

Aiuti di Stato alle banche in crisi e accesso ai dati dei “grandi debitori insolventi”

di Davide Siclari*

16 maggio 2018

SOMMARIO: 1. Crisi dei mercati finanziari e disciplina degli aiuti di Stato alle banche nel D.L. n. 237/2016. – 2. Il diniego di accesso ai dati relativi ai “grandi” debitori delle banche che hanno usufruito di fondi statali di cui al D.L. n. 237/2016. – 3. Segreto d’ufficio ex art. 7 Tub e accesso ex legge n. 241 del 1990. – 4. Alcune prime considerazioni.

1. Crisi dei mercati finanziari e disciplina degli aiuti di Stato alle banche nel D.L. n. 237/2016

La necessità di fronteggiare la crisi dei mercati finanziari, che si protrae oramai dal 2007¹, ha portato all’adozione di un’ormai ampia legislazione d’emergenza, fra cui rientra il D.L. 23 dicembre 2016, n. 237, recante “Disposizioni urgenti per la tutela del risparmio nel settore creditizio”². Come noto, una gestione non prudente dei rischi derivanti dal settore bancario è potenzialmente in grado di mettere in crisi la stabilità dell’intera Eurozona, di modo che proprio al fine di evitare tali rischi e di fornire una normativa unica a livello europeo sulla gestione delle crisi bancarie sono state approvate una serie di provvedimenti legislativi che hanno dato vita alla cosiddetta “Unione bancaria”³, fondata su tre pilastri: 1) un meccanismo unico di vigilanza bancaria (*Single Supervisory Mechanism* - SSM, istituito con il regolamento (UE) n.

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell’economia – Sapienza Università di Roma.

¹ Per cui v. F. Capriglione, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Padova, 2009; Id., *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani. L’Unione Europea tra rischi ed opportunità*, Torino, 2012; F. Capriglione - A. Troisi, *L’ordinamento finanziario europeo dell’UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino, 2014; G. Di Gaspare, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2017, 244 ss.

² Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 299 del 23 dicembre 2016, coordinato con la legge di conversione 17 febbraio 2017, n. 15, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 43 del 21 febbraio 2017.

³ In tema v. F. Capriglione, *L’Unione Bancaria Europea. Una sfida per un’Europa più unita*, Torino, 2013; M. Miraglia, *L’Unione bancaria: una nuova architettura nella governance del credito in Europa*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2014, 2, I, 237 ss.; N. Moloney, *European Banking Union: assessing its risks and resilience*, in *Common Market Law Rev.*, 2014, 51, 1609 ss.; L. Torchia, *L’Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 1, 11 ss.; G. Sciascia, *Unione bancaria. La revisione quasi-giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione*, in *Banca impr. soc.*, 2015, 3, 363 ss.; M. Macchia, *L’architettura europea dell’Unione bancaria tra tecnica e politica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, 6, 1579 ss.; Busch-Ferrarini (eds.), *European Banking Union*, Oxford, 2015; R. Ibrido, *L’Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, 2017.

1024/2013), che ha previsto l'attribuzione alla BCE di compiti di vigilanza prudenziale direttamente sulle banche di maggiori dimensioni ("significative"), e indirettamente, per il tramite delle autorità di vigilanza nazionali, su tutte le altre banche aventi sede nei Paesi membri⁴; 2) il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie istituito con il regolamento UE n. 806/2014, che mira a limitare l'impatto sui contribuenti e sui bilanci pubblici degli interventi di salvataggio delle banche in crisi (*bail-out*), introducendo il principio per cui il finanziamento degli istituti di credito è affidato in primo luogo ad azionisti, obbligazionisti e creditori delle banche stesse (*bail-in*)⁵; 3) un sistema europeo di garanzia dei depositi bancari, ancora in corso di esame (proposta COM(2015) 586, presentata dalla Commissione europea nel novembre 2015).

Il nuovo meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie ha la finalità di assicurare che eventuali fallimenti bancari determinino un costo minimo per i contribuenti e l'economia reale⁶ e si compone: 1) di un'autorità unica di risoluzione al livello europeo, ovvero il Comitato di risoluzione unico, ai sensi dell'art. 42 del regolamento (UE) n. 806/2014, direttamente responsabile delle fasi di pianificazione e risoluzione delle banche transfrontaliere e delle banche "significative" soggette a vigilanza diretta della Banca centrale europea, nonché responsabile dei casi di risoluzione per i quali si debba ricorrere al fondo unico di risoluzione e, in ogni caso, attributario della responsabilità ultima per tutte le banche dell'Unione bancaria, potendo decidere in qualsiasi momento di esercitare su di esse i propri poteri; 2) un fondo di risoluzione comune, finanziato dal settore bancario, operativo dal 1° gennaio 2016, istituito con accordo intergovernativo e alimentato da contributi delle banche, ratificato in Italia con la legge n. 188 del 26 novembre 2015. Nell'ambito del meccanismo di risoluzione unico, la Banca centrale europea, in quanto autorità di vigilanza, comunica al Comitato di risoluzione unico che una banca è in dissesto o a rischio di dissesto; il Comitato decide se sia possibile trovare una soluzione al livello privato o se sia necessario ricorrere alla risoluzione nell'interesse pubblico; il programma di risoluzione entra in vigore entro 24 ore dall'approvazione da parte del Comitato, e nelle 12 ore successive la Commissione europea ha la possibilità di presentare proposte di obiezione al Consiglio dell'Unione europea, che decide entro le successive 12 ore. Ove non siano soddisfatte le condizioni per la risoluzione, la banca sarebbe posta in liquidazione conformemente al diritto nazionale.

Viene poi istituito dalla direttiva 2014/59/UE un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, che ha introdotto strumenti di preparazione e prevenzione delle crisi attraverso la predisposizione, da parte di tutte le banche europee, di piani di risanamento aggiornati su base annuale; l'individuazione, da parte delle Autorità nazionali di risoluzione, di specifici piani per ciascuna banca; l'elaborazione di norme tecniche vincolanti, orientamenti e relazioni

⁴ Cfr. B. Brancoli Busdraghi, *Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, 3, 461 ss.; M. Lamandini - R. D'Ambrosio, *La «prima volta» del Tribunale dell'Unione europea in materia di Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Giur. comm.*, 2017, 4, II, 594 ss.

⁵ Cfr. S. Antoniazzi, *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 2, 359 ss.

⁶ Cfr. A. de Aldisio, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, in *Banca impr. soc.*, 2015, 3, 391 ss.

da parte dell'autorità bancaria europea⁷. Si prevede, in particolare, l'istituzione di un Fondo di risoluzione nazionale *ex ante*, da utilizzare in caso di fallimento bancario. La direttiva europea ha quindi previsto strumenti di intervento precoce, attribuendo alle autorità nazionali di risoluzione un potere di intervento prima che la situazione di una banca si deteriori irreparabilmente: nel dettaglio, esse possono chiedere l'attuazione di riforme urgenti; sollecitare l'elaborazione di un piano per la ristrutturazione del debito con i propri creditori; intervenire nella gestione della banca e nominare amministratori straordinari o temporanei. Infine, nell'ambito dei poteri di risoluzione della banca in crisi, le autorità nazionali dispongono di strumenti significativi di intervento, quali la vendita di una parte dell'attività; l'istituzione di un ente-ponte a cui trasferire temporaneamente le attività sane; la separazione delle attività sane da quelle deteriorate; la conversione del debito in azioni o la sua svalutazione, in modo che le perdite siano imputate agli azionisti e ai creditori della banca e non ai contribuenti (*bail in*)⁸. Anche in tale ultimo caso, i depositi di cittadini e piccole e medie imprese fino a 100.000 euro sono esenti da perdite e protetti dal sistema di garanzia dei depositi. La trasposizione nel diritto nazionale è intervenuta con i decreti legislativi n. 181 del 16 novembre 2015 e n. 180 del 16 novembre 2015, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 114 del 2015 (Legge di delegazione europea 2014).

In tale nuovo quadro ordinamentale di matrice europea, per molti versi complesso e di difficile applicazione nei singoli Paesi membri, dovendosi rapportare con discipline nazionali in materia di gestione delle crisi non uniformate a livello europeo⁹, si inserisce l'adozione da parte del Governo italiano del D.L. n. 237/2016 che, al Capo I, disciplina la concessione della garanzia dello Stato sulle passività delle banche aventi sede legale in Italia (articoli 1-11) e sui finanziamenti erogati discrezionalmente dalla Banca d'Italia alle banche italiane per fronteggiare gravi crisi di liquidità (*emergency liquidity assistance*). La garanzia può essere concessa dal Ministero dell'economia e delle finanze nel rispetto della disciplina europea in materia di aiuti di Stato, sulla base di una decisione positiva della Commissione europea sul regime di concessione della garanzia o, nel caso la banca beneficiaria soffra di una carenza di capitale, sulla notifica individuale. Per accedere alla garanzia gli strumenti di debito devono essere emessi successivamente all'entrata in vigore del decreto-legge, con durata residua non inferiore a tre mesi e non superiore a cinque anni (o a sette anni per le obbligazioni bancarie garantite), e rimborso del capitale in un'unica soluzione a scadenza; essi inoltre devono essere a tasso fisso, in euro, senza clausole di subordinazione nel rimborso del capitale e nel pagamento degli interessi, non devono essere titoli strutturati o prodotti complessi né incorporare una componente derivata. L'ammontare delle garanzie è limitato a quanto strettamente necessario per ripristinare la capacità di finanziamento a medio-lungo termine delle banche beneficiarie; l'ammontare massimo delle operazioni di ciascuna banca non può eccedere, di norma, i fondi propri a fini di vigilanza. L'autorità di vigilanza deve verificare il rispetto dei requisiti di fondi propri

⁷ In tema v. D. Rossano, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Torino, 2017; E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Torino, 2017.

⁸ Cfr. A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 5, I, 587 ss.; D. Rossano, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail in e la sua concreta applicazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, 3, Suppl., 269 ss.

⁹ Cfr. F. Capriglione, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, 2, I, 102 ss.

e l'inesistenza di carenze di capitale evidenziate nell'ambito di prove di stress. La garanzia può essere concessa anche a favore di una banca che non rispetta tali requisiti, se la banca ha urgente bisogno di sostegno della liquidità ovvero a favore di una banca in risoluzione o di un ente-ponte a seguito di notifica individuale alla Commissione. La garanzia dello Stato è onerosa, incondizionata, irrevocabile e a prima richiesta e copre il capitale e gli interessi; il valore nominale degli strumenti finanziari con durata superiore ai 3 anni sui quali può essere prestata la garanzia non può eccedere un terzo del valore nominale totale degli strumenti finanziari emessi dalla banca; sono escluse dalla garanzia le passività computabili nei fondi propri a fini di vigilanza. Il corrispettivo per la garanzia è determinato caso per caso sulla base della valutazione del rischio di ciascuna operazione, in linea con le comunicazioni della Commissione europea in materia. La richiesta della garanzia è presentata secondo un modello predisposto dal Dipartimento del Tesoro, il quale la concede sulla base di una valutazione positiva della Banca d'Italia. A specifiche condizioni, la banca è tenuta a presentare un piano di ristrutturazione per confermare la redditività e la capacità di raccolta a lungo termine senza ricorso al sostegno pubblico, da sottoporre alla Commissione europea.

Qualora una banca non sia in grado di adempiere all'obbligazione garantita, dovrà inviare entro 30 giorni dalla scadenza una richiesta motivata alla Banca d'Italia e al Tesoro, il quale provvederà al pagamento. La banca rimborsa le somme pagate dallo Stato con l'applicazione di interessi al tasso legale e, contestualmente, deve presentare un piano di ristrutturazione da sottoporre alla Commissione europea.

Già con il decreto-legge n. 18 del 2016 era stato adottato un primo intervento di sostegno al settore bancario, che ha recepito l'accordo raggiunto con la Commissione Europea sul meccanismo per smaltire i crediti in sofferenza presenti nei bilanci bancari, da attuare mediante la concessione di garanzie dello Stato nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione che abbiano come sottostante crediti in sofferenza (Garanzia cartolarizzazione crediti in sofferenza – GACS). In tali casi la garanzia pubblica è volta a facilitare il finanziamento delle operazioni di cessione delle sofferenze per liberare risorse da destinare al finanziamento del sistema produttivo. Le garanzie possono essere chieste dalle banche che cartolarizzano e cedono i crediti in sofferenza, a fronte del pagamento di una commissione periodica al Tesoro, calcolata come percentuale annua sull'ammontare garantito; il prezzo della garanzia deve essere di mercato, come anche ribadito dalla Commissione europea al fine di non dar configurare aiuti di Stato; il prezzo della garanzia deve, inoltre, essere crescente nel tempo, allo scopo di tener conto dei maggiori rischi connessi a una maggiore durata dei titoli e di introdurre nel meccanismo un incentivo a recuperare velocemente i crediti. Al fine del rilascio della garanzia, i titoli devono avere preventivamente ottenuto un rating uguale o superiore all'*investment grade* da un'agenzia di rating indipendente e inclusa nella lista delle agenzie accettate dalla BCE.

Il D.L. n. 237/2016 prevede poi, al Capo II, tutta una serie di interventi di rafforzamento patrimoniale delle banche, autorizzando innanzitutto il Ministero dell'economia e delle finanze a sottoscrivere o acquistare azioni di banche italiane, appartenenti o meno a un gruppo bancario, o di società italiane capogruppo di gruppi bancari che presentano esigenze di rafforzamento del proprio patrimonio, in relazione a una prova di stress basata su uno scenario avverso e condotta a livello nazionale, dell'Unione europea o del Meccanismo Unico di Risoluzione. Le banche o le società capogruppo interessate possono chiedere l'intervento dello Stato per il rafforzamento

patrimoniale, dopo aver sottoposto all'autorità competente un programma di rafforzamento patrimoniale; ove l'attuazione del programma sia ritenuta insufficiente a conseguire l'obiettivo di rafforzamento patrimoniale, è possibile avanzare la richiesta di intervento dello Stato. Il piano di ristrutturazione e le sue eventuali successive variazioni sono notificati alla Commissione europea, ai fini di una decisione sulla compatibilità delle misure con le norme in tema di aiuti di Stato. Dopo che intervenga la valutazione positiva della Commissione europea, con provvedimento del Ministro dell'economia e delle finanze sono adottate le misure di *burden sharing*, *i.e.* di riparto degli oneri del risanamento tra obbligazionisti ed azionisti, nonché l'aumento di capitale delle banche interessate e la sottoscrizione o l'acquisto delle azioni da parte del Ministero. Ovviamente, l'adozione dei predetti provvedimenti è subordinata all'assenza delle condizioni per avviare la risoluzione degli istituti interessati, nonché all'assenza dei presupposti che danno luogo alla conversione forzosa di azioni, partecipazioni e altri strumenti di capitale. Al riguardo, si ricorda che l'art. 32, par. 4, lett. *d*), della direttiva BRRD consente, per evitare o porre rimedio a una grave perturbazione dell'economia e preservare la stabilità finanziaria, di erogare un sostegno finanziario pubblico straordinario a una banca, senza che ciò comporti il dissesto e la conseguente risoluzione della medesima, purché ciò avvenga a specifiche condizioni (contenute anche all'art. 18, par. 4, lett. *d*), del Regolamento n. 806/2014, come recepite dall'art. 18 del d.lgs. n. 180 del 2015). Il sostegno pubblico può essere erogato anche mediante la sottoscrizione di fondi propri o l'acquisto di strumenti di capitale effettuati a prezzi e condizioni che non conferiscono un vantaggio alla banca, se al momento della sottoscrizione o dell'acquisto non ricorrono i presupposti per il dissesto o per la riduzione o la conversione degli strumenti finanziari. La sottoscrizione deve essere effettuata unicamente per far fronte a carenze di capitale evidenziate nell'ambito di *stress test*. Inoltre, le norme del d.lgs. n. 180 del 2015 (art. 18, comma 1, lett. *b*)) precisano che il sostegno finanziario pubblico straordinario deve essere erogato previa approvazione ai sensi della disciplina sugli aiuti di Stato ed è riservato a banche con patrimonio netto positivo; è adottato su base cautelativa e temporanea, in misura proporzionale alla perturbazione dell'economia, e non deve essere utilizzato per coprire perdite che la banca ha registrato o verosimilmente registrerà nel prossimo futuro.

In sede di prima attuazione di tali disposizioni, si può qui ricordare che il 29 luglio 2016 sono stati pubblicati i risultati dello stress test delle maggiori banche europee, fra cui le principali cinque italiane (UniCredit, Intesa Sanpaolo, Banca Monte dei Paschi di Siena, Banco Popolare e UBI Banca) condotti dall'Autorità Bancaria Europea (EBA), in collaborazione con la BCE e le autorità di vigilanza nazionali¹⁰. Tale *stress test* ha ipotizzato per ciascun paese due scenari: uno di base (*baseline*), ripreso dalle previsioni della Commissione europea formulate nell'autunno 2015, e uno avverso (*adverse*); la simulazione è stata condotta a partire dai dati di bilancio delle banche di fine 2015. Nello scenario avverso sono stati ipotizzati alcuni eventi negativi (ad esempio, caduta del PIL reale nel triennio 2016-18 di quasi sei punti percentuali; aumento nel triennio del rendimento dei titoli di Stato italiani a lungo termine di circa 100 punti base). Ad esito degli stress test, quattro delle cinque principali banche italiane comprese nel campione EBA hanno mostrato una buona tenuta. Per queste banche (UniCredit, Intesa Sanpaolo, Banco Popolare e UBI Banca) l'impatto ponderato sul capitale (CET1) derivante dallo scenario avverso è stato pari a 3,2 punti percentuali a

¹⁰ Cfr. F. Capriglione, *Gli stress test delle banche europee: una tempesta prima di un "nuovo ordine" del mercato finanziario. Il caso Italia*, in *Contr. impr.*, 2015, 1, 43 ss.

fronte del 3,8 per cento della media del campione EBA. Comprendendo anche il Monte dei Paschi, l'impatto sarebbe stato, in termini ponderati, di 4,1 punti percentuali. Il Monte dei Paschi di Siena, che ha superato il test nello scenario di base, ha invece mostrato nello scenario avverso un risultato negativo. Il Consiglio di amministrazione del Monte dei Paschi ha deliberato a fine luglio 2016 un piano che prevede la cessione dell'intero portafoglio di crediti in sofferenza e un aumento di capitale fino a 5 miliardi, che consente di incrementare significativamente gli accantonamenti sui restanti crediti deteriorati. Per effetto di tale operazione, la banca intende detenere prestiti deteriorati – ma non in sofferenza – in linea con quelli medi del sistema bancario italiano. La Banca ha dunque comunicato al mercato la volontà di procedere al rafforzamento di capitale, per complessivi 5 miliardi, il 25 ottobre 2016 (operazione autorizzata il 23 novembre dalla Banca Centrale Europea e da Banca d'Italia per quanto di competenza). Preso atto, tuttavia, dell'impossibilità di reperire sul mercato tale cifra, il 23 dicembre 2016 MPS ha inviato alla BCE un'istanza di sostegno finanziario straordinario e temporaneo per l'accesso alla misura della ricapitalizzazione precauzionale e ha inviato alla Banca d'Italia e al Ministero dell'economia e delle finanze un'istanza per l'ammissione alla garanzia dello Stato di cui all'art. 7 del D.L. 237/2016, per ottenere la possibilità di emettere ulteriori passività garantite dallo Stato.

2. Il diniego di accesso ai dati relativi ai “grandi” debitori delle banche che hanno usufruito di fondi statali di cui al D.L. n. 237/2016

In tale contesto, il giudice amministrativo ha, di recente, rigettato il ricorso presentato dall'associazione di tutela dei consumatori Codacons per l'annullamento del provvedimento della Banca d'Italia n. 207520/17 del 16 febbraio 2017 con cui è stata comunicata la reiezione dell'istanza di accesso agli atti presentata dallo stesso Codacons concernente gli “atti e/o documenti relativi all'identità dei debitori dei principali istituti bancari italiani che hanno usufruito in qualsiasi modo di fondi statali di cui al D.L. n. 237 del 23 dicembre 2016”¹¹.

Secondo il Codacons, i dati richiesti sarebbero stati necessari per corroborare, sul piano probatorio, le varie iniziative giudiziarie che l'associazione ha intrapreso per tutelare la posizione di tutti coloro che sono risultati danneggiati dalla grave crisi del settore creditizio¹². Nella specie, la richiesta nasceva a seguito dell'approvazione del D.L. 237/2016 per il salvataggio degli istituti creditizi in grave difficoltà, circa il fatto che soggetti debitori di cifre consistenti non avrebbero onorato tali debiti contribuendo in modo rilevante al dissesto delle banche in questione, manifestandosi l'interesse a ricorrere sia come associazione di consumatori sia come azionista della banca Monte dei Paschi di Siena.

¹¹ T.A.R. Lazio, Sez. II-bis, 31 maggio – 27 luglio 2017, n. 9023 (Pres. Stanizzi, rel. De Carlo) – Codacons (Avv.ti Rienzi e Giuliano) – Banca d'Italia (Avv.ti Capolino, Marcucci, La Licata) – Ministero dell'economia e delle finanze – Commissione Nazionale per la società e la Borsa – Associazione Bancaria Italiana (Avv. Morbidelli) – Nuova Banca dell'Etruria e del Lazio S.p.A. (Avv.ti Perfetti, Rumi, Romanelli, Merola).

¹² Sulla legittimazione all'accesso v., in generale, M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Milano, 2000, 2 ss.; Gallo-Foà, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2000, 3 ss.; S. Baccarini, *Posizione giuridico-soggettiva dell'aspirante all'accesso amministrativo: natura giuridica e implicazioni applicative*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, 1034 ss.

Il giudice amministrativo respinge la richiesta di accesso del Codacons ai dati relativi ai “grandi” debitori delle banche che hanno usufruito di fondi statali di cui al D.L. n. 237/2016 nei termini sopra esposti, sulla base di una serie di motivazioni oramai tradizionali in materia di diniego del diritto di accesso in ambito bancario e finanziario.

Innanzitutto, il giudice ritiene che la richiesta sia estremamente generica e, quindi, inammissibile per il suo carattere di indeterminatezza, ove non integrata da ulteriori specificazioni. Non si ritiene dimostrato l'interesse a supporto della richiesta, sulla base dell'affermazione secondo cui sono in corso una serie di cause a tutela dei risparmiatori, lesi dalle vicende delle banche ricomprese nel provvedimento di cui al D.L. n. 237/2016¹³.

In particolare, l'indeterminatezza della richiesta discende dall'utilizzo della nozione di “grandi debitori” alla quale non corrisponde nell'ordinamento una definizione legale cui fare riferimento in modo univoco, essendo impossibile attribuire un preciso significato normativo a tale espressione.

Un ulteriore motivo legittimo di diniego consiste nel fatto che, per corrispondere alla richiesta di accesso, sarebbe necessaria un'inammissibile attività di elaborazione dei dati da parte della Banca d'Italia, anche qualora i potrebbero essere ricavati dalla Centrale dei rischi o dalle segnalazioni che a fini prudenziali le banche effettuano sulle grandi o sulle maggiori esposizioni. In ogni caso, nelle concretezze si ritiene che la richiesta non avrebbe potuto essere accolta perché la Banca d'Italia non possiede tutti i dati richiesti e avrebbe, invece, dovuto procurarseli richiedendoli alle banche interessate: ciò configurando, quindi, non una mera attività di reperimento di un documento già formato ed in possesso dell'Amministrazione, ma una diversa e ulteriore opera di elaborazione dei dati che, secondo la giurisprudenza costante, non può essere chiesta ai soggetti tenuti a garantire il diritto di accesso¹⁴. Una tale, pacifica ricostruzione risulta, del resto, conforme alla lettera della norma, pure richiamata in sentenza, secondo cui “il diritto di accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti alla stessa data da una pubblica amministrazione nei confronti dell'autorità competente a formare l'atto conclusivo o a detenerlo stabilmente. La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso”¹⁵.

Ancora, il giudice censura la richiesta di accesso anche sotto il profilo dell'interesse concreto e attuale all'accesso, opinando che la lista anche solo dei “grandi debitori insolventi” delle banche in questione non potrebbe aiutare a comprendere le cause effettive della crisi delle banche stesse ovvero aiutare a chiarire le responsabilità dei soggetti coinvolti. Emergerebbe, quindi, il carattere meramente esplorativo della richiesta di accesso che, secondo una giurisprudenza oramai consolidata, concretizzerebbe un potere generalizzato di vigilanza che non può essere attribuito a valere sullo strumento del diritto di accesso, avente altre finalità riconosciute dall'ordinamento.

Un tale arresto risulta conforme alla giurisprudenza formatasi in materia, secondo cui la domanda di accesso ai documenti deve riferirsi a specifici documenti esistenti e

¹³ Per il raffronto con la disciplina dell'accesso ai documenti della Consob v. B. Mattarella, B.G. Mattarella, *Diritto d'accesso e Consob: l'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 3, 263 ss.; B. Argiolas, *La Consob e il segreto d'ufficio*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, 10, 1041 ss.

¹⁴ V., di recente, Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2016, n. 2271.

¹⁵ V. l'art. 2, comma 2, del d.P.R. n. 184 del 2006.

non genericamente a dati, notizie o informazioni, non potendo comportare la necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta, poiché l'ostensione degli atti non può costituire uno strumento di controllo generalizzato sull'operato della Pubblica amministrazione nei cui confronti l'accesso viene esercitato¹⁶: ciò a maggior ragione se si pone mente al fatto che lo stesso onere della prova anche dell'esistenza dei documenti in relazione ai quali si lamenta il diniego di accesso incombe, ovviamente, sulla parte che agisce in giudizio¹⁷.

Un tale potere di controllo generalizzato sull'attività delle pubbliche amministrazioni non può, del resto, attribuirsi neanche ad associazioni di tutela dei consumatori, poiché – si sottolinea - la titolarità di interessi diffusi attribuisce il diritto alla conoscenza di atti che incidono in via immediata sugli interessi dei consumatori, e non a quelli che incidono in via meramente ipotetica e riflessa¹⁸. I dati di cui si richiede l'accesso potrebbero, invero, ben assumere rilievo nell'ambito di una più complessiva attività di indagine finalizzata ad accertare eventuali responsabilità in ordine alla crisi delle banche interessate, dinanzi agli organi appositamente preposti.

3. Segreto d'ufficio ex art. 7 Tub e accesso ex legge n. 241 del 1990

In ogni caso, il motivo dirimente che legittima il diniego dell'accesso ai dati consiste, evidentemente, nell'applicazione della disciplina del segreto d'ufficio che copre anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. n. 385/1993, recante il Testo unico bancario (Tub), tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Banca d'Italia in ragione della sua attività di vigilanza¹⁹. Ragiona correttamente il giudice che, se anche la Banca d'Italia avesse voluto acquisire e rielaborare dati non già nella sua disponibilità, a quel punto sarebbe comunque scattato il divieto di cui al citato art. 7 Tub, in quanto i dati sarebbero stati acquisiti nell'ambito di un'attività di vigilanza²⁰.

¹⁶ Cfr. F. Ferrara, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi ed il limite del controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione: il caso dei risultati scolastici*, in *Foro amm.* - CDS, I, 2011, 300 ss.

¹⁷ Cfr. Cons. St., Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1663.

¹⁸ Ciò a prescindere dalle diverse tesi ricostruttive del diritto di accesso in termini di interesse legittimo (per cui v. C. Cacciavillani, *Il diritto di accesso è un interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 148 ss.; A. Police, *Riflessi processuali della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 461 ss.; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, 2000) ovvero in termini di diritto soggettivo (per cui v. M. Clarich, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1996, 430; F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 257 ss.).

¹⁹ Per cui v. il commento di G. Montedoro, *Art. 7*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Padova, 2001, 57 ss.; S. Mezzacapo, *Art. 7*, in Porzio-Belli-Losappio-Rispoli Farina-Santoro (a cura di), *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010, 67 ss. Sulle diverse tipologie di segreto v. G. Arena, *Il segreto amministrativo. Profili teorici*, Padova, 1984, 181 ss.

²⁰ In generale, sul rapporto tra segreto bancario e diritto di accesso v. T.a.r. Veneto, Sez. I, 5 marzo 1997, n. 818. Sulla diversa questione della tutela della riservatezza degli interessi epistolari, industriali e professionali, si può ricordare come questa sia destinata a soggiacere al diritto di accesso in caso di necessità dei documenti per tutelare gli interessi giuridicamente rilevanti del richiedente l'accesso. Con riguardo al segreto industriale, in una prima fase il coordinamento tra accesso e segreto

Al riguardo, va osservato come una disciplina più puntuale in materia di diritto di accesso è quella relativa agli atti della Banca centrale europea, destinata ad acquistare sempre maggiore rilevanza, considerata la dimensione oramai sovranazionale e multilivello dell'esercizio della funzione di vigilanza bancaria²¹. Secondo l'art. 4 della Decisione della Banca centrale europea relativa all'accesso del pubblico ai documenti della Banca centrale europea (BCE/2004/3)²², è consentito alla BCE di rifiutare l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: a) l'interesse pubblico, in ordine: - alla riservatezza delle riunioni degli organi decisionali della BCE, del Consiglio di vigilanza o di altri organi istituiti ai sensi del regolamento (UE) n. 1024/2013; - alla politica finanziaria, monetaria o economica dell'Unione o di uno Stato membro; - alla contabilità della BCE o delle BCN; - alla tutela dell'integrità delle banconote in euro; - alla sicurezza pubblica; - alle relazioni finanziarie, monetarie o economiche internazionali; - alla stabilità del sistema finanziario nell'Unione o in uno Stato membro; - alla politica dell'Unione o di uno Stato membro relativa alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie; - la finalità delle ispezioni di vigilanza; - la solidità e la sicurezza delle infrastrutture del mercato finanziario, degli schemi di pagamento o dei prestatori di servizi di pagamento; b) la vita privata e l'integrità dell'individuo, in particolare nel rispetto della legislazione dell'Unione sulla protezione dei dati personali; c) la riservatezza delle informazioni, tutelata come tale dal diritto dell'Unione. La BCE rifiuta l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: - gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale; - i procedimenti giudiziari e la consulenza legale; - gli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile; tutto ciò a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione.

Per quanto concerne i documenti di terzi, la BCE è tenuta poi a consultare il terzo interessato al fine di valutare se sia applicabile una delle citate eccezioni, a meno che sia chiaro che il documento debba o non debba essere divulgato. Per quanto attiene alle richieste di accesso ai documenti del Comitato europeo per il rischio sistemico, si applica la decisione CERS/2011/5 del Comitato europeo per il rischio sistemico, del 3 giugno 2011, relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Comitato europeo per il rischio sistemico, adottata sulla base dell'art. 7 del regolamento (UE) n. 1096/2010 del Consiglio, del 17 novembre 2010, che conferisce alla Banca centrale europea compiti specifici riguardanti il funzionamento di tale Comitato. Non mancano, ovviamente, gli spazi interpretativi, potendosi ricordare come la giurisprudenza

industriale è stato garantito attraverso la mera visione degli atti e non l'estrazione di copie (T.a.r. Lazio, sez. III, 7 agosto 1998, n. 1968); successivamente, i giudici hanno escluso che i documenti richiesti rientrassero tra quelli segreti, in quanto non riguardanti ritrovati tecnici o conoscenze che l'imprenditore usa in modo esclusivo e segreto (T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 18 febbraio 2003, n. 210) oppure riguardanti il "know how" aziendale o scoperte scientifiche (T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 6 giugno 2007, n. 1473).

²¹ Cfr. Guarracino, *Supervisione bancaria europea. Sistema delle fonti e modelli teorici*, Padova, 2012; Mancini, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 73, Banca d'Italia, 2013, 31 ss.; Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca Centrale Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, 1513 ss.; D'Ambrosio, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 78, Banca d'Italia, 2015, 75 ss.; Giglioni, *The European Banking Union as a new Model of Administrative Integration?*, in Chiti-Vesperini, *The Administrative Architecture of Financial Integration*, Bologna, 2015, 125 ss.

²² Pubblicata nella G.U.U.E. 18 marzo 2004, n. L 80.

comunitaria abbia potuto sindacare quando la divulgazione di un documento della BCE arrechi pregiudizio alla tutela dell'interesse pubblico²³. La sentenza del giudice amministrativo precisa, inoltre, come la stessa disciplina del segreto d'ufficio prevista dall'art. 7 Tub valga ad escludere la possibilità di ricorrere al diverso istituto dell'accesso civico²⁴, poiché l'art. 5-*bis* del D.lgs. n. 33/2013, introdotto dal D.lgs. n. 97/2016, prevede espressamente che il cosiddetto accesso civico generalizzato a dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni sia escluso nei casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge.

Pertanto, se è certamente vero che con l'art. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 di riordino della disciplina sugli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni delle pubbliche amministrazioni il principio della trasparenza amministrativa ha subito una «mutazione genetica»²⁵, assumendo una diversa e più ampia configurazione²⁶ e traducendosi nel diritto per tutti i cittadini di avere accesso diretto all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni, quale strumento fondamentale per alimentare il rapporto di fiducia tra Pubblica amministrazione e cittadini²⁷ e promuovere il principio di legalità²⁸, tutto ciò recede nei casi di divieto espresso di divulgazione stabilito dall'ordinamento.

Un tale arresto del giudice amministrativo, pure condivisibile poiché in applicazione letterale della legge, si inserisce tuttavia in un quadro evolutivo della più recente giurisprudenza amministrativa²⁹ che tende a "superare", in qualche modo, le regole del diritto di accesso agli atti amministrativi poste dalla legge n. 241 del 1990 per riconoscere alla richiesta di accesso, in determinati casi, l'attitudine di costringere la pubblica amministrazione a tradurre in un documento non ancora esistente le risultanze di una operazione semplice di mera "verificazione", non inseribile, concettualmente, quale atto endoprocedimentale, all'interno di un vero e proprio

²³ Cfr. Chiti-Screpanti, *Accesso ai documenti della Banca Centrale Europea*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 2, 179. Il caso riguardava una giornalista di Bloomberg News che aveva chiesto alla BCE l'accesso a due documenti sulla situazione in Grecia. La BCE respingeva la richiesta ritenendo che la tutela della politica economica dell'Unione europea e della Grecia impedisse l'accesso ai documenti. Il giudice europeo considera legittimo il rifiuto opposto dalla BCE, escludendo, anzitutto, che vi sia un "interesse pubblico superiore" che giustifica la divulgazione dei documenti: infatti, come si è visto, quando la divulgazione di un documento arreca pregiudizio all'interesse pubblico, la BCE è tenuta a rifiutare l'accesso. Il giudice, in quell'occasione, ha quindi ritenuto che la BCE non abbia commesso un errore manifesto di valutazione nel considerare che la divulgazione del documento avrebbe arrecato un pregiudizio effettivo e concreto all'interesse pubblico per quanto riguarda la politica economica dell'Unione e della Grecia, poiché la loro divulgazione, avrebbe presentato un rischio importante e grave di ingannare fortemente il pubblico e i mercati finanziari, con possibili conseguenze negative sull'accesso ai mercati finanziari da parte della Grecia.

²⁴ Su tale istituto di recente introduzione nell'ordinamento v. S. Usai, *Inammissibilità dell'accesso civico per gli atti del procedimento d'appalto*, in *Urb. app.*, 2015, 3, 334 ss.

²⁵ Così F. Patroni Griffi, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2013, 3.

²⁶ Sulla trasparenza amministrativa quale strumento di controllo dell'esercizio del potere amministrativo da parte della società civile v. G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5948 ss.; C. Colapietro, *Dal "potere invisibile" al governo del "potere visibile"*, in Id. (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, XV ss.

²⁷ Cfr. R. Garofoli, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 30 marzo 2013.

²⁸ Anche in funzione di prevenzione della corruzione: cfr. B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 123 ss.

²⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 15 marzo 2016, n. 3287.

procedimento tecnico di rilevazione e monitoraggio, permettendo l'accesso alle informazioni in possesso dell'Amministrazione³⁰: di modo che sembrerebbe assottigliarsi la linea di confine tra l'accesso civico, che prevede l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere noti i documenti, le informazioni o i dati, attribuendo allo stesso tempo il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione, e l'istituto disciplinato dalla legge n. 241 del 1990³¹. Un tale orientamento porta a riflettere, più in generale, anche sull'opportunità del perdurare di un sistema differenziato relativamente alla legittimazione soggettiva del richiedente e alla necessità della presentazione di un'istanza circostanziata, quale presupposto di ammissibilità della stessa nel caso dell'accesso ai documenti di cui alla legge n. 241 del 1990: ciò, a maggior ragione, dopo l'introduzione del *Freedom of Information Act* (FOIA) che consente al cittadino di accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione senza motivazione³².

4. Alcune prime considerazioni

Se le argomentazioni utilizzate dal giudice amministrativo in tale circostanza appaiono, in sostanza, congrue e conferenti con la giurisprudenza fin qui formatasi in tema di diritto di accesso ai dati e alle informazioni in possesso della Banca d'Italia in ragione della sua attività di vigilanza, certamente una riflessione va compiuta in ordine alla trasparenza dei beneficiari finali degli aiuti pubblici alle banche in crisi³³: ciò, anche considerando che la riforma della regolamentazione avvenuta in tale materia a livello europeo si è basata proprio sul divieto di oneri per i *taxpayers* in caso di salvataggi bancari, anche per evitare rischi di *moral hazard* da parte degli organi di gestione delle stesse banche in difficoltà³⁴.

Pertanto, pur dovendosi perseguire l'esigenza di salvaguardare il segreto d'ufficio in capo all'attività di vigilanza dell'Autorità di controllo, nondimeno si potrebbe pensare a una qualche forma di "rendicontazione" (ulteriore rispetto a quelle già previste) delle risorse pubbliche che vengono impiegate, in via eccezionale, per sovvenire al rischio di fallimento di intermediari bancari in stato di crisi.

³⁰ Cfr. E. Tedeschi, *Il diritto di accesso: il nuovo dovere di collaborazione della pubblica amministrazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 6, 805.

³¹ Sulle differenze fra i due istituti dell'accesso civico e del diritto di accesso nel procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 1990 v. Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515.

³² Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 22 giugno 2011, n. 1621; Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5226; Cons. Stato, Sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4209.

³³ In tema v., di recente, D. Rossano, *Gli aiuti di Stato alle banche e le ritrattazioni della Commissione: tra distorsioni della concorrenza e (in)stabilità finanziaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 1, II, 1 ss.; B. Raganelli, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 6, 773 ss.; M. Clarich, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, 2017, 5, I, 702 ss.

³⁴ Cfr. A. Franklin - I. Goldstein - E. Carletti - A. Leonello, *Moral Hazard and Government Guarantees in the Banking Industry*, in *Journal of Financial Regulation*, 2015, 1, 30 ss.; M. Ruiz Muñoz, *A propósito de la crisis financiera: sobre la confianza, el exceso de confianza y la desconfianza en el mundo de los negocios (moral hazard y too big to fail)*, in *Rev. Derecho Mercantil*, 2015, 295, 511 ss.; P.G. Brierley, *Ending Too-Big-To-Fail: Progress Since the Crisis, the Importance of Loss-Absorbing Capacity and the UK Approach to Resolution*, in *European Business Organization Law Review*, 2017, 3, 457 ss.

