulta difficilmente perseguibile in un contesto normativo – come quello comunitario – caratterizzato da *disarmonia* ed *assenza di coordinamento* in materia di misure di intervento precoce e poteri di vigilanza.

Pertanto, con riferimento ad un contesto normativo che presenta siffatte “patologie”, una proposta di modifica in tanto risulta qualificabile come *positiva-costruttiva* in quanto in grado di superare tali *deficit* strutturali della disciplina.

Ciò premesso, nella Relazione sull’applicazione delle misure di intervento precoce presentata lo scorso maggio 2021, l’ABE ha illustrato specifiche soluzioni alternative per superare le criticità della normativa vigente, sia sul piano interno sia sul piano esterno.

In particolare, *sul piano interno* (con riferimento alla gradualità vincolata attualmente prevista ai fini dell’applicazione degli artt. 27, 28 e 29 della BRRD), le soluzioni prospettate dall’ABE sono le seguenti:

1) *Accorpare ed uniformare tutte le misure di intervento ai sensi della BRRD*

Ai sensi di tale *Proposta n. 1*, tutte le misure di intervento di cui alla BRRD – oggi “distribuite” nei tre articoli rilevanti con presupposti di applicazione rispettivamente distinti – risulterebbero disciplinate da un *unico* articolo onnicomprensivo, con presupposti di applicazione *uniformi*. Di conseguenza, gli attuali artt. 28 e 29 risulterebbero eliminati e le rispettive misure verrebbero inserite nel testo dell’art. 27 *alle stesse condizioni di applicazione delle misure attualmente inserite in tale ultimo articolo*⁴⁶¹; ovvero

⁴⁶¹ AUTORITÀ BANCARIA EUROPEA, op. cit., p. 38: “*Option 2.1: To merge all BRRD EIMs into one set of measures in Article 27 BRRD (eliminating any additional conditions for applying measures listed in Articles 27-29 BRRD in sequence). Measures currently listed in Articles 28 and 29 BRRD should be applicable at the same time as or instead of measures currently listed in Article 27 BRRD*”.

2) *Accorpare gli artt. 28 e 29 e riclassificare l'art. 27 della BRRD*

Ai sensi di tale *Proposta n. 2*, le misure di intervento di cui agli artt. 28 e 29 risulterebbero disciplinate da un *unico* articolo onnicomprensivo, con presupposti di applicazione *uniformi*. Viceversa, le misure di cui all'art. 27, par. 1, verrebbero *riclassificate* come poteri di vigilanza⁴⁶²; ovvero

3) *Riclassificare ed uniformare tutte le misure di intervento ai sensi della BRRD*

Ai sensi di tale *Proposta n. 3*, *tutte* le misure di intervento di cui alla BRRD – oggi “distribuite” nei tre articoli rilevanti con presupposti di applicazione rispettivamente distinti – verrebbero *riclassificate* come poteri di vigilanza ai sensi della CRD o del SSMR⁴⁶³.

D'altro canto, *sul piano esterno* (con riferimento alle sovrapposizioni attualmente sussistenti tra misure di intervento precoce e poteri di vigilanza, in particolare tra gli artt. 27, 28 e 29 della BRRD, da un lato, e gli artt. 102 e 104 della CRD, dall'altro), le soluzioni prospettate dall'ABE sono le seguenti:

- 1) *Stabilire una scala gerarchica inequivocabile tra misure di intervento precoce e poteri di vigilanza; ovvero*
- 2) *Accorpare le misure di intervento precoce ed altri poteri di vigilanza.*⁴⁶⁴

Per quanto riguarda la *Proposta n. 1* – ossia di *stabilire una scala gerarchica inequivocabile tra misure di intervento precoce e poteri di vigilanza* – essa comporta sul piano pratico:

- (i) l'introduzione di *condizioni aggiuntive o rafforzate* ai fini del ricorso alle misure di intervento precoce rispetto ai “più affievoliti” poteri di vigilanza. Ai sensi di tale *Proposta*, pertanto, le misure di intervento precoce si qualificano come misure

⁴⁶² *Ibidem*, pp. 39-39: “Option 2.2: To merge EIMs from Article 28 and 29 BRRD into one set of EIMs that would remain in the BRRD while eliminating the sequencing of applying them. By contrast, Article 27(1) BRRD measures would be re-classified as supervisory powers”.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 39: “Option 2.3: To merge all EIMs (Articles 27, 28 and 29 BRRD) into one expanded set of supervisory powers included in the CRD/SSMR, eliminating the sequencing and additional conditions for applying measures currently listed in Articles 28-29 BRRD”.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, op. cit., p. 30: “Therefore, two main comprehensive options are proposed to remedy identified challenges by combining various elements so that they complement one another.

- Option 1.1: Establishing a clearer escalation ladder between supervisory powers and EIMs,
- Option 1.2: Merging EIMs and other supervisory powers”.

aggravate e risultano dunque applicabili – a differenza dei poteri di vigilanza – *esclusivamente in una fase avanzata* del deterioramento finanziario, ma pur sempre prima della risoluzione ovvero delle procedure di insolvenza al livello nazionale; e

- (ii) *l'eliminazione delle sovrapposizioni esistenti* tra le misure di intervento precoce ed i poteri di vigilanza, qualificando alternativamente ogni singola misura rilevante come: (a) misura di intervento precoce ai sensi della BRRD, risultando dunque disciplinata *esclusivamente* da tale direttiva; ovvero (b) potere di vigilanza ai sensi della CRD, risultando dunque disciplinata *esclusivamente* da tale direttiva.

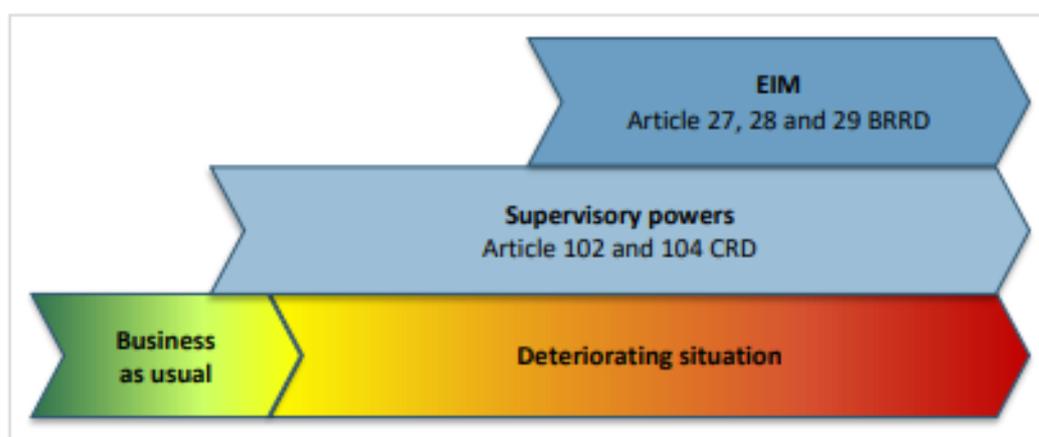


Figure 9: Illustration of relationships between EIMs and supervisory powers under Option 1

Come chiarito dalla Figura n. 9 di cui sopra⁴⁶⁵, in sostanza, nella fase preliminare ed intermedia del deterioramento finanziario non risulterebbe possibile ricorrere alle misure di intervento precoce ai sensi della BRRD, bensì esclusivamente ai poteri di vigilanza ai sensi della CRD. Coerentemente con tale concezione gerarchica, le attuali misure di intervento precoce verrebbero riqualficate come interventi *aggravati* e dunque esercitabili soltanto in fase *avanzata* del deterioramento.

Da un lato, i vantaggi di siffatta *Proposta n. 1* risultano così riassumibili: (a) *chiarificazione* del rapporto strutturale tra misure di intervento precoce e poteri di vigilanza, mediante ricorso al criterio gerarchico (le prime risultano così *posposte* rispetto alle seconde); e di conseguenza (b) *effettività* delle misure di intervento precoce, risultando *maggiormente invasive* (proprio in quanto

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 31.

posposte) rispetto ai poteri di vigilanza; e pertanto, in via generale, (c) *semplificazione* sul piano applicativo della disciplina delle misure di intervento precoce⁴⁶⁶.

D'altro canto, gli svantaggi di siffatta *Proposta n. 1* risultano così riassumibili: (a) *riduzione* dell'ambito applicativo delle misure di intervento precoce, esercitabili solo in fase avanzata del deterioramento; (b) *onere* (diabolico) di differenziare in termini inequivocabili i presupposti di applicazione di tali misure rispetto ai poteri di vigilanza; (c) *diffidenza* verso le misure di intervento precoce, in qualità di indubitabile sintomo di (avanzato) deterioramento dell'ente e dunque dannose per la sua reputazione⁴⁶⁷.

Per quanto riguarda la *Proposta n. 2* – ossia di *accorpate le misure di intervento precoce ed altri poteri di vigilanza* – essa comporterebbe sul piano pratico:

- (i) l'inserimento delle attuali misure di intervento precoce *nell'art. 104 della CRD e nell'art. 16 del SSMR*, eliminando le relative sovrapposizioni;
- (ii) *l'uniformazione dei presupposti di applicazione* dei “nuovi” artt. 104 della CRD e 16 del SSMR; e di conseguenza
- (iii) l'applicazione del principio di *proporzionalità sostanziale* (in luogo dell'attuale principio di gradualità formale) ai fini dell'esercizio *immediato e diretto* della misura più appropriata *per il caso concreto*;
- (iv) l'*aggiornamento* di tutte le parti rilevanti della BRRD in materia di misure di intervento precoce.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 33: “Main advantages of Option 1.1

- *It provides a clear escalation of supervisory actions corresponding to a further deteriorating situation of an institution.*
- *It simplifies an application of EI framework for competent authorities by reducing uncertainty. –*
- *EIMs might be used by supervisors as ‘more intrusive’ measures and allow a clearer signal to be sent to institutions that decisive action is required from them”.*

⁴⁶⁷ *Ibidem*: “Main disadvantages of Option 1.1

- *It reduces flexibility of the competent authorities to respond to a situation compared to the current framework which allows them to apply both EIMs and supervisory powers at the same stage (if additional conditions for applying EIMs are introduced).*
- *It creates a requirement to identify precise criteria to distinguish conditions for applying EIMs and supervisory powers (if additional conditions for applying EIMs are introduced).*
- *It may increase the reluctance to apply EIMs, as it would clearly signal a further deterioration of an institution’s situation; it will not resolve possible reputational effects of applying EIMs currently listed in the BRRD”.*



Figure 10: Illustration of relationships between EIMs and supervisory powers under Option 2

Come chiarito dalla Figura n. 10 di cui sopra⁴⁶⁸, in sostanza, si determinerebbe una *estensione* dell’ambito applicativo degli artt. 102 e 104 della CRD (e corrispondentemente anche dell’art. 16 del SSMR), nei quali difatti “confluirebbero” le attuali “misure di intervento precoce” – oggi contenute negli artt. 27, 28 e 29 della BRRD – con la nuova qualificazione di “poteri di vigilanza”.

In altri termini, ai sensi di siffatta *Proposta n. 2*, l’attuale categoria delle misure di intervento precoce – separata e distinta dai poteri di vigilanza – cesserebbe di esistere. Piuttosto, si avrebbe un’unica ed *estesa* categoria dei poteri di vigilanza – includendo in tale nozione anche le attuali misure di cui alla BRRD – esercitabili sulla base di presupposti *uniformi* ed in conformità al principio di *proporzionalità sostanziale*: si esercita in via *immediata e diretta* il potere più appropriato *per il caso concreto*.

Da un lato, i vantaggi di siffatta *Proposta n. 2* risultano così riassumibili: (a) *flessibilità* nell’esercizio del potere più appropriato, in forza del *proportionality test*; (b) *semplificazione* sul piano applicativo della disciplina dei poteri di vigilanza, in forza dell’eliminazione della concorrente categoria delle attuali misure di intervento precoce; (c) *fiducia* verso i “nuovi” poteri di vigilanza in quanto – persa la qualifica formale di “misure di intervento precoce” – determinano un pregiudizio *minore* per la reputazione dell’ente⁴⁶⁹.

D’altro canto, gli svantaggi di siffatta *Proposta n. 2* risultano così riassumibili: (a) *manca* di *coordinamento* tra le diverse misure, in quanto tutte omologate nella qualifica formale di “poteri

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 35: “Main advantages of Option 1.2

- It maintains maximum flexibility for supervisory reaction, taking into account the specificities of a respective situation (proportionality) and the time for effective implementation of a measure.
- It simplifies the application of the framework of supervisory powers for competent authorities by eliminating uncertainty regarding the distinction between supervisory powers and EIMs.
- It reduces reputational implications for institutions by ‘labelling’ specific measure as an application of supervisory power instead of the EIM (even though it cannot fully remove negative reputational effects created by intrusiveness of a given measure)”.

di vigilanza”; (b) *onere* (diabolico) di aggiornare tutte le parti rilevanti della BRRD in materia di misure di intervento precoce⁴⁷⁰.

4.3. *La Proposta di direttiva CMDI*

Alla luce di (i) tale *deficit* di utilizzo delle misure di intervento precoce – originariamente concepite al fine di ridurre la probabilità di crisi future, mediante interventi tempestivi negli enti in crisi o in dissesto – nonché (ii) delle criticità strutturali che la disciplina vigente presenta sia sul piano interno (rapporto di gradualità vincolata tra l’art. 27, 28 e 29 della BRRD) sia sul piano esterno (rapporto di sovrapposizione tra le misure di intervento della BRRD, da un lato, e i poteri di vigilanza della CRD, del SSMR e della IFD, dall’altro), la Commissione europea, come anticipato, ha presentato lo scorso 18 aprile la proposta di riforma CMDI, in materia di gestione delle crisi bancarie e tutela dei depositi⁴⁷¹.

Sotto il profilo teleologico, tale proposta CMDI è finalizzata ad *“attenuare i rischi e gestire il dissesto di enti di qualsiasi dimensione, conseguendo nel contempo quattro obiettivi generali: (i) mantenere la stabilità finanziaria evitando nel contempo il contagio, in modo da preservare la disciplina di mercato e la continuità delle funzioni essenziali per la società; (ii) salvaguardare il funzionamento del mercato unico e garantire condizioni di parità in tutta l’UE; (iii) ridurre al minimo il ricorso al denaro dei contribuenti e indebolire il circolo vizioso tra rischio bancario e rischio sovrano; e (iv) tutelare i depositanti e garantire la fiducia dei consumatori”*⁴⁷².

A ben vedere, alla luce di tali obiettivi generali, tale proposta di riforma assume una portata notevolmente più ampia rispetto alla “semplice” modifica della disciplina sulle misure di intervento precoce. Come anticipato, tale Proposta di direttiva si configura come proposta di riforma *multi-*

⁴⁷⁰ *Ibidem*: “Main disadvantages of Option 1.2

- No formal escalation between ‘regular’ supervisory powers and EIMs, escalation would be reduced.
- A requirement to update other parts of the BRRD referring to EI (as well as other relevant legislation)”.

⁴⁷¹ Si veda COMMISSIONE EUROPEA, Proposta CMDI, Considerando n. 6: “Le misure di intervento precoce sono state create per consentire alle autorità competenti di sanare il deterioramento della situazione finanziaria ed economica di un ente o di un’entità e ridurre, per quanto possibile, il rischio e l’impatto di un’eventuale risoluzione. Tuttavia, data l’incertezza riguardo agli indicatori per l’applicazione di tali misure di intervento precoce e per via di parziali sovrapposizioni con le misure di vigilanza, le misure di intervento precoce sono state utilizzate raramente. Le condizioni per l’applicazione di tali misure dovrebbero pertanto essere semplificate e ulteriormente precisate”.

⁴⁷² *Ibidem*, pag. 3.

disciplinare, nella quale le modifiche proposte in materia di intervento precoce (e dunque, *inter alia*, del *removal*) rappresentano una *micro-componente* dell'intera Proposta.

Difatti, la Proposta CMDI – in qualità di revisione *complessiva* della normativa comunitaria per la gestione delle crisi – contempla cinque interventi principali:

- 1) *L'ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina sulla risoluzione, mediante la revisione del Public Interest Assessment ("PIA")*⁴⁷³.

Nello specifico, la Proposta CMDI prevede l'inclusione *anche* delle banche di piccole e medie dimensioni (c.d. *small and medium banks* o "SMB") nella disciplina risolutiva. Tale modifica deriva dalla tendenziale inadeguatezza (*i.e.*, sub-ottimalità) delle procedure di insolvenza nazionali – la cui applicazione è attualmente prevista per tale tipologia di banche – in quanto: (a) non sono armonizzate al livello comunitario, conducendo dunque all'applicazione a tali banche di norme pensate per le imprese commerciali; (b) data l'applicazione delle norme nazionali, risulta maggiore il rischio di ricorso a fondi pubblici per la gestione delle crisi⁴⁷⁴.

- 2) *L'agevolazione al ricorso alle c.d. industry-funded safety nets*⁴⁷⁵ *nel corso della risoluzione e delle procedure nazionali di insolvenza.*

Nello specifico, la Proposta CMDI prevede molteplici incentivi per un maggior ricorso alle "reti di sicurezza costituite con il contributo del sistema bancario" da parte delle banche di piccole e medie dimensioni, in modo da assicurare che quest'ultime dispongano di risorse private sufficienti in fase di risoluzione ovvero di liquidazione in base alla disciplina nazionale. In tal modo, si promuove un utilizzo maggiormente efficiente delle risorse private stanziare dagli intermediari ed allocate presso il *single*

⁴⁷³ Il PIA costituisce la fase di valutazione dell'opportunità di sottoposizione della banca in crisi alla procedura di risoluzione. Qualora la valutazione sia negativa, la banca è sottoposta alle procedure di gestione della crisi previste a livello nazionale (nel caso dell'Italia, la liquidazione coatta amministrativa).

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 5: "In particolare, il quadro dovrebbe essere migliorato per facilitare la risoluzione delle banche di piccole e medie dimensioni come inizialmente previsto, attenuando gli effetti sulla stabilità finanziaria e sull'economia reale senza ricorrere ai finanziamenti pubblici e promuovendo la fiducia dei depositanti, costituiti principalmente da famiglie e da piccole e medie imprese (PMI)".

⁴⁷⁵ Per "industry-funded safety nets" si intendono le reti di sicurezza costituite con il contributo del sistema bancario, in particolare: il *single resolution fund* (SRF, per i paesi dell'eurozona), i *resolution fund* nazionali (NRF, per gli altri Paesi UE) e i sistemi di tutela dei depositi nazionali (DGS).

resolution fund (SRF, per i paesi dell'eurozona), i *resolution fund* nazionali (NRF, per gli altri Paesi UE) e i sistemi di tutela dei depositi nazionali (DGS)⁴⁷⁶.

- 3) *L'irrigidimento delle regole in materia di esecuzione di interventi pubblici per il salvataggio o la gestione delle banche in crisi.*

Nello specifico, la Proposta CMDI prevede il divieto di utilizzo di misure pubbliche straordinarie, salvo casi limitati e specifici (ricapitalizzazione precauzionale, misure preventive e forme alternative di supporto alla liquidità o alla liquidazione, *in ogni caso* adottate per rimediare a una *serious disturbance in the economy of a Member State or to preserve financial stability*) a determinate condizioni (accesso *temporaneo*, esclusivamente rivolto a banche *solvibili*, finalizzato all'assorbimento di perdite *inattese*)⁴⁷⁷.

- 4) *Calibrazione maggiormente proporzionale del requisito MREL per le banche la cui strategia di risoluzione implichi l'utilizzo di transfer tools e per quelle destinate alla liquidazione.*

Nello specifico, la Proposta CMDI prevede che non occorra il rispetto *integrale* del "requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili" (c.d. "MREL") da parte delle banche di piccole e medie dimensioni, la cui strategia di risoluzione – a differenza delle banche di grandi dimensioni – risulta perlopiù legata ai *transfer tools*⁴⁷⁸. In tal caso, difatti, il rispetto del requisito nella sua integralità non risulta necessario per tale categoria di banche, essendo destinate a uscire dal mercato. Pertanto, ai fini di una calibrazione del MREL in senso più proporzionale, si dovranno tenere in considerazione: (a) la strategia di risoluzione (incluso il valore degli

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 4: "Fino ad oggi, molte banche in fallimento di piccole o medie dimensioni sono state assoggettate a regimi nazionali che spesso prevedono l'uso del denaro dei contribuenti (salvataggio) anziché delle reti di sicurezza finanziate dal settore, come il Fondo di risoluzione unico nell'Unione bancaria, che non è stato ancora utilizzato nel quadro della risoluzione. Ciò è contrario all'intenzione del quadro quale istituito dopo la crisi finanziaria mondiale, che ha comportato un importante cambiamento di paradigma dal salvataggio al bail-in. In tale contesto, il costo di opportunità dei meccanismi di finanziamento della risoluzione finanziati da tutte le banche è considerevole".

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 20: "Il sostegno finanziario pubblico straordinario al di fuori della risoluzione dovrebbe essere limitato ai casi di ricapitalizzazione cautelativa, alle misure preventive dell'SGD volte a preservare la solidità finanziaria e la sostenibilità economica a lungo termine degli enti creditizi, alle misure adottate dall'SGD per preservare l'accesso dei depositanti e ad altre forme di sostegno concesso nel contesto delle procedure di liquidazione. La concessione di un sostegno finanziario pubblico straordinario in qualsiasi altra situazione al di fuori della risoluzione non dovrebbe essere consentita e dovrebbe far sì che l'ente o l'entità ricevente sia considerato o considerata in dissesto o a rischio di dissesto".

⁴⁷⁸ Per *transfer tools* si intendono la cessione totale o parziale del *business* a un altro soggetto, la costituzione di una "bridge institution" per preservare le attività critiche o la cessione di *asset non-performing* a un'*asset management company*, con conseguente *market exit*.

asset/liability trasferiti); e (b) le caratteristiche specifiche della banca (inclusi il modello di *business*, il *funding model* e la profondità del mercato).

Tale calibrazione del MREL si prevede anche a favore delle banche destinate alla liquidazione in base alla disciplina nazionale⁴⁷⁹.

5) *La distinzione tra misure preventive e alternative degli SGD ed i rispettivi presupposti di applicazione.*

Nello specifico, la Proposta CMDI prevede che le misure preventive siano applicabili per stabilizzare una banca in crisi temporanea, *prima* che questa sia dichiarata *Failing or Likely to Fail* (FoLTF). Viceversa, le misure alternative sono applicabili per agevolare il trasferimento di attivi e passivi di una banca durante la procedura di liquidazione, e dunque *dopo* che sia stata dichiarata FoLTF.

Entrambe le misure, sia preventive sia alternative, risultano *in ogni caso* limitate all'ammontare dei depositi protetti della banca.

Come anticipato, la Proposta CMDI prevede anche una razionalizzazione delle misure di intervento precoce (artt. 27, 28 e 29 della BRRD), eliminando le sovrapposizioni con le misure di vigilanza (art. 104 della CRD; art. 16, par. 2, del SSMR; art. 49 della IFD) ed assicurando la certezza del diritto sulle condizioni rispettivamente applicabili⁴⁸⁰.

Per ciò che rileva in questa sede, le modifiche CMDI analizzate saranno esclusivamente quelle in materia di misure di intervento precoce, sebbene la proposta di riforma – come già rilevato – abbia

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 22: “Pur riconoscendo la possibilità di utilizzare strumenti di risoluzione diversi dal bail-in, l'attuale BRRD non disciplina nel dettaglio la calibrazione del MREL per le strategie di cessione. Nella pratica ciò comporta incertezza giuridica e l'applicazione di metodologie divergenti da parte delle autorità di risoluzione al momento di stabilire il MREL per tali strategie.

È pertanto necessario fornire una base giuridica più chiara per distinguere la calibrazione del MREL per le strategie di cessione da quella per il bail-in, anche ai fini della proporzionalità e di un'applicazione coerente. A tale riguardo, e tenendo conto anche delle attuali prassi delle autorità di risoluzione, è aggiunto un nuovo articolo 45 quater bis che stabilisce i principi che dovrebbero essere presi in considerazione nella calibrazione del MREL per le strategie di cessione: dimensioni, modello di business, profilo di rischio, analisi della credibilità, commerciabilità, se si tratta di una cessione di attività o di un'operazione su azioni e uso complementare di una società veicolo per la gestione delle attività che non possono essere cedute.

Le modifiche rafforzano il principio secondo cui il MREL dovrebbe rimanere la prima e principale linea di difesa per tutte le banche, comprese quelle che saranno soggette a una strategia di cessione e all'uscita dal mercato, al fine di garantire che le perdite siano assorbite il più possibile da azionisti e creditori”.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 5: “Le modifiche incluse nel pacchetto CMDI riguardano una serie di aspetti strategici e costituiscono una risposta coerente ai problemi individuati: [...] chiarire il quadro di intervento precoce eliminando le sovrapposizioni tra misure di intervento precoce e misure di vigilanza, garantendo la certezza del diritto sulle condizioni applicabili e agevolando la cooperazione tra autorità competenti e autorità di risoluzione”.

una portata innovativa notevolmente più ampia, in qualità di revisione *complessiva* della normativa comunitaria per la gestione delle crisi.

Sul piano interno – con riferimento al rapporto tra gli artt. 27, 28 e 29 della BRRD – la Proposta CMDI prevede l’eliminazione della gradualità vincolata che allo stato attuale regola la loro applicazione.

Come rilevato in precedenza, tale rapporto di gradualità vincolata comporta in linea di principio il ricorso in prima battuta alle misure di cui all’art. 27 (norma generale, che prevede anche il *quasi-removal* alla lett. d)). Solo in caso di inadeguatezza (*i.e.*, sub-ottimalità) di tali misure per il caso concreto, si prevede il ricorso in seconda battuta alla misura di cui all’art. 28 (norma residuale, che prevede il *removal strictu sensu*). Solo in caso di inadeguatezza (*i.e.*, sub-ottimalità) di tale misura (e dunque, *a fortiori*, anche dell’art. 27) per il caso concreto, si prevede il ricorso in terza battuta alla misura di cui all’art. 29 (norma ultra-residuale, che prevede la nomina di amministratori temporanei).

Viceversa – in ottica CMDI – “viene eliminata la sequenza interna tra le misure di intervento precoce (ndr, art. 27), la rimozione dei dirigenti (ndr, art. 28) e la nomina degli amministratori temporanei (ndr, art. 29); secondo la proposta, tali misure sono tutte soggette agli stessi indicatori, ma le autorità competenti sono tenute a seguire il principio di proporzionalità nella scelta della misura più appropriata per ciascuna circostanza”⁴⁸¹.

In altri termini, la Proposta CMDI elimina la natura residuale dell’art. 28 e la natura ultra-residuale dell’art. 29, rispetto all’art. 27 della BRRD, concependo tutte e tre le previsioni come astrattamente applicabili *in prima battuta*, subordinando dunque la loro rispettiva applicazione non più ad un giudizio di *gradualità formale* (art. 27 *in primis*; art. 28 *in secundis*; art. 29 *in tertiis*), bensì esclusivamente ad un giudizio di *proporzionalità sostanziale* (*i.e.*, applicazione *immediata e diretta* della misura ottimale *per il caso concreto*).

In tal modo, ad esempio, sarà possibile intervenire *immediatamente e direttamente* con la nomina di un amministratore temporaneo ai sensi dell’art. 29 della BRRD, il quale attualmente – come già rilevato – costituisce invece una misura *ultra-residuale*.

Sul piano esterno – con riferimento al rapporto tra gli artt. 27, 28 e 29 della BRRD, da un lato, e le misure di vigilanza di cui agli artt. 104 della CRD e 49 della IFD, dall’altro – la Proposta CMDI prevede anzitutto la possibilità di ricorrere alle attuali misure di intervento ai sensi della BRRD *anche* nel caso in cui: (a) sussistano le condizioni per l’applicazione delle misure di vigilanza ai sensi

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 13.

dell'art. 102 della CRD o dell'art. 38 della IFD (ossia, con riferimento alla CRD, violazione o rischio di violazione nei successivi 12 mesi dei requisiti della stessa CRD o del CRR; ovvero, con riferimento alla IFD, violazione o rischio di violazione nei successivi 12 mesi dei requisiti della stessa IFD o del Regolamento 2019/2033⁴⁸²), ma (b) tali ultime misure non siano state adottate dall'ente o siano considerate insufficienti per il caso concreto⁴⁸³. Ciò determina un ampliamento dell'ambito applicativo delle misure di intervento precoce, rimanendo impregiudicati gli indicatori attualmente previsti nel testo della BRRD.

Inoltre, la Proposta prevede l'eliminazione dalla BRRD di tutte le misure ai sensi dell'art. 27 che attualmente si sovrappongono agli equivalenti poteri di vigilanza ai sensi degli artt. 104 della CRD e 49 della IFD, vale a dire: (a) esame della situazione finanziaria da parte dell'organo di gestione, (b) *rimozione dei dirigenti che non soddisfano più i criteri di idoneità* e (c) modifiche della strategia aziendale e della struttura operativa dell'ente. In altri termini, al fine di evitare siffatte sovrapposizioni, tali specifiche misure vengono eliminate dal testo del nuovo art. 27 della BRRD e mantenute *esclusivamente* nel testo della CRD e della IFD⁴⁸⁴.

In sostanza, attraverso tale doppia linea di intervento – razionalizzazione dei presupposti di applicazione, da un lato, ed eliminazione delle sovrapposizioni normative, dall'altro – si assicura un coordinamento ottimale tra misure di intervento precoce e poteri di vigilanza, rimediando così alle patologie pratiche ed amministrative osservate dall'ABE nell'applicazione di tali misure attualmente sovrapposte.

Infine, per rafforzare la cooperazione tra autorità competenti ed autorità di risoluzione in fase di deterioramento della situazione finanziaria dell'ente, la Proposta CMDI introduce un nuovo art. 30-*bis* della BRRD in materia di interazioni e responsabilità delle due categorie nel periodo

⁴⁸² Regolamento (UE) 2019/2033 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo ai requisiti prudenziali delle imprese di investimento e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010, (UE) n. 575/2013, (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 806/2014.

⁴⁸³ COMMISSIONE EUROPEA, Proposta CMDI, p. 13: “L'articolo 27, paragrafo 1, l'articolo 28 e l'articolo 29, paragrafo 1, sono modificati per stabilire che è possibile ricorrere alle misure di intervento precoce quando sono soddisfatte le condizioni per le misure di vigilanza ai sensi della CRD o della direttiva (UE) 2019/203419 (la “direttiva sulle imprese di investimento” o “IFD”), ma tali misure non sono state adottate dall'ente o sono ritenute insufficienti per far fronte ai problemi individuati”.

⁴⁸⁴ *Ibidem*: “Le misure di intervento precoce elencate all'articolo 27 BRRD che si sovrapponevano ai poteri di vigilanza disponibili ai sensi dell'articolo 104 CRD o dell'articolo 49 IFD (riguardanti l'esame della situazione finanziaria da parte dell'organo di gestione, la rimozione dei dirigenti che non soddisfano più i criteri di idoneità, le modifiche della strategia aziendale e della struttura operativa dell'ente) sono eliminate dalla BRRD e mantenute solo nella CRD/IFD. In tal modo si dovrebbero risolvere le sfide pratiche e amministrative osservate dalle autorità competenti nell'applicazione di tali misure sovrapposte”.

antecedente la risoluzione⁴⁸⁵: in particolare, tale nuovo articolo prevede, *inter alia*, l'obbligo in capo all'autorità competente di informare tempestivamente l'autorità di risoluzione in caso di rischio significativo che un ente possa essere valutato come in dissesto o a rischio di dissesto ai sensi dell'art. 32, par. 4, della BRRD⁴⁸⁶.

4.4. *Le sub-ottimalità del removal negli Stati Uniti*

Come ampiamente analizzato nel Capitolo II, l'attuale disciplina statunitense sul *removal* non è risultata in grado di incidere *positivamente* e *costruttivamente* sul livello di responsabilizzazione sia dei dirigenti sia dei dipendenti bancari.

A tal proposito, occorre ricordare da un lato che negli Stati Uniti – dal 1989 al 2019 – il 56,3% dei *removals* ha riguardato dipendenti bancari semplici (“*lower-level bank employees*”), tra cui cassieri, funzionari di prestito, vice-presidenti, direttori di filiale, responsabili del credito e consulenti

⁴⁸⁵ *Ibidem*: “Per ampliare le disposizioni limitate della BRRD che prevedono la cooperazione tra autorità competenti e autorità di risoluzione quando la situazione finanziaria di una banca inizia a deteriorarsi, un nuovo articolo 30 bis specifica le interazioni e le responsabilità delle autorità competenti e delle autorità di risoluzione nel periodo precedente la risoluzione. L'autorità competente è tenuta a informare l'autorità di risoluzione quando adotta determinate misure di vigilanza ai sensi della CRD o della IFD (in particolare quelle che in precedenza si sovrapponevano alle misure di intervento precoce), laddove ritenga che siano soddisfatte le condizioni per un intervento precoce e applichi effettivamente misure di intervento precoce”.

⁴⁸⁶ Ai sensi dell'art. 32, par. 4, della BRRD, “[...] l'ente è considerato in dissesto o a rischio di dissesto in una o più delle situazioni seguenti:

- (a) l'ente viola, o vi sono elementi oggettivi a sostegno della convinzione che nel prossimo futuro violerà i requisiti per il mantenimento dell'autorizzazione in modo tale da giustificare la revoca dell'autorizzazione da parte dell'autorità competente, perché, ma non solo, ha subito o rischia di subire perdite tali da privarlo dell'intero patrimonio o di un importo significativo dell'intero patrimonio;
- (b) le attività dell'ente sono, o vi sono elementi oggettivi a sostegno della convinzione che nel prossimo futuro saranno, inferiori alle passività;
- (c) l'ente non è, o vi sono elementi oggettivi a sostegno della convinzione che nel prossimo futuro non sarà, in grado di pagare i propri debiti o altre passività in scadenza;
- (d) l'ente necessita di un sostegno finanziario pubblico straordinario, ad esclusione dei casi in cui, al fine di evitare o rimediare a una grave perturbazione dell'economia di uno Stato membro e preservare la stabilità finanziaria, il sostegno finanziario pubblico straordinario si concretizza in una delle forme seguenti:
 - una garanzia dello Stato a sostegno degli strumenti di liquidità forniti da banche centrali alle condizioni da esse applicate;
 - una garanzia dello Stato sulle passività di nuova emissione; oppure
 - un'iniezione di fondi propri o l'acquisto di strumenti di capitale a prezzi e condizioni che non conferiscono un vantaggio all'ente, qualora nel momento in cui viene concesso il sostegno pubblico non si verificano né le circostanze di cui al presente paragrafo, lettera a), b) o c), né le circostanze di cui all'articolo 59, paragrafo 3”.

per gli investimenti. D'altro lato, soltanto il 24,2% dei *removals* è stato irrogato nei confronti di amministratori e dirigenti bancari.

Siffatto esercizio del potere di rimozione – prevalentemente a carico dei dipendenti semplici in luogo degli amministratori e dirigenti della banca – in tanto risulta *negativo-distruttivo* in quanto non incrementa il livello di responsabilizzazione *direttiva* dell'ente, colpendo piuttosto soggetti privi di qualsivoglia potere decisionale in materia di amministrazione. In tal modo, gli amministratori e dirigenti bancari finiscono per concepire, *irresponsabilmente*, di poter agire *ultra vires* nell'esercizio (*deviato*) delle proprie funzioni, al riparo da qualsivoglia intervento pubblicistico di correzione delle loro condotte *contra-legem* (c.d. *deficit* di responsabilizzazione direttiva).

D'altro canto, nello stesso periodo trentennale preso in esame, la quasi totalità dei *removals* esercitata nei confronti dei dipendenti bancari semplici ha riguardato in realtà *ex* dipendenti ed affiliati (92,5%), *non più operativi* al momento della rimozione ("*former employees and affiliates*"); viceversa, solo il 7,5% dei *removals* si è rivolto a dipendenti o affiliati *in carica, ancora operativi* al momento della rimozione.

Siffatto esercizio del potere di rimozione – prevalentemente a carico di soggetti oramai esterni in luogo dei soggetti ancora interni alla banca – in tanto risulta *negativo-distruttivo* in quanto non incrementa il livello di responsabilizzazione *partecipativa* dell'ente, colpendo piuttosto soggetti definitivamente qualificabili come *terzi* rispetto alla banca. In tal modo, il personale interno all'organizzazione bancaria finisce per concepire, *irresponsabilmente*, di poter eventualmente rispondere delle proprie azioni od omissioni soltanto – in via futura ed incerta – *al termine* del proprio operato, quando dunque non saranno più *partecipanti* dell'organizzazione (c.d. *deficit* di responsabilizzazione partecipativa).

Peraltro, occorre ricordare che negli Stati Uniti i provvedimenti di *removal* sono stati fino ad oggi emessi perlopiù per contrastare condotte di: (i) appropriazione indebita o uso improprio di fondi ("*embezzlement or misuse of funds*"); (ii) erogazione di credito non autorizzata ("*unauthorized or unsound extensions of credit*"); (iii) alterazioni dei conti dei clienti ("*customer account record alterations*"); ed (iv) operazioni *self-dealing* ("*self-dealing transactions*"). A ben vedere, tali condotte risultano spesso integralmente riconducibili all'intenzione fraudolenta di uno o più dipendenti, in assenza di qualsivoglia coinvolgimento diretto o indiretto degli amministratori o dirigenti della banca.

D'altro lato, raramente sono stati irrogati provvedimenti di *removal* per punire condotte decettive o negligenti in materia di *amministrazione e vigilanza interna* di una banca, tra cui: (i) falso in bilancio; (ii) mancato rispetto degli obblighi di rendicontazione; e (iii) omessa supervisione del

rischio. Inoltre, come già rilevato nel Capitolo II, nei casi di omessa supervisione del rischio la *Federal Reserve* ha sempre ricorso a sanzioni nei confronti dell'*istituzione bancaria* in senso lato piuttosto che degli *amministratori o dirigenti* direttamente coinvolti. A ben vedere, per definizione, siffatte condotte possono essere determinate in via pressoché esclusiva da amministratori o dirigenti della banca, costituendo esse la conseguenza dell'esercizio deviato di funzioni *direttive* in senso lato.

In sostanza, come già ampiamente rilevato nel Capitolo II, il *removal* statunitense risulta allo stato attuale uno strumento di intervento scarsamente utilizzato nei confronti del *management* delle banche, sebbene la sua introduzione da parte del Congresso nel 1933 fosse finalizzata ad assicurare che gli amministratori e i dirigenti esercitassero le proprie funzioni direttive in qualità di *fiduciari* del pubblico. Contrariamente a tale visione originaria, attualmente la *Federal Reserve* ricorre al *removal* in via pressoché esclusiva nei confronti dei dipendenti bancari semplici (precisamente, in realtà, ad *ex* dipendenti ed affiliati *non più operativi* al momento della rimozione), non già degli esponenti al vertice dell'istituzione.

Difatti, anziché costituire uno strumento di garanzia a tutela della natura *fiduciaria* del rapporto tra banca e pubblico (in conformità alla originaria concezione positiva-costruttiva del Congresso), il potere di *removal* negli Stati Uniti ha assunto, in epoca recente, una funzione equivalente alla pura *professional regulation*: esso viene dunque utilizzato per garantire la mera conformità formale a *standard* minimi di condotta professionale.

4.5. Come ottimizzare il removal negli Stati Uniti. Proposte positive-costruttive

Alla luce delle criticità qualitative-teleologiche della disciplina statunitense del *removal* poc'anzi identificate – sia con riferimento al *deficit* di responsabilizzazione direttiva (da parte degli amministratori e dirigenti) sia con riferimento al *deficit* di responsabilizzazione partecipativa (da parte dei dipendenti) – appare ora opportuno elaborare specifiche proposte di ottimizzazione dell'istituto giuridico in esame, al fine di superare siffatte criticità.

A tal proposito – a seguito dell'analisi finora svolta con riferimento al contesto statunitense – il potere di *removal* federale in tanto risulta qualificabile come *ottimale* in quanto, esercitato *a tutela del vincolo fiduciario* alla base del rapporto tra banca e pubblico, risulta in grado di raggiungere al tempo stesso gli obiettivi fondamentali di (i) rimedio a *qualunque* crisi già manifestata, (ii) sanzione

verso *qualunque* colpevole rimosso e (iii) deterrente verso *tutte* le altre banche (*polifunzionalità ottimale del removal* statunitense).

Secondo quanto finora rilevato, tali obiettivi fondamentali risultano difficilmente perseguibili in un contesto normativo – come quello statunitense – caratterizzato da *deficit* di responsabilizzazione (direttiva e partecipativa) quale conseguenza di un esercizio iniquo del potere di rimozione (nei confronti di *ex* dipendenti non più operativi in luogo di amministratori e dirigenti bancari in carica).

Pertanto, con riferimento ad un contesto normativo che presenta siffatte “patologie”, una proposta di modifica in tanto risulta qualificabile come *positiva-costruttiva* in quanto in grado di superare tali *deficit* qualitativi-teleologici della disciplina.

Ciò premesso, occorrerebbe intervenire su due profili specifici del *removal* statunitense allo stato attuale: (i) invariabilità e (ii) inattendibilità.

Con riferimento alla *invariabilità* del potere di *removal* negli Stati Uniti, si intende che, attualmente, all’esercizio del potere di rimozione discende *de facto* pressoché un’unica conseguenza: l’interdizione *a vita* dall’intero settore bancario.

Su un simile effetto “letale” nei confronti del rimosso, in qualità di conseguenza *esclusiva* del provvedimento di rimozione, si fonda la più recente attestazione del potere di *removal* quale potere “draconiano”. A tal proposito, occorre ricordare la formulazione letterale della Sezione 1818(e) dello *U.S. Code*, stabilendo che, al ricorrere dei relativi presupposti (condotta impropria; conseguenze negative; intenzionalità), il colpevole può essere rimosso dall’incarico e, come conseguenza ulteriore, interdetto dalla gestione degli affari “*di qualsiasi istituto di deposito assicurato*” (*any insured depository institution*).

Dinanzi a tale formulazione, l’orientamento maggioritario negli Stati Uniti qualifica la “interdizione dall’attività bancaria” – derivante dal provvedimento di rimozione – come divieto *generale* (in luogo di un divieto *particolare*). Pertanto, in conformità a tale interpretazione, il *removal* determina un divieto integrale di settore (*industry-wide ban*), al quale dunque consegue automaticamente l’interdizione da incarico presso *qualunque* istituto del sistema bancario generale (a differenza di un divieto particolare – *removal on a bank-by-bank basis* – al quale consegue invece l’interdizione da incarico presso *questa o quella* banca)⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ Al riguardo, D. LIN - L. MENAND, op. cit., p. 66: “*The Fed ought to allow for more variation within the terms of removal orders. Underlying the argument that removal is too draconian is the assumption that the only possible consequence of a removal order is a lifetime ban from the entire banking industry*”.

Di conseguenza – in forza della integrale settorialità dell’interdizione conseguente al provvedimento di rimozione – tale provvedimento assume efficacia (non solo interna ma anche) *esterna*: “rimosso una volta, rimosso da tutto”. Difatti, proprio in forza della settorialità del *removal*, il soggetto giudicato colpevole non potrà essere reintegrato non soltanto presso la specifica banca nella quale risultava stabilito al momento della rimozione, ma nemmeno presso le *altre* banche (sotto il profilo oggettivo, dunque, il provvedimento assume anche efficacia *esterna*).

Tale invariabilità applicativa del *removal* costituisce – in forza del conseguente effetto “letale”, unicamente previsto – una delle cause principali della diffidenza percepita negli Stati Uniti verso tale strumento di intervento.

Per tale ragione, occorrerebbe incentivare le autorità di vigilanza a *variare il grado di afflittività* del *removal* alla luce del caso singolo. In altri termini – senza necessità di modificare la formulazione della Sezione 1818(e) – occorrerebbe superare l’interpretazione secondo cui alla rimozione consegue *necessariamente* una interdizione perpetua di settore (“rimosso una volta, rimosso *da tutto*, rimosso *per sempre*”). Viceversa, in tanto il potere di *removal* risulta uno strumento *positivo-costruttivo* in quanto risulta variabile nel tempo (*i.e.*, rimosso per un periodo di tempo *limitato*) e nello spazio (*i.e.*, rimosso *esclusivamente* da *questa* o *quella* banca) secondo un criterio di ragionevolezza del caso concreto. Come anticipato, a ben vedere, non occorre alcuna modifica della disciplina vigente ai fini della variabilità del *removal* sul piano applicativo: difatti, il FIRREA – l’attuale normativa statunitense del *removal*, come rilevato nel Capitolo I – *già* prevede la facoltà in capo all’autorità competente di *delimitare* l’ambito di efficacia della misura, nel tempo e nello spazio⁴⁸⁸.

In sostanza, pertanto, incentivare il ricorso a *removals* “di grado intermedio” – ossia variabili nel tempo e nello spazio, secondo un giudizio di ragionevolezza del caso singolo – incrementerebbe la fiducia collettiva verso tale forma di intervento pubblico in quanto *non necessariamente* draconiana. In linea generale, difatti, le misure con il massimo grado di afflittività risultano spesso le meno efficaci sul piano deterrente, proprio in quanto *scarsamente* applicate. A tal proposito, “*if bank supervisors can circumscribe the prohibition terms according to the type of wrongdoing at issue, rather than always imposing a lifetime industry-wide ban, supervisors will be more likely to view the*

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 67: “*There is no question that the Fed still has the power to pursue these removal options: FIRREA explicitly provides that the banking agency issuing the § 1818(e) order can also determine its scope*”.

removal power as an appropriate, proportionate sanction and therefore more likely to use this authority”⁴⁸⁹.

Con riferimento alla *inattendibilità* del potere di *removal* negli Stati Uniti, si intende che, attualmente, tale potere “colpisce” di rado il *management* delle banche, rappresentando dunque uno strumento non credibile – e, pertanto, *inattendibile* – per la tutela del vincolo fiduciario alla base del rapporto tra banca e pubblico. Difatti, in tanto il potere di *removal* può qualificarsi come attendibile sul piano fiduciario in quanto in grado di “colpire” *anzitutto e soprattutto* i soggetti primariamente responsabili della sicurezza e solidità – ossia *gli amministratori e i dirigenti bancari* – qualora tradiscano il proprio mandato.

L’incapacità della disciplina del *removal* di rivalersi sui vertici delle banche negli Stati Uniti deriva dalla sub-ottimalità a tal fine degli attuali presupposti di esercizio del potere. In particolare, come già ampiamente analizzato in precedenza, occorre ricordare che negli Stati Uniti la rimozione può essere disposta solo in caso di accertamento, sul piano soggettivo, di: (i) *disonestà* personale; ovvero (ii) *voluta o reiterata noncuranza* per la sicurezza e la solidità della banca. Difatti, come già più volte rilevato, negli Stati Uniti non c’è rimozione *senza colpevolezza*.

Tali requisiti psicologici – entrambi caratterizzati da un’elevata soglia di intenzionalità del fatto illecito (disonestà da un lato, noncuranza voluta o reiterata dall’altro) – risultano difficili da accertare in capo alle figure *apicali* delle banche. Difatti, appare spesso impossibile attribuire a tali vertici la responsabilità delle singole condotte *operative* alla base dell’illecito contestato, essendo tali condotte perlopiù poste in essere *dai dipendenti* in qualità di “operatori in prima linea” della banca⁴⁹⁰. In altri termini, data la struttura sempre più decentralizzata e ramificata del sistema bancario contemporaneo, costituisce una *probatio diabolica* l’accertamento in capo al “vertice” della *colpevolezza* di una condotta operativa direttamente compiuta dalla “base” della banca, proprio a causa dei numerosi “livelli intermedi” che separano la base dal vertice⁴⁹¹. In tal modo, gli amministratori e i dirigenti bancari riescono agevolmente a “scampare” al *removal*.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 67. Al riguardo, si veda anche S. W. BUELL, «*Criminal Procedure Within the Firm*», in *Stan. Law Rev.*, 2007.

⁴⁹⁰ Sul punto, R. W. HAMILTON - J. R. MACEY, *Cases and materials on Corporations including partnerships and limited liability companies*, in *American Casebook Series*, 2007, p. 564: “*Modern board of directors have practically nothing to do with the day-to-day business of the corporation. Publicly held corporations are immense economic entities. The internal organization of such large economic entities necessarily involves complex hierarchical structures in which successively higher levels of management are given increasingly broad discretion and responsibility*”.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 68: “*Whereas it makes sense to ask whether lower-level employees knew their actions were illegal, excessively risky, or otherwise wrongful, it makes less sense to ask whether senior bank executives and directors consciously participated in the same way given the decentralized structure of many modern banks*”.

Al fine di rendere gli amministratori e i dirigenti bancari *effettivamente* rimovibili, occorrerebbe introdurre un *ulteriore* ed *oggettivo* presupposto di applicazione del *removal*: l'*omessa supervisione del rischio (failure to supervise)*.

A tal proposito, per “supervisione del rischio” si intende la predisposizione di meccanismi interni di conoscibilità e monitoraggio del rischio complessivo, derivante dalle scelte strategiche e dalle conseguenti condotte sul piano esecutivo-operativo. In altri termini, in tanto si ha un’adeguata supervisione del rischio in quanto il vertice della banca, avendo predisposto meccanismi interni appropriati a tal fine, risulta sempre al corrente di “cosa stia succedendo”.

Difatti, dal punto di vista di *governance*, gli amministratori e dirigenti bancari hanno il dovere di supervisionare la “sicura e solida propensione al rischio d’impresa”. In particolare, “[...] *the duties of senior bank officers and directors are not related to carrying out operational details; they are instead to oversee institutional risk-taking: to establish a corporate culture that makes excessive risk-taking by rank-and-file employees unlikely—or at least unrewarded—and to ensure that adequate information about the bank’s risk exposure reaches those at the top*”⁴⁹².

Per tale ragione, l’introduzione dell’omessa supervisione del rischio, quale presupposto ulteriore ed autonomo ai fini della rimozione, determinerebbe una maggiore effettività di tale potere *anche* (e *soprattutto*) nei confronti degli amministratori e dirigenti bancari, in qualità di responsabili di tale supervisione. Nello specifico, tale ulteriore presupposto in tanto risulta oggettivo in quanto consiste nel valutare, sul piano strettamente materiale (e dunque *prescindendo da qualsivoglia requisito psicologico*), l’*adeguatezza* dei meccanismi interni di conoscibilità e monitoraggio del rischio adottati dagli amministratori e dirigenti della banca. Pertanto, in tal modo, si introdurrebbe una fattispecie di rimozione *senza colpevolezza*.

L’introduzione di siffatto presupposto incrementerebbe il livello di credibilità (*i.e.*, attendibilità) del *removal* – nonché la qualità complessiva della vigilanza bancaria, in senso *positivo-costruttivo* – per due ragioni fondamentali.

Anzitutto, ciò determinerebbe un maggior grado di responsabilizzazione in capo agli amministratori e dirigenti bancari, i quali risulterebbero così rimovibili non soltanto in caso di diretta *intenzionalità* del fatto illecito (applicazione *restrittiva* del *removal*), come attualmente previsto, essendo richiesta la disonestà ovvero la voluta o reiterata noncuranza ai fini della rimozione. Piuttosto, essi risulterebbero rimovibili ogni qualvolta non abbiano predisposto meccanismi interni adatti a

⁴⁹² *Ibidem*.

conoscere e a monitorare i fattori di rischio eccessivo, *a prescindere dalla intenzionalità* del fatto illecito conseguente (applicazione *estensiva* del *removal*).

In altri termini, allo stato attuale, negli Stati Uniti gli amministratori e dirigenti bancari in tanto possono essere rimossi in quanto abbiano *intenzionalmente* compiuto o contribuito al fatto illecito. Viceversa, con l'introduzione dell'omessa supervisione del rischio quale presupposto *oggettivo* di applicazione del *removal*, essi potrebbero essere rimossi anche qualora – *pur non avendo intenzionalmente compiuto o contribuito al fatto illecito* – avessero tuttavia predisposto meccanismi *inadeguati* ai fini della conoscibilità e monitoraggio dei fattori di rischio eccessivo alla base quel fatto⁴⁹³.

In secondo luogo, l'introduzione dell'omessa supervisione del rischio renderebbe l'istituto del *removal* (di nuovo) compatibile con l'originaria visione del Congresso nella fase della sua introduzione, nel 1933. Difatti, come già rilevato, attraverso tale misura il Congresso ambiva ad assicurare che gli amministratori e dirigenti bancari esercitassero le proprie funzioni direttive in qualità di *fiduciari* del pubblico.

Tuttavia, occorre ricordare che il potere di *removal* negli Stati Uniti ha assunto, in epoca recente, una funzione equivalente alla pura *professional regulation*: esso viene dunque utilizzato per garantire la mera conformità formale a *standard* minimi di condotta professionale. Da tale concezione degenerata discende l'applicabilità del *removal* – secondo la disciplina vigente – *esclusivamente* nei casi di disonestà personale ovvero noncuranza voluta o reiterata.

Viceversa, gli amministratori e dirigenti bancari in tanto possono qualificarsi *effettivamente* come fiduciari del pubblico in quanto, qualora non agiscano per rendere la banca “immune” da rischi eccessivi (omettendo dunque un'adeguata supervisione), possano essere comunque rimossi a titolo di *revoca della fiducia* da parte del pubblico, anche nei casi di *involontarietà* del fatto illecito derivante dai fattori di rischio *trascurati*⁴⁹⁴.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 71: “For top bank executives and directors, searching for their awareness of wrongdoing skips over a crucial question: did the executives or directors try to be brought into significant risk and compliance matters? Did they establish routes by which operational-level conditions and problems can promptly reach their attention? Broadening the frame of inquiry in this way would enable supervisors to move away from the current focus on who knew what about particular misconduct. When senior leaders fail to receive or properly respond to material information, it could be a symptom of poor leadership capacity”.

⁴⁹⁴ *Ibidem*: “Second, recognition of supervisory failure as a basis for removal could open up an important avenue for clarifying senior bankers’ expected responsibilities. The Fed has said, for example, that the ‘core’ duties of bank directors include overseeing the bank’s risk levels and overseeing its management. Yet the current approach to the removal power all but ensures that directors who neglect these responsibilities will not be disciplined by the Fed, which in turn has impoverished critical analysis on the scope and substance of the Fed’s expectations on this front”.

Pertanto, soltanto introducendo l'omessa supervisione del rischio tra i presupposti di applicazione del *removal* sarà possibile “recuperare” la concezione originaria del Congresso – a tutela del vincolo fiduciario alla base del rapporto tra banca e pubblico – garantendo l'ottimalità di tale misura di intervento *polifunzionale* nonché la costruttività positiva del sistema di vigilanza complessivo (*i.e.*, *sanzione* al colpevole, *rimedio* alla crisi, *deterrente* per i potenziali futuri colpevoli).

4.6. *Il RECOUP Act*

Alla luce delle sub-ottimalità qualitative-teleologiche rilevate in precedenza – causate dalla invariabilità e inattendibilità dell'attuale disciplina del *removal* negli Stati Uniti – l'SBC (come già rilevato, il *Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs*) ha presentato lo scorso 21 giugno la Proposta di modifica RECOUP (*Recovering Executive Compensation Obtained from Unaccountable Practices Act*), in materia di responsabilità dei dirigenti bancari e *governance* aziendale. Tale proposta, in particolare, è stata elaborata a seguito delle recenti crisi bancarie⁴⁹⁵, al fine specifico di potenziare il *removal* nonché il livello di vigilanza complessivo sui singoli operatori⁴⁹⁶.

Sotto il profilo teleologico, dunque, il RECOUP punta ad una maggiore responsabilizzazione della *governance* bancaria.

A tal fine, “*the RECOUP Act will:*

- *Strengthen the banking agencies' ability to remove or prohibit senior executives who did not appropriately oversee and manage the risks and governance of their banks.*
- *Require banks to include governance and accountability standards in their bylaws.*

⁴⁹⁵ Di nuovo, si fa riferimento ai recenti fallimenti di *Silicon Valley Bank (SVB)*, *Signature Bank* e *First Republic Bank*, registrati lo scorso marzo 2023. Al riguardo, si rinvia alla nota 93.

⁴⁹⁶ Si veda SBC, *RECOUP Act Background*, 2023, p.1: “*The Recovering Executive Compensation Obtained from Unaccountable Practices (RECOUP) Act addresses concerns surrounding executive accountability following recent bank failures by strengthening certain existing authorities regarding senior executives. The bill also requires banks to adopt forward looking, corporate governance and accountability standards to promote responsible management and provides clawback authority in the event of a bank failure*”.

- *Provide the FDIC with the authority to clawback certain compensation from senior executives at failed banks, including profits made by selling the bank's stock.*
- *Increase and strengthen penalties against bad actors*⁴⁹⁷.

Come in parte agevolmente intuibile da tale formulazione, e come già rilevato in precedenza, tale Proposta di modifica – finalizzata a riformare la disciplina *particolare* della responsabilità gestionale e finanziaria dei dirigenti bancari – si configura dunque come proposta di riforma *monodisciplinare*, nella quale le modifiche proposte in materia di *removal* rappresentano una *macro-componente* della Proposta.

In particolare, il RECOUP interviene su quattro materie *specifiche*: (i) *Removal and Prohibition Authority*; (ii) *Governance and Accountability Standards*; (iii) *Cease-and-Desist Authority*; (iv) *Civil Money Penalties*.

(1) *Removal and Prohibition Authority*

In materia di rimozione ed interdizione, il RECOUP prevede un ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina.

Nello specifico, nella Sezione 2, il RECOUP introduce l'inedito potere di *removal* nei confronti dei *senior executives*⁴⁹⁸ colpevoli di *cattiva condotta nella supervisione (misconduct in the oversight of the bank)* ovvero di *inadeguato contenimento del rischio (failure to appropriately implement risk)*⁴⁹⁹.

Pertanto, sotto tale profilo, il RECOUP inserisce l'ulteriore presupposto – oggettivo ed autonomo – dell'*omessa supervisione del rischio (failure to supervise)* ai fini del *removal*, nelle due forme alternative di cattiva condotta nella supervisione, da un lato, e di inadeguato contenimento del rischio, dall'altro.

Di conseguenza – come poc'anzi rilevato in materia di proposte positive-costruttive – tale ampliamento della portata del *removal* determina un maggior grado di responsabilizzazione

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ Ai sensi del RECOUP, Sez. 2(2)(C), “[T]he term ‘senior executive’ means an individual who has oversight authority for managing the overall governance, operations, risk, or finances of a depository institution or depository institution holding company, including the president, chief executive officer, chief operating officer, chief financial officer, chief risk officer, chief legal officer, chairman of the board, an inside director of the board of directors, and an individual who occupies an equivalent position, as determined by the depository institution or depository institution holding company, as applicable”.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, Sez. 2(I)(II)(III).

in capo ai *senior executives*, i quali risulterebbero così rimovibili non soltanto in caso di diretta *intenzionalità* del fatto illecito, come attualmente previsto, essendo richiesta la disonestà ovvero la voluta o reiterata noncuranza ai fini della rimozione. Piuttosto, essi risulterebbero rimovibili ogni qualvolta non abbiano predisposto meccanismi interni adatti a conoscere e a monitorare i fattori di rischio eccessivo, *a prescindere dalla intenzionalità* del fatto illecito conseguente.

(2) *Governance and Accountability Standards*

In materia di *standard di governance* e responsabilità interna, il RECOUP ne prevede la costituzionalizzazione interna ed il potenziamento di siffatti *standard*.

Difatti, nella Sezione 3, il RECOUP dispone l'introduzione nell'atto costitutivo ovvero nello statuto di specifici *standard* di promozione della sicurezza e solidità banca⁵⁰⁰. Nello specifico, tali *standard* includono: (a) la predisposizione di adeguati meccanismi di gestione del rischio⁵⁰¹; e (b) il recupero da parte della FDIC dello stipendio ricevuto dagli amministratori delegati nei 24 mesi precedenti al fallimento della banca⁵⁰².

Anche in tale materia, l'obiettivo perseguito dal RECOUP è l'aumento del livello di responsabilizzazione interna, sia in fase *antecedente* sia in fase *successiva* allo scoppio della crisi. Riguardo la fase antecedente, in tanto si aumenta il livello di responsabilizzazione proprio in quanto si richiede la predisposizione di adeguati meccanismi di gestione del rischio, quando la crisi *non si è ancora manifestata*. Riguardo la fase successiva, in tanto si aumenta il livello di responsabilizzazione proprio in quanto si prevede il recupero, da parte dell'organo consiliare o della FDIC, dello stipendio ricevuto dagli amministratori delegati in prossimità del fallimento della banca, quando ormai la crisi *si è già manifestata*.

(3) *Cease-and-Desist Authority*

In materia di ordini di cessazione di condotta irregolare (*cease-and-desist orders*), il RECOUP prevede egualmente l'aumento della responsabilizzazione interna, in fase *successiva*.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, Sez. 3(b).

⁵⁰¹ *Ibidem*, Sez. 3(c)(A)(B).

⁵⁰² *Ibidem*, Sez. 3(c)(C).

Difatti, nella Sezione 4, si prevede il recupero, da parte della FDIC, dello stipendio ricevuto dagli amministratori delegati in prossimità del fallimento della banca, quando ormai la crisi *si è già manifestata*⁵⁰³.

(4) *Civil Money Penalties*

In materia di sanzioni pecuniarie, il RECOUP ne prevede un serio inasprimento per le condotte più gravi.

Nello specifico, nella Sezione 5, si prevedono misure più severe nei confronti di *senior executives* che – in maniera *spericolata* – abbiano commesso: (a) violazione di legge; ovvero (b) pratica contraria a sicurezza o solidità; ovvero (c) violazione di dovere fiduciario⁵⁰⁴.

Considerazioni comparatistiche preliminari

Alla luce dell'analisi condotta in tale Capitolo, occorre trarne le opportune lezioni preliminari sul piano comparatistico.

A ben vedere, le due Proposte di riforma esaminate – la Proposta CMDI, in Europa, e il RECOUP, negli Stati Uniti – presentano finalità distinte.

Da un lato, la Proposta CMDI presenta una finalità *regolatoria strictu sensu*, nella misura in cui intende “ristrutturare” l'arsenale degli strumenti applicabili alle banche in difficoltà, con l'obiettivo *inter alia* di (i) garantire la *certezza del diritto* sui presupposti di applicazione delle misure di intervento precoce (eliminando la gradualità vincolata tra tali misure, da un lato, e le sovrapposizioni tra tali misure e le misure di vigilanza, dall'altro) e (ii) agevolare la *cooperazione* tra autorità competenti e autorità di risoluzione (prevedendo in materia il nuovo art. 30-bis)⁵⁰⁵. A ben vedere, dunque, la Proposta CMDI interviene sull'*architettura generale* delle misure di intervento, *senza alcun riferimento alla (maggiore) responsabilizzazione dei singoli esponenti aziendali*. In tal senso, dunque, siffatta Proposta si configura come *ristrutturazione* in qualità di soluzione a specifiche sub-ottimalità *quantitative-strutturali*.

⁵⁰³ *Ibidem*, Sez. 4(8).

⁵⁰⁴ *Ibidem*, Sez. 5.

⁵⁰⁵ Si veda COMMISSIONE EUROPEA, Proposta CMDI, p. 5.

Viceversa, il RECOUP presenta una finalità *afflittiva*, nella misura in cui intende “rafforzare” il potere in capo alle agenzie di rimuovere ovvero interdire i *senior executives* colpevoli di cattiva condotta nella supervisione ovvero di inadeguato contenimento del rischio. A ben vedere, dunque, il RECOUP, interviene sulla (*maggiore*) *responsabilizzazione direttiva* dei singoli amministratori e dirigenti bancari, *senza alcun riferimento all’architettura generale degli administrative enforcement orders*. In tal senso, dunque, il RECOUP si configura come *riforma di responsabilizzazione* in qualità di soluzione a specifiche sub-ottimalità *qualitative-teleologiche*.

Alla luce delle differenti “dimensioni” delle due Proposte esaminate – nel caso della Proposta CMDI, una riforma *complessiva e multi-disciplinare* in materia comunitaria di gestione della crisi (con riferimento marginale alle misure di intervento precoce in qualità di *micro-componente* della riforma) e viceversa, nel caso del RECOUP, una riforma *specifica e mono-disciplinare* sulla responsabilizzazione del *top management* delle banche statunitensi (con riferimento essenziale al potere di rimozione in qualità di *macro-componente* della riforma) – si evince che il *removal* statunitense risulta ad uno stato “più avanzato” rispetto al *removal* comunitario.

A ben vedere, difatti, la stessa *ratio* del RECOUP appare *più evoluta* rispetto alle *ratio* della Proposta CMDI. Il primo innova il *contenuto interno* del *removal*, basandosi su un’indagine *ad hoc* concernente (*i*) la categoria di destinatari tendenziali degli attuali provvedimenti di *removal* negli Stati Uniti (profilo *qualitativo*) e, di conseguenza (*ii*) la divergenza tra l’esercizio attuale e la *ratio* originaria dell’istituto (profilo *teleologico*). La seconda viceversa, “si ferma” ad uno *step* antecedente, ossia sull’architettura generale delle misure di intervento precoce (e dunque anche del *removal*), *senza intervenire sul loro contenuto interno, né sotto un profilo qualitativo, né sotto un profilo teleologico*.

La maggiore invasività e specificità del RECOUP rispetto alla più generale Proposta CMDI deriva senza dubbio dalla maggiore esperienza che l’ordinamento statunitense vanta in materia di rimozione degli amministratori e dirigenti bancari (misura introdotta, come già ricordato, nel 1933 con il *Banking Act*) rispetto all’ordinamento comunitario (in cui il potere di *removal* e le altre misure di intervento precoce sono state introdotte soltanto recentemente, nel 2014, con la direttiva BRRD). Di conseguenza, in Europa non possiamo ancora “permetterci” l’introduzione di una riforma *ad hoc* con riferimento al potere di *removal* ovvero ad un’altra *specifica* misura di intervento precoce, le quali peraltro – come già rilevato – risultano tutte scarsamente utilizzate *proprio a causa delle sub-ottimalità strutturali (sia sul piano interno sia sul piano esterno) che la Proposta CMDI intende superare*. Per tale ragione, siffatta Proposta costituisce inevitabilmente una riforma di grado *preliminare* rispetto alla più avanzata innovazione prevista dal RECOUP negli Stati Uniti.

Inoltre, alla luce della differente natura delle due Proposte esaminate – nel caso della Proposta CMDI, una natura regolatoria *strictu sensu* e viceversa, nel caso del RECOUP, una natura afflittiva – si evince che entrambe le riforme lasciano *impregiudicata* la concezione finora rispettivamente adottata in materia di rimozione degli esponenti aziendali: concezione *preventiva-regolatoria* in Europa, concezione *rimediale-sanzionatoria* negli Stati Uniti.

Difatti, in Europa la Proposta CMDI intende agevolare la stessa *precocità* del potere di *removal* e delle altre misure di intervento, *proprio semplificando i presupposti (strutturali) di applicazione di tali misure*. Viceversa, negli Stati Uniti il RECOUP intende potenziare la stessa *afflittività* del potere di *removal*, *proprio estendendone l'ambito applicativo e inasprendo le sanzioni collaterali al provvedimento*.

Di conseguenza, le due Proposte di riforma, pur presentando per definizione un carattere *innovativo* – nel caso della Proposta CMDI, con riferimento all'architettura generale delle misure di intervento precoce e viceversa, nel caso del RECOUP, con riferimento specifico al contenuto interno del potere di *removal* – rimangono tuttavia “fedeli” rispettivamente alla concezione *preventiva-regolatoria* e alla concezione *rimediale-sanzionatoria* del potere in esame.

CONCLUSIONI

Alla luce dell'analisi complessivamente condotta nel presente lavoro, occorre enucleare in via definitiva i contributi originali sul piano comparatistico.

Da una prospettiva storica, gli Stati Uniti vantano un'esperienza incomparabilmente *maggiore* in materia di rimozione degli esponenti aziendali – misura introdotta nel 1933, in risposta alla crisi della Grande Depressione, in qualità di *rimedio* alle crisi bancarie – rispetto all'ordinamento comunitario, in cui il potere di *removal* e le altre misure di intervento precoce sono state introdotte soltanto recentemente, nel 2014, in risposta alla crisi finanziaria del 2008-11, in qualità di *prevenzione* delle crisi bancarie.

Inoltre, il potere *removal* negli Stati Uniti è andato definendosi secondo un processo *plurifasico*, a differenza dell'Europa, in cui siffatto potere è andato definendosi secondo un processo sostanzialmente *monofasico*. Difatti, negli Stati Uniti il *removal* – introdotto per la prima volta nel 1933, con il *Banking Act*, per i casi di violazione di legge ovvero di pratica contraria a sicurezza o solidità – è stato poi emendato ed ampliato da tre interventi riformatori successivi, precisamente: (i) dal FISA, nel 1966; (ii) dal FIRIRCA, nel 1978; (iii) dal FIRREA, nel 1989.

Viceversa, in Europa il potere di *removal* – introdotto nel 2014 con la direttiva BRRD, e recepito in Italia nel 2015 in molteplici fattispecie – *non ha subito, almeno finora, alcuna fase di emendamento successivo* (processo monofasico).

Peraltro, mentre negli Stati Uniti i molteplici interventi di modifica del *removal* hanno riguardato l'*unica* fattispecie rilevante presente in tale ordinamento – rappresentata dalla Sezione 1818(e) dello *U.S. Code* – in Italia il recepimento della disciplina comunitaria in materia ha comportato, *quantomeno sul piano formale*, l'introduzione di una *pluralità* di fattispecie rilevanti – essenzialmente rappresentate dalla rimozione individuale-selettiva (art. 53-bis, lett. e), del TUB) e dalla rimozione totale-complessiva (art. 69-*vicies-semel*, in combinato disposto con l'art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. b), del TUB).

A tal riguardo, con riferimento alla disciplina rispettivamente vigente, il potere di *removal* statunitense (Sez. 1818(e), *U.S. Code*) presenta un ambito applicativo soggettivo *più ampio* rispetto alla fattispecie-base del *removal* in Italia (art. 53-bis, TUB). Difatti, negli Stati Uniti il potere di *removal* risulta esercitabile verso *qualunque soggetto affiliato* all'istituzione bancaria (“*any*

institution-affiliated party”); d’altro canto, in Italia il potere di *removal* individuale-selettivo risulta limitatamente esercitabile verso uno o più *esponenti aziendali*. Tuttavia, nel nostro ordinamento è previsto, al ricorrere dei presupposti *aggravati-rafforzati* della rimozione totale-complessiva (art. 69-*vicies-semel*, TUB), il più “mite” potere di *ordinare* la rimozione di uno o più membri dell’“alta dirigenza”, nella quale sono da ricomprendere anche i *dipendenti* dell’organo amministrativo della banca.

Inoltre, il potere (sanzionatorio) di *removal* statunitense risulta esercitabile, in fase *critica*, al ricorrere di presupposti *vincolati strictu sensu*: (i) condotta impropria (*improper conduct*); (ii) conseguenze negative (*negative consequences*); e (iii) intenzionalità (*scienter*). Difatti, in qualità di azione formale di *enforcement*, si richiede un giudizio *diagnostico* (e dunque *vincolato*) da parte dell’amministrazione per il suo esercizio. Tale giudizio diagnostico consiste nella valutazione della *sussumibilità* del fatto concreto alla fattispecie astratta di rimozione. Conseguentemente, la tassatività del giudizio richiesto impedisce di qualificare il provvedimento in esame come regolatorio, dal momento che la regolazione implica la valutazione dell’*idoneità* (*ex ante*) di una misura alla salvaguardia di un interesse individuato come meritevole di tutela. Piuttosto, il provvedimento di *removal* statunitense costituisce una misura sanzionatoria a tutti gli effetti, implicando un giudizio di *sussumibilità ex post* sulla base di valutazioni vincolate.

D’altro canto, come ribadito dal Consiglio di Stato nel caso Credito di Romagna, il potere (regolatorio) di *removal* previsto dal nostro ordinamento risulta esercitabile, in fase *pre-critica*, al ricorrere di presupposti tendenzialmente *discrezionali*, a cominciare dal “pregiudizio per la *sana e prudente* gestione”. Difatti, in qualità di misura di intervento precoce, si richiede un giudizio *prognostico* (e dunque *discrezionale*) da parte dell’amministrazione per il suo esercizio. Tale giudizio prognostico consiste nella valutazione dell’*idoneità* di una siffatta misura alla salvaguardia della sana e prudente gestione della banca, escludendo che tale scopo possa essere perseguito da misure meno incisive. Conseguentemente, l’elasticità del giudizio richiesto impedisce di qualificare il provvedimento in esame come sanzionatorio, dal momento che la sanzione implica il mero accertamento *ex post* di un illecito sulla base di presupposti vincolati. Piuttosto, il provvedimento di *removal* europeo costituisce una misura regolatoria a tutti gli effetti, implicando un giudizio di *idoneità ex ante* sulla base di valutazioni discrezionali.

Peraltro, il potere di *removal* statunitense si “focalizza” sulla *condotta soggettiva del responsabile*, richiedendo a fini applicativi l’elemento psicologico della *disonestà* personale ovvero della *voluta o reiterata* noncuranza per la sicurezza e la solidità bancaria. Di conseguenza, negli Stati

Uniti non c'è rimozione *senza colpevolezza* (“personalità” del *removal* statunitense). Tuttavia, allo stato attuale, l'accertamento sul piano soggettivo della colpevolezza personale ai fini della rimozione costituisce una *probatio diabolica* per le agenzie di vigilanza. Difatti, i requisiti psicologici della *disonestà* personale (quand'anche intesa come meramente potenziale, secondo la formula *Van Dyke*) ovvero, in alternativa, della *voluta o reiterata noncuranza* per la sicurezza e la solidità della banca (quand'anche intesa come mera consapevolezza della condotta, secondo la formula *Brickner*) risultano *comunque* difficili da accertare in capo alle figure *apicali* delle banche. Difatti, appare spesso impossibile attribuire a tali vertici la responsabilità delle singole condotte *operative* alla base dell'illecito contestato, essendo tali condotte perlopiù poste in essere *dai dipendenti* in qualità di “operatori in prima linea” della banca.

In altri termini, data la struttura sempre più decentralizzata e ramificata del sistema bancario contemporaneo, costituisce una *probatio diabolica* l'accertamento in capo al “vertice” della *colpevolezza* – quand'anche interpretata estensivamente – di una condotta operativa direttamente compiuta dalla “base” della banca, proprio a causa dei numerosi “livelli intermedi” che separano la base dal vertice. In tal modo, gli amministratori e i dirigenti bancari riescono agevolmente a “scampare” al *removal*.

D'altro canto, in Italia il potere di *removal* si “focalizza” piuttosto sulla *condizione oggettiva dell'istituzione bancaria*. Difatti, da un lato il *removal* individuale-selettivo (verso *uno o più* esponenti aziendali, fino ad arrivare alla rimozione di *tutti* i membri dell'organo amministrativo *ovvero* di *tutti* i membri dell'organo di controllo) è attivabile in caso di pregiudizio per la sana e prudente gestione *della banca*. Dall'altro, il *removal* totale-complessivo (verso *tutti* i membri dell'organo amministrativo e, *contestualmente*, *tutti* i membri dell'organo di controllo) è attivabile, oltre che nei casi di gravi violazioni normative e gravi irregolarità amministrative *sul piano oggettivo*, anche nel caso di significativo deterioramento *della situazione della banca*, qualora misure meno invasive non risultino idonee a risolvere tale situazione. Di conseguenza, a differenza degli Stati Uniti, in Italia può esserci rimozione *anche senza colpevolezza* (“impersonalità” del *removal* italiano).

Tali differenze fra il *removal* statunitense ed il *removal* nazionale-comunitario derivano dalla diversa concezione di esercizio *ottimale* del potere di *removal* rispettivamente adottata dai due ordinamenti. Difatti, da un lato in Europa si è aderito ad una concezione *preventiva-regolatoria* del potere di rimozione degli esponenti aziendali – dal momento che siffatto potere costituisce una *misura di vigilanza regolamentare ordinaria* per prevenire una crisi (non ancora manifestata).

D'altro canto, negli Stati Uniti si è aderito ad una concezione *rimediale-sanzionatoria* del potere di rimozione degli esponenti aziendali – dal momento che siffatto potere costituisce piuttosto un'*azione formale di enforcement*, esercitabile (soltanto) in caso di inadeguatezza delle misure di vigilanza regolamentare ordinaria per il caso concreto, al fine di (a) rimediare ad una crisi (già manifestata) e (b) punire l'attuale colpevole e al tempo stesso dissuadere *pro-futuro* altri potenziali colpevoli. In particolare, il potere di *removal* statunitense appare ricostruibile secondo “cerchi concentrici”: difatti, siffatto potere risulta (a) sanzionatorio *verso il colpevole rimosso* (cerchio minore), (b) rimediale *verso la banca in crisi* (cerchio maggiore) e (c) dissuasivo *verso tutte le altre banche* (cerchio massimo).

Da ciò deriva pertanto la tendenziale *polifunzionalità* del *removal* statunitense, il cui esercizio – dinanzi ad una crisi pressoché già manifestata – rappresenta *al tempo stesso* una sanzione, un rimedio ed un deterrente. Viceversa, in Europa si è riconosciuta la tendenziale *monofunzionalità* del *removal*, il cui esercizio – dinanzi ad una crisi non ancora manifestata – rappresenta una prevenzione di natura regolatoria, senza alcuna necessità di assumere funzioni ulteriori: in altri termini, *la prevenzione basta e avanza*.

In sostanza, da un lato, in Europa il *banker removal power* si fonda sul principio generale secondo cui *prevenire è meglio che curare*; da qui, appunto, l'inserimento di tale potere tra le misure *precoci* di vigilanza, esercitabili dinanzi ad indici *sintomatici* di una crisi bancaria (non ancora manifestata). D'altro canto, negli Stati Uniti il *banker removal power* si fonda sul principio generale secondo cui *il rimedio è la cura migliore*; da qui, appunto, l'inserimento di tale potere tra gli *administrative enforcement orders*, esercitabili (soltanto) in caso di comprovata inadeguatezza dei poteri di vigilanza ordinaria per il caso concreto, e dunque dinanzi ad indici *conclamati* di una crisi bancaria (già manifestata).

Di conseguenza, con riferimento specifico all'esercizio ottimale del potere di *removal* nei due ordinamenti esaminati, in Europa in tanto la vigilanza bancaria risulta *positiva-costruttiva* in quanto opera come sistema *proattivo*, in grado di “*prevenire al meglio la malattia*”; viceversa, negli Stati Uniti in tanto la vigilanza bancaria risulta *positiva-costruttiva* in quanto opera come sistema *reattivo*, in grado di “*curare al meglio la malattia*”.

Come poc'anzi anticipato, se negli Stati Uniti il potere di *removal* viene disciplinato in un'*unica* fattispecie normativa, in Italia il recepimento della disciplina comunitaria in materia (artt. 27 e 28 della BRRD) ha comportato, *quantomeno sul piano formale*, l'introduzione di una *pluralità* di fattispecie rilevanti – essenzialmente rappresentate dalla rimozione individuale-selettiva, da un

lato, e dalla rimozione totale-complessiva, dall'altro. Tuttavia, tali due ipotesi di *removal* – rispettivamente disciplinate dall'art. 53-*bis* e dall'art. 69-*vicies-semel* del TUB – pur rimanendo distinte sul piano formale, *non sono poi così diverse*.

Difatti, il potere di cui all'art. 53-*bis* richiede non già un mero giudizio di 'disvalore' dell'esponente interessato, bensì la sussistenza di condizioni che incidano sul piano della *complessiva* sana e prudente gestione della banca, e, dunque, di una certa rilevanza. In altri termini, il pregiudizio alla sana e prudente gestione deve configurarsi come pregiudizio *aggravato*.

Ciò ricordato, secondo l'*id quod plerumque accidit*, un pregiudizio *aggravato* per la sana e prudente gestione dell'istituzione bancaria (presupposto di applicazione della rimozione individuale-selettiva) non può che derivare da una *grave* violazione legislativa, regolamentare o statutaria ovvero da una *grave* irregolarità amministrativa ovvero da un *significativo* deterioramento (presupposti di applicazione della rimozione totale-complessiva). D'altro canto, risulta pressoché impossibile che una *grave* violazione legislativa, regolamentare o statutaria ovvero una *grave* irregolarità amministrativa ovvero un *significativo* deterioramento lascino impregiudicata la (*complessiva*) sana e prudente gestione dell'istituzione bancaria.

Sotto il profilo *sostanziale*, dunque, la rimozione individuale-selettiva (art. 53-*bis*) e la rimozione totale-complessiva (art. 69-*vicies-semel*, in combinato disposto con l'art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lett. *b*)) non configurano due distinte fattispecie di rimozione. Piuttosto, esse configurano *un'unica fattispecie a gradualità variabile*: secondo una valutazione di adeguatezza al caso concreto, partendo dal grado minore della rimozione individuale-selettiva (ossia la rimozione di *un unico* esponente), si procederà ai suoi gradi via via successivi (ossia la rimozione di *due, tre, quattro, ... n.* esponenti), fino ad arrivare al suo grado più elevato (ossia la rimozione di *tutti* gli esponenti di *un unico organo*, sia esso quello amministrativo *ovvero* quello di controllo). Qualora neanche il grado più elevato della rimozione individuale-selettiva fosse sufficiente per porre rimedio alla situazione, si procederà al "grado supremo", rappresentato dalla rimozione totale-complessiva (ossia la rimozione di *tutti* gli esponenti di *entrambi gli organi*: sia di quello amministrativo sia di quello di controllo).

Con riferimento all'esercizio attuale del potere, il *removal* statunitense risulta oggi uno strumento di intervento scarsamente utilizzato nei confronti del *management* delle banche, sebbene la sua introduzione da parte del Congresso nel 1933 fosse finalizzata a promuovere il *vincolo fiduciario* tra gli amministratori e dirigenti bancari, da un lato, ed il pubblico, dall'altro. Contrariamente a tale visione originaria, attualmente la *Federal Reserve* ricorre al *removal* in via

pressoché esclusiva nei confronti dei dipendenti bancari semplici – precisamente, *ex* dipendenti ed affiliati, *non più operativi* al momento della rimozione – in luogo degli esponenti al vertice dell’istituzione.

Pertanto, allo stato attuale il *removal* statunitense presenta specifiche sub-ottimalità *qualitative-teleologiche*, nella misura in cui: (i) si rivolge perlopiù “alla persona sbagliata” (sub-ottimalità qualitativa) e, pertanto, (ii) tradisce la *ratio* originaria dell’istituto (sub-ottimalità teleologica).

D’altro canto, il *removal* in Europa, dalla sua introduzione nel 2014 ad oggi, *non è stato pressoché mai esercitato*. In Italia, in particolare, alle misure di intervento precoce (di cui il *removal* fa parte) si è fatto ricorso soltanto 12 volte, dal 2015 al 2021. A tal riguardo, con riferimento specifico al *removal*, il Caso Credito di Romagna costituisce il primo – e, finora, *pressoché l’ultimo* – caso di *removal* oggetto di intervento dell’autorità giurisdizionale nel nostro Paese. Ciononostante, l’Italia rappresenta attualmente lo Stato membro *con il maggior numero di applicazioni delle misure di intervento precoce*.

Tale *deficit* di utilizzo in Europa di tali misure di intervento (e dunque, *a fortiori*, anche del *removal*) deriva dalle inefficienze strutturali della disciplina, sia sul piano interno (rapporto di *gradualità vincolata* sussistente tra l’art. 27, 28 e 29 della BRRD) sia sul piano esterno (rapporto di *sovrapposizione* sussistente tra tali misure di intervento, da un lato, e i poteri di vigilanza della CRD, del SSMR e della IFD).

Pertanto, allo stato attuale il *removal* comunitario presenta specifiche sub-ottimalità *quantitative-strutturali*, nella misura in cui: (i) non risulta (quasi) mai esercitato (sub-ottimalità quantitativa) in quanto (ii) presenta specifiche inefficienze strutturali (sub-ottimalità strutturale).

Con riferimento al rapporto con la disciplina generale di diritto comune, sia in Europa sia negli Stati Uniti, il potere di rimozione degli esponenti aziendali (*banker removal power*) si configura come potere di *revoca speciale*, in deroga alla disciplina generale prevista per la revoca degli amministratori di società (*director removal power*).

Difatti, da un lato, l’alterazione della compagine amministrativa, derivante dal potere ablativo di revoca assembleare, ha provenienza *interna e privatistica*: è la stessa assemblea quale parte interna alla compagine sociale che procede alla sostituzione di uno o più amministratori. Ciò in virtù del principio generale di *corrispondenza tra nomina e revoca*: ai soci è attribuito il potere di “vestire” l’amministratore così come di “spogliarlo” (*rectius*, nel caso invece della revoca giudiziale, di “richiedere di spogliarlo”).

D'altro canto, l'alterazione della compagine aziendale, derivante dal potere ablativo di *removal*, ha provenienza *esterna e pubblicistica*: è la pubblica autorità, terza rispetto all'organizzazione bancaria, che altera il rapporto fiduciario tra assemblea ed esponenti della banca. A tal proposito, come già rilevato, tale pubblica autorità è rappresentata, nel nostro ordinamento nazionale, dalla Banca d'Italia (competenza nazionale *esclusiva ed accentrata*); viceversa, nell'ordinamento federale statunitense, siffatta autorità è alternativamente rappresentata dalla *Federal Reserve*, dall'OCC ovvero dalla FDIC (competenza federale *concorrente e decentrata*). In entrambi i casi, si ha una *divergenza tra nomina e revoca*: all'Autorità (o agenzia) di vigilanza spetta il potere di "spogliare" l'esponente, precedentemente "vestito" dai soci.

Come già rilevato, sia in Europa sia negli Stati Uniti, tale intervento esterno si giustifica alla luce della necessaria tutela dell'interesse pubblico – ulteriore ed esterno rispetto all'interesse privato (interno) dei soci – che l'attività di impresa bancaria implica.

Con riferimento alle proposte di riforma del *removal* che, proprio in questi mesi, risultano rispettivamente in esame in Europa e negli Stati Uniti, occorre ricordare da un lato che la Proposta di direttiva CMDI – presentata dalla Commissione europea lo scorso 18 aprile 2023 e finalizzata a riformare la materia *complessiva* della gestione delle crisi bancarie – si configura come proposta di riforma *multi-disciplinare*, nella quale le modifiche proposte in materia di intervento precoce (e dunque, *inter alia*, del *removal*) rappresentano una *micro-componente* dell'intera Proposta.

Viceversa, il RECOUP Act – presentato dal SBC (*U.S. Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs*) lo scorso 21 giugno 2023 e finalizzato a riformare la materia *particolare* della responsabilità gestionale e finanziaria dei dirigenti bancari – si configura come proposta di riforma *mono-disciplinare*, nella quale le modifiche proposte in materia di *removal* rappresentano una *macro-componente* della Proposta.

Inoltre, la Proposta CMDI presenta una finalità *regolatoria strictu sensu*, nella misura in cui intende "ristrutturare" l'arsenale degli strumenti applicabili alle banche in difficoltà, con l'obiettivo *inter alia* di (i) garantire la *certezza del diritto* sui presupposti di applicazione delle misure di intervento precoce (eliminando la gradualità vincolata tra tali misure, da un lato, e le sovrapposizioni tra tali misure e le misure di vigilanza, dall'altro) e (ii) agevolare la *cooperazione* tra autorità competenti e autorità di risoluzione (prevedendo in materia il nuovo art. 30-*bis*). A ben vedere, dunque, la Proposta CMDI interviene sull'*architettura generale* delle misure di intervento, *senza alcun riferimento alla (maggiore) responsabilizzazione dei singoli esponenti aziendali*. In tal senso,

dunque, siffatta Proposta si configura come *ristrutturazione* in qualità di soluzione a specifiche sub-ottimalità *quantitative-strutturali*.

D'altro canto, il RECOUP presenta una finalità *afflittiva*, nella misura in cui intende “rafforzare” il potere in capo alle agenzie di rimuovere ovvero interdire i *senior executives* colpevoli di cattiva condotta nella supervisione ovvero di inadeguato contenimento del rischio. A ben vedere, dunque, il RECOUP, interviene sulla (*maggiore*) *responsabilizzazione direttiva* dei singoli amministratori e dirigenti bancari, *senza alcun riferimento all'architettura generale degli administrative enforcement orders*. In tal senso, dunque, il RECOUP si configura come *ristrutturazione* in qualità di soluzione a specifiche sub-ottimalità *qualitative-teleologiche*.

Da ciò si evince che il *removal* statunitense risulta ad uno stato “più avanzato” rispetto al *removal* comunitario. A ben vedere, difatti, la stessa *ratio* del RECOUP appare *più evoluta* rispetto alle *ratio* della Proposta CMDI. Il primo innova il *contenuto interno* del *removal*, basandosi su un'indagine *ad hoc* concernente (*i*) la categoria di destinatari tendenziali degli attuali provvedimenti di *removal* negli Stati Uniti (profilo *qualitativo*) e, di conseguenza (*ii*) la divergenza tra l'esercizio attuale e la *ratio* originaria dell'istituto (profilo *teleologico*). La seconda viceversa, “si ferma” ad uno *step* antecedente, ossia sull'architettura generale delle misure di intervento precoce (e dunque anche del *removal*), *senza intervenire sul loro contenuto interno, né sotto un profilo qualitativo, né sotto un profilo teleologico*.

La maggiore invasività e specificità del RECOUP rispetto alla più generale Proposta CMDI deriva senza dubbio dalla maggiore esperienza che l'ordinamento statunitense vanta in materia di rimozione degli amministratori e dirigenti bancari (misura introdotta, come già più volte ricordato, nel 1933 con il *Banking Act*) rispetto all'ordinamento comunitario (in cui il potere di *removal* e le altre misure di intervento precoce sono state introdotte soltanto recentemente, nel 2014, con la direttiva BRRD). Di conseguenza, in Europa non possiamo ancora “permetterci” l'introduzione di una riforma *ad hoc* con riferimento al potere di *removal* ovvero ad un'altra *specifica* misura di intervento precoce, le quali peraltro – come già rilevato – risultano tutte scarsamente utilizzate *proprio a causa delle sub-ottimalità strutturali (sia sul piano interno sia sul piano esterno) che la Proposta CMDI intende superare*. Per tale ragione, siffatta Proposta costituisce inevitabilmente una riforma di grado *preliminare* rispetto alla più avanzata innovazione prevista dal RECOUP negli Stati Uniti.

Peraltro, alla luce della differente natura delle due Proposte esaminate – nel caso della Proposta CMDI, una natura regolatoria *strictu sensu* e viceversa, nel caso del RECOUP, una natura

afflittiva – si evince che entrambe le riforme lasciano *impregiudicata* la concezione finora rispettivamente adottata in materia di rimozione degli esponenti aziendali: concezione *preventiva-regolatoria* in Europa, concezione *rimediale-sanzionatoria* negli Stati Uniti.

Difatti, in Europa la Proposta CMDI intende agevolare la stessa *precocità* del potere di *removal* e delle altre misure di intervento, *proprio semplificando i presupposti (strutturali) di applicazione di tali misure*. Viceversa, negli Stati Uniti il RECOUP intende potenziare la stessa *afflittività* del potere di *removal*, *proprio estendendone l'ambito applicativo e inasprendo le sanzioni collaterali al provvedimento*.

Di conseguenza, le due Proposte di riforma, pur presentando per definizione un carattere *innovativo* – nel caso della Proposta CMDI, con riferimento all'architettura generale delle misure di intervento precoce e viceversa, nel caso del RECOUP, con riferimento specifico al contenuto interno del potere di *removal* – rimangono tuttavia “fedeli” rispettivamente alla concezione *preventiva-regolatoria* e alla concezione *rimediale-sanzionatoria* del potere in esame.

Infine, sia in Europa sia negli Stati Uniti, i meccanismi normativi tradizionali non costituiscono strumenti ottimali per la risoluzione del dilemma del disallineamento tra gli interessi del *management* bancario e quelli dei cittadini.

Da un lato, la disciplina di *corporate governance* – la quale si propone in linea teorica di risolvere il dilemma del disallineamento influenzando *in via indiretta* le scelte degli esponenti aziendali, attraverso *incentivi* a condotte conformi alla sana e prudente gestione – aggrava *de facto* il dilemma, in quanto si limita ad allineare gli interessi degli esponenti aziendali *a quelli degli azionisti-investitori*, anch'essi propensi al rischio eccessivo d'impresa.

Dall'altro, la regolamentazione prudenziale – la quale si propone in linea teorica di risolvere il dilemma del disallineamento determinando in via *diretta* le attività bancarie consentite e quelle non consentite – non risulta sufficiente a tale scopo, in quanto incapace di “tenere il ritmo” rispetto alla crescente complessità del sistema finanziario e alle pratiche di arbitraggio regolamentare poste in essere dalle banche maggiormente consolidate.

In siffatto contesto, il potere di *removal* costituisce “*the third leg of the stool*”, essendo in grado di ri-allineare gli interessi del *management* bancario a quelli dei cittadini. Difatti, la credibile “minaccia” del *removal* determina il raggiungimento di un livello *ottimale* di vigilanza bancaria per tre ragioni principali: (i) consente ai regolatori di “fare a meno” di esponenti nei confronti dei quali *non ripongono più alcuna fiducia*; (ii) consente di individuare uno o più *responsabili* anche all'interno di istituzioni – come le banche – per definizione *complesse*, superando la illusoria concezione della

cultura della complessità come cultura dell'irresponsabilità (secondo cui in un'organizzazione complessa risulterebbe *impossibile* individuare i responsabili); e dunque (iii) consente di raggiungere un bilanciamento ottimale tra la posizione degli azionisti privati, il *management* delle banche e la comunità nazionale.

Per tali ragioni, dinanzi alle sub-ottimalità intrinseche alla disciplina della *corporate governance*, da un lato, e della regolamentazione prudenziale, dall'altro, il *removal* può costituire un potere di *garanzia* per una vigilanza bancaria positiva-costruttiva, sia essa intesa come *proattiva* (*removal* europeo) ovvero come *reattiva* (*removal* statunitense).

ALLEGATO 1

COLUMBIA LAW SCHOOL – CERTIFICATE OF THESIS RESEARCH



Lev Menand
Associate Professor of Law

435 West 116th Street
New York, NY 10027
T 212 854 0674
lmenand@law.columbia.edu

October 11, 2023

TO WHOM IT MAY CONCERN

The undersigned Lev Menand, Associate Professor of Law at Columbia Law School (lmenand@law.columbia.edu), as co-supervisor of the dissertation entitled “*The banker removal power: the optimal removal of company representatives for a positive-constructive banking supervision. Comparative analysis between EU and US.*” assigned to the undergraduate student Davide Mancini from University of Rome “La Sapienza” – in connection with his application for Sapienza International Thesis Scholarship Program – confirms that the candidate has successfully carried out his research on banker removal power in the US legal framework at Arthur W. Diamond Law Library (Columbia University) from June 1 to September 30, 2023.

Mr. Mancini has shown deep interest in the American banking system, including through a series of in-office conversations with me about various issues related to the dissertation.

Remaining at your disposal for any clarification and/or additional information,

best regards,

A handwritten signature in black ink that reads "Lev Menand".

Lev Menand

ALLEGATO 2

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE – CERTIFICATO DI SVOLGIMENTO DI TIROCINIO CURRICULARE



*Ministero
dell'Economia e delle Finanze*

DIPARTIMENTO DEL TESORO

DIREZIONE V
REGOLAMENTAZIONE E VIGILANZA
DEL SISTEMA FINANZIARIO
UFFICIO II

Il sottoscritto Davide Mancini, nato a Roma l'8 giugno 1999, studente laureando del Corso di Laurea Magistrale a Ciclo Unico in Giurisprudenza presso l'Università Sapienza di Roma (matr. 1919951), ha svolto un programma di tirocinio curriculare *full-time* presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, nel Dipartimento del Tesoro, presso l'Ufficio II della Direzione V, sotto la supervisione del Dirigente Dott. Silvio D'Amico, in qualità di Tutor ufficiale, dal 12 ottobre 2023 al 9 gennaio 2024.

In linea generale, il sottoscritto ha avuto modo di fornire il proprio apporto ai diversificati ambiti di attività dell'Ufficio e della Direzione (regolamentazione delle politiche e vigilanza del settore finanziario sotto il profilo del contenimento del rischio, del mantenimento della stabilità finanziaria, della gestione della crisi e della garanzia della sana e prudente gestione), partecipando attivamente alle seguenti mansioni:

- riunioni con *stakeholders* istituzionali pubblici (es. Banca d'Italia; Consob, ecc.) e privati (es. enti rappresentativi di associazioni di categoria del mondo finanziario);
- ricerca ed estrazione dati;
- *drafting* normativo;
- istruttoria di atti amministrativi;
- gestione archivio;
- definizione di contributi per le materie di competenza in sede europea e internazionale.

Inoltre, il sottoscritto si è occupato di redigere un Report in materia di gestione delle crisi bancarie, con particolare riferimento alle recenti crisi riscontrate negli Stati Uniti (*Silicon Valley Bank, First Republic Bank, Signature Bank*) ed in Europa (*Credit Suisse*). Nello specifico, il Report redatto si propone di svolgere un'analisi comparatistica concernente: (i) le condizioni finanziarie rispettivamente presenti in *Silicon Valley Bank, First Republic Bank, Signature Bank*, da un lato, ed in *Credit Suisse*, dall'altro, nella fase immediatamente precedente le rispettive crisi; (ii) i fattori principali alla base delle rispettive crisi; (iii) le opzioni disponibili e le decisioni finali assunte dalle rispettive autorità di vigilanza ai fini della gestione delle rispettive crisi; (iv) le lezioni preliminari da trarre alla luce delle rispettive crisi.

A tal fine, il Report prende in esame alcuni documenti istituzionali: con riferimento alle implicazioni di tali crisi bancarie sul sistema finanziario globale, il Report si basa sull'analisi

condotta dal *Financial Stability Board* nel documento “*2023 Bank Failures. Preliminary lessons learnt for resolution*”, pubblicato lo scorso 10 ottobre 2023; con riferimento alle proposte di miglioramento dell’attuale architettura di vigilanza bancaria sul piano internazionale, il Report si basa sull’analisi condotta dalla *Bank for International Settlements*, nei documenti “*Consultative Document. Core principles for effective banking supervision*”, da un lato, e “*Report on the 2023 banking turmoil*”, dall’altro, rispettivamente pubblicati lo scorso luglio ed ottobre 2023.

Peraltro, il sottoscritto ha partecipato attivamente a riunioni con *stakeholders* istituzionali pubblici – tra cui, in particolare, Banca d’Italia – in merito alla posizione italiana relativa alla proposta di revisione del quadro normativo per la gestione delle crisi bancarie e la tutela dei depositi (Proposta di direttiva “CMDI”), presentata dalla Commissione europea lo scorso 18 aprile 2023, in attuazione alle indicazioni fornite dall’Eurogruppo il 16 giugno 2022. Nello specifico, tale Proposta è finalizzata a rafforzare ulteriormente l’attuale quadro normativo per la gestione delle crisi bancarie, avendo particolare riguardo alle banche medio-piccole (*small- and medium-sized banks*, SMB). Ciò dovrebbe permettere di meglio preservare la stabilità finanziaria (evitando rischi di contagio), la fiducia di depositanti e consumatori e il *level-playing field* tra gli Stati membri, nonché di tutelare i contribuenti, riducendo i rischi di *bail-out* e depotenziando il c.d. *bank-sovereign nexus*.

Infine, il sottoscritto si è occupato di analisi e ricerca di testi dottrinali e giurisprudenziali in materia di regolamentazione bancaria e finanziaria, propedeutica alla definizione di documenti e proposte.

Il tirocinio curriculare svolto si è dimostrato di significativa utilità anche ai fini della redazione della tesi di laurea del sottoscritto, in materia di gestione delle crisi bancarie, con specifico riferimento all’analisi comparatistica del potere di rimozione degli esponenti aziendali (*banker removal power*), prendendo in esame l’ordinamento nazionale e comunitario, da un lato, e l’ordinamento statunitense, dall’altro. Difatti, il sottoscritto ha avuto modo di approfondire adeguatamente il tema attraverso confronti nel merito con la struttura ministeriale e con il personale di Banca d’Italia.

Firma del Tirocinante



Firma del Tutor





MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE
DIPARTIMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE GENERALE
DEL PERSONALE E DEI SERVIZI
DIREZIONE DEL PERSONALE
UFFICIO XI

VISTA LA CONVENZIONE - STIPULATA IL 21 OTTOBRE 2021 TRA IL MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE E L'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA" - CON LA QUALE È STATO ISTITUITO UN PROGRAMMA PER LA REALIZZAZIONE DI TIROCINI CURRICULARI DA PARTE DI ALLIEVI DEI CORSI DI STUDIO ATTIVATI DALL'UNIVERSITÀ PRESSO LE STRUTTURE DEL MINISTERO, ALLO SCOPO DI AGEVOLARNE LE SCELTE PROFESSIONALI MEDIANTE LA CONOSCENZA DIRETTA DEL MONDO DEL LAVORO IN UNA P. A.;

VISTI GLI ATTI D'UFFICIO

SI ATTESTA

che lo

STUDENTE

Davide Mancini

nato a Roma, l'8 giugno 1999

HA SVOLTO CON MERITO L'ATTIVITÀ DI TIROCINIO PRESSO IL DIPARTIMENTO DEL TESORO – DIREZIONE V – REGOLAMENTAZIONE E VIGILANZA DEL SISTEMA FINANZIARIO – UFF II - NEL PERIODO 12 OTTOBRE 2023 – 9 GENNAIO 2024.

Roma, 15 gennaio 2024

**LA DIRIGENTE
D.SSA ELVIRA GAETA**

ALLEGATO 3

**COMMISSIONE EUROPEA – PROPOSTA DI DIRETTIVA CMDI (artt. 27 –
30-bis)**



Strasburgo, 18.4.2023
COM(2023) 227 final

2023/0112 (COD)

Proposta di

DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO

che modifica la direttiva 2014/59/UE per quanto riguarda le misure di intervento precoce, le condizioni per la risoluzione e il finanziamento dell'azione di risoluzione

(Testo rilevante ai fini del SEE)

{SWD(2023) 225-226} - {SEC(2023) 230}

(12) gli articoli 27 e 28 sono sostituiti dai seguenti:

"Articolo 27

Misure di intervento precoce

1. Gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti possano applicare misure di intervento precoce se un ente o un'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), soddisfa una delle seguenti condizioni:

- (a) l'ente o l'entità soddisfa le condizioni di cui all'articolo 102 della direttiva 2013/36/UE o all'articolo 38 della direttiva (UE) 2019/2034, o l'autorità competente ha stabilito che i dispositivi, le strategie, i processi e i meccanismi messi in atto dall'ente o dall'entità e i fondi propri e la liquidità detenuti da tale ente o entità non assicurano una gestione e una copertura adeguate dei suoi rischi e si verifica una delle due situazioni seguenti:
 - i) l'ente o l'entità non ha adottato le misure correttive richieste dall'autorità competente, comprese le misure di cui all'articolo 104 della direttiva 2013/36/UE o all'articolo 49 della direttiva (UE) 2019/2034;
 - ii) l'autorità competente ritiene che misure correttive diverse dalle misure di intervento precoce non siano sufficienti per affrontare i problemi a causa, tra l'altro, di un deterioramento rapido e significativo della situazione finanziaria dell'ente o dell'entità;
- (b) l'ente o l'entità viola o rischia di violare, nei 12 mesi successivi alla valutazione dell'autorità competente, i requisiti del titolo II della direttiva 2014/65/UE, degli articoli da 3 a 7, degli articoli da 14 a 17 o degli articoli 24, 25 e 26 del regolamento (UE) n. 600/2014, o degli articoli 45 *sexies* o 45 *septies* della presente direttiva.

L'autorità competente può stabilire che la condizione di cui al primo comma, lettera a), punto ii), è soddisfatta senza avere prima adottato altre misure correttive, compreso l'esercizio dei poteri di cui all'articolo 104 della direttiva 2013/36/UE o all'articolo 39 della direttiva (UE) 2019/2034.

1 bis. Ai fini del paragrafo 1, le misure di intervento precoce comprendono:

- (a) la richiesta all'organo di amministrazione dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), di intraprendere uno dei seguenti interventi:

- i) attuare uno o più dei dispositivi o delle misure previsti nel piano di risanamento;
 - ii) aggiornare il piano di risanamento in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, quando le condizioni che hanno portato all'intervento precoce divergono rispetto alle ipotesi contemplate nel piano di risanamento iniziale e attuare uno o più dei dispositivi o delle misure previsti nel piano di risanamento aggiornato entro tempi determinati;
- (b) la richiesta all'organo di amministrazione dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), di convocare un'assemblea degli azionisti dell'ente o dell'entità, o convocarla direttamente ove l'organo di amministrazione non ottemperi a tale richiesta e, in entrambi i casi, fissare l'ordine del giorno e richiedere che gli azionisti prendano in considerazione determinate decisioni in vista dell'adozione;
 - (c) la richiesta all'organo di amministrazione dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), di preparare un piano secondo il piano di risanamento, ove applicabile, per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni creditori;
 - (d) la richiesta di modificare la struttura giuridica dell'ente;
 - (e) la richiesta di rimuovere o sostituire l'alta dirigenza o l'organo di amministrazione dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), nella sua totalità o per quanto riguarda singole persone, in conformità dell'articolo 28;
 - (f) la nomina di uno o più amministratori temporanei dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), in conformità dell'articolo 29.

2. Le autorità competenti scelgono le misure di intervento precoce adeguate secondo un principio di proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti, tenendo conto di informazioni pertinenti quali la gravità della violazione o probabile violazione e la rapidità di deterioramento della situazione finanziaria dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d).

3. Per ciascuna misura di cui al paragrafo 1 bis le autorità competenti stabiliscono un termine adeguato per il completamento di tale misura, che consente all'autorità competente di valutarne l'efficacia.

4. Entro ... [OP inserire la data = 12 mesi dalla data di entrata in vigore della presente direttiva di modifica] l'ABE emana orientamenti a norma dell'articolo 16 del regolamento

(UE) n. 1093/2010 per promuovere la coerenza nell'applicazione delle condizioni di cui al presente articolo, paragrafo 1.

Articolo 28

Sostituzione dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione

Ai fini dell'articolo 27, paragrafo 1 bis, lettera e), gli Stati membri provvedono a che la nuova alta dirigenza o il nuovo organo di amministrazione, o singoli membri di tali organi, siano nominati conformemente al diritto nazionale e dell'Unione e siano soggetti all'approvazione o al consenso dell'autorità competente.";

(13) l'articolo 29 è così modificato:

(a) i paragrafi 1, 2 e 3 sono sostituiti dai seguenti:

"1. Ai fini dell'articolo 27, paragrafo 1 bis, lettera f), gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti possano nominare un amministratore temporaneo, secondo un principio di proporzionalità in base alle circostanze, che:

- (a) sostituisca temporaneamente l'organo di amministrazione dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d); oppure
- (b) affianchi temporaneamente l'organo di amministrazione dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d).

All'atto della nomina dell'amministratore temporaneo l'autorità competente precisa la propria scelta di cui alla lettera a) o b).

Ai fini del primo comma, lettera b), all'atto della nomina dell'amministratore temporaneo l'autorità competente ne specifica ruolo, doveri e poteri unitamente a eventuali obblighi dell'organo di amministrazione dell'ente o dell'entità di consultarsi con l'amministratore temporaneo, o di ottenerne il consenso, prima di assumere specifiche decisioni o iniziative.

Gli Stati membri impongono all'autorità competente di rendere pubblica la nomina dell'amministratore temporaneo, salvo quando quest'ultimo non ha il potere di rappresentare l'ente o l'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d).

Gli Stati membri assicurano inoltre che gli amministratori temporanei soddisfino i requisiti di cui all'articolo 91, paragrafi 1, 2 e 8, della direttiva 2013/36/UE. La

valutazione con cui le autorità competenti stabiliscono se l'amministratore temporaneo soddisfi tali requisiti fa parte integrante della decisione di nominare detto amministratore temporaneo.

2. All'atto della nomina l'autorità competente specifica i poteri dell'amministratore temporaneo, che sono proporzionati alle circostanze. Questi poteri possono comprendere alcuni o tutti i poteri dell'organo di amministrazione dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), ai sensi del relativo statuto e della legislazione nazionale, ivi compreso il potere di esercitare alcune o tutte le funzioni amministrative dell'organo di amministrazione dell'ente o dell'entità. I poteri dell'amministratore temporaneo in relazione all'ente o all'entità sono conformi al diritto societario applicabile.

3. All'atto della nomina l'autorità competente specifica il ruolo e le funzioni dell'amministratore temporaneo. Tale ruolo e funzioni possono comprendere:

- (a) l'accertamento della situazione finanziaria dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d);
- (b) la gestione dell'attività, in toto o in parte, dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), al fine di preservare o di risanare la sua situazione finanziaria;
- (c) l'adozione di misure per ripristinare una gestione sana e prudente dell'attività dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d).

All'atto della nomina l'autorità competente specifica eventuali limiti riguardanti il ruolo e le funzioni dell'amministratore temporaneo.";

- (b) al paragrafo 5, il secondo comma è sostituito dal seguente:

"In ogni caso l'amministratore temporaneo può esercitare il potere di convocare l'assemblea degli azionisti dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), e di fissarne l'ordine del giorno soltanto previa approvazione dell'autorità competente.";

- (c) il paragrafo 6 è sostituito dal seguente:

"6. Su richiesta dell'autorità competente l'amministratore temporaneo redige, a intervalli da questa stabiliti e in ogni caso alla fine del mandato, relazioni in merito

alla situazione finanziaria dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), e agli atti compiuti nel corso del mandato stesso.";

(14) l'articolo 30 è così modificato:

(a) il titolo è sostituito dal seguente:

"Coordinamento delle misure di intervento precoce per i gruppi";

(b) i paragrafi da 1 a 4 sono sostituiti dai seguenti:

"1. Laddove, in relazione a un'impresa madre nell'Unione, siano soddisfatte le condizioni per l'imposizione di misure di intervento precoce a norma dell'articolo 27, l'autorità di vigilanza su base consolidata ne dà notifica all'ABE e consulta le altre autorità competenti nell'ambito del collegio di vigilanza prima di decidere di applicare una misura di intervento precoce.

2. Sulla scorta della notifica e della consultazione di cui al paragrafo 1, l'autorità di vigilanza su base consolidata decide se applicare le misure di intervento precoce di cui all'articolo 27 nei riguardi della pertinente impresa madre nell'Unione, tenendo conto dell'impatto di tali misure sulle entità del gruppo in altri Stati membri. L'autorità di vigilanza su base consolidata notifica la decisione all'ABE e alle altre autorità competenti nell'ambito del collegio di vigilanza.

3. Laddove, in relazione a una filiazione di un'impresa madre nell'Unione, siano soddisfatte le condizioni per l'imposizione di misure di intervento precoce a norma dell'articolo 27, l'autorità competente responsabile della vigilanza su base individuale che intende adottare una misura ai sensi dei suddetti articoli ne dà notifica all'ABE e consulta l'autorità di vigilanza su base consolidata.

Allorché riceve la notifica l'autorità di vigilanza su base consolidata può valutare quale impatto avrebbe probabilmente l'imposizione di misure di intervento precoce a norma dell'articolo 27 sull'ente o sull'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), in questione, sul gruppo o sulle entità del gruppo in altri Stati membri. L'autorità di vigilanza su base consolidata comunica tale valutazione all'autorità competente entro tre giorni.

Sulla scorta della notifica e della consultazione, l'autorità competente decide se applicare una misura di intervento precoce. La decisione tiene in debito conto le

valutazioni dell'autorità di vigilanza su base consolidata. L'autorità competente notifica la decisione all'ABE, all'autorità di vigilanza su base consolidata e alle altre autorità competenti nell'ambito del collegio di vigilanza.

4. Qualora più di un'autorità competente intenda applicare una misura di intervento precoce a norma dell'articolo 27 a più enti o entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), dello stesso gruppo, l'autorità di vigilanza su base consolidata e le altre autorità competenti pertinenti valutano se sia più opportuno nominare lo stesso amministratore temporaneo per tutte le entità interessate o coordinare l'applicazione delle altre misure di intervento precoce a più enti o entità, al fine di agevolare soluzioni intese a risanare la situazione finanziaria dell'ente interessato o dell'entità interessata. La valutazione assume la forma di una decisione congiunta dell'autorità di vigilanza su base consolidata e delle altre autorità competenti pertinenti. La decisione congiunta è adottata entro cinque giorni dalla data della notifica di cui al paragrafo 1. La decisione congiunta è motivata e riportata in un documento che l'autorità di vigilanza su base consolidata trasmette all'impresa madre nell'Unione.

L'ABE può, su richiesta di un'autorità competente, prestare assistenza alle autorità competenti nel raggiungimento di un accordo in conformità dell'articolo 31 del regolamento (UE) n. 1093/2010.

In mancanza di una decisione congiunta entro cinque giorni, l'autorità di vigilanza su base consolidata e le autorità competenti delle filiazioni possono adottare decisioni autonome sulla nomina di un amministratore temporaneo per gli enti o le entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), di cui sono responsabili e sull'applicazione delle altre misure di intervento precoce.";

(c) il paragrafo 6 è sostituito dal seguente:

"6. Su richiesta di un'autorità competente, l'ABE può prestare assistenza alle autorità competenti che intendono applicare una o più misure di cui all'articolo 27, paragrafo 1 bis, lettera a), della presente direttiva, in relazione ai punti 4, 10, 11 e 19 della sezione A dell'allegato della presente direttiva, o di cui all'articolo 27, paragrafo 1 bis, lettera c), della presente direttiva o all'articolo 27, paragrafo 1 bis, lettera d), della presente direttiva, nel raggiungimento di un accordo in conformità dell'articolo 19, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1093/2010.";

(15) è inserito l'articolo 30 bis seguente:

"Articolo 30 bis

Preparazione della risoluzione

1. Gli Stati membri assicurano che le autorità competenti comunichino senza indugio alle autorità di risoluzione le informazioni seguenti:

- (a) le misure di cui all'articolo 104, paragrafo 1, della direttiva 2013/36/UE che esse impongono di adottare all'ente o all'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), della presente direttiva;
- (b) ove l'attività di vigilanza indichi che le condizioni stabilite all'articolo 27, paragrafo 1, della presente direttiva sono soddisfatte in relazione a un ente o un'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), della presente direttiva, la valutazione secondo cui tali condizioni sono soddisfatte, a prescindere da qualsiasi misura di intervento precoce;
- (c) l'applicazione di una delle misure di intervento precoce di cui all'articolo 27.

Le autorità competenti monitorano attentamente, in collaborazione con le autorità di risoluzione, la situazione dell'ente o dell'entità e il rispetto, da parte di tale ente o entità, delle misure di cui al primo comma, lettera a), che mirano ad affrontare il deterioramento della situazione di tale ente o entità, nonché delle misure di intervento precoce di cui al primo comma, lettera c).

2. Le autorità competenti inviano al più presto una notifica alle autorità di risoluzione se ritengono che sussista un rischio significativo che si verifichi una o più delle circostanze di cui all'articolo 32, paragrafo 4, in relazione a un ente o un'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d). Tale notifica contiene:

- (a) le motivazioni che l'hanno determinata;
- (b) una panoramica delle misure che eviterebbero il dissesto dell'ente o dell'entità in tempi ragionevoli, il previsto impatto di tali misure sull'ente o sull'entità per quanto riguarda le circostanze di cui all'articolo 32, paragrafo 4, e i tempi previsti per l'attuazione di tali misure.

Sulla scorta della notifica di cui al primo comma, le autorità di risoluzione valutano, in stretta collaborazione con le autorità competenti, quali siano i tempi ragionevoli ai fini della

valutazione della condizione di cui all'articolo 32, paragrafo 1, lettera b), prendendo in considerazione la rapidità di deterioramento delle condizioni dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), la necessità di attuare efficacemente la strategia di risoluzione e ogni altro elemento pertinente. Le autorità di risoluzione comunicano al più presto tale valutazione alle autorità competenti.

A seguito della notifica di cui al primo comma, le autorità competenti e le autorità di risoluzione monitorano, in stretta collaborazione, la situazione dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), l'attuazione delle misure pertinenti nei tempi previsti e ogni altro sviluppo pertinente. A tal fine le autorità di risoluzione e le autorità competenti si riuniscono periodicamente, con una frequenza stabilita dalle autorità di risoluzione alla luce delle circostanze del caso. Le autorità competenti e le autorità di risoluzione si trasmettono a vicenda, senza indugio, le informazioni pertinenti.

3. Le autorità competenti forniscono senza indugio alle autorità di risoluzione tutte le informazioni richieste da queste ultime e necessarie per l'espletamento dei seguenti compiti:

- (a) aggiornamento del piano di risoluzione e preparazione per un'eventuale risoluzione dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d);
- (b) esecuzione della valutazione di cui all'articolo 36.

Se tali informazioni non sono già a disposizione delle autorità competenti, le autorità di risoluzione e le autorità competenti collaborano e si coordinano per ottenerle. A tal fine le autorità competenti hanno il potere di imporre all'ente o all'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), di fornire tali informazioni, anche attraverso ispezioni in loco, e di trasmetterle alle autorità di risoluzione.

4. I poteri delle autorità di risoluzione comprendono il potere di commercializzare l'ente o l'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), o di disporre la commercializzazione, presso potenziali acquirenti, o di richiedere all'ente o all'entità di procedere in tal senso, per le seguenti finalità:

- (a) preparare la risoluzione di tale ente o entità, fatte salve le condizioni specificate all'articolo 39, paragrafo 2, e le disposizioni sulla riservatezza stabilite all'articolo 84;
- (b) orientare la valutazione, da parte dell'autorità di risoluzione, della condizione di cui all'articolo 32, paragrafo 1, lettera b).

5. Ai fini del paragrafo 4 le autorità di risoluzione hanno il potere di chiedere all'ente o all'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), di predisporre una piattaforma digitale per la condivisione delle informazioni necessarie alla commercializzazione di tale ente o entità con potenziali acquirenti o con consulenti e valutatori che abbiano ricevuto incarico dall'autorità di risoluzione.

6. L'accertamento del soddisfacimento delle condizioni di cui all'articolo 27, paragrafo 1, e l'adozione preliminare di misure di intervento precoce non sono condizioni necessarie affinché le autorità di risoluzione preparino la risoluzione dell'ente o dell'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), o esercitino il potere di cui al presente articolo, paragrafi 4 e 5.

7. Le autorità di risoluzione informano senza indugio le autorità competenti in merito alle azioni intraprese a norma dei paragrafi 4 e 5.

8. Gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti e le autorità di risoluzione collaborino strettamente:

- (a) quando vagliano l'ipotesi di adottare le misure di cui al presente articolo, paragrafo 1, primo comma, lettera a), che mirano ad affrontare il deterioramento della situazione di un ente o di un'entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), c) o d), nonché le misure di cui al presente articolo, paragrafo 1, primo comma, lettera c);
- (b) quando vagliano l'ipotesi di intraprendere le azioni di cui ai paragrafi 4 e 5;
- (c) durante l'attuazione delle azioni di cui al presente comma, lettere a) e b).

Le autorità competenti e le autorità di risoluzione assicurano che tali misure e azioni siano coerenti, coordinate ed efficaci.";

ALLEGATO 4

**SENATE COMMITTEE ON BANKING, HOUSING AND URBAN AFFAIRS –
RECOUP ACT**

Calendar No.

118TH CONGRESS

1ST SESSION

S. _____

[Report No. 118–]

To amend the Federal Deposit Insurance Act to increase bank executive accountability and to improve financial stability, and for other purposes.

IN THE SENATE OF THE UNITED
STATES

Mr. BROWN (for himself and Mr. SCOTT of South Carolina), from the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, reported the following original bill; which was read twice and placed on the calendar

A BILL

To amend the Federal Deposit Insurance Act to increase bank executive accountability and to improve financial stability, and for other purposes.

1 *Be it enacted by the Senate and House of Representa-*
2 *tives of the United States of America in Congress assembled,*

3 SECTION 1. SHORT TITLE.

4 This Act may be cited as the “Recovering Executive
5 Compensation Obtained from Unaccountable Practices
6 Act of 2023” or the “RECOUP Act of 2023”.

SEC. 2. REMOVAL AND PROHIBITION AUTHORITY.

1 Section 8(e) of the Federal Deposit Insurance Act
2 (12 U.S.C. 1818(e)) is amended—
3
4 (1) in paragraph (1)—
5 (A) in subparagraph (A)—
6 (i) in clause (ii), by striking “or” at
7 the end;
8 (ii) in clause (iii), by inserting “or” at
9 the end; and
10 (iii) by adding at the end the fol-
11 lowing:
12 “(iv) in the case of a senior executive,
13 as defined in paragraph (2)(C), failed to
14 carry out the responsibilities of the senior
15 executive for governance, operations, risk
16 or financial management of an insured de-
17 pository institution or business institu-
18 tion;”;
19 (B) in subparagraph (B), in the matter
20 preceding clause (i), by inserting “failure,”
21 after “practice,”; and
22 (C) in subparagraph (C)—
23 (i) in the matter preceding clause (i),
24 by inserting “failure,” after “practice,”;
25 and

1 (ii) by striking clause (ii) and insert-
2 ing the following:
3 “(ii) demonstrates—
4 “(I) willful or continuing dis-
5 regard by such party for the safety or
6 soundness of such insured depository
7 institution or business institution; or
8 “(II) in the case of a senior execu-
9 tive, as defined in paragraph (2)(C),
10 gross negligence by such senior execu-
11 tive in the performance of their duties
12 to the depository institution or busi-
13 ness institution,”; and
14 (2) in paragraph (2)—
15 (A) in subparagraph (A)—
16 (i) in clause (iii), by striking “or” at
17 the end;
18 (ii) by redesignating clause (iv) as
19 clause (v); and
20 (iii) by inserting after clause (iii) the
21 following:
22 “(iv) a senior executive of an insured
23 depository institution has—
24 “(I) breached any fiduciary duty
25 owed to the institution, if the breach

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25

is defined and determined to require grossly negligent, reckless, or willful conduct;

“(II) failed to appropriately implement financial, risk, or supervisory reporting or information system or controls; or

“(III) having implemented a system or controls described in subclause (II), has failed to oversee its operations; or”;

(B) by adding at the end the following:

“(C) DEFINITION.—In this paragraph, the term ‘senior executive’ means an individual who has oversight authority for managing the overall governance, operations, risk, or finances of a depository institution or depository institution holding company, including the president, chief executive officer, chief operating officer, chief financial officer, chief risk officer, chief legal officer, chairman of the board, an inside director of the board of directors, and an individual who occupies an equivalent position, as determined by the depository institution or depository institution holding company, as applicable.”.

1 SEC. 3. GOVERNANCE AND ACCOUNTABILITY STANDARDS.

2 The Federal Deposit Insurance Act (12 U.S.C. 1811
3 et seq.) is amended by adding at the end the following:

4 “SEC. 54. GOVERNANCE AND ACCOUNTABILITY
STANDARDS.

5 “(a) DEFINITION.—In this section, the term ‘senior
6 executive’ has the meaning given the term in section
7 8(e)(2)(C).

8 “(b) ADOPTION OF STANDARDS.—Except as provided
10 in subsection (d), each depository institution and deposi-
11 tory institution holding company shall adopt governance
12 and accountability standards in the bylaws and articles of
13 incorporation (or their equivalents) of the depository insti-
14 tution or depository institution holding company, as appli-
15 cable, that promote safety and soundness, responsiveness
16 to supervisory matters, and responsible management.

17 “(c) REQUIRED CONTENTS.—

18 “(1) IN GENERAL.—The standards adopted
19 under subsection (b) shall include—

20 “(A) requirements for senior executives
21 and members of the boards of directors of de-
22 pository institutions and depository institution
23 holding companies relating to appropriate risk
24 management and responsiveness to supervisory
25 matters, including responding to the appro-
26 priate Federal banking regulator and State

1 banking regulator on supervisory matters on a
2 timely basis; and

3 “(B) accountability and corporate govern-
4 ance mechanisms and controls such as—

5 “(i) ensuring such senior executives
6 and boards of directors are implementing
7 reporting or information system or controls
8 and overseeing such systems appropriately
9 and prudently;

10 “(ii) ensuring that management does
11 not deviate from sound governance, inter-
12 nal control, or risk management; and

13 “(iii) ensuring appropriate long-term
14 risk management tailored to long-term eco-
15 nomic conditions; and

16 “(C) except as provided in paragraph (2)
17 and subsection (d), in the event of the failure
18 of the depository institution or depository insti-
19 tution holding company, as applicable, clawback
20 authority that permits the board of directors of
21 the depository institution or depository institu-
22 tion holding company (or the equivalent), or, if
23 the Corporation has been appointed receiver or
24 conservator of the depository institution, the
25 Corporation, in its capacity as receiver or con-

1 servator, to recover from a senior executive of
2 the depository institution or depository institu-
3 tion holding company—

4 “(i) any bonus or other incentive-
5 based or equity-based compensation re-
6 ceived by that senior executive from the
7 depository institution or depository institu-
8 tion holding company during the 24-month
9 period preceding the failure of the deposi-
10 tory institution or depository institution
11 holding company; and

12 “(ii) any profits realized by that sen-
13 ior executive from the sale of securities of
14 the entity during the 24-month period de-
15 scribed in clause (i).

16 “(2) EXCEPTION.—Paragraph (1)(C) shall not
17 apply to any senior executive—

18 “(A) who has been employed by the deposi-
19 tory institution or depository institution holding
20 company for not more than 12 months before
21 the date of the failure of the depository institu-
22 tion or depository institution holding company;
23 and

24 “(B) whose conduct did not contribute to
25 the failure of the depository institution or de-
1 pository institution holding company, as appli-
2 cable.

3 “(d) EXCEPTION.—This section shall not apply to a
4 depository institution or depository institution holding
5 company with total consolidated assets of not more than
6 \$10,000,000,000.”.

7 SEC. 4. CEASE-AND-DESIST PROCEEDINGS.

8 Section 8(b) of the Federal Deposit Insurance Act
9 (12 U.S.C. 1818(b)) is amended—

10 (1) by redesignating paragraph (8) as para-
11 graph (9); and

12 (2) by inserting after paragraph (7) the fol-
13 lowing:

14 “(8) RECOVERY OF COMPENSATION.— If the
15 Corporation is appointed receiver or conservator of
16 an insured depository institution with total consoli-
17 dated assets of more than \$10,000,000,000, the
18 Corporation may recover for the receivership or con-
19 servatorship incentive-based compensation, equity-
20 based compensation, or compensation that is granted
21 or vested based wholly or in part upon the attain-
22 ment of any financial reporting measure or other
23 performance metric, and any profits realized from
24 the purchase or sale of securities of the depository
25 institution or depository institution holding company
1 from any senior executive during the 24-month pe-
2 riod preceding the failure of the insured depository
3 institution.”.

4 SEC. 5. CIVIL MONEY PENALTIES.

5 Section 8(i)(2) of the Federal Deposit Insurance Act
6 (12 U.S.C. 1818(i)(2)) is amended—

7 (1) in subparagraph (C)(i), in the matter pre-
8 ceding subclause (I), by inserting “or, in the case of
9 a senior executive, as defined in subsection
10 (e)(2)(C), recklessly” after “knowingly”; and

11 (2) in subparagraph (D)(i), by striking
12 “\$1,000,000” and inserting “\$3,000,000”.

13 SEC. 6. RULE OF CONSTRUCTION.

14 Except as otherwise specifically provided herein,
15 nothing in this Act, or the amendments made by this Act,
16 may be construed to amend or alter the authority of the
17 Federal Deposit Insurance Corporation or any other ap-
18 propriate Federal banking agency, as defined in section
19 3 of the Federal Deposit Insurance Act (12 U.S.C. 1813).

BIBLIOGRAFIA

- ABN AMRO HOLDING v. BANCA D'ITALIA e BANCA POPOLARE DI LODI, 6157 (TAR Lazio, Sez. I agosto 9, 2005).
- ACCETTELLA, F. (2013), «L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE», *Banc. bors. tit. cred.*
- ALESSANDRI, A. (2014), «Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato», *Giur. comm.*
- ALLAN, J. (1974), «*Franklin Found Insolvent by U.S. and Taken Over*», *NY Times*.
- ALLGEMEINES DEUTSCHES HANDELSGESETZBUCH (ADHGB), (1861).
- AMERICAN BAR ASSOCIATION CORPORATE LAWS COMMITTEE (1950), *Model Business Corporation Act (MBCA)*.
- AMOROSINO, S. (2016), «Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d'Italia e giurisprudenza "riduzionista" della Cassazione», *Dir. banc. merc. fin.*
- AMOROSINO, V. (2015), «I principi del giusto procedimento ed i provvedimenti 'di rigore' delle Autorità di Vigilanza sui mercati finanziari», nota di commento a Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2015, *Dir. banc. fin.*
- ANDERSON, S. (2010), «*The enforcement approach to coercion*», *Journ. Eth. Soc. Phil.*
- ANNUNZIATA, F. (2015), «Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari», *Atti del Convegno Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore* (pp. 523-536), Venezia.
- ANONYMOUS v. FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION, 619 F. Supp. at 867 (*U.S. District Court for Columbia*, October 10, 1985).
- ANTONUCCI, A. (2016), «I poteri di *removal* degli esponenti aziendali nell'ambito del *Single Supervisory Mechanism*», *Banc. impr. soc.*, pp. 21-38.
- AUTORITÀ BANCARIA EUROPEA (2021), *Relazione sull'applicazione delle misure di intervento precoce nell'Unione europea ai sensi degli articoli 27-29 BRRD*, Parigi.

- BANCA CENTRALE EUROPEA (2014), *Regolamento (UE) n. 468/2014 che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate*, Francoforte.
- BANCA CENTRALE EUROPEA (s.d.), *Manuale di vigilanza dell'MVU Vigilanza bancaria europea: funzionamento dell'MVU e approccio di vigilanza*, Francoforte.
- BANCA D'ITALIA (2016), *Nota n. 837467/2016, avente ad oggetto "Analisi della situazione aziendale e adozione dei provvedimenti e misure conseguenti"*, Roma.
- BANCA D'ITALIA (2021), *Disposizioni sulla procedura di valutazione dell'idoneità degli esponenti di banche, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica, istituti di pagamento e sistemi di garanzia dei depositanti*, Roma.
- BANCA D'ITALIA (2023), *Orientamenti in materia di valutazione dei requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali*, Roma.
- BANCA D'ITALIA (n. 32/1994), *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, Roma.
- BANI, E. (2000), *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino.
- BANI, E. (2018), *Commento sub art. 112-bis, Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (a cura di F. Capriglione)*.
- BARONE, A. - DRAGO, G. - NICOLOSI, C. (2021), «L'erompere della vigilanza bancaria europea», *PA Persona e Amministrazione, Ric. giur. amm. ec.*
- BARTLETT, R. (2012), «*Making Banks Transparent*», *Vand. Law Rev.*
- BASIL, R. J. (1992), «*Suspension and removal of bank officials under the Financial Institutions Reform Recovery and Enforcement Act of 1989 ("FIRREA")*», *Journ. Legis.*
- BAXTER, JR., T. - RAMASASTRY, A. (1996), «*The Importance of Being Honest - Lessons from an Era of Large-Scale Financial Fraud*», *St. Louis Univ. Law Journ.*
- BAZOLI, G. (2017), «*La banca: un'impresa "speciale"*», *Cerimonia di chiusura del Master in Giuristi, Consulenti e Professionisti d'Impresa A.A. 2015/2016*, Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, Bologna.
- BENVENUTI, F. (1996), *Disegno della Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam.
- BERMAN, M. (2002), *The normative functions of coercion claims, Legal Theory*.

- BERNANKE, B. (1883), «*Nonmonetary Effects of the Financial Crisis in the Propagation of the Great Depression*», *Am. Ec. Rev.*
- BINDI, E. (2020), «Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano», *Riv. reg. merc.*, pp. 280-311.
- BLANDINI, A. (2019), «Profili procedimentali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche», *Riv. trim. dir. ec.*, pp. 31-50.
- BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM v. MCORP FINANCIAL INC., 502 U.S. 32 (*U.S. Supr. Court*, December 3, 1991).
- BOCCUZZI, G. (2011), «*Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*», *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 71, Banca d'Italia.
- BODELLINI, M. (2022), «*International Bank Crisis Management: A Transatlantic Perspective*», *Hart Stud. Comm. Fin. Law*.
- BOERI, T. - GUISO, L. (2013, febbraio 3), *La lezione del Monte*, tratto da www.lavoce.info/mps-fondazioni-politica-banche/.
- BOLLING, D. (1959), «*Removal of Directors in Closely Held Corporations*», *Flor. Law Rev.*
- BONELLI, F. (1983), «La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici», *Giur. comm.*
- BONFATTI, S. (2020), «La disciplina delle situazioni di crisi degli intermediari finanziari. Il quadro d'insieme e le misure preparatorie. In particolare: il sostegno finanziario infragruppo», *Quaderni DB*.
- BRAUN, B. - KRAMPF, A. - MURAU, S. (2020), «*Financial Globalization as Positive Integration: Monetary Technocrats and the Eurodollar Market in the 1970s*», *Rev. Intern. Pol. Ec.*
- BRESCIA MORRA, C. (2017), «*La Banking Union: un progetto in fieri*», *Riv. reg. merc.*
- BRESCIA MORRA, C. (2020), *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, Il Mulino.
- BRICKNER v. FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION, 747 F.2d 1198 (*U.S. Court of App.*, November 5, 1984).
- BRIGGS v. SPAULDING et al., 141 US 132 (*U.S. Supr. Court*, May 25, 1981).

- BRIMMER, A. (1976), «*The Federal Reserve and the Failure of Franklin National Bank: A Case Study of Regulation*», *Bus's Am. Ec.*, pp. 1776-2001.
- BRUCH v. NATIONAL GUARANTEE CREDIT CORP, 13-180 (*Del. Court*, April 10, 1922).
- BRUNMEIER, J. - WILLARDSON, N. D. (2006), «*Supervisory Enforcement Actions Since FIRREA and FDICIA*», *The Region*.
- BUELL, S. (2007), «*Criminal Procedure Within the Firm*», *Stan. Law Rev.*
- BUTKEVICUS v. LITUANIA, n. 48297/99 (Corte EDU, marzo 26, 2022).
- CALIFORNIA STATE GENERAL ASSEMBLY (1947), *California Corporation Code*.
- CAMILI, E. L. (2015), *The governance of EU regulatory powers in the banking sector. The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Il Mulino.
- CAMPOBASSO, G. F. (2018), *Diritto commerciale*, (a cura di) M. Campobasso, Utet Giuridica.
- CAPOLINO, O. (2016), «*Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*», *Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11*, Siena.
- CAPRIGLIONE, F. (2017), «*La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*», *Riv. trim. dir. ec.*
- CARNELL, R. - MACEY, J. - MILLER, G. - CONTI BROWN, P. (2021), *The Law of Financial Institutions, Aspen Casebook Series*.
- CARRIÈRE, P. (2016), «*Crisi bancaria e bail-in: prime noterelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD*», tratto da dirittobancario.it.
- CASSESE, S. (2014), «*La nuova architettura europea*», *Giorn. dir. amm.*
- CASSIM, R. (2019), «*The Removal of Directors by the Board of Directors under the Companies Act 71 of 2008: Should it be a Mandatory or an Alterable Provision?*», *Comp. Intern. Law Journ. South. Afr.*
- CASTIELLO D'ANTONIO, A. (2016), «*L'amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro normativo. Profili sistematici*», *AGE*.
- CASTIELLO, F. (2013), *I ricorsi amministrativi*, Maggioli Editore.
- CENTRO STUDI AC GROUP. (2016), *Considerazioni sulla nuova disciplina della rimozione degli esponenti aziendali di banche e intermediari*.

- CHITI, E. (2009), «*An important part of the UE's institutional machinery: features, problems and perspective of European Agencies*», *Comm. Mark. Law Rev.*
- CHITI, E. (2010), «Le trasformazioni delle agenzie europee», *Riv. trim. dir. pubbl.*
- CIAN, G. - TRABUCCHI, A. (2019), *Commentario breve al Codice civile*, Cedam.
- CIRAOLO, F. (2016), «La Banca d'Italia ed il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi», *Banc. impr. soc.*
- CIRAOLO, F. (2017), «Il *removal* alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna S.p.A.», *Riv. dir. banc.*, pp. 199-217.
- CIVITARESE MATTEUCCI, S. (2009), «Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico», *Dir. pubbl.*
- CLARICH, M. (2019), *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino.
- CLARICH, M. (2021), *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino.
- CODE CIVIL DES FRANÇAIS* (s.d.), 1804.
- CODE DE COMMERCE* (1807).
- COMMISSIONE EUROPEA (2010), *Il governo societario negli istituti finanziari e le politiche di remunerazione*, Libro Verde, Bruxelles.
- COMMISSIONE EUROPEA (2012), *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio "Una tabella di marcia verso l'unione bancaria"*, COM(2012) 510 final, Bruxelles.
- COMMISSIONE EUROPEA (2012), *Gestione delle crisi: nuove misure per evitare di dover ricorrere al salvataggio delle banche*, Comunicato stampa, Bruxelles.
- COMMISSIONE EUROPEA (2015), *Proposta di Regolamento (COM(2015)586) al fine di istituire un sistema europeo di assicurazione dei depositi*, Bruxelles.
- COMMISSIONE EUROPEA (2023), *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2014/59/UE per quanto riguarda le misure di intervento precoce, le condizioni per la risoluzione e il finanziamento dell'azione di risoluzione*, Bruxelles.
- COMMITTEE ON FAILED NATIONAL BANKS (1893), *Report No. 1286 on Failed National Banks*.
- COMPTROLLER GENERAL OF THE UNITED STATES (1977), *Highlights of a study of federal supervision of state and national banks*.

- CONAC, P. H. (2005), «*The French and Dutch East India Companies in Comparative Legal Perspective*», *VOC*.
- CONFORTI, C. (2007), *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Giuffrè.
- CONSIGLIO (2013), *Regolamento (UE) n. 1024/2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi*, Bruxelles.
- CONSIGLIO D'EUROPA (1950), *Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)*.
- COOLS, S. (2011), «*Europe's Ius Commune on Director Revocability*», *Europ. Comp. Fin. Law Rev.*, pp. 199-234.
- COPPOLA, F. (2013, dicembre 10), «*Big Banks Versus Small Banks: Size Doesn't Matter*», tratto da Forbes: <https://www.forbes.com/sites/francescoppola/2013/12/10/big-banks-versus-small-banks-size-doesnt-matter/?sh=2c5ef45b1367>.
- CORPORATE FINANCE INSTITUTE (2021), «*What was the Savings and Loan Crisis?*», tratto da <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/commercial-lending/savings-and-loan-crisis/>.
- CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA, n. 94 (aprile 9, 2014).
- CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA, n. 162 (giugno 20, 2022).
- CORTE DI CASSAZIONE DELLA REPUBBLICA, n. 6720 (agosto 5, 1987).
- COX, J. - EISENBERG, M. (2019), *Business organizations. Cases and materials, University Casebook Series*.
- CREDITO DI ROMAGNA v. BANCA D'ITALIA, n. 5544 (TAR Lazio, Sez. II settembre 16, 2016).
- CREDITO DI ROMAGNA v. BANCA D'ITALIA, n. 1627 (TAR Lazio, Sez. II gennaio 17, 2017).
- CREDITO DI ROMAGNA v. BANCA D'ITALIA, n. 6254 (Cons. Stato, Sez. VI giugno 30, 2022).
- «Credito di Romagna, il Tar blocca il *removal* di Bankitalia» (12 agosto, 2016), *Il Sole24Ore*.
- D'ALESSANDRO, V. (2016), «La procedura sanzionatoria amministrativa nei mercati finanziari», *Riv. trim. dir. ec.*
- D'AMBROSIO, R. (2013), «*Due Process and Safeguards of the Persons Subject to SSM Supervisory and Sanctioning Proceedings*», *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia*.

- DATLA, K. - REVESZ, R. (2013), «*Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*», *Corn. Law Rev.*
- DE BIASI, P. (2003), *Persuasione e castigo. Le sanzioni amministrative nel TUB e nel TUF*, Milano, Giuffrè.
- DE BIASI, P. (2016), «La rimozione in via amministrativa degli esponenti aziendali: una anomalia del settore bancario o una crepa nel sistema?», *Riv. reg. merc.*, pp. 69-88.
- DE CUPIS, M. (2018), *Il potere di "removal" degli esponenti bancari. Un'innovazione per il sistema di vigilanza bancario italiano*, Edizioni Accademiche Italiane.
- DEAL, J. (1985), «*Bank Regulatory Enforcement—Some New Dimensions*», *Bus 's. Law*.
- DELAWARE GENERAL ASSEMBLY (1899), *Delaware General Corporation Law (DGCL)*.
- DEMSETZ, R. S. - SAIDENBERG, M. R. - STRAHAN, P. E. (1996), «*Banks with Something to Lose: The Disciplinary Role of Franchise Value*», *FRBNY Ec. Pol. Rev.*
- DENOZZA, F. (2000), «Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"», *Merc. conc. reg.*
- DI BRINA, L. (2019), «La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie», *Riv. trim. dir. ec.*, pp. 96-117.
- DILLON v. BERG (*Del. Court*, May 6, 1971).
- DONATO, L. - COSSA, M. (2011), «Giocare d'anticipo: crisi bancarie e interventi preventivi dell'Autorità di Vigilanza», *Banc. impr. soc.*, pp. 339-361.
- DRAGHI, M. (2010), *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia sul 2009*, Roma.
- DUTCH COMMERCIAL CODE (1838).
- EKELUND, H. (2012), «*Making Sense of the 'Agency Programme' in post-Lisbon Europe: Mapping European Agencies*», *Centr. Europ. Journ. Publ. Pol.*
- ENGEL et al. v. PAESI BASSI, n. 5100/71 (Corte EDU, giugno 8, 1976).
- FARNSWORTH, C. (1974), «*10 Nations Plan Bank Aid to Shore Up Confidence*», *NY Times*.
- FDIC OFFICES OF INSPECTOR GENERAL (2014), *Enforcement Actions and Professional Liability Claims Against Institution-Affiliated Parties and Individuals Associated with Failed Institutions*.

- FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION (FDIC) (2022), *FDIC Enforcement Decisions and Orders: Unsafe or Unsound Banking Practice-Statutory Standard*.
- FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION (FDIC) (2023), *Guidelines Establishing Standards for Corporate Governance and Risk Management for Covered Institutions With Total Consolidated Assets of \$10 Billion or More, Federal Register, Vol. 88, No. 195*.
- FEDERAL RESERVE. (1936), *Memorandum to the Board of Governors, Proceedings under Provisions of Section 30 of the Banking Act of 1933*, Washington D.C.
- FINANCIAL STABILITY BOARD (2023), *2023 Bank Failures. Preliminary lessons learnt for resolution*.
- FLICK, G. M. - NAPOLEONI, V. (2015), «A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal *bis in idem* all'*e pluribus unum?*», *Riv. soc.*
- FLICK, G. M. (2014), «Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?», *Riv. soc.*
- FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI JESI v. BANCA D'ITALIA, n. 248 (Corte Cost., dicembre 21, 2021).
- FONDO MONETARIO INTERNAZIONALE (FMI) (26 marzo, 2013), *Statement at the End of the IMF Financial Sector Assessment Program (FSAP) Mission to Italy*, tratto da www.imf.org.
- GALANTI, E. (2009), «Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale», *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia*.
- GARGANTINI, M. (2015), «*Public Enforcement of Market Abuse Bans. The ECtHR Grande Stevens Decision*», *Journ. Fin. Reg.*
- GARRETT, B. (2015), «*The Corporate Criminal As Scapegoat*», *Va. Law Rev.*
- GAVAZZI, G. (1978), «Le sanzioni nel diritto. Problemi vecchi e nuovi», *Il Politico*.
- GIANNELLI, A. - SFAMENI, P. (2013), *Diritto degli intermediari finanziari e dei mercati finanziari*, Milano, Egea.
- GIANNINI, M. S. (1939), *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano.
- GIGLIONI, F. (2015), *The European Banking Union as a new model of administrative integration? The Administrative Architecture of Financial Integration*, E. Chiti, G. Vesperini (a cura di).

- GOSHEN, Z. - HANNES, S. (2019), «*The Death of Corporate Law*», *NYU Law Rev.*
- GRANDE STEVENS et al. v. ITALIA, n. 18640/10 (Corte EDU marzo 4, 2014).
- GUARRACINO, F. (2014), «Il meccanismo unico di vigilanza sugli enti creditizi tra diritto primario e riforma dei trattati», *Riv. trim. dir. ec.*
- GUASTINI, R. (2011), «Interpretare e argomentare», *Tratt. dir. civ. comm.*
- GUERRERA, F. (2016), «La rimozione degli esponenti aziendali di Sim, Sgr, Sicav e Sicaf», *Dir. banc. merc. fin.*, pp. 427-436.
- GUNDERSON, M. (1979), «*Threats and coercion*», *Canad. Journ. Phil.*
- HAMILTON, R. - MACEY, J. (2007), *Cases and materials on Corporations including partnerships and limited liability companies, American Casebook Series.*
- HARRIS, R. (2005), «*The English East India Company and the History of Company Law*», *VOC.*
- HUBER, S. (1988), «*Enforcement powers of federal banking agencies*», *Ann. Rev. Bank. Law.*
- JENSEN, M. - MECKLING, W. (1976), «*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*», *Journ. Fin. Ec.*
- KLEYMENOVA, A. - TOMY, R. (2021), *Observing Enforcement: Evidence from Banking.* Washington, D.C., *Finance and Economics Discussion Series Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs, Federal Reserve Board.*
- KLINGLER, R. - PAISNER, B. (2019, settembre 24), «*2019 U.S. Bank Landscape*», tratto da JDSupra: <https://www.jdsupra.com/legalnews/2019-u-s-bank-landscape-20640/>.
- KORFF, J. M. (1967), «*Banking*», *B. C. L. Rev.*
- KRESS, J. (2019), «*Solving Banking's Too Big To Manage Problem*», *Minn. Law Rev.*
- KRESS, J. - TURK, M. (2019), «*Too Many to Fail: Against Community Bank Deregulation*», *Northw. Univ. Law Rev.*
- KURZ v. HOLBROOK, 989 A.2d 140 (*Del. Court*, February 9, 2010).
- LAMANDINI, M. - RAMOS MUNOZ, D. - SOLANA, J. (2015), «*Depicting the Limits to the SSM's Supervisory Powers: The Role of the Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*», *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia.*
- LAURO SESSANTUNO S.P.A. v. CONSOB, n. 3009 (TAR Lazio, Sez. II marzo 19, 2014).

- LEMMA, V. (2016), «La nuova procedura di risoluzione: indicazioni per una insolvenza obbligatoria», *Riv. trim. dir. ec.*
- LEMMA, V. (2017), «Messa in sicurezza del mercato bancario: problematica dei crediti deteriorati e resilienza degli intermediari», *Riv. trim. dir. ec.*
- LESSIG, L. - SUNSTEIN, C. (1994), «*The President and the Administration*», *Colum Law Rev.*
- LIN, D. - MENAND, L. (2022), «*The Banker Removal Power*», *Virg. Law Rev.*
- LUISA APPIO, C. (2020), *Gli accordi di sostegno infragruppo bancario. Premesse per una disciplina di diritto comune*, Giappichelli.
- MACCHIA, M. (2018), *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli.
- MACCHIATI, A. (2001), «Poca deferenza e molta discrezione (ma dei giudici). A proposito degli argomenti di Francesco Denozza sulle autorità indipendenti», *Merc. conc. reg.*
- MAGLIARI, A. (2016), «I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del *Single Supervisory Mechanism*. Il caso dell'applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE», *Riv. dir. banc.*
- MANCINI, M. (2013), «Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla *Banking Union*», *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia*.
- MANGES v. CAMP, 474 F.2d 97 (*U.S. Court of App.*, May 1, 1973).
- MANGONI, T. (2021), «Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale», *Riv. reg. merc.*, pp. 293-302.
- MARSICO, G. M. (2021), «L'Unione bancaria europea: tra Meccanismo di Risoluzione Unico, Meccanismo di Vigilanza Unico e prevenzione del rischio sistemico», *Dir. amm.*
- MARSICO, G. M. (2023), «La Direttiva BRRD: tra Unione Bancaria Europea, Bail-in e *par condicio creditorum*», *Dir. amm.*
- MARZUOLI, C. (1998), «Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali», *Dir. pubbl.*
- MENAND, L. - RICKS, M. (2021), «*Federal Corporate Law and the Business of Banking*», *Univ. Chic. Law Rev.*
- METZGER, G. (2015), «*The Constitutional Duty To Supervise*», *Yale Law Journ.*

- MINERVINI, G. (1954), «Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici», *Banca borsa*.
- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE (2020), *D.M. n. 169/2020 recante il "Regolamento in materia di requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali"*.
- MONTALENTI, P. (2015), «Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU», *Giur. comm.*
- MORTATI, C. (1939), (voce) Potere discrezionale, *Nuovo dig. it.*
- MORTATI, C. (1960), (voce) Discrezionalità, *Noviss. dig. it.*, tratto da *Noviss. dig. it.*
- MWENDA, K. (2016), «*The concept of "unsafe and unsound practice" under Fiji Islands' Banking Act 1995*», *Asia Pacif. Law Rev.*
- NAMUR, P. (1884), «*Le Code de Commerce Belge Révisé*».
- NAPOLETANO, G. (2012), «La risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria. Verso l'Unione bancaria», *Banc. bors. tit. cred.*
- NAVARRINI, U. (1920), *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Torino, Bocca.
- NEW YORK STATE GENERAL ASSEMBLY (1890), *New York Business Corporation Law*, New York.
- NICOLOSI, C. (2017), «*Agencification ed equilibrio istituzionale europeo: brevi considerazioni sul "meccanismo di risoluzione unico"*», tratto da *Federalismi.it*.
- NIFIN PARTECIPAZIONI S.R.L. v. FACILITYLIVE S.R.L., n. 42809 (Trib. Milano, maggio 10, 2023).
- OBERDIEK, H. (1976), «*The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems*», *Amer. Journ. Juris.*
- OFFICE OF THE COMPTROLLER OF THE CURRENCY (OCC) (1966), *Minutes*.
- PALIERO, C. E. (1985), «"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta "radicale"», *Riv. it. dir. proc. pen.*
- PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO (2013), *Direttiva 2013/36/UE sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento*, Bruxelles.

- PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO (2013), *Regolamento (UE) n. 575/2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento*, Bruxelles.
- PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO (2014), *Direttiva 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi*, Bruxelles.
- PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO (2014), *Direttiva 2014/59/UE che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento*, Bruxelles.
- PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO (2014), *Direttiva 2014/65/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari*, Bruxelles.
- PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO (2014), *Regolamento (UE) n. 806/2014 che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010*, Bruxelles.
- PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO (2014), *Regolamento UE n. 600/2014 sui mercati degli strumenti finanziari*, Bruxelles.
- PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO (2019), *Direttiva (UE) 2019/2034 relativa alla vigilanza prudenziale sulle imprese di investimento*, Bruxelles.
- PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO (2019), *Regolamento (UE) 2019/2033 relativo ai requisiti prudenziali delle imprese di investimento*, Bruxelles.
- PARLAMENTO DELLA REPUBBLICA. (1990), *L. 241/1990 in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, Roma.
- PARLAMENTO DELLA REPUBBLICA. (2015), *Decreto legislativo n. 72/2015, in attuazione della direttiva 2013/36/UE per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento*, Roma.
- POLICE, A. (2014), «Principi e azione amministrativa», In F. G. Scoca (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli.
- PROVENZANO, P. (2012), «La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative», *Riv. it. dir. pubb. com.*
- QUAGLIA, L. (2012), «The regulatory response of the European union to the global financial crisis», in R. Mayntz, *Crisis and control. Institutional change in financial market regulation*, Campus.

- RAINELLI, P. (2009), Commento *sub art.* 2382 c.c, in G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli.
- ROHE v. RELIANCE TRAINING NETWORK, INC., No. 17992 (*Del. Court*, July 21, 2000).
- ROOSEVELT, F. D. (1933), *Fireside Chat*.
- ROSS SYS. CORP. v. ROSS, 1993 WL 49778 (*Del. Court*, February 22, 1993).
- RYAN, C. (1980), *The Normative Concept of Coercion, Mind*.
- SANTORIELLO, C. (2014), «La sentenza Ifil-Grande Stevens, la giurisprudenza comunitaria sul divieto di punire più volte la medesima condotta e le conseguenze sulla responsabilità da reato degli enti collettivi», *Resp. amm. soc. enti*.
- SCHOONER, H. (2017), «*Big Bank Boards: The Case for Heightened Administrative Enforcement*», *Ala. Law Rev.*
- SCOGNAMIGLIO, G. (2014), «Revoca "cautelare" e revoca "nel merito" dell'amministratore di s.r.l.», *Riv. or. dir. comm.*
- SIRODOEVA-PAXSON, O. (1998), «*Judicial Removal of Directors: Denial of Directors ' License to Steal or Shareholders' Freedom to Vote?*», *Hast. Law Journ.*
- SITARAMAN, G. (2020), «*The Political Economy of the Removal Power*», *Harv. Law Rev.*
- SOMERFIELD v. FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION, 609 F. Supp. 128 (*Tenn. Distr. Court*, April 25, 1985).
- SPALTRO, G. (2009), Commento al Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Sez. fall., 8 maggio 2007, *Le Società*.
- STAATS, E. D. (1977), *Report to the Congress by the Comptroller General of the United States, Highlights of a Study of Federal Supervision of State and National Banks*.
- STANGHELLINI, L. (2014), «La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea», *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 75, Banca d'Italia*, p. 147.
- SUNSTEIN, C. - VERMEULE, A. (2021), «*Presidential Review: The President's Statutory Authority Over Independent Agencies*», *Geo. Law Journ.*
- TARELLO, G. (1980), «L'interpretazione della legge», *Tratt. dir. civ. comm.*

- TEDESCHI, G. (2008), «Responsabilità e revoca degli amministratori di s.r.l.», *Contr. impr.*, pp. 1271 ss.
- TEIXEIRA, P. G. (2014), «*The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional Foundations*», *Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia*, 75.
- TITOMANLIO, R. (2007), *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, Giuffrè.
- TRAVI, A. (2006), «Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia 'amministrativa'?», *Giorn. dir. amm.*
- U.S. COMMITTEE ON BANKING, HOUSING & URBAN AFFAIRS (2023), *Recovering Executive Compensation Obtained from Unaccountable Practices Act (RECOUP)*.
- U.S. CONGRESS (1933), *Banking Act, Public-No-66-73d*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1946), *Administrative Procedure Act, Public Law No. 79-404*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1950), *Federal Deposit Insurance Act, Public Law No. 81-797*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1956), *Banking Holding Company Act, Public Law No. 84-511*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1966), *Financial Institution Supervisory Act (FISA), Public-No- 89-695, 80 STAT. 1028*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1966), *FISA Senate Report, no. 89-1482*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1966), *Record 112-24022 (daily ed 4 October) (House)*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1966), *Record 112-25416 (daily ed 13 October) (Senate)*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1966), *Report No. 89-1482*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1978), *Financial Institutions Regulatory and Interest Rate Control Act (FIRIRCA), Pub. L. No. 95-630, 92 STAT. 3641*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1989), *Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act (FIRREA), Pub. L. 101-73, 103 STAT. 183*, Washington D.C.
- U.S. CONGRESS (1992), *The BCCI Affair: Hearing Before the Subcomm. on Terrorism, Narcotics, and Int'l Operations of the S. Comm. on Foreign Relations*, Washington D.C.
- U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES (s.d.), *United States Code (U.S. Code)*, Washington D.C.
- UK COMPANIES ACT (2006).

- URBANI, F. (2017), «La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo Unico Bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte», *Dir. pen. cont.*
- VAN DYKE v. BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM, 876 F.2d 1377 (*U.S. Court of App.*, June 8, 1989).
- VELLA, F. (2014), «Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance». *Banc. impr. soc.*
- VENTORUZZO, M. (2014), «Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia», *Riv. soc.*
- VIGANÒ, F. (2014), «Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?», *Dir. pen. cont.*
- VISCO, I. (2013), *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia sul 2012*, Roma.
- VISCO, I. (2013), Intervento del Governatore della Banca d'Italia, *ASSIOM Forex*, Bergamo.
- WILLIAMSON, O. (1967), «*Hierarchical Control and Optimum Firm Size*», *Journ. Pol. Ec.*
- ZANOBINI, G. (1958), (voce) Amministrazione pubblica (nozione e caratteri generali), *Enc. dir.*, vol. II.

RINGRAZIAMENTI

Il presente lavoro non sarebbe mai stato possibile senza il supporto instancabile del mio relatore, Prof. Gianluca Scarchillo, che mi ha guidato fin dagli inizi del mio percorso universitario. Un ringraziamento speciale va anche al mio relatore esterno, Prof. Lev Menand, per avermi dato la straordinaria opportunità di condurre l'intera ricerca tesi presso la *Columbia Law School*, sotto la sua supervisione.

Sono inoltre profondamente grato al Dott. Silvio D'Amico, Dirigente dell'Ufficio II della Direzione V, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, nel Dipartimento del Tesoro, per avermi dato la straordinaria opportunità di svolgere un tirocinio curriculare nel suo Ufficio, in materia di regolamentazione e vigilanza del sistema finanziario, contestualmente alla redazione del presente lavoro.

Nel corso di questi cinque anni universitari, ho avuto l'ulteriore privilegio di interagire con imprenditori e avvocati d'affari di eccezionale valore, persone da cui ho appreso molto e a cui mi lega un debito di gratitudine.

Per questo, desidero ringraziare Fondirigenti, il Fondo interprofessionale per la formazione continua dei dirigenti promosso da Confindustria e Federmanager, per avermi dato l'inedita opportunità di prendere parte alla prima edizione del Programma d'eccellenza "D20 Leader", in materia di leadership manageriale.

Inoltre, per la straordinaria opportunità di svolgere un tirocinio curriculare nei rispettivi Uffici durante il mio percorso accademico, desidero ringraziare i seguenti Studi legali:

- Studio legale Freshfields Bruckhaus Deringer LLP – Sede di Roma (Partner: Avv. Gian Luca Zampa; Office Manager: Dott.ssa Laura Pronio);
- Studio legale associato Shearman & Sterling LLP – Sede di Roma (Partner: Avv. Domenico Fanuele; Office Manager: Dott.ssa Lucilla Buonaguro);
- Studio legale Carbonetti e Associati – Sede di Roma (Managing Partner: Avv. Fabrizio Carbonetti; Associate: Avv. Giorgio Politano);
- Chiomenti Studio legale – Sede di New York (Managing Partner: Avv. Salvo Arena; Counsel: Avv. Elisa Gianni).

Infine, la gratitudine maggiore va alla mia famiglia e agli amici, per il sostegno incondizionato nei miei confronti, da ben prima degli inizi del mio percorso accademico.