



Corte II
B-3771/2012

Sentenza del 12 marzo 2013

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Ronald Flury, Philippe Weissenberger, Jean-Luc Baechler,
Eva Schneeberger,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

X. _____,
patrocinato dall'avv. Andrea Ferrazzini,
ricorrente,

contro

Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari
FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Berna,
autorità inferiore.

Oggetto

Procedura di liquidazione nel fallimento di Y. _____ SA in
liquidazione;
ricorso contro la decisione del 7 giugno 2012 concernente
atti di realizzazione.

Fatti:**A.**

Con decisione del 21 dicembre 2009 l'Autorità di vigilanza sui mercati finanziari FINMA ha, tra l'altro, pronunciato il fallimento di Y. _____ SA, nominando quale liquidatrice del fallimento A. _____ SA.

Con scritto del 15 febbraio 2010 X. _____ ha insinuato un credito di fr. 107'934.30, importo a suo dire dovutogli dalla fallita a titolo di salario per i mesi di novembre e dicembre 2009.

Con decisione del 17 maggio 2010 la FINMA ha nominato quale nuova liquidatrice del fallimento la B. _____ SA.

In data 9 luglio 2010 X. _____ ha notificato alla liquidatrice ulteriori crediti sorti dopo il 21 dicembre 2009 nei confronti della massa fallimentare per complessivi fr. 315'169.– a titolo di stipendio (fr. 215'869.–) e di pigione (fr. 99'300.–).

Con circolare informativa n. 2 del 7 giugno 2011, la liquidatrice del fallimento ha segnalato ai creditori del fallimento che la massa fallimentare non dispone più di averi per coprire le spese di liquidazione, comunicando che la liquidazione potrà essere portata a termine solo se un anticipo di fr. 2'000'000.– sarà versato entro il 22 giugno 2011 e che, in caso contrario, la FINMA avrebbe avocato a sé il procedimento "al solo scopo del pagamento del capitale garantito".

Il 9 marzo 2012 la FINMA, nel frattempo subentrata alla B. _____ SA quale liquidatrice del fallimento, ha emesso la circolare informativa n. 3, comunicando ai creditori che tutti gli attivi, fatta eccezione per una pretesa litigiosa di circa USD 8 mio nei confronti di C. _____ SA, sono colpiti da sequestro penale, e che vi è ragione di presumere che anche il credito appena menzionato divenga oggetto di un simile provvedimento non appena il relativo contenzioso civile pendente in (*luogo*) sarà concluso. Oltracciò, in tale circolare la FINMA ha informato i creditori che la pretesa della massa nei confronti di C. _____ SA era stata rivendicata da un terzo (D. _____ SA) e che D. _____ SA avrebbe sottoposto alla FINMA una proposta di componimento bonale della vertenza, indicando che l'accordo prevedrebbe il ritiro della causa e l'attribuzione alla massa del 50% del valore della pretesa (USD 4.2 mio) e che D. _____ SA rimarrebbe creditrice di tale somma nei confronti della massa in qualità di cliente. La FINMA ha indicato di ritenere di dover accettare tale offerta e posto in vendita la pretesa litigiosa qualora uno o più creditori fossero contrari alla proposta di transazione, invitandoli ad annunciarsi al liquidatore del fallimento entro il 2 aprile 2012. La FINMA ha poi segnalato di rinunciare a far valere pretese di responsabilità nei confronti dei fondatori, degli organi di gestione, di

vigilanza e di controllo, dei dirigenti come anche della società di audit, assegnando ai creditori un termine scadente il 2 aprile 2012 per chiedere un'eventuale cessione di tali pretese a norma dell'art. 260 della legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento (LEF, RS 281.1). Essa ha inoltre precisato che "allo stato attuale delle cose non è previsto un allestimento della graduatoria e dunque un riconoscimento delle pretese".

Con scritto del 16 marzo 2012 X._____ ha richiesto il ritiro della cessione almeno fino all'avvenuto accertamento degli attivi e passivi della fallita da parte di un liquidatore vero e proprio, e, in via subordinata, l'emanazione di una decisione impugnabile a norma dell'art. 7 cpv. 3 dell'Ordinanza FINMA del 30 giugno 2005 sul fallimento bancario (OFB-FINMA, citata integralmente al consid. 1.4.3.1).

Con ulteriore scritto del 28 marzo 2012 X._____ ha confermato la sua opposizione agli atti di liquidazione ventilati dalla FINMA e reiterato la sua richiesta di emanazione di una decisione formale al riguardo, nonché proposto la cessione a sé stesso delle pretese di responsabilità qualora le contestate misure di cui alla circolare informativa n. 3 dovessero essere confermate.

Con scritto del 5 aprile 2012 la FINMA ha tra l'altro assegnato un termine ad X._____ per inoltrare formale richiesta motivata, anche dal punto di vista della legittimazione, in merito alla richiesta di cessione delle pretese, nonché per versare un anticipo dei costi di fr. 3'000.-. Con scritto del 19 aprile 2012 X._____ ha fatto fronte a tali richieste.

Con decisione del 7 giugno 2012 la FINMA non è entrata in materia sulla richiesta di X._____. In sostanza, la FINMA ritiene che il richiedente non abbia la qualità di creditore ai sensi dell'art. 7 cpv. 3 OFB-FINMA, né abbia dimostrato di avere un interesse degno di protezione ad evitare che la pretesa venga messa in cessione, concludendo che il suo comportamento, volto ad impedire e a rallentare la procedura di fallimento, rappresenti un abuso di diritto. Inoltre la FINMA evidenzia che nell'ambito della richiesta di una decisione impugnabile è ammissibile solo la censura dell'illiceità dell'atto di realizzazione, mentre il richiedente si limiterebbe a sostenere l'inadeguatezza di un simile atto. Infine la FINMA osserva che la cessione di pretese non potrebbe nemmeno costituire un atto di realizzazione. Anche nell'eventualità di un'entrata nel merito della richiesta, la situazione, a mente della FINMA, non muterebbe, in quanto, vista la probabilità che la massa non disponga di attivi sufficienti, la FINMA non potrebbe che sospendere la procedura.

B.

Contro la decisione del 7 giugno 2012, X._____ è insorto al Tribunale amministrativo federale con ricorso del 16 luglio 2012, postulando, previa concessione dell'effetto sospensivo, che sia accertata l'incompetenza della FINMA a fungere da liquidatrice del fallimento di Y._____ SA e la nullità della decisione impugnata e di ogni atto di liquidazione messo in atto dalla FINMA, segnatamente la contestata cessione delle pretese di responsabilità. In via subordinata, egli domanda di riformare la decisione impugnata nel senso che la cessione di pretese potrà essere disposta unicamente dopo il deposito della graduatoria oppure, in via ancora più subordinata, di accertare il suo diritto di chiedere la cessione delle pretese di responsabilità a sé stesso, ad eccezione delle pretese o azioni di responsabilità dirette nei suoi confronti. In sostanza il ricorrente lamenta la mancanza di una base legale secondo cui la FINMA può sostituirsi alla liquidatrice da lei nominata ed occuparsi in prima persona della liquidazione del fallimento. A suo dire, la FINMA non può fungere nel contempo da liquidatrice e da autorità di vigilanza di sé stessa. In secondo luogo il ricorrente censura l'assenza dei presupposti formali dell'art. 260 LEF, in quanto la FINMA ha rinunciato a far valere le pretese / azioni di responsabilità senza indicare i motivi alla base di tale rinuncia, senza esaminare i crediti insinuati e senza l'allestimento della graduatoria. Ciò avrebbe la conseguenza che, non conoscendo l'ammontare collocato del proprio credito, il creditore non può sapere a favore di quale importo dovrebbe avviare un'azione di responsabilità e gli eventuali cessionari non potranno nemmeno conoscere l'entità del danno patrimoniale della fallita. Infine, il ricorrente sostiene che la cessione di pretese di cui all'art. 260 LEF è un atto di realizzazione, ribadendo la propria qualità di creditore nei confronti della massa e della fallita.

C.

Con decisione incidentale del 19 luglio 2012, il giudice dell'istruzione ha fatto ordine alla FINMA di tralasciare fino alla resa della decisione sull'effetto sospensivo ogni misura che potrebbe pregiudicare gli interessi della massa e l'esito del ricorso nella causa principale.

D.

Nelle sue osservazioni del 3 agosto 2012, la FINMA ha proposto di respingere la domanda di concessione dell'effetto sospensivo.

E.

Con decisione incidentale del 9 agosto 2012, il giudice dell'istruzione ha respinto la richiesta di conferimento dell'effetto sospensivo e ordinato all'autorità inferiore il divieto di compiere qualsiasi atto suscettibile di pregiudicare l'esito del ricorso nella causa principale.

F.

Con osservazioni del 31 agosto 2012 (data d'entrata 3 settembre 2012) l'autorità inferiore chiede, in via principale, di non entrare nel merito del ricorso, e in via subordinata, di rigettarlo, riconfermandosi in sostanza nelle proprie motivazioni.

G.

Con ordinanza del 26 settembre 2012 lo scrivente Tribunale ha trasmesso al ricorrente le osservazioni dell'autorità inferiore, comunicando di non prevedere un ulteriore scambio di scritti.

H.

Il 3 ottobre 2012 il ricorrente ha inoltrato una replica spontanea a cui ha fatto seguito, entro il termine prorogato del 29 ottobre 2012, la duplice dell'autorità inferiore, la quale è stata portata a conoscenza del ricorrente con ordinanza del 2 novembre 2012. In sostanza, le parti si riconfermano nelle loro conclusioni e allegazioni.

I.

Con scritto del 17 dicembre 2012 il ricorrente, rinviando tra l'altro alla decisione incidentale del 9 agosto 2012 concernente le misure cautelari, ha prodotto una copia dello scritto dell'autorità inferiore dell'11 dicembre 2012 con cui quest'ultima gli aveva assegnato un termine scadente il 3 gennaio 2013 per chiedere l'emanazione di una decisione impugnabile circa l'annunciata realizzazione del credito contro C. _____ SA.

J.

Con scritto dell'8 gennaio 2013 l'autorità inferiore ha informato il Tribunale amministrativo federale che l'accordo concluso con D. _____ SA, necessario al componimento bonale del credito contro C. _____ SA, è sottoposto alla condizione sospensiva che, con riferimento all'accordo medesimo, nessun creditore domandi l'emanazione di una decisione impugnabile, che questa non venga impugnata dinanzi al Tribunale amministrativo federale, che a un eventuale ricorso il Tribunale amministrativo federale non conferisca l'effetto sospensivo o ostacoli in altro modo l'esecuzione dell'accordo e che, infine, il Tribunale amministrativo federale confermi la decisione della FINMA, nonché rilevato che il ricorrente entro il termine impartitogli non aveva fatto richiesta di emanare una decisione impugnabile al riguardo. Nel medesimo scritto l'autorità inferiore ha chiesto "che la decisione incidentale del 9 agosto 2012 sia modificata in quanto [...] esiste il rischio concreto che nel caso in cui non si giunga ad un'esecuzione dell'accordo in tempi brevi D. _____ SA perda

interesse alla conclusione dello stesso". Lo scritto in questione è stato portato a conoscenza del ricorrente con ordinanza del 15 gennaio 2013.

K.

Con decisione incidentale del 16 gennaio 2013 lo scrivente Tribunale ha accolto in via superprovvisoria la richiesta dell'autorità inferiore, annullato la decisione incidentale del 9 agosto 2012, nella misura in cui essa era riferita all'esecuzione dell'accordo concluso tra la FINMA e D._____ SA, ed assegnato al ricorrente un termine fino al 22 gennaio 2013 per presentare eventuali osservazioni al riguardo.

L.

Con scritto del 17 gennaio 2013 (data d'entrata: 22 gennaio 2013) il ricorrente ha dichiarato di non opporsi alla modifica della cifra 2 del dispositivo della decisione incidentale del 9 agosto 2012 così come ordinata con decisione incidentale del 16 gennaio 2013, di cui egli condivide le considerazioni.

M.

Con decisione incidentale del 24 gennaio 2013 è stato confermato il parziale annullamento, ordinato in via superprovvisoria, della decisione incidentale del 9 agosto 2012.

Diritto:

1.

Il Tribunale amministrativo federale (TAF) si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sull'ammissibilità dei ricorsi sottopostigli (DTAF 2007/6 consid. 1).

1.1 Di principio, le decisioni rese dalla FINMA sono suscettibili di essere impugnate dinanzi al Tribunale amministrativo federale (cfr. art. 54 cpv. 1 della legge federale del 22 giugno 2007 concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari [LFINMA, RS 956.1]; art. 33 della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale [LTAF, RS 173.32], cfr. anche consid. 1.2).

1.2 In caso di un ricorso – come nell'evenienza – contro una decisione di non entrata nel merito l'autorità di ricorso si limita, secondo la prassi, a esaminare se l'autorità di prime cure ha rifiutato a giusto titolo di entrare nel merito della domanda del ricorrente e quindi negato il sussistere delle condizioni di ammissibilità. In tal senso l'oggetto di lite è limitato dalla decisione di non

entrata nel merito in qualità di oggetto di impugnazione (sentenza del Tribunale federale 4A_330/2008 del 27 gennaio 2010 consid. 2.1; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basilea 2008, n. 2.164). Conformemente a ciò, la parte ricorrente può postulare unicamente che si entri nel merito della sua richiesta, ma non pretendere una decisione di merito (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale A-6030/2011 del 30 luglio 2012, consid. 1.3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 2.164). Un ipotetico accoglimento del ricorso avrebbe quindi come conseguenza l'annullamento della decisione di non entrata nel merito e il rinvio della causa all'autorità inferiore affinché si occupi delle questioni di merito sollevate dal ricorrente.

In concreto l'esame del Tribunale amministrativo federale è quindi – di principio – limitato alla questione di sapere se l'autorità inferiore a giusto titolo non è entrata nel merito delle richieste del ricorrente. A tale riguardo si rammenta che il Tribunale federale in una prassi neanche troppo remota ha riconosciuto che l'esame della questione a sapere se l'autorità inferiore non sia entrata a ragione nel merito di un ricorso deve avvenire d'ufficio indipendentemente dalle conclusioni delle parti (sentenza del Tribunale federale I-215/03 del 7 settembre 2004, consid. 1), mentre secondo la prassi attuale un ricorso volto contro una decisione di inammissibilità dovrebbe di principio contenere la richiesta di rinvio della causa all'autorità inferiore affinché essa si occupi di trattare nel merito le richieste del ricorrente (THOMAS GEISER / PETER MÜNCH / FELIX UHLMANN / PHILIPP GELZER, Prozessieren vor dem Bundesgericht, 3^a ed., Basilea 2011, n. 5.23). Nell'evenienza il ricorrente non ha formulato un *petitum* specifico volto al rinvio della causa all'autorità inferiore affinché essa entri nel merito delle sue richieste, bensì postula in via principale l'accertamento dell'incompetenza della FINMA a fungere da liquidatore e della nullità della decisione impugnata e di ogni atto di realizzazione, in via subordinata propone la riforma della decisione impugnata nel senso di ordinare la cessione di pretese solo dopo il deposito della graduatoria e, in via ancora più subordinata, l'accertamento del suo diritto a chiedere la cessione delle pretese di responsabilità a sé stesso. In un primo momento potrebbe apparire che le conclusioni formulate dal ricorrente si riferiscano e prendano posizione limitatamente all'aspetto materiale del litigio. A ben vedere però le conclusioni formulate in sede di ricorso corrispondono secondo il senso (conclusione principale e subordinata) rispettivamente secondo il contenuto (conclusione in via ancora più subordinata) alle richieste inoltrate in prima istanza volte ad ottenere una decisione impugnabile. Al più tardi dopo aver consultato la motivazione del ricorso emerge che in essa il ricorrente si occupa e si confronta sufficientemente con i motivi che hanno condotto l'autorità inferiore a non entrare nel merito della sua richiesta volta all'ottenimento di una decisione impugnabile. In questo senso occorre pertanto

ritenere che le conclusioni del ricorrente, almeno puntualmente, ma soprattutto la motivazione del suo gravame sono riferite alla questione dell'(in)ammissibilità della sua domanda e con ciò all'oggetto di lite (cfr. sentenza del Tribunale federale 2C_585/2007 del 23 ottobre 2007 consid. 2.1; DTF 118 Ib 134). Secondo la prassi le conclusioni possono risultare anche dalla motivazione contenuta nell'atto di ricorso (cfr. LAURENT MERZ, *in*: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2^a edizione, Basilea 2011, n. 18 *ad* art. 42 LTF con ulteriori riferimenti; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^a ed., Berna 1983, pag. 196 e segg.). Da ciò ne deriva che nell'atto di ricorso, nel suo complesso, può essere considerata inglobata la proposta di rinvio all'autorità inferiore per il trattamento materiale delle richieste del ricorrente. Nella misura in cui nelle conclusioni e nella motivazione del ricorso siano ravvisabili proposte che oltrepassano la questione dell'entrata nel merito e quindi l'oggetto di lite nel presente procedimento, il ricorso si rivela di principio inammissibile (cfr. sentenze del Tribunale amministrativo federale A-7730/2009 del 1 giugno 2010, consid. 1.2 e A-6922/2011 del 30 aprile 2012, consid. 1.2).

Va osservato inoltre che l'autorità inferiore ha ritenuto, nell'evenienza di dover entrare nel merito della richiesta del ricorrente di essere costretta a mettere in cessione le pretese di responsabilità, esprimendosi in questo modo su una questione di merito, per cui la prima conclusione subordinata del ricorrente non può essere a priori definita fuori luogo. Altre considerazioni di merito si trovano nella decisione impugnata (nonché nelle successive comparse dell'autorità inferiore nel presente procedimento) in relazione alla qualità di creditore del ricorrente ed in relazione alla natura giuridica della cessione di pretese. A prescindere dal modo in cui è formulato il dispositivo della decisione impugnata, l'autorità inferiore ha quindi dato adito di non saper distinguere correttamente le questioni formali da quelle di merito. Il ricorrente doveva tener conto che la decisione impugnata avrebbe potuto essere intesa anche come decisione di merito, conformemente al principio secondo cui le decisioni sono da interpretare secondo il loro contenuto giuridico effettivo e non secondo la forma data nel dispositivo (DTF 132 V 74 consid. 2).

1.3 L'autorità inferiore ha poggiato la decisione di non entrata nel merito in parte sull'art. 7 cpv. 3 dell'OFB-FINMA (citata integralmente al consid. 1.4.3.1). Tale disposto concorda per quanto ne riguarda il contenuto con l'art. 24 cpv. 2 della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio [Legge sulle banche, LBCR, RS 952.0], il quale ha come oggetto anche la legittimazione a ricorrere dinanzi allo scrivente Tribunale. Si giustifica quindi di esaminare anticipatamente le condizioni per la legittimazione a ricorrere di cui all'art. 24 cpv. 2 LBCR già nell'ambito delle condizioni di ammissibilità del

ricorso, anche se la questione dell'impugnabilità di atti di realizzazione va comunque trattata parallelamente nel quadro delle questioni di merito, ovvero della questione a sapere se l'autorità inferiore sia a giusto titolo non entrata nel merito delle richieste del ricorrente.

Secondo l'art. 24 cpv. 2 LBCR, nelle procedure previste nei capi undicesimo ("Misure in caso di rischio d'insolvenza") e dodicesimo ("Fallimento di banche insolventi") i creditori e i proprietari di una banca possono interporre ricorso solo contro l'omologazione del piano di risanamento e contro atti di realizzazione. In queste procedure è escluso il ricorso secondo l'articolo 17 LEF.

La limitazione del diritto a ricorrere nei casi di fallimento bancario e di rischio di insolvenza è deducibile dagli obiettivi posti all'autorità inferiore nel quadro delle misure da adottare giusta i capi undicesimo e dodicesimo della LBCR. Nel Messaggio concernente la modifica della legge federale sulle banche e le casse di risparmio del 20 novembre 2002 (FF 2002 7175 segg., in particolare 7193 seg.) è riportato che

"una banca con problemi di solvibilità deve essere risanata con una procedura efficiente e adatta al caso specifico o – se non vale la pena risanarla – deve essere liquidata con un risultato il più possibile favorevole per creditori e proprietari. Questo obiettivo può essere raggiunto a priori solo se non può essere interposto ricorso contro ogni misura procedurale della Commissione delle banche o delle persone designate, bloccando in tal modo il proseguimento della procedura. Nel caso dei risanamenti ma anche durante la liquidazione le procedure di ricorso avviate da creditori o proprietari possono avere ripercussioni fatali. Nell'interesse di tutti i partecipanti, la protezione giuridica dei creditori e dei proprietari deve quindi essere concentrata all'essenziale, ovvero alle decisioni che intervengono direttamente nei loro diritti. [...] Essi sono però legittimati a contestare alcuni atti di realizzazione [...] perché questi comportano perdite di sostanza e possono quindi ridurre i diritti di creditori e proprietari. Se ha luogo una procedura di liquidazione, i creditori e i proprietari sono legittimati a contestare atti di realizzazione, analogamente a quanto previsto dalla LEF."

In concreto, il ricorrente, per i motivi che saranno esposti qui appresso (cfr. *infra*, intero consid. 3), deve essere considerato creditore e, in più, essendo nel contempo azionista della fallita, egli può essere considerato anche come "proprietario di una banca" a norma dell'art. 24 cpv. 2 LBCR. Ne consegue che, essendo già in corso la procedura di fallimento, il ricorrente può contestare unicamente degli atti di realizzazione.

1.4

1.4.1 La FINMA contesta la legittimazione a ricorrere del ricorrente, in quanto la cessione di pretese giusta l'art. 260 LEF non costituirebbe un atto di realizzazione, conformemente, del resto, all'art. 34 cpv. 3 dell'ordinanza dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari del 30 agosto 2012 sull'insolvenza di banche e commercianti di valori mobiliari (Ordinanza FINMA sull'insolvenza bancaria, OIB-FINMA, RS 952.05), entrata in vigore pendente causa il 1° novembre 2012. A mente della FINMA, la massa si limiterebbe ad accordare ai cessionari il diritto di condurre la causa e di essere disinteressato prioritariamente con il provento della vertenza. La massa manterrebbe quindi l'*animus possidentis* sui propri attivi. Infine, soggiunge la FINMA, il creditore che ritiene di subire una perdita di sostanza dalla cessione, per il fatto che il cessionario possa soddisfare il proprio credito con il provento della causa, non avrebbe che da unirsi agli altri cessionari.

In materia di legittimazione a ricorrere secondo l'art. 24 cpv. 2 LBCR lo scrivente Tribunale ha ritenuto che il riconoscimento di un decreto di fallimento e di misure pronunciate da un tribunale estero non configurano né un atto di realizzazione, né l'omologazione del piano di risanamento ai sensi dell'art. 24 cpv. 2 LBCR (cfr. sentenza B-1374/2009 del 19 marzo 2009, consid. 1.3.1-1.3.6), concludendo all'inammissibilità del ricorso. Per il resto, questo Tribunale non si è espresso né su quali siano gli atti di realizzazione né sui criteri per definirli. Per rispondere a tali quesiti si rivela opportuno fare riferimento ai materiali e ai disposti di legge rilevanti.

1.4.2 Secondo il Messaggio concernente la modifica della LBCR è giustificato di limitare la facoltà di ricorso al piano di risanamento e agli atti di realizzazione, in quanto il piano di risanamento e le sue misure possono colpire direttamente i creditori e i proprietari, che devono quindi poter sollevare opposizioni se esso interferisce nei loro diritti (cfr. per tutto FF 2002 7193). Oltracciò, nelle fasi precedenti della procedura di insolvenza rispettivamente di fallimento bancario ai creditori e ai proprietari è preclusa la possibilità di interporre ricorso (cfr. TOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, in : Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [ed.], Basler Kommentar, Bankengesetz, Basilea/Ginevra/Monaco 2005, n. 26 *ad* art. 24 LBCR).

Il Messaggio non si esprime su quali siano gli atti di realizzazione impugnabili. Considerato che, di principio, il fallimento bancario deve essere effettuato conformemente agli artt. 221-270 LEF (art. 34 cpv. 2 LBCR), ci si può in questo ambito riferire a tali disposti. Alla Sezione 4 della LEF, intitolata "Realizzazione" sono elencati i tipi di realizzazione. I beni appartenenti alla massa sono realizzati per mezzo del pubblico incanto (art. 257-259 LEF), di trattative private (art. 256 cpv. 1 LEF) e della cessione (art. 260 LEF; cfr. KURT AMONN/FRIDOLIN

WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkurs-rechts, Berna 2008, p. 427-431). Certo, sulla scorta dell'art. 34 cpv. 3 LBCR la FINMA può ordinare norme divergenti dalla LEF. Tuttavia, in tale ambito il legislatore ha pensato a disposizioni di tipo formale, concernenti ad esempio il disciplinamento di termini o lo svolgimento della procedura (FF 2002 7207). Nella misura in cui i disposti di cui agli artt. 256-260 LEF disciplinano i modi di realizzazione nel fallimento ordinario, ne risulta evidente la loro natura materiale. La FINMA non potrebbe quindi essere autorizzata a derogare dalla LEF per definire gli atti di realizzazione. A prescindere da ciò, l'incanto pubblico e la cessione di diritti erano espressamente citati quali atti di realizzazione all'art. 30 e 31 della vecchia OFB-FINMA. La nuova OIB-FINMA, a cui la FINMA si appella, è formulata in maniera contraddittoria: se da una parte l'incanto pubblico e la cessione di diritti sono espressamente indicati come modi di realizzazione (art. 32 e 33 OIB-FINMA), giusta l'art. 34 OIB-FINMA la cessione di diritti non è più considerata un atto di realizzazione e viene in questo modo esclusa dalle categorie degli atti di realizzazione impugnabili giusta l'art. 24 LBCR.

1.4.3 Di seguito deve essere esaminato se l'art. 34 OIB-FINMA esclude a giusto titolo la cessione di pretese dagli atti di realizzazione, rispettivamente se la FINMA poteva fondarsi, a ragione, su tale disposto per negare la legittimazione a ricorrere del ricorrente.

1.4.3.1 L'art. 34 cpv. 3 OIB-FINMA statuisce che la cessione di pretese non costituisce un atto di realizzazione ed è entrato in vigore pendente causa con l'intera OIB-FINMA il 1° novembre 2012. L'OIB-FINMA sostituisce la vecchia ordinanza dell'Autorità di vigilanza sul fallimento di banche e di commercianti di valori mobiliari (Ordinanza sul fallimento bancario del 30 giugno 2005, OFB-FINMA, RU 2005 3539, 2008 5613 n. I 3, 2009 1769).

Pertanto si impongono, a titolo introduttivo, riflessioni sul diritto applicabile. Conformemente alle regole generali del diritto intertemporale sono applicabili le disposizioni in vigore al momento della realizzazione dello stato di fatto che deve essere valutato giuridicamente o che produce conseguenze giuridiche (DTF 130 V 445 consid. 1 pag. 446 seg. con riferimento a DTF 130 V 329). Se si tratta di disposizioni formali, vale il principio generale secondo il quale, di regola, siffatte disposizioni entrano immediatamente in vigore (DTF 130 V 4 consid. 3.2). Con particolare riferimento all'art. 34 cpv. 3 OIB-FINMA, a tale norma può essere a prima vista attribuita la portata di una disposizione materiale, in quanto la medesima nega alla cessione di cui all'art. 260 LEF la qualità di atto di realizzazione. Tuttavia, recando a margine il titolo "Impugnazione degli atti di realizzazione" e statuendo al cpv. 4 che i creditori possono chiedere alla FINMA di rendere una decisione impugnabile per ogni

atto di realizzazione previsto, l'art. 34 OIB-FINMA regola in effetti una questione di diritto formale e sarebbe quindi immediatamente applicabile.

Il principio generale del diritto intertemporale circa l'applicabilità immediata delle disposizioni formali va però relativizzato e non può avere valenza laddove non sussiste continuità tra il vecchio e nuovo sistema in materia di disposizioni procedurali e con il nuovo diritto è stato creato un ordine procedurale fondamentalmente nuovo (DTF 132 V 368 p. 370 con ulteriori rimandi).

Nel caso di specie l'applicabilità immediata del disposto in questione condurrebbe per lo meno ad un nuovo ordine di diritto procedurale nella misura in cui i proprietari e creditori non sarebbero più legittimati a richiedere l'emanazione di una decisione impugnabile in riferimento alla cessione di pretese, entrando in contraddizione non solo con prassi e dottrina poc'anzi esposte, ma anche con il diritto superiore. Riguardo alla questione del diritto applicabile si può ipotizzare di riferirsi al momento in cui l'autorità inferiore si è confrontata con la questione della legittimazione a richiedere una decisione impugnabile. In quest'ottica l'art. 34 OIB-FINMA non potrebbe trovare applicazione nel caso di specie.

La questione di sapere quale regola generale del diritto intertemporale sia la più appropriata rispettivamente se l'art. 34 OIB-FINMA sia applicabile alla presente procedura di ricorso può tuttavia, in definitiva, essere lasciata aperta per i motivi che seguono.

1.4.3.2 Dal Messaggio di legge traspare che il criterio decisivo per rientrare nel concetto di atto di realizzazione impugnabile consiste nella perdita di sostanza e nella riduzione dei diritti di creditori e proprietari che un simile atto è suscettibile di cagionare (FF 2002 7194).

1.4.3.3 Nel caso in cui la FINMA decidesse di realizzare i beni tramite incanto pubblico o trattativa privata, comunicando per via circolare l'offerta minima o il prezzo di vendita definitivo, è comprensibile che i creditori possano impugnare detti atti di realizzazione. Questo perché la fissazione di un piede d'asta o di un prezzo di vendita troppo bassi potrebbero limitare i loro diritti, nella misura in cui il provento realizzato non riesca a coprire sufficientemente i loro crediti. D'altro lato, risulterebbero anche perdite di sostanza della massa, in quanto non sarebbe più possibile realizzare gli attivi con un valore più elevato. L'impugnabilità di atti di realizzazione quali l'incanto pubblico e la trattativa privata si impone a maggior ragione, considerato che, contrariamente a quanto avviene nella procedura di fallimento ordinario (art. 256 LEF), nella procedura di fallimento bancario i creditori non hanno alcuna voce in capitolo nel decidere

sul modo di realizzazione, tant'è che, oltre ad essere esclusa la possibilità di ricorso giusta l'art. 17 LEF, non è prevista obbligatoriamente un'assemblea dei creditori, spettando tale competenza al liquidatore (art. 35 LBCR).

1.4.3.4 Per quanto attiene alla cessione di pretese, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale si tratta di un istituto *sui generis* del diritto processuale ed esecutivo, affine agli istituti della cessione di cui all'art. 164 segg. del Codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (CO, RS 220) e del mandato giusta l'art. 394 segg. CO; il cessionario ha il diritto di procedere in causa in nome proprio, a proprio rischio e pericolo ma per conto della massa fallimentare; il cessionario non diviene titolare del diritto ceduto, bensì la somma ricavata appartiene alla massa fallimentare (DTF 109 III 27, consid. 1 a, con riferimenti; sentenza del Tribunale federale del 27 febbraio 1998 pubblicata in BISchKG 2002 p. 134 segg., consid. 3). L'Alta Corte ha attribuito a tale istituto la qualità di modo di realizzazione ("Verwertungsart"), la cui particolarità consisterebbe nella circostanza che il risultato della realizzazione spetta in primo luogo ai creditori che si sono assunti il rischio di condurre il processo e che un'eventuale eccedenza va devoluta alla massa (DTF 113 III 20, p. 22). Nella dottrina – almeno in parte – la cessione di pretese viene espressamente qualificata quale atto di realizzazione (URS BÜRGI, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2^a ed., Basilea 2010, n. 32 *ad* art. 256; BÉNÉDICT FOËX, in: Dallèves/Foëx/Jeandin, Poursuite et faillite, Basilea 2005, n. 24 *ad* art. 256) oppure come "vollstreckungsrechtliche Liquidationsmassnahme" (AMONN/WALTHER, op. cit., pag. 431; cfr. anche sentenza del Tribunale amministrativo federale B-6154/2007 del 30 ottobre 2008, consid. 6.1). Nel caso delle "pretese" a cui fa riferimento l'art. 260 LEF si tratta di attivi incerti oppure di diritti di contestazione (AMONN/WALTHER, op. cit., pag. 432) volti ad aumentare rispettivamente mantenere il substrato patrimoniale del fallimento ("rechtliche Substratsvermehrungs- bzw. Substratserhaltungsbefugnisse der Masse", STEPHEN V. BERTI, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (ed.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, n. 10 *ad* art. 260), in altre parole diritti realizzabili che spettano materialmente solo alla massa e che servono ad aumentare l'effettivo degli attivi della massa (FRITSCHÉ, Schuldbetreibungs- und Konkurs, 2^a edizione, II p. 169 seg., citato in ZR 70/1971 p. 298, sentenza del 9 settembre 1970 dell'Obergericht di Zurigo, I. Zivilkammer, consid. 2). Lo scopo della cessione dei diritti è quello di evitare la perdita definitiva di pretese difficilmente realizzabili al cui recupero la massa ha deciso di rinunciare. La cessione sostituisce quindi la realizzazione ordinaria di tali pretese mediante pubblici incanti o trattative private (AMONN/WALTHER, op. cit., pag. 431).

Secondo la procedura di fallimento ordinaria, la cessione di diritti è ammissibile a tre condizioni: in primo luogo, la rinuncia da parte della massa dei creditori a far valere le pretese (art. 260 cpv. 1 LEF); la decisione di rinuncia è di competenza della seconda assemblea dei creditori, tuttavia anche l'amministrazione del fallimento può provocare una decisione tramite circolare. È tuttavia indispensabile che tutti i creditori abbiano l'opportunità di esprimersi sulla rinuncia, pena la nullità della cessione (AMONN/WALTHER, op. cit., pag. 434). In secondo luogo, deve sussistere una richiesta di cessione da parte di uno o più creditori e, come ultima condizione, una decisione di cessione da parte dell'amministrazione del fallimento (AMONN/WALTHER, op. cit., pag. 434). Nella procedura di fallimento bancario non è prevista l'assemblea dei creditori ed è preclusa la possibilità di ricorso secondo l'art. 17 LEF. La decisione di rinuncia a far valere le pretese è di competenza del liquidatore (cfr. art. 19 cpv. 5 OFB-FINMA; art. 33 OIB-FINMA). Per i creditori del fallimento, la richiesta di emanare una decisione impugnabile circa le modalità di realizzazione ed eventuali richieste di cessione è l'unica possibilità di contestare gli atti di realizzazione prospettati dal liquidatore del fallimento bancario. Come suesposto, la cessione di diritti permette ai creditori cessionari di essere soddisfatti prioritariamente col provento della causa. Il provento della somma ricavata serve in primo luogo a coprire di preferenza il proprio credito nei confronti del fallito, nonché le spese derivanti per aver fatto valere il diritto processuale (AMONN/WALTHER, op. cit., pag. 438; DTF 113 III 137; BISchK 2002 p. 134 segg.; sentenza del Tribunale federale 5A_720/2007 del 24 aprile 2008, consid. 2.4). Il Tribunale federale ha riconosciuto ad esempio che la rivendicazione fruttuosa di pretese di responsabilità rientra negli interessi della massa in vista della riscossione di dividendi di fallimento e che la massa può approfittare dell'eccedenza risultante dal provento della causa e soddisfare i rimanenti creditori (sentenza del Tribunale federale 5A_720/2007, consid. 2.4). Un creditore che non può o non vuole chiedere la cessione è privato della possibilità di essere previamente tacitato con il provento della somma ricavata dalla rivendicazione processuale delle pretese, con la conseguenza che i suoi diritti di creditore vengono indiscutibilmente limitati. Se un altro cessionario ha successo nel mandato processuale per conto della massa e viene previamente tacitato con il provento corrispondente, gli attivi della massa a disposizione dei rimanenti creditori e proprietari si riducono. D'altra parte, con la rinuncia a far valere le pretese la massa rinuncia almeno in parte alla prospettiva di aumentare gli attivi, considerato che nel caso della cessione di diritti, a differenza dell'incanto pubblico e della vendita privata, le pretese sono cedute senza che la massa ottenga una controprestazione. Ciò provoca una flessione degli attivi complessivi della massa e, di conseguenza, una riduzione del dividendo attribuito ai singoli creditori. Ne consegue che la cessione di pretese a norma dell'art. 260 LEF tange la posizione di tutti i creditori che non hanno

potuto essere soddisfatti prioritariamente e integralmente con il provento delle pretese cedute. La soluzione proposta dalla FINMA, secondo cui un creditore non avrebbe che da unirsi ai cessionari per evitare una simile riduzione degli attivi non può essere seguita. Appare infatti insostenibile che un creditore debba assumersi i considerevoli rischi connessi col recupero di una pretesa ceduta al solo scopo di evitare una riduzione degli attivi complessivi della massa. Mal si vede inoltre in che misura l'argomentazione della FINMA possa giustificare l'impugnabilità della cessione di pretese. Visto quanto precede la cessione di pretese può comportare una perdita di sostanza, nonché una riduzione dei diritti di creditori e proprietari e conformemente alla volontà del legislatore giusta il Messaggio di legge dev'essere considerata quale atto di realizzazione ai sensi dell'art. 24 cpv. 2 LBCR ed è di conseguenza suscettibile di essere impugnata dinanzi allo scrivente Tribunale.

1.4.4 A prescindere dalla questione a sapere se l'art. 34 cpv. 3 OIB-FINMA sia applicabile o meno al caso di specie sotto il profilo del diritto intertemporale, una disposizione a livello di ordinanza che sottrae la cessione di pretese della massa al controllo giuridico del Tribunale amministrativo federale non solo cade in contraddizione con il diritto superiore, ovvero l'art. 24 cpv. 2 LBCR, ma non appare nemmeno coperta dalla norma di delegazione di cui all'art. 34 cpv. 3 LBCR. Tale delegazione legislativa è inserita al Capo dodicesimo della LBCR (Fallimento di banche insolventi) e porta a margine il titolo "Effetti e svolgimento", per cui si riferisce allo svolgimento della procedura di fallimento bancario dinanzi alla FINMA. Le condizioni di impugnabilità degli atti della FINMA è invece espressamente regolata all'art. 24 LBCR, al Capo decimo (Vigilanza). Ne consegue, già per motivi prettamente sistematici, che l'art. 34 cpv. 3 LBCR non permette alla FINMA di definire autonomamente il concetto di atto di realizzazione e con ciò l'impugnabilità delle decisioni da essa medesima emanate. Del resto l'art. 34 cpv. 3 LBCR consente alla FINMA unicamente di derogare dai disposti di natura formale della LEF, ma non di definire le condizioni per l'ottenimento di una decisione impugnabile in maniera più restrittiva di quanto lo siano quelle per l'ammissibilità di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale. Considerato inoltre che una limitazione della legittimazione a ricorrere, nonché un'esclusione della via giudiziaria devono fondarsi su una base legale in senso formale, l'art. 34 cpv. 3 OIB-FINMA non sarebbe neppure conciliabile con il principio della garanzia della via giudiziaria (Art. 29a e 36 cpv. 1 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 [Cost., RS 101]).

1.4.5 In sunto, la cessione di pretese va riconosciuta quale atto di realizzazione e l'art. 34 cpv. 3 OIB-FINMA, qualora si volesse partire dalla sua applicabilità temporale sul caso in esame, dovrebbe essere considerato non conforme al

diritto superiore, cosicché a torto la FINMA si fonda su detto disposto per contestare la legittimazione a ricorrere del ricorrente.

1.5 Anche nell'ottica dell'art. 48 cpv. 1 PA, la legittimazione a ricorrere va ammessa. In effetti, il ricorrente ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore volto all'emanazione di una decisione impugnabile in riferimento alle modalità di realizzazione contenute nella circolare n. 3. Egli sostiene di essere stato, al momento dell'apertura del fallimento, direttore generale, azionista di maggioranza relativa e creditore della fallita. In qualità di destinatario della decisione impugnata di non entrata nel merito della sua richiesta, egli può risultare particolarmente toccato dalla medesima ed avere un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa, la quale è suscettibile di limitare eventuali suoi diritti di creditore (art. 48 cpv. 1 PA). Un ricorrente di cui, come nel caso di specie, è contestata la legittimazione nella procedura, è in genere legittimato a ricorrere (cfr. sentenze del Tribunale amministrativo federale B-6154/2007 del 30 ottobre 2008, consid. 1.3.3 e B-1374/2009 del 19 marzo 2009, consid. 1.3 per esteso).

1.6 Fatte salve le allegazioni al consid. 1.2, i requisiti relativi al contenuto ed alla forma del ricorso sono soddisfatti, in particolare il ricorso e le conclusioni sono sufficientemente motivati (art. 52 PA). Tutti gli altri presupposti processuali sono altrettanto adempiuti, in particolare l'anticipo spese è stato versato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA) e il patrocinatore del ricorrente ha giustificato i suoi poteri con procura scritta valida (art. 11 PA).

1.7 Nelle sue osservazioni, l'autorità inferiore chiede, in via principale, di dichiarare il ricorso inammissibile, subordinatamente di respingerlo. A motivo dell'inammissibilità del ricorso, la medesima adduce, oltre alla circostanza che la cessione di pretese non costituirebbe un atto di realizzazione, che il ricorrente nella sua richiesta di emanare una decisione impugnabile non avrebbe reso verosimile una violazione di legge in analogia all'art. 25a PA in combinato disposto con l'art. 7 OFB-FINMA, bensì si sarebbe limitato a far valere l'inadeguatezza delle modalità di realizzazione.

Una simile censura è irrilevante. Se è interposto ricorso contro una decisione di non entrata nel merito, in principio, solo le condizioni di ammissibilità formano il tema processuale nel procedimento dinanzi all'autorità di ricorso, indipendentemente dal fatto che la decisione impugnata di non entrata in materia sia stata emanata sulla base dell'art. 25a PA o sulla scorta dell'art. 5 PA (cfr. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, n. 49 *ad* art. 25a PA). La circostanza che – a mente

dell'autorità inferiore – il ricorrente avrebbe dovuto rendere verosimile l'illiceità dei prospettati atti di realizzazione concerne quindi semmai il merito del ricorso, non le condizioni della sua ammissibilità. Del resto, in una procedura di ricorso dinnanzi al Tribunale amministrativo federale può essere fatta valere, oltre a una violazione di diritto, anche un'eventuale inadeguatezza (art. 49 lit. c PA).

1.8

In sintesi, rilevandosi adempite tutte le condizioni di cui agli art. 48 segg. PA e 24 cpv. 2 LBCR, il ricorso è ammissibile (riservate le considerazioni relative alla qualità di creditore del ricorrente di cui al consid. 3; cfr. anche consid. 1.2). Permane quindi da esaminare la pertinenza degli ulteriori argomenti addotti dalla FINMA a sostegno della contestata decisione di non entrata nel merito. Per i motivi che saranno menzionati qui appresso, la competenza della FINMA ad agire quale liquidatrice e a emanare la decisione impugnata dovrà essere esaminata preliminarmente. Vista la relativa censura nell'ambito della conclusione del ricorso volta alla nullità della decisione impugnata, si giustifica di trattarla dapprima.

2.

In via principale, il ricorrente conclude alla nullità della decisione impugnata e di ogni atto di liquidazione messo in atto dalla FINMA, segnatamente la contestata cessione delle pretese di responsabilità, in quanto, a suo dire, non sussiste una base legale che permetta alla FINMA di fungere in prima persona da liquidatrice e allo stesso tempo a vigilare su sé stessa.

2.1 La nullità di un atto amministrativo va accertata in ogni momento e d'ufficio, anche nell'ambito di una procedura di ricorso (DTF 127 II 32, consid. 3/g), tanto più che nel caso concreto il ricorrente ha contestato la competenza della FINMA ad agire come liquidatore già dinanzi all'autorità inferiore (cfr. conclusione principale e motivazione della domanda del 16 marzo 2012; lett. A dei fatti). La domanda d'una decisione d'accertamento dev'essere accolta qualora il richiedente provi un interesse degno di protezione (art. 25 cpv. 2 PA; vedi anche sentenze del Tribunale amministrativo federale A-2089/2006 dell'8 marzo 2007, consid. 3 e A-6556/2010 del 10 gennaio 2011, consid. 1.6.1 segg.). Per prassi costante, nella nozione d'interesse degno di protezione secondo l'art. 25 cpv. 2 PA rientra ogni interesse attuale di diritto o di fatto a cui non si oppongono interessi pubblici o privati considerevoli, ad ulteriore condizione che tale interesse nel caso concreto non possa essere preservato per mezzo di una decisione costituiva o condannatoria (cfr. DTF 129 V 289, consid. 2.1, DTAF 2010/12 consid. 2.3; cfr. anche PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^a ed., Berna 2009, pag. 243). Il ricorrente sostiene di essere stato, al momento dell'apertura del

fallimento, direttore generale, azionista di maggioranza e creditore della fallita. Ne va da sé che gli atti della FINMA – la cui competenza ad agire quale liquidatrice il ricorrente contesta – sono suscettibili di tangere la sua posizione. Per tale ragione, l'interesse degno di protezione del ricorrente a chiedere l'accertamento della nullità degli atti della FINMA deve essere ammesso, non essendo ravvisabile, al contempo, la possibilità di emanare una decisione di natura costitutiva o condannatoria.

Per prassi costante, la nullità di una decisione dev'essere ammessa soltanto se il vizio di cui è affetta risulta particolarmente grave, evidente o, perlomeno, facilmente riconoscibile e se, inoltre, l'accertamento della nullità non mette in pericolo in modo serio la sicurezza del diritto. Oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, la nullità può dunque essere ammessa solo in via eccezionale (DTF 133 II 366 consid. 3.2 pag. 367; 132 II 342 consid. 2.1 pag. 346; 130 III 430 consid.3.3 pag. 434; cfr. anche TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, op. cit., pag. 285). La mancata competenza per materia o funzionale, gravi vizi di procedura, di forma e di notificazione costituiscono i motivi principali per la nullità di decisioni.

In sunto, per quanto riguarda la conclusione summenzionata e le censure ad essa connesse, si tratta preliminarmente di esaminare la competenza della FINMA ad avocare a sé la procedura di fallimento bancario in qualità di liquidatrice, ritenuto che, in caso negativo, potrebbe realizzarsi un motivo di nullità della decisione impugnata, rilevabile d'ufficio, che renderebbe superflua la verifica delle ulteriori conclusioni e censure (DTF 127 II 47 seg., 119 V 314 consid. 3b, 114 V 327 consid. 4b; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^a ed., Zurigo/San Gallo 2010, pag. 215 seg.). Considerati gli effetti pregiudiziali che l'accertamento della nullità della decisione impugnata potrebbe esplicitare sul presente procedimento, appare giustificato chinarsi dapprima su questa tematica.

2.2

2.2.1 Dopo la chiusura della Cassa di risparmio e di credito di Thun (SLT) il legislatore ha modificato, il 3 ottobre 2003, le disposizioni federali vigenti in materia di risanamento e di liquidazione di banche, affidando alla Commissione delle banche (ora FINMA) tutte le competenze di protezione e di risanamento, in quanto, "vista la speciale natura di un'insolvenza bancaria e delle questioni di tecnica bancaria ad essa connesse, a parte la Commissione delle banche", (ora FINMA), "non vi è alcuna autorità in grado di assumere questi compiti di istanza specializzata" (Messaggio del 20 novembre 2002, FF 2002 7186, cifra 2.1.1.1.3). Con il capo undicesimo nella LBCR il legislatore ha creato i

presupposti di legge affinché l'autorità di vigilanza possa intervenire in tempo e, nella fase critica di un rischio incombente di insolvenza, possa prendere i provvedimenti adeguati per salvaguardare gli interessi dei creditori e del sistema finanziario (cfr. EVA HÜPKES, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler, op. cit., n. 8 prima del capo undicesimo).

In principio, il fallimento bancario deve essere effettuato conformemente agli artt. 221-270 LEF (art. 34 cpv. 2 LBCR). Tuttavia, la FINMA può ordinare norme divergenti (art. 34 cpv. 3 LBCR). Sulla base di tale disposto è stata emanata l'ordinanza dell'Autorità federale di vigilanza sul fallimento di banche e di commercianti di valori mobiliari, OFB-FINMA, sostituita dall'OIB-FINMA, entrata in vigore il 1° novembre 2012. La questione a sapere quali disposizioni sono applicabili conformemente alle regole generali del diritto intertemporale ha potuto essere lasciata aperta (cfr. *supra* consid. 1.4.3.1). Nella misura in cui le disposizioni formali della nuova ordinanza concordino nel contenuto con quelle vecchie, i nuovi disposti sono enunciati per motivi di praticità al fianco di quelli vecchi.

2.2.2 La procedura di fallimento bancario attraversa di principio le stesse fasi della procedura di fallimento prevista nella LEF e si contraddistingue per gli obiettivi perseguiti della semplificazione, rapidità, flessibilità, efficienza, adeguatezza e certezza del diritto (cfr. sulle particolarità del fallimento bancario EBK Bulletin 48 (2006) pag. 137 segg.; Rapporto esplicativo OIB-FINMA, disponibile in lingua tedesca, p. 5; Messaggio concernente la modifica della legge federale sulle banche e le casse di risparmio, FF 2002 7175 segg., in particolare 7206 seg.; RENATE SCHWOB, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Nachlieferung, Zurigo-Basilea-Ginevra 2004, n. 3 segg. *ad* art. 34 LBCR; JANA ESSEBIER/MARKUS GÜGGENBÜHL, Bankenkonskurs und Einlagensicherung, Rechtslage seit 1. Januar 2006 im Überblick, in: SJZ 102 (2006) pag. 373 segg.; questi riferimenti valgono anche per i paragrafi seguenti).

La semplificazione si riferisce agli organi competenti: la FINMA riunisce in sé le funzioni di autorità di sorveglianza sulle banche e di giudice del fallimento, mentre il compito di liquidatore comprende allo stesso tempo le funzioni di liquidatore giusta il diritto bancario, di ufficio fallimento e di amministrazione del fallimento (cfr. art. 9 OFB-FINMA, art. 12 cpv. 1 OIB-FINMA). L'attività del liquidatore sottostà alla sorveglianza della FINMA, alla quale egli deve presentare su richiesta un rapporto (cfr. anche art. 34 OFB-FINMA, art. 12 cpv. 2 OIB-FINMA).

Quo alla rapidità ed all'efficienza, occorre rilevare ad esempio che di principio non è prevista obbligatoriamente un'assemblea dei creditori (art. 35 LBCR) e nella formazione della graduatoria, i crediti allibrati sono considerati insinuati (art. 36 cpv. 1 LBCR, art. 17 cpv. 1 OFB-FINMA e art. 8 OIB-FINMA).

Per quanto attiene al criterio della flessibilità, il liquidatore gode di un'ampia libertà di decisione in merito al modo di utilizzazione e al momento della realizzazione (art. 29 cpv. 1 OFB-FINMA; art. 31 cpv. 1 OIB-FINMA). Egli deve essere messo nella situazione di riuscire a realizzare gli attivi al valore più elevato possibile. Egli deve allestire periodicamente il piano di realizzazione, con cui i creditori sono informati sulle realizzazioni imminenti e sul relativo modo di realizzazione. Se non fa valere giuridicamente il diritto, il liquidatore del fallimento concede ai creditori la possibilità di richiedere la cessione ai sensi dell'articolo 260 capoversi 1 e 2 LEF (art. 19 cpv. 5 OFB-FINMA; art. 33 OIB-FINMA). Da parte loro i creditori hanno la possibilità di opporsi alle realizzazioni contenute nel piano di realizzazione e di richiedere alla FINMA una decisione impugnabile (art. 7 OFB-FINMA; art. 34 cpv. 4 OIB-FINMA).

2.3 La FINMA ha poggato la decisione di avocare a sé la procedura di fallimento bancario in qualità di liquidatrice sull'art. 34 cpv. 3 LBCR.

2.3.1 In virtù di tale disposto, su cui fondano anche l'OIB-FINMA e la vecchia OFB-FINMA, è conferita alla FINMA la possibilità di prendere disposizioni derogatorie sia nel singolo caso mediante decisione sia in modo generale e astratto sotto forma di regolamenti (Messaggio del 20 novembre 2002, FF 2002 p. 7207). A tale riguardo il legislatore ha pensato, in particolare, a disposizioni di tipo formale, concernenti ad esempio il disciplinamento di termini o lo svolgimento della procedura (cfr. Messaggio del 20 novembre 2002, FF 2002 cifra 2.2.3.2 p. 7207, citato anche nella sentenza del Tribunale federale del 28 settembre 2009, 2C_237/2009, consid. 3.2.1 i. f.). Dalle allegazioni riportate nel Messaggio del 20 novembre 2012, nonché dal profilo della locazione sistematica dell'art. 34 cpv. 3 LBCR dopo l'art. 34 cpv. 2 LBCR secondo cui il fallimento bancario deve essere effettuato conformemente agli artt. 221-270 LEF e in base al chiaro testo di entrambi i disposti traspare che le deroghe che possono essere ordinate dalla FINMA sono limitate alle regole del fallimento ordinario conformemente alle disposizioni della LEF e non alle disposizioni della LBCR sul fallimento bancario. Tale modo di vedere è unanimemente condiviso nella dottrina (cfr. THOMAS BAUER/CHRISTIAN HAAS, in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, op. cit., n. 29 *ad* art. 34 LBCR; RENATE SCHWOB, op. cit., n. 2 *ad* art. 34 LBCR).

Dall'insieme delle norme speciali che regolano il fallimento bancario (LBCR, OFB-FINMA, cfr. consid. 2.2.2 sopra) si può desumere che di principio i compiti nella procedura di fallimento bancario sono suddivisi tra la FINMA e il liquidatore: i compiti di sorveglianza delle banche e di giudice del fallimento sono assegnati alla FINMA, mentre il liquidatore si occupa di condurre la procedura di fallimento, in particolare l'allestimento del piano e del modo di realizzazione (cfr. art. 9 OFB-FINMA). In ogni caso, il liquidatore è nominato dalla FINMA (art. 33 cpv. 2 LBCR) e sottosta, come appena evocato, alla sorveglianza della stessa.

La designazione di uno o più liquidatori da parte della FINMA è espressamente disciplinata nella LBCR (art. 33 cpv. 2) e non nella LEF, per cui una deroga da tale norma sulla scorta dell'art. 34 cpv. 2 e 3 LBCR non appare ammissibile conformemente alle allegazioni suesposte. Per questo motivo occorre chinarsi sulla questione a sapere se l'art. 33 cpv. 2 LBCR impone alla FINMA di nominare in ogni caso uno o più liquidatori, oppure se in determinate circostanze sia possibile che la FINMA riunisca in sé oltre alle funzioni di autorità di sorveglianza e di giudice del fallimento anche quella di liquidatore.

2.3.2 La legge è da interpretare in primo luogo procedendo dalla sua lettera. Ci si discosta dal senso letterale di un testo chiaro, facendo capo all'interpretazione, solamente qualora delle ragioni obiettive inducano a ritenere ch'esso non restituisca il vero significato della disposizione in esame. Simili ragioni possono risultare dai lavori preparatori, dallo scopo e dal senso della disposizione, così come dalla sua relazione con altri disposti (DTF 135 II 78 consid. 2.2 pag. 81; 135 V 215 consid. 7.1 pag. 229, 249 consid. 4.1). Con riguardo al suo scopo, una disposizione di legge può essere interpretata in un senso divergente da quello letterale e se sono dati motivi validi, può anche non essere applicata a fattispecie di per sé non comprese dal senso letterale della norma (cosiddetta "teleologische Reduktion", cfr. DTF 126 III 49 consid. 2d)bb con ulteriori rinvii; cfr. anche ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 3ª edizione, Berna 2010, p. 213 segg.).

2.3.3 L'art. 33 LBCR è il primo di dodici articoli compresi nel capo dodicesimo della LBCR concernente il fallimento di banche. Come già riportato precedentemente, gli obiettivi prefissati dal legislatore nella procedura di fallimento bancario sono prevalentemente rivolti alla semplificazione, rapidità, flessibilità e all'efficienza. L'art. 33 LBCR segg. mettono in evidenza in maniera inequivocabile il ruolo di primo piano della FINMA che riunisce in sé compiti decisionali e di vigilanza. Il liquidatore nominato dalla FINMA è subordinato direttamente alla sorveglianza della medesima. La sorveglianza della FINMA nei confronti dei liquidatori è esclusiva, vale a dire che oltre alla FINMA non vi

sono altre autorità di sorveglianza come ne è il caso secondo la LEF. Con questo sistema il legislatore ha voluto da una parte evitare che due istanze (FINMA e il giudice secondo la LEF) svolgano contemporaneamente funzioni di vigilanza e dall'altra garantire che la vigilanza si protragga senza interruzioni dall'inizio dell'attività bancaria fino alla chiusura definitiva della banca (cfr. FF 2002 7205 seg.).

I liquidatori esercitano le funzioni svolte dall'ufficio dei fallimenti e dall'amministrazione del fallimento nella liquidazione del fallimento ("Konkursverfahren") secondo la LEF. Essi non dispongono tuttavia di competenze decisionali, in quanto, come è possibile evincere dai materiali, essi sono chiamati perlopiù ad eseguire le decisioni emanate dalla FINMA (cfr. FF 2002 7191; RENATE SCHWOB, op. cit, n. 11 *ad* art. 33 LBCR). Contro i loro atti non è possibile interporre ricorso (cfr. art. 6 cpv. 1 OFB-FINMA, art. 6 cpv. 2 OIB-FINMA) e in questo punto il liquidatore del diritto bancario differisce dall'amministratore della massa e dal liquidatore ai sensi della LEF contro le cui azioni è data facoltà di ricorso *ex art.* 17 LEF. Una parità di trattamento tra il liquidatore nel fallimento bancario e il liquidatore secondo la LEF non sarebbe stata ritenuta opportuna di fronte all'obiettivo di accelerare la procedura ed avrebbe avuto come conseguenza un più forte coinvolgimento dei creditori nella procedura e quindi un ampliamento delle vie di protezione giuridica (cfr. RENATE SCHWOB, op. cit., n. 3 alle premesse dell'art. 33 LBCR). In caso di necessità nello svolgimento dei suoi compiti, il liquidatore può chiedere alla FINMA di emanare una decisione impugnabile. Allo stesso modo, anche le persone nominate all'art. 24 cpv. 2 LBCR sono legittimate a richiedere alla FINMA il rilascio di una decisione impugnabile. In quest'ottica, la facoltà di emanare decisioni formali nell'ambito della procedura di liquidazione compete esclusivamente alla FINMA. In assenza della possibilità di ricorrere secondo l'art. 17 LEF e se non sono dati i presupposti di cui all'art. 24 cpv. 2 LBCR, la persona interessata ha, comunque sia, la possibilità di denunciare la fattispecie alla FINMA, pur non disponendo, quale denunciante, della qualità di parte ai sensi dell'art. 6 PA (cfr. art. 6 cpv. 3 OFB-FINMA, art. 6 cpv. 2 OIB-FINMA).

In considerazione delle allegazioni suesposte si può concludere che l'ampliamento delle competenze ed il ruolo di importante rilievo della FINMA nella procedura di fallimento bancario sono stati espressamente voluti dal legislatore, in quanto detta autorità in qualità di istanza specializzata è l'unica in grado di farsi un'idea realistica e completa della situazione concreta e, avendo di regola già disposto provvedimenti o esercitato le proprie funzioni di vigilanza nei confronti di determinati istituti, può quindi valutare al meglio quali siano le misure da adottare in un fallimento bancario e di reagire in maniera rapida ed adeguata alle circostanze del singolo caso onde salvaguardare gli

interessi dei creditori. Con particolare riguardo all'art. 33 cpv. 2 LBCR occorre rimarcare che il principio assoluto di designazione dei liquidatori conformemente ad un'interpretazione letterale di tale disposto è suscettibile di entrare in contraddizione con lo scopo delle norme sul fallimento bancario. A seconda dell'entità e delle difficoltà di una procedura di fallimento bancario la FINMA può e deve essere messa nella condizione di intervenire in modo mirato in ogni procedimento al fine di tutelare gli interessi dei creditori, con particolare riferimento ai crediti privilegiati. Per questi motivi è ammissibile che per meglio rispondere alle esigenze del singolo caso la FINMA in determinate circostanze possa decidere se fare a capo o meno a uno o più liquidatori e, nel caso negativo, rinunciare alla loro designazione e concentrare in sé le funzioni di sorveglianza e i compiti decisionali nella loro completezza. Visto quanto precede un'interpretazione teleologica dell'art. 32 cpv. 2 LBCR consente alla FINMA, in casi giustificati, di prescindere dal designare i liquidatori e di avocare a sé la procedura di fallimento bancario.

A titolo abbondanziale, è d'uopo rilevare che sul sito internet della FINMA www.finma.ch alla voce Enforcement > Insolvenza > Insolvenze sono pubblicate comunicazioni e informazioni relative alle procedure di risanamento e di fallimento da essa introdotte e sorvegliate, in alcune delle quali la stessa FINMA esplica la funzione di liquidatore. Del resto, tale prassi, oltre ad essere stata concretizzata nel nuovo art. 12 cpv. 1 OIB-FINMA (cfr. Erläuterungsbericht BIV-FINMA, p. 21, 3.3.1.2), entrato in vigore pendente causa e la cui compatibilità col diritto superiore (LBCR) deve essere ammessa per i motivi sopra indicati, era già stata adottata e consolidata sotto l'egida della Commissione federale delle banche (cfr. URS ZULAUF/DAVID WYSS/DANIEL ROTH, Finanzmarktenforcement, Berna 2008, p. 192 e nota a piè di pagina 741; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, San Gallo 2010, p. 74 con rinvio al EBK-Bankinsolvenzbericht, p. 14).

2.4 Visto quanto precede, va di seguito esaminato se le circostanze nella presente fattispecie erano sufficientemente giustificate da permettere alla FINMA di avocare a sé la procedura di fallimento bancario in parola.

Nel caso di specie emerge dagli atti che con circolare informativa n. 2 del 7 giugno 2011, l'allora liquidatrice del fallimento – la B._____ SA – ha comunicato ai creditori del fallimento che la massa fallimentare non dispone più di averi per coprire le spese di liquidazione, con la segnalazione che la liquidazione potrà essere portata a termine solo se un anticipo di fr. 2'000'000.– sarà versato entro il 22 giugno 2011 e che, in caso contrario, la FINMA avrebbe avvocato a sé il procedimento "al solo scopo del pagamento del capitale

garantito". Le parti sono concordi nell'affermare che nessun creditore ha provveduto a versare tale anticipo. Con comunicazione ai creditori del 29 giugno 2011, pubblicata sul proprio sito internet (cfr. doc. 7 al ricorso), la FINMA ha indicato che secondo decisione del 24 giugno 2011 ella funge da liquidatore del fallimento della Y. _____ SA in liquidazione. Secondo la circolare n. 3, p. 2, i beni della massa sono stati tutti posti sotto sequestro dalle autorità penali, ad eccezione della pretesa di ca. USD 8 mio nei confronti di C. _____ SA. Anche nell'evenienza che la proposta di componimento bonale vada in porto e la massa possa ottenere USD 4.2 mio non è escluso che tale provento venga messo sotto sequestro, considerato che nei confronti del ricorrente è pendente dal 2010 un procedimento penale e finora gli altri beni della massa hanno seguito tale destino (cfr. decisione impugnata cifra 3).

A fronte di queste prospettive appare giustificato che la FINMA abbia voluto avocare a sé la procedura di fallimento in qualità di liquidatore. La rinuncia a designare un liquidatore esterno in una procedura di fallimento bancario può del resto essere giustificata dalla circostanza che la massa, come nel caso di specie, dispone di scarsi beni patrimoniali che non sarebbero in grado di coprire i costi di un liquidatore esterno. Vista la situazione di fatto, in particolare il mancato versamento dell'anticipo per portare a termine la liquidazione, la possibilità di realizzare la pretesa vantata nei confronti di C. _____ SA e l'assenza di attivi, la FINMA, sulla base di un'interpretazione dell'art. 33 cpv. 1 LBCR secondo lo scopo, ha a giusto titolo proseguito la procedura di fallimento bancario in qualità di liquidatore. Tale modo di procedere permette di differire la sospensione della procedura di fallimento bancario per mancanza di attivi e di realizzare la pretesa vantata nei confronti di C. _____ SA a beneficio in particolare dei creditori privilegiati, i quali possono così ottenere un pagamento immediato e fuori graduatoria dei loro depositi (art. 37a e 37b cpv. 1 LBCR). Al riguardo si rammenta che in caso di sospensione del fallimento, la FINMA ordina la realizzazione degli attivi di una persona giuridica, devolvendo un'eventuale eccedenza alla Confederazione (art. 21 cpv. 4 OFB-FINMA, art. 23 cpv. 5 OIB-FINMA). Non è quindi dato di vedere come la FINMA avocando a sé la procedura di fallimento abbia violato le norme in materia di fallimento bancario. Del resto, non si ravvisano nell'evenienza soluzioni alternative a quella adottata dall'autorità inferiore, né il ricorrente ne propone.

Riepilogando, è accertato che nel caso di specie sussistevano motivi sufficienti e giustificati perché la FINMA potesse avocare a sé la procedura di fallimento bancario in veste di liquidatore.

2.5 Visto quanto precede si può concludere che – in assenza di incompetenza manifesta della FINMA per materia o funzione a fungere da liquidatore nella

procedura di fallimento di Y. _____ SA in liquidazione – non è dato un motivo di nullità. La censura formulata al riguardo dal ricorrente si rivela quindi sprovvista di fondamento.

3.

Dinanzi all'autorità inferiore il ricorrente ha espresso, tra l'altro, la sua opposizione nei confronti degli atti di realizzazione e richiesto che venisse emanata una decisione formale al riguardo, proponendo eventualmente la cessione a sé stesso delle pretese di responsabilità. Nella decisione impugnata la FINMA non è entrata nel merito della richiesta del ricorrente, ritenendo in sostanza che il richiedente non avesse la qualità di creditore. Di seguito, occorre esaminare nell'ambito dell'oggetto di lite precedentemente circoscritto (cfr. consid. 1.2) se la FINMA a giusto titolo non è entrata nel merito della richiesta formulata dal ricorrente.

3.1 Per l'art. 7 cpv. 3 OFB-FINMA (ora art. 34 cpv. 4 OIB-FINMA) i creditori possono chiedere alla FINMA di rendere una decisione impugnabile per ogni atto di realizzazione previsto. X. _____ ha insinuato dei crediti dovutigli – a suo dire – a titolo di salario e di canone di locazione per i locali in cui la fallita aveva sede. La FINMA gli ha negato la qualità di creditore in quanto "difficilmente le pretese salariali di X. _____ verrebbero riconosciute in sede di graduatoria". Alla massa spetterebbero infatti pretese di responsabilità nei confronti di X. _____ più elevate degli asseriti crediti salariali. Per quanto attiene alla pigione rivendicata da X. _____, la FINMA ha ritenuto che un'eventuale pretesa sia maturata dopo l'apertura del fallimento. Si tratterebbe quindi di debiti della massa e non della fallita. Anche sotto questo aspetto, X. _____ non sarebbe quindi da considerare creditore a norma dell'art. 7 cpv. 3 OFB-FINMA.

3.2 La qualità di creditore necessaria secondo l'art. 7 OFB-FINMA per ottenere una decisione impugnabile è analoga a quella richiesta nell'ambito della legittimazione a ricorrere secondo l'art. 17 LEF. Per definire la legittimazione a ottenere una decisione impugnabile a norma dell'art. 7 cpv. 3 OFB-FINMA (art. 34 cpv. 4 OIB-FINMA) si giustifica quindi di fare capo alla giurisprudenza sviluppata nell'ambito dell'art. 17 LEF.

3.3 Legittimati a ricorrere a norma dell'art. 17 LEF sono in primo luogo i soggetti direttamente coinvolti nella procedura esecutiva, ovvero sia il debitore e i creditori (DTF 129 III 595, consid. 3.2; FLAVIO COMETTA/URS PETER MÖCKLI, in: STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basilea 2010, n. 41 *ad* art. 17). Nella procedura di esecuzione e fallimento è considerato creditore, in genere, chiunque asserisca di essere

titolare di un credito (AMMON/WALTHER, op. cit., pag. 76; MARC HUNZIKER/MICHEL PELLASCIO, Repetitorium Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zurigo 2010, pag. 30). Tuttavia, non è legittimato a presentare ricorso il "creditore" la cui pretesa è stata respinta in via definitiva mediante graduatoria passata in giudicato e che non partecipa quindi più in alcun modo alla procedura fallimentare (ERNST BRÜGGER, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Zurigo 2006, n. 133 *ad art.* 17).

3.4 Nell'evenienza, una graduatoria non è stata stilata e la FINMA non ne prevede per ora l'allestimento. Ne consegue che una reiezione definitiva delle pretese di X._____ nell'ambito di una graduatoria passata in giudicato non è finora stata possibile. Quale creditore a norma dell'art. 7 cpv. 3 OFB-FINMA deve quindi in concreto essere considerato – conformemente al principio generale appena enunciato – chiunque abbia insinuato un credito. Tuttavia, nell'evenienza, la FINMA osserva che la massa vanta delle pretese di responsabilità nei confronti di X._____, da opporre in compensazione a quelle fatte valere da quest'ultimo. Per tale ragione, il credito insinuato da X._____ non verrebbe presumibilmente riconosciuto in sede di graduatoria. Difettando in tal modo della qualità di creditore, X._____ non sarebbe – soggiunge la FINMA – legittimato a chiedere l'emanazione di una decisione impugnabile a norma dell'art. 7 cpv. 3 OFB-FINMA. Tale ragionamento non può essere condiviso. Infatti, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la legittimazione a ricorrere secondo l'art. 17 LEF non può essere negata a un creditore per la semplice circostanza ch'egli è al contempo debitore della massa. Anch'egli infatti ha diritto, come tutti gli altri creditori, a che gli atti d'amministrazione del fallimento avvengano in conformità della legge e delle ordinanze vigenti in materia e, in caso d'inosservanza di queste prescrizioni, egli è senz'altro legittimato a presentare ricorso (DTF 119 III 81, consid. 2). La conclusione della FINMA si rivela però errata anche sotto un altro punto di vista. L'esame dei crediti insinuati compete infatti all'amministrazione del fallimento unicamente nell'ambito dell'allestimento della graduatoria (art. 26 OIB-FINMA; art. 26 OFB-FINMA; art. 244 LEF), la quale può essere contestata mediante l'apposita azione entro venti giorni dal deposito della medesima. Le azioni di contestazione della graduatoria competono esclusivamente al giudice civile (art. 28 cpv. 1 OFB-FINMA risp. art. 30 cpv. 1 OIB-FINMA, con rinvio all'art. 250 cpv. 1 LEF) e le norme disciplinanti il fallimento bancario non modificano tale ordinamento (FF 2002 7175, 7193; sentenza del Tribunale federale 2C_237/2009 del 28 settembre 2009, consid. 3.2.1 *in fine*). Fino all'evasione in via definitiva delle azioni di contestazione la graduatoria non assume forza di cosa giudicata (AMMON/WALTHER, op. cit., pag. 418). Negando – in assenza di qualsivoglia graduatoria – al ricorrente la facoltà di ottenere una decisione impugnabile con la motivazione che, con ogni verosimiglianza, il suo credito

non verrebbe riconosciuto, la FINMA ha – di fatto – statuito con effetto preclusivo nella procedura di fallimento sull'esistenza di crediti insinuati, arrogandosi così delle prerogative che, come si è detto, competono in ultima istanza al giudice civile chiamato a statuire su un'eventuale azione di contestazione della graduatoria. Come si è visto, infatti, la legittimazione di un creditore a ottenere una decisione impugnabile a norma dell'art. 7 cpv. 3 OFB-FINMA, rispettivamente ora art. 34 cpv. 4 OIB-FINMA, con la motivazione summenzionata, può essere negata solamente dopo che la sua pretesa è stata respinta in maniera definitiva mediante graduatoria passata in giudicato. In questo senso, la legittimazione di un creditore a ottenere una decisione impugnabile in merito a previsti atti di realizzazione dovrà, di regola, essere ammessa fintanto che – salvo circostanze particolari – la graduatoria non è stata allestita e passata in giudicato.

3.5 Ciò posto, per quanto attiene al diritto di ottenere una decisione impugnabile, X._____ deve essere considerato "creditore" a norma dell'art. 7 cpv. 3 OFB-FINMA (ora art. 34 cpv. 4 OIB-FINMA), nella misura in cui i crediti da lui insinuati non siano sorti nel periodo successivo all'apertura del fallimento. Detti crediti sarebbero da considerare debiti della massa e di conseguenza i creditori della massa, dovendo essere soddisfatti prima dei creditori del fallimento, non possono essere considerati quali creditori della fallita ai sensi degli art. 7 cpv. 3 OFB-FINMA e art. 260 LEF (cfr. AMONN/WALTHER, op. cit., § 47 n. 57, § 42 n. 27). Inoltre, come si è visto, la cessione a norma dell'art. 260 LEF costituisce un atto di realizzazione a prescindere dal nuovo art. 34 cpv. 3 OIB-FINMA (cfr. consid. 1.4.3.4 e 1.4.4). La FINMA ha quindi negato a torto la qualità di creditore di X._____ e con ciò la sua legittimazione a ottenere una decisione impugnabile.

4.

Per quanto i *petita* formulati dal ricorrente dinanzi al Tribunale amministrativo federale siano ammissibili (cfr. consid. 1.2) e nella misura in cui l'autorità inferiore non sia entrata, a torto, nel merito della richiesta del ricorrente, il ricorso va accolto, la decisione impugnata annullata e la causa è da rinviare all'autorità inferiore affinché esamini la questione nel merito (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, op. cit., n. 3.195). Accertata con l'odierno giudizio la competenza della FINMA a fungere da liquidatrice del fallimento, il ricorso si rivela in questo punto infondato. La causa è da rinviare alla FINMA affinché statuisca nel merito sulla richiesta di ritiro della cessione delle pretese di responsabilità formulata dal ricorrente e, in via subordinata, sulla postulata cessione a quest'ultimo di dette pretese.

5.

Pur non essendo formalmente entrata nel merito della richiesta di X._____, la FINMA si è parzialmente espressa – nell'ambito della motivazione della decisione impugnata e delle sue successive comparse dinanzi a questo Tribunale – anche materialmente sulle richieste formulate da X._____. Per motivi di economia procedurale, nonché nel rispetto degli obiettivi prefissati nella procedura di fallimento bancario, segnatamente la celerità e l'efficienza, come pure in conformità del postulato della sicurezza giuridica, si giustifica, nonostante la limitazione dell'oggetto di lite alla sola questione della non entrata in materia (cfr. consid. 1.2), di chinarsi preliminarmente in questa sede, nel limite del necessario, su alcuni importanti aspetti di merito e di fornire all'autorità inferiore utili valutazioni e spunti in vista della decisione che essa sarà chiamata a emanare, anche nell'evenienza che tali questioni sono suscettibili di riproporsi in futuro. Tale modo di procedere è conforme al principio secondo cui le decisioni sono da interpretare secondo il loro contenuto giuridico effettivo e non secondo la forma data nel dispositivo (DTF 132 V 74 consid. 2). Nella misura in cui la decisione finale di merito sulle richieste del ricorrente spetta in primo luogo all'autorità inferiore, egli non può attendersi che le sue proposte formulate in via subordinata possano essere esaminate e decise in via definitiva dallo scrivente Tribunale. Nel caso egli desideri che il Tribunale estenda la sua motivazione aldilà delle opinioni generali di diritto formulate qui di seguito (consid. 5.1 seg.) come pure laddove le sue conclusioni vadano oltre l'oggetto di lite (consid. 1.2), le conclusioni del ricorrente formulate in via subordinata non possono che rivelarsi inammissibili.

5.1

Il ricorrente postula che la cessione delle pretese di responsabilità sia ritirata. A suo dire la cessione di pretese a norma dell'art. 260 LEF non è ammissibile senza un esame dei crediti insinuati e senza l'allestimento di una graduatoria. Inoltre, non sarebbe adempiuto, nell'evenienza, il presupposto della preventiva consultazione dei creditori circa la rinuncia della massa a far valere le pretese offerte in cessione. La FINMA, al riguardo, si appella alla facoltà conferitale dall'art. 34 cpv. 3 LBCR di poter derogare ai disposti della LEF. In concreto, essa spiega che la procedura di fallimento sarebbe prossima alla sospensione per mancanza di attivi, aggiungendo che, qualora le pretese di responsabilità non dovessero essere cedute prima di tale sospensione, esse "sarebbero inevitabilmente perente". La decisione di porre in cessione le pretese di responsabilità sarebbe quindi stata "una scelta obbligata, oltre che inappuntabile". Del resto, secondo la FINMA, sussisterebbe la possibilità per il creditore di richiedere, a proprio rischio e pericolo, una cessione condizionale. Una graduatoria verrebbe allestita non appena gli averi posti sotto sequestro penale saranno stati dissequestrati e la procedura di fallimento riattivata. Tale

graduatoria permetterebbe di "dirimere la questione a sapere chi, ed in che misura, dovrà avere diritto al provento delle azioni di responsabilità. I legali dei depositanti che hanno richiesto la cessione sono perfettamente coscienti della questione, sono concordi con questo modo di agire e insistono perché la cessione delle posizioni processuali abbia luogo quanto prima". Per quanto attiene alla rinuncia della massa a far valere le pretese di responsabilità, la FINMA precisa che la procedura di fallimento bancario non prevede l'assemblea dei creditori.

Come si è visto, l'art. 34 cpv. 3 LBCR permette alla FINMA di derogare alle norme della LEF (*cf. supra*, consid. 2.3.1). Tale facoltà concerne anche i presupposti per una cessione a norma dell'art. 260 LEF, trattandosi indubbiamente di disposizioni formali attinenti allo svolgimento della procedura. Quo alla mancata consultazione dei creditori in merito alla rinuncia a far valere le pretese di responsabilità, la FINMA, a giusto titolo, ha indicato che nella procedura di fallimento bancario non è prevista l'assemblea dei creditori. La decisione di non far valere giuridicamente un diritto compete in quest'ambito al liquidatore del fallimento, il quale può offrire, in tale evenienza, ai creditori la possibilità di domandare la cessione a norma dell'art. 260 LEF (art. 19 cpv. 5 OFB-FINMA, art. 21 cpv. 5 OIB-FINMA). Per quanto attiene invece alla cessione delle pretese in assenza di una graduatoria, si osserva che, per giurisprudenza, il creditore il cui credito è stato registrato nella graduatoria soltanto pro memoria a norma dell'art. 63 cpv. 1 del regolamento concernente l'amministrazione degli uffici dei fallimenti del 13 luglio 1911 (RUF, RS 381.32) o che è oggetto di un'azione di contestazione della graduatoria può chiedere una cessione condizionale (STEPHEN V. BERTI, in: STAEHELIN/BAUER/STAEHLIN, op. cit., n. 28 *ad* art. 260, con riferimenti). Egli partecipa quindi alla causa con il rischio, in caso di cancellazione dalla graduatoria, di non poter beneficiare dell'utile risultante dal processo (DTF 128 III 291, consid. 4 c)aa)). Dandosi la facoltà della FINMA di derogare allo svolgimento del fallimento previsto dalla LEF, si giustifica di ammettere la facoltà di quest'ultima di effettuare una cessione condizionale di pretese a norma dell'art. 260 LEF anche prima dell'allestimento della graduatoria. Analogamente alla giurisprudenza poc'anzi evocata, i beneficiari di tali pretese partecipano al processo con il rischio di non poter beneficiare dell'utile risultante dal medesimo qualora il loro credito non dovesse, una volta allestita la graduatoria, essere ammesso. Ciò comporta, tuttavia, che – al fine di permettere una corretta ripartizione del provento delle cause di responsabilità – una graduatoria venga allestita non appena noto l'esito delle cause di responsabilità avviate dai cessionari nei confronti degli organi della fallita, anche in assenza di un eventuale dissequestro degli attivi di quest'ultima. In questo senso, l'art. 34 cpv. 3 LBCR permette alla FINMA di anteporre la cessione di pretese alla graduatoria, ma non di rinunciare

definitivamente a quest'ultima. Una simile rinuncia sottrarrebbe infatti l'esame dei crediti insinuati al giudice civile chiamato a statuire su eventuali azioni di contestazione della graduatoria. Nell'ambito della decisione di sua competenza la FINMA dovrà quindi disporre le misure necessarie. Nel rispetto di tale condizione, una cessione a norma dell'art. 260 LEF prima dell'allestimento della graduatoria appare lecita. L'autorità inferiore dovrà cionondimeno valutare se, nel caso concreto e in considerazione dei motivi che saranno esposti qui appresso, tale modo di procedere è opportuno.

5.2 In via subordinata, il ricorrente chiede la cessione a sé stesso delle pretese di responsabilità. Secondo dottrina e giurisprudenza, un creditore non può domandare la cessione di una pretesa di responsabilità nella misura in cui egli stesso ne sia debitore (DTF 107 III 91, consid. 2; URS BÜRGI, in: DANIEL HUNKELER, *Kurzkommentar SchKG*, 2009, n. 8 *ad* art. 260 LEF; di opinione divergente VINCENT JEANNERET/VINCENT CARRON, in: DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, *op. cit.*, n. 17 *ad* art. 260 LEF). Ciò non gli impedisce, tuttavia, di domandare la cessione delle pretese di responsabilità dirette contro gli altri organi della fallita. Al riguardo, il Tribunale federale ha avuto occasione di statuire che "il est tout à fait possible qu'un administrateur d'une société anonyme puisse faire valoir des prétentions en responsabilité contre les autres administrateurs. En tout cas, le juge est seul compétent pour trancher cette question. L'Office des poursuites comme les autorités de surveillance ne peuvent préjuger de cette décision ou la soustraire au juge en refusant de délivrer ou de maintenir l'acte de cession". Nella medesima sentenza, il Tribunale federale soggiunge che "on peut constater que la jurisprudence ne pose pas de règle absolue concernant la façon dont doivent procéder plusieurs cessionnaires. Il s'agit, dans chaque cas particulier, de trouver une solution adéquate et propre à résoudre les difficultés suscitées par la procédure, afin de permettre aux cessionnaires de faire valoir, dans les meilleures conditions, les intérêts de droit matériel. La compétence ressortit dans ce domaine en première ligne au juge appelé, selon la procédure cantonale, à se prononcer sur la prétention cédée. L'administration de la faillite et les autorités de surveillance ne peuvent fournir une réponse anticipée à ces problèmes et encore moins imposer une solution qui exclut pour certains créanciers le droit de prétendre à la cession" (DTF 107 III 91, consid. 2 e 3). In sostanza, un creditore, benché organo responsabile, può domandare la cessione a norma dell'art. 260 LEF delle pretese della massa nei confronti degli altri organi. La competenza per statuire sulla legittimazione attiva dei singoli cessionari non compete all'autorità inferiore, bensì al giudice civile chiamato a pronunciarsi nel merito delle pretese cedute.

La FINMA, qualora – nell'ambito della decisione di merito che dovrà emanare – confermasse la cessione delle pretese di responsabilità prima

dell'allestimento della graduatoria, rinunciarebbe ad accertare in tale sede la qualità di creditore dei beneficiari di tali cessioni, rinviando siffatto esame alla susseguente graduatoria, impugnabile con azione di contestazione dinanzi al giudice civile al foro del fallimento. In ossequio al principio della parità di trattamento, ella non potrà quindi applicare ad X._____ un trattamento diverso. Come nel caso degli altri creditori, la fondatezza della sua pretesa dovrà essere – in tale ipotesi – verificata in sede di graduatoria. In tale ambito, la massa potrà anche opporre in compensazione ogni pretesa vantata nei confronti di quest'ultimo. Fino a quel momento, una cessione condizionale delle pretese di responsabilità – limitatamente a quelle dirette nei confronti degli altri organi responsabili – dovrà essere ammessa. Al riguardo, giova rammentare che il Tribunale federale ammette una cessione condizionale secondo l'art. 260 LEF con la motivazione che la cessione a un creditore eventuale debba avvenire contemporaneamente a quella degli altri creditori, già ammessi. La sospensione della sola domanda del cosiddetto creditore eventuale non appare infatti giustificata, rivelandosi spesso la cessione effettuata dopo l'accoglimento della sua azione di contestazione della graduatoria priva di qualsiasi valore pratico, avendo a quel momento gli altri creditori (collocati in precedenza) verosimilmente già realizzato la pretesa in questione (DTF 128 III 291, consid. 4 c)aa)). Ciò vale a maggior ragione nell'ipotesi in cui la cessione di pretese avviene a titolo condizionale prima ancora che la graduatoria sia stata allestita. In tale evenienza non si giustifica infatti in alcun modo di negare a priori ad alcuni creditori – la cui situazione verrà definita, insieme a quella degli altri creditori, unicamente nell'ambito della graduatoria (di competenza, in prima istanza, dell'amministrazione del fallimento, cfr. *supra*, consid. 3.4) e di eventuali azioni di contestazione (di competenza del giudice civile) – la facoltà di ottenere una cessione condizionale delle pretese della massa. Una simile esclusione di taluni creditori pregiudicherebbe infatti – anche in questo ambito e alla stessa stregua di quanto già esposto in merito alla legittimazione ad ottenere una decisione impugnabile (cfr. *supra*, consid. 3.4) – l'esito di eventuali azioni di contestazione, di competenza esclusiva della giurisdizione civile chiamata a statuire al riguardo, prima ancora che una graduatoria sia stata allestita e passata in giudicato. Ciò non toglie che – qualora ne ravvisasse gli estremi – l'autorità inferiore possa rifiutare la postulata cessione poiché costitutiva di abuso di diritto. Al riguardo, il Tribunale federale ha precisato che ciò è il caso allorquando un creditore domandi la cessione di un credito al solo scopo di impedire o rendere più difficoltoso l'esercizio della pretesa ceduta da parte degli altri creditori cessionari (DTF 107 III 91, consid. 2).

5.3 Epilogando, il ricorso, per quanto ammissibile, va parzialmente accolto, la decisione impugnata va annullata e la causa va rinviata all'autorità inferiore affinché si pronunci nel merito delle richieste formulate da X._____. Ella

dovrà quindi pronunciarsi sul mantenimento della cessione delle pretese di responsabilità prima dell'allestimento della graduatoria e, in via subordinata, su un'eventuale cessione di tali pretese anche ad X. _____, tenendo conto – entro i limiti del margine di apprezzamento che le compete – dei considerandi precedenti. Aldilà delle valutazioni generali di diritto formulate ai consid. 5.1 e 5.2 e nella misura in cui le conclusioni del ricorrente oltrepassino l'oggetto di lite circoscritto (consid. 1.2) non è possibile entrare nel merito delle conclusioni ricorsuali formulate in via subordinata.

6.

Con la presente sentenza decadono le misure provvisoriale ordinate con la decisione incidentale del 9 agosto 2012, per quanto non siano state parzialmente annullate con decisione incidentale del 16 e rispettivamente 24 gennaio 2013.

7.

In esito all'odierno giudizio il ricorrente ottiene il rinvio della causa all'autorità inferiore affinché si pronunci nel merito delle sue richieste. Egli soccombe invece per quanto attiene all'accertamento dell'incompetenza della FINMA ad agire quale liquidatrice del fallimento e con ciò sulla relativa richiesta di accertamento della nullità della decisione impugnata e di ogni atto di realizzazione operato dalla FINMA. Le spese giudiziarie, di complessivi fr. 3'000.–, vanno quindi posti a suo carico in ragione di fr. 1'500.– (art. 63 cpv. 1 PA). Poiché patrocinato e parzialmente vittorioso, al ricorrente compete anche un'indennità ridotta per ripetibili (art. 64 cpv. 1 PA). In assenza di una nota particolareggiata delle spese, essa viene fissata sulla base degli atti di causa (art. 14 cpv. 2 del Regolamento sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale del 21 febbraio 2008 [TS-TAF, RS 173.320.2]). In concreto, tenuto conto della parziale soccombenza del ricorrente, un'indennità di fr. 1'500.– appare adeguata.

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso è parzialmente accolto, per quanto ammissibile. La decisione impugnata è annullata e la causa è rinviata all'autorità inferiore affinché statuisca nel merito sulla richiesta di ritiro della cessione delle pretese di

responsabilità formulata dal ricorrente e, in via subordinata, sulla postulata cessione a quest'ultimo di dette pretese.

2.

Le spese processuali ridotte, di fr. 1'500.–, sono poste a carico del ricorrente e compensate con l'anticipo spese, già versato. L'eccedenza, di fr. 500.–, è rimborsata al ricorrente dopo il passaggio in giudicato della presente sentenza.

3.

L'autorità inferiore è tenuta a rifondere al ricorrente fr. 1'500.– per ripetibili ridotte.

4.

Comunicazione a:

- ricorrente (atto giudiziario; allegato: formulario per il rimborso);
- autorità inferiore (atto giudiziario).

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

Contro la presente decisione può essere interposto ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro un termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 e segg., 90 e segg. e 100 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 [LTF, RS 173.110]). Gli atti scritti devono essere redatti in una lingua ufficiale, contenere le conclusioni, i motivi e l'indicazione dei mezzi di prova ed essere firmati. La decisione impugnata e – se in possesso della parte ricorrente – i documenti indicati come mezzi di prova devono essere allegati (art. 42 LTF).

Data di spedizione: 13 marzo 2013