

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2017

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

«Banche venete» e problemi civilistici di lettura costituzionale del decreto legge n. 99/2017*

1.- Il testo del recentissimo decreto legge recante «disposizioni urgenti per la liquidazione di Banca Popolare di Vicenza s.p.a. e di Veneto Banca s.p.a.» non manca di proporre incertezze, dubbi, domande. Che pare opportuno esplicitare subito, in funzione dell'esigenza di acquisire soluzioni comunque equilibrate, che tengano conto adeguato dei tanti interessi in gioco, di necessità non tutti in linea tra loro (una campionatura di questi interessi si trova richiamata, d'altra parte, dallo stesso «considerato» posto in premessa al provvedimento¹).

In questo contesto, l'attenzione viene qui rivolta, in modo particolare, ai distinti precetti normativi portati dalle lettere *b*) e *c*) dell'art. 3, comma 1, del decreto². Precetti, questi, che senza dubbio

* Il lavoro è frutto della comune riflessione degli autori. Ad Aldo Angelo Dolmetta vanno attribuiti i paragrafi 1, 3, 5, 7 e 9. A Ugo Malvagna vanno attribuiti i paragrafi 2, 4, 6 e 8.

¹ «Considerato che, in assenza di misure pubbliche di sostegno, la sottoposizione di Banca Popolare di Vicenza s.p.a. e Veneto Banca s.p.a. a liquidazione coatta amministrativa comporterebbe la distruzione di valore delle aziende bancarie coinvolte, con conseguenti gravi perdite per i creditori non professionali chirografari, che non sono protetti né preferiti, e imporrebbe una improvvisa cessazione dei rapporti di affidamento creditizio per imprese e famiglie, con conseguenti forti ripercussioni negative sul tessuto produttivo e di carattere sociale, nonché occupazionali, e che, pertanto, vi è la straordinaria necessità e urgenza di adottare disposizioni volte a consentire l'ordinato svolgimento delle operazioni di fuoriuscita dal mercato delle banche ed evitare un grave turbamento dell'economia nell'area di operatività delle banche in questione».

² Qui di seguito, nella sua interezza, il testo del comma 1 dell'art. 3.

«I commissari liquidatori, in conformità con quanto previsto dal decreto adottato ai sensi dell'articolo 2, comma 1, provvedono a cedere ad un soggetto, individuato ai sensi del comma 3, l'azienda, suoi singoli rami, nonché beni, diritti e rapporti giuridici individuabili in blocco, ovvero attività e passività, anche parziali o per una quota di ciascuna di esse, di uno dei soggetti in liquidazione o di entrambi. Alla cessione non si applica quanto previsto ai sensi degli articoli 58, commi 1, 2, 4, 5, 6 e 7, salvo per quanto espressamente richiamato nel presente decreto, e 90, comma 2, del Testo unico bancario. Restano in ogni caso esclusi dalla cessione anche in deroga all'articolo 2741 del codice civile: a) le passività indicate all'articolo 52, comma 1, lettera a), punti i), ii), iii) e iv), del decreto legislativo 16 novembre 2015,

sono da annoverare tra i «fuochi» principali del provvedimento inteso, oltre a mettere in liquidazione coatta amministrativa le due banche venete, a regolare i termini della cessione delle loro aziende (ovvero di rami delle stesse o comunque di rapporti anche in blocco) al «soggetto individuato dal comma 3» del medesimo articolo 3³.

2.- La disposizione scritta nella lett. *b*) stralcia dalla prevista cessione taluni debiti, che le banche cedenti hanno (o vengano ad avere per successivo riconoscimento o accertamento giudiziale) nei confronti di propri azionisti o di propri obbligazionisti subordinati.

In punto oggettivo il riferimento non pare produrre incertezze: lo stesso va alle operazioni riguardanti – in senso oggettivo, appunto – i titoli di capitale (e relative varianti ibride, *i.e.* i «subordinati») emessi dagli intermediari, e da essi commercializzati, nei diversi contesti operativi in cui tale attività può venire – e nei fatti è venuta – ad esprimersi. Si tratti della mera sollecitazione all’investimento, nella forma della sottoscrizione di azioni in sede di aumento di capitale; o anche dell’inclusione di quei titoli nel portafoglio titoli dei clienti, in sede di prestazione del servizio di gestione patrimoniale, o della sola consulenza o raccomandazione; o ancora, dell’abbinamento – più o meno «forzato» – della vendita di azioni all’erogazione di credito da

n. 180; b) i debiti delle Banche nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle Banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate, ivi compresi i debiti in detti ambiti verso i soggetti destinatari di offerte di transazione presentate dalle banche stesse; c) le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività».

³ «Il cessionario è individuato, anche sulla base di trattative a livello individuale, nell’ambito di una procedura, anche se svolta prima dell’entrata in vigore del presente decreto, aperta, concorrenziale, non discriminatoria di selezione dell’offerta di acquisto più conveniente, nonché avendo riguardo agli impegni che esso dovrà assumersi ai fini del rispetto della disciplina europea sugli aiuti di Stato. Le spese per la procedura selettiva, incluse quelle per la consulenza di esperti in materia finanziaria, contabile, legale, sono a carico del soggetto in liquidazione e possono essere anticipate dal Ministero, il cui credito è prededucibile ai sensi dell’articolo 111, comma 1, numero 1), e dell’articolo 111-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e s.m. (legge fallimentare). Tali spese possono essere anticipate a valere sulle somme di cui all’articolo 9, comma 1 e sono restituite dal soggetto in liquidazione mediante versamento all’entrata del bilancio dello Stato».

parte della banca, secondo quella dinamica operativa che il gergo corrente designa in termini di operazioni c.d. bacciate.

E intende coprire, d'altra parte, tanto le – posizioni debitorie connesse alle – controversie che censurino la violazione della normativa societaria (cfr., così, l'art. 2358 c.c.); tanto quelle che, assunta una prospettiva sulla fattispecie di stampo non più societario, bensì «finanziario», invocano la violazione della disciplina dei servizi d'investimento, contestando la coerenza tra il concreto agire dell'intermediario e la direttiva normativa di fondo della materia, costituita dall'obbligo di agire nell'interesse del cliente *ex art. 21 TUF* ovvero di altri obblighi di informazione e/o di adeguatezza; tanto, ancora, quelle che neghino - anche sulla base del rilievo delle violazioni ora indicate (in specie, della necessaria protezione dell'interesse del cliente) -, l'esistenza di un interesse meritevole di tutela *ex art. 1322, comma 2, c.c.*, come proprio dell'operazione. Insomma, lo stralcio appare inteso a coprire l'intero arco della reazione rimediale che l'ordinamento mostra percorribile, in reazione a queste condotte: tutte e tre le vie di tutela che per diritto positivo sembrano darsi, cioè.

Se è certo l'intento generale veicolato da una disciplina siffatta (quello cioè «protettivo», ovvero «esonerativo», del soggetto acquirente: cfr. appena *infra*, n. 3), meno scontata sembra manifestarsi, invece, la portata effettiva della sottrazione stabilita dalla norma in questione. Qui, dunque, si pone un primo ordine di dubbi di solida portata.

3.- A una prima lettura, l'impressione che si ricava dalla norma della lett. *b)* è che questa intenda evitare al soggetto acquirente ogni tipo e forma di coinvolgimento rispetto alle indicate posizioni debitorie.

Si tratta di posizioni debitorie - su cui appunto insiste la norma - che risultano accomunate da un dato qualificante: quello di prodursi come conseguenza di prassi e condotte delle banche cedenti, non propriamente in linea con la normativa di legge. Il dato assurge, in realtà, a rilievo definitivo, posto che è lo stesso tenore testuale della lettera *b)* a esplicitare e sottolineare alquanto tale aspetto. Può anche dirsi, anzi, che alla base della stessa sussistenza di una norma del genere sta proprio l'esigenza di regolare simile tipologia di debiti,

quali frutto di un'attività svolta *contra legem* a livello (evidentemente non isolato, ma) imprenditoriale.

La norma è significativa in sé, nella misura in cui sottende - prima di abbozzare una strategia di soluzione - una diagnosi (non troppo difficile da svolgere, forse) dei fattori genetici della crisi delle due banche venete: a pesare sono state non solo le irregolarità sul lato degli impieghi, ma pure quelle accumulate sulla via della provvista. Da qui il passaggio all'ipotesi di «cura»: in presenza di operatività imprenditoriali connotate da logiche estranee al principio della sana e prudente gestione dell'art. 5 TUB, il tentativo di assicurare, a mezzo cessione, la continuità aziendale poteva essere assicurato - e la continuità assorbita - anche per il mezzo di una cesura delle posizioni debitorie di stampo risarcitorio e/o restitutorio, propriamente relative alla provvista.

Ed è questo, forse, l'intendimento sostanziale di coloro che, nella comunità degli operatori giuridici, vengono definiti come il «legislatore storico». Quasi a dire: che c'entra l'acquirente con le malefatte dell'alienante? Perché, allora, coinvolgerlo in tal modo nell'onere economico del salvataggio⁴?

4.- Può tuttavia seriamente dubitarsi che, se così effettivamente inteso, il tentativo di contemperamento delle diverse esigenze coinvolte nella vicenda delle banche venete sia in grado di superare la misura - va da sé, al di là di ogni eventuale rilievo della condivisibilità politica e tecnica di una cura del genere, - della legalità costituzionale. In realtà, una simile ipotesi di lettura propone e veicola, com'è del resto evidente, la creazione di un *titolo discriminatorio* a danno di taluna parte della clientela delle imprese cedenti.

Si tratta, per la verità, di una discriminazione di segno assai importante e profondo, (anche) perché non si limita a evocare i problemi e rischi di ragionevolezza insiti nel fatto di vestire di trattamento disciplinare diverso fattispecie di tratto similare (con riferimento, si intende, al livello qualificativo rilevante per la disciplina considerata: qui, a fare da prima sponda, il genere dei debiti

⁴ Il rilievo si pone a monte, chiaramente, della disciplina sugli «interventi dello Stato» di cui all'art. 4, che hanno consegnato all'operazione l'elemento della fattibilità economica.

delle imprese in relazione alla cessione dell'azienda). La stessa assume, in realtà, connotati più preoccupanti, perché – al di là di questo primo livello di differenziazione - viene specificamente a toccare, penalizzandola, proprio la posizione di coloro che hanno subito non solo in via indiretta, ma pure in via proprio immediata, gli effetti negativi dell'azione *contra legem* delle banche cedenti.

Quest'ultima notazione va, peraltro, articolata in maniera opportuna. Per farlo, occorre evidenziare la distinzione – materiale, ma pure normativa – che corre tra la fattispecie a cui fa cenno la frazione di apertura della *lett. b)* («debiti delle Banche nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle Banche») e quella considerata dalla frazione seguente (debiti derivanti «dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate»). Si tratta di posizioni che, se possono coincidere nel concreto, per l'ordinamento rilevano in termini diversi.

La prima frazione considera i clienti delle banche cedenti quali azionisti, come soggetti istituzionalmente destinati, dunque, a sopportare il rischio di impresa e tutelati dai mali comportamenti degli amministratori – in un sistema eteronormativo di impianto classico, almeno – soprattutto a mezzo dell'azione di responsabilità nei loro confronti. L'altra frazione della norma si pone in una logica invece diversa, là dove assume i «danneggiati» – così, in via segnata, procedendo alla costruzione di un titolo discriminatorio – come *clienti-investitori*. Come fruitori, cioè, di servizi di investimento, le cui forme di reazione si esprimono, istituzionalmente, mediante rimedi esercitabili direttamente nei confronti della società prestatrice del servizio: in termini tanto risarcitori, quanto – pure in ragione del nesso che lega la clausola generale dell'«agire nell'interesse del cliente» (cfr., in specie, l'art. 21 TUF) alla valutazione di meritevolezza dell'operazione – in termini restitutori.

Sì che, in definitiva, il confronto che più di ogni altro indica l'irragionevolezza della discriminazione in discorso non è quello esterno, condotto tra creditori dell'ente genericamente intesi; è quello specifico, piuttosto, che si pone tra i clienti che abbiano avuto dei rapporti di servizi di investimento con le banche cedenti: da un lato, i clienti con rapporti che hanno investito su titoli emessi dalle banche

stesse; d'altro, i clienti con rapporti relativi ad altri titoli (quindi, per dire, gli acquirenti di titoli Cirio, o Parmalat, o Lehman, o Argentina, ...; o anche di strumenti che si ricolleghino a vicende meno traumatiche, ma comunque di violazione delle regole di trasparenza finanziaria). La discriminazione tra i primi (debiti che non «transitano») e i secondi (che invece «transitano») appare proprio irragionevole e non giustificata.

Posto un simile scenario, pare sicuro che a «reggere» la prodotta stortura non basti, non possa bastare il richiamo derogatorio dell'art. 2741 c.c., che opera l'art. 3 del decreto. Il richiamo si manifesta o come non pertinente e dunque inutile, nella misura in cui sia inteso nel significato tecnicamente proprio della norma, se è vero che i crediti considerati sono tutti chirografari; ovvero addirittura esorbitante, là dove il riferimento alla *par condicio* venga inteso nel suo significato sistematico generale, e cioè come declinazione, nel rapporto *tra* creditori, del principio base che l'art. 2740 c.c. detta con mente rivolta al singolo rapporto obbligatorio: conducendo il passaggio ideale, dunque, dal diritto del singolo creditore di soddisfarsi su tutti i beni del debitore all'*uguale diritto di ciascun creditore* di soddisfarsi sui medesimi, cioè su tutti i beni del debitore (v. infatti appena *infra*, n. 5). Comunque, un richiamo vacuo.

A venire in questione è, in realtà, il muro invalicabile - un «muro berlinese», per dire - della parità di trattamento rispetto a situazione omogenee (anzi, a volere scendere proprio nel dettaglio, una *disparità di trattamento rovesciata*), nella misura in cui la lesione del principio *ex* art. 3, comma 1, Cost. viene a incidere direttamente sulla materia della tutela del risparmio, di cui all'art. 47 Cost., per negare tutela al soggetto programmaticamente protetto dalla norma della Carta fondamentale. Il punto non è, insomma, tanto il nudo fatto di sottrarre a taluno tra i creditori la tutela di una data posizione creditoria, quale che essa sia; quanto il rapporto tra tale sottrazione e la lesione degli interessi a cui quella posizione risulta strumentale.

5.- Rilevata la tensione anticostituzionale che attraversa l'ordito normativo in questione, l'esigenza di una lettura alternativa della lett. *b)* – che nutra l'ambizione di porsi in linea con i dettami della Carta (ovvero, rovesciando la prospettiva, la necessità di una lettura «costituzionalmente orientata») – sorge, per così dire, spontanea. Date

le riportate premesse, una diversa linea interpretativa viene fuori proprio da sola, cioè.

Nella prospettiva così indicata, della lettura costituzionalmente orientata della norma, sembra dunque da valorizzare la circostanza che l'*incipit* la norma dell'art. 3 si limita a considerare l'oggetto della cessione («sono esclusi»), senza occuparsi del regime di responsabilità esterna che, normalmente, consegue a una cessione di azienda⁵. Senza occuparsi, cioè, di tale essenziale aspetto in modo specifico o in modo partito, distinto.

Al riguardo, un'ipotetica obiezione alla praticabilità di tale prospettiva ermeneutica potrebbe forse essere costituita dal rilievo che, nella materia delle cessioni di aziende bancarie, questa distinzione tra oggetto del trasferimento, da un lato, e misura di responsabilità verso terzi, dall'altro, non risulta praticata normativamente: né nella disciplina sulla cessione d'azienda (art. 58, comma 5, TUB), né in quella sulle cessioni aggregate in sede di liquidazione coatta amministrativa (90, comma 2, TUB).

Una riflessione un poco più attenta mette però in dubbio un simile assunto. In effetti, la norma sulle cessioni limita – al decorrere del termine trimestrale – la responsabilità del cedente, non quella del cessionario; e la norma dell'art. 90, co. 2, TUB si riconduce a una logica di concentrazione dell'accertamento, più che di limitazione di

⁵ Sulla intima distinzione tra i due profili v. MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007, 139 ss.; nel senso che la disciplina codicistica in materia di cessione d'azienda considera il passaggio dei debiti nella sola prospettiva della responsabilità, e non della cessione, v. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Angelici e G.B. Ferri, Torino, 2001, 228; in giurisprudenza, v. Cass., 3 marzo 1994, n. 2108, che icasticamente, e in modo assai significativo, si esprime in termini di «responsabilità senza debito», per escludere la rivalsa, in assenza di patto espresso: «trattasi, nel caso di cui al capoverso dell'art. 2560 cod. civ., di una responsabilità senza debito (il debito è solo dell'alienante), che va ricondotta ad un acollo cumulativo «*ex lege*», e dà luogo ad una solidarietà in forza di legge tra l'alienante e l'acquirente dell'azienda commerciale, solidarietà «*sui generis*» che non implica il diritto del primo di ripetere, neppure in parte, dal secondo quanto versato al terzo creditore, appunto perché – diversamente da quanto avviene nei casi di solidarietà ordinaria in cui il fatto costitutivo del debito è imputabile anche al condebitore nei confronti del quale si agisca poi in via di regresso (v. artt. 1292, 1294, 1298 e 1299 cod. civ.) – l'alienante, debitore, ha adempiuto un'obbligazione discendente esclusivamente dal fatto proprio, contrattuale o extracontrattuale (v., in tal senso, Cass. 25 febbraio 1987, n. 1990)».

responsabilità (v. infatti l'inciso che impone di tenere conto «dell'esito delle eventuali opposizioni presentate»). Ad ogni modo, il tema si manifesta nel concreto ininfluente ai fini della costruzione interpretativa qui in discorso: ché, nella disciplina di specie, queste norme vengono propriamente ed espressamente derogate (cfr., art. 3, comma 1, decreto).

E non è detto, allora, che (in ragione appunto del ruolo guida dell'interpretazione che il necessario rispetto dei principi costituzionali non può non possedere) il frutto effettuale delle compiute deroghe sia – non già la sospensione della vicenda in discorso in una sorta di vuoto di regole e criteri ordinatori, bensì - l'inserimento nei relativi interstizi dei comuni principi generali della materia della cessione di azienda (tanto più che, quella regolata dal decreto legge è, sul piano strutturale, una cessione negoziale, seppure «assistita» per così dire; certo non si tratta, comunque, di una cessione *ex lege*)

Al quale proposito, atteso che il riferimento corre a una specie di liquidazione coatta amministrativa, vanno ricordate le norme della vendita fallimentare, dove la posizione preminente è data all'alienante, non già all'acquirente: cfr. art. 105, comma 5, e pure comma 8; nonché, in via di ulteriore conferma, l'art. 104-*bis* comma 6. Ma soprattutto, va richiamata la disposizione generalissima – e cardine del sistema comune – dell'art. 2560, comma 2, c.c.: una delle pochissime disposizioni in materia di cessione di azienda – quale regolata in via generale dal codice civile, per l'appunto – che non sono, a quanto pare, fatte oggetti di deroga da parte del decreto in questione⁶.

Com'è noto, tale norma segna la strutturale dissociazione tra l'oggetto del negozio di cessione – quale disegnato dall'accordo contrattuale - e il regime di responsabilità verso terzi, che *ex lege* somma alla responsabilità del cedente quella solidale del cessionario (cfr. anche sopra, nota 6). Ché se il primo risponde in quanto ha assunto il debito, il secondo risponde in quanto destinatario dei beni intesi a fornire la «garanzia» di quel debito.

⁶ Sul rapporto tra le risultanze del debito nei libri obbligatori del cedente, di cui alla norma dell'art. 2560 c.c., e la «sorta controversia», di cui discorre invece la lett. c) dell'art. 3, v. nel prosieguo del lavoro.

E tanto va pure predicato – pare a noi, per evitare ogni eventuale taglio che venga operato dalle forbici della Corte Costituzionale – con riferimento alla lettura della norma di cui alla lett. b. del decreto. Non sembra un caso, d'altronde, che il decreto – al di là dell'inconcludente richiamo derogatorio alla norma dell'art. 2741, quando in questione è l'«inderogabilità» della Costituzione – non pensi proprio a derogare alla norma base della responsabilità, come data dalla disposizione dell'art. 2740 c.c. Che questa, in definitiva, sarebbe stata l'unica via «alternativa» - a quella della deroga espressa alla norma dell'art. 2560 (ugualmente non praticata, si è appena visto) – per sottrarre effettivamente il soggetto acquirente dalla responsabilità nei confronti dei creditori in questione⁷.

In ultima analisi, pare ragionevole – e sistematicamente corretto – rifiutare ogni lettura della disposizione del decreto, che nel sottrarre tutti (o quasi tutti) i beni dell'originario debitore alla garanzia patrimoniale in favore di taluni creditori, venga a imprimere alla procedura concorsuale il segno programmatico della disparità di trattamento, così alterando il principio – per l'appunto, in sé non derogato: v. appena *supra* – della responsabilità patrimoniale, come altresì riferito alla sua proiezione relativa al rapporto tra i creditori del comune debitore (cfr. già sopra, nel n. 4).

6.- Problemi di spessore non inferiore a quelli appena sopra accennati propone pure la norma della lett. c) dell'art. 3, comma 1, del decreto. Problemi che, difatti, si manifestano destinati ad andare oltre la constatazione che il dettato della norma, se principia in termini di «controversia» (con il «riflettore» puntato dunque sull'aspetto inerente al rapporto processuale, come genericamente determinato), si conclude per contro in termini di «passività», con riferimento così al rapporto sostanziale - e di (solo) debito per le imprese parti del negozio di cessione –, di cui la controversia per l'appunto mira appunto ad accertare esistenza ed entità.

Su questo profilo specifico sembra del tutto ragionevole, in effetti, ritenere che la norma in questione intenda predicare l'esclusione dalla

⁷ Con scelta, tuttavia, che – a nostro avviso – avrebbe reso del tutto incontrovertibile (insuperabile, cioè) l'incostituzionalità della regolamentazione portata dal decreto.

cessione⁸ di *certi* debiti, come pertinenti all'azienda (bancaria, finanziaria, etc.) ceduta per i quali non sia ancora sorta – al momento della cessione medesima – una controversia (in qualche modo relativa, occorre pure aggiungere, al *an e/o* al *quantum* del debito).

Pur così dipanato il testo, la norma – si è detto – conserva (se non altro) due livelli problematici proprio di fondo. Questi, ci pare.

Uno insiste sui termini di effettiva applicazione dell'indicato criterio cronologico di cesura, segnatamente appuntandosi sul peculiare significato da assegnare – nel contesto in questione – alla parola «controversia» (n. 7). L'altro interessa invece la perimetrazione oggettiva dei rapporti inclusi nella norma, esprimendosi nell'interrogativo circa quali siano gli specifici debiti, tra quelli aziendali, cui la norma si riferisce: se tutti o, invece, solo una parte degli stessi⁹ (n. 8 s.).

7.- Quanto alla problematica che verte sulla nozione di controversia, l'interrogativo che assume dimensione maggiormente fattiva è quello della identificazione definitoria delle controversie «sorte» – «già sorte», per dire meglio – al momento della cessione¹⁰.

Su questo aspetto, va subito detto che non si vedrebbe la ragione per intendere *a priori* il termine in questione come equivalente a quello di (avvenuta proposizione di una) azione giudiziaria; ovvero per indirizzare la relativa ricerca e la questione senz'altro verso questo genere di approdo. Nell'indicare un conflitto di interessi in ordine a un dato rapporto intersoggettivo, in effetti, la parola «controversia» risulta in sé stessa alquanto generica (così come lo, del resto, è il termine «lite», su cui si costruisce il tipo della transazione *ex art. 1965 c.c.*): in quanto tale, la stessa si manifesta di per sé suscettibile di più accezioni e gradi di intensità.

⁸ E insieme dalla responsabilità dell'acquirente *ex art. 2560 c.c.*, così si direbbe. La cosa, peraltro, potrebbe anche risultare (assai) più complicata: v. subito appresso per i debiti di cui alla norma della lett. *b*); ma v. pure (e soprattutto) nel successivo n. 9, nella parte finale.

⁹ Segnaliamo che, se si accoglie la soluzione interpretativa suggerita *supra*, nei numeri 4 e 5, lo spartiacque rappresentato dalla «sorta controversia» dovrebbe valere anche per i debiti di cui alla norma della lett. *b*).

¹⁰ Dal testo del comma 2 dell'art. 3 sembra doversi dedurre, a quanto pare, che al riguardo debba valere il momento di «pubblicazione da parte della Banca d'Italia sul proprio sito della notizia della cessione».

Volendo formalizzare un poco di più il discorso, può dirsi che, se (anche) nel discorso giuridico ogni *nomen* assume tratti inevitabili di relatività, alcuni *nomina* – tra cui, appunto, quello di «controversia» – restano ancora più di altri esposti, in ragione della loro intrinseca conformazione, alla rilevanza semantica propria del contesto di utilizzo specifico. Una scelta terminologica dei compilatori del decreto, in altre parole, che non appare propriamente felice (per il tasso di equivocità che la caratterizza).

Occorre allora domandarsi quali siano i dati normativi che connotano il contesto di utilizzo del termine; e rispetto agli stessi valutare il significato. Nell'indicata prospettiva, viene senza dubbio in rilievo la norma dell'art. 2560 c.c. (e cioè della limitazione dei debiti ceduti a quelli rilevanti dai libri contabili obbligatori): disposizione la cui funzione è, all'evidenza, quella di rendere preventivamente edotto il cessionario dei rischi a cui va incontro acquisendo l'azienda¹¹. Conferma indiretta dell'affermata *ratio* si ritrae, a ben vedere, pure dalla norma dell'art. 90 comma 2, TUB: che trova la propria ragione d'essere nella prospettiva di tutelare l'interesse/affidamento dell'acquirente a «conoscere esattamente e con certezza lo stato patrimoniale attraverso il risultato di una procedura pubblica»¹².

Se questo è vero, allora pare doversi positivamente escludere la necessità, per poter valutare già «sorta» la controversia, di un giudizio radicato presso l'autorità giudiziaria. Piuttosto, sembra bastare una contestazione scritta, e dotata delle caratteristiche della sufficiente specificità. Del resto, in tal modo non si fa che riprendere, dal punto di vista del diritto effettivo, la regola generale dell'art. 2560 c.c.: l'esito è indicato, in particolare, dalla combinazione del dettato del capoverso della disposizione appena menzionata (che parla di «libri contabili») con la norma dell'art. 2220, comma 2, c.c., che obbliga le imprese alla conservazione de «le fatture, le lettere e i telegrammi ricevuti e le copie delle fatture, delle lettere e dei telegrammi spediti»¹³.

¹¹ Tanto più che il decreto 99/2017 (art. 4, co. 4, anche per gli effetti di cui al co. 1, lett. a) i) fa espresso riferimento a una *due diligence* da svolgersi, a cui ricollega la previsione di conguagli.

¹² Cfr., Cass., 23 novembre 2009, n. 24635, in *Banca e borsa*, 2010, II, 517, con nota di MINNECI, *Il regime dei debiti nell'ambito delle cessioni aggregate di cui alla liquidazione coatta bancaria*.

¹³ MINNECI, *Trasferimento, cit., passim*.

A tale rilievo, già in sé pregnante, si può aggiungere un ulteriore riscontro sistematico, come costituito dalle disposizioni della Banca d'Italia che regolano il funzionamento dell'Arbitro bancario finanziario. Rileva, in particolare, la definizione della nozione di reclamo che vi è data: «ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta (es. lettera, fax, *e-mail*) all'intermediario un suo comportamento anche omissivo». E allora, essendo il reclamo atto necessario – quale adempimento preliminare e strumentale – all'introduzione del ricorso, esso segna l'ingresso nella fase «controversa» del rapporto¹⁴.

Sembra a noi, in definitiva, che la cessione in discorso includa in ogni caso i rapporti debitori (originati dalle cedenti, va da sé), per i quali sia intervenuta una specifica contestazione scritta prima della notizia del trasferimento che venga data dalla Banca d'Italia.

8.- Ancora più delicato si manifesta l'altro profilo problematico di base, che riguarda la definizione dei rapporti effettivamente inclusi nell'ambito di applicazione della norma della lett. c).

Il dubbio discende, anzitutto, da ciò che la normativa del decreto legge sembrerebbe disporre una *successione automatica dei contratti aziendali* in essere. Al punto che viene derogata, addirittura, la norma dell'art. 58, comma 6, TUB; *a fortiori* si deve allora ritenere l'esclusione, per quanto non testualmente operata, dell'applicabilità della norma dell'art. 2558 comma 2, c.c.; del resto, si tratta di disposizione pressoché uguale a quella dell'art. 58, comma 6, del testo unico.

L'interrogativo si completa, poi, nel rilievo che di sicuro vengono trasferiti al soggetto acquirente anche crediti in essere delle cedenti. Molti di questi crediti, se non proprio tutti o quasi tutti (cfr. l'art. 3, comma 2): invero, rimangono in capo alle cedenti solo i crediti c.d. «deteriorati», siano gli stessi esclusi *ab origine* dalla cessione, ovvero «retrocessi» (dal cessionario, s'intende) ai sensi dell'art. 4 del decreto.

Di conseguenza, il dubbio si focalizza e condensa nella seguente domanda di base: se la mancata contestazione, in tempi anteriori alla

Il tessuto normativo della sezione dal codice dedicata alle «scritture contabili» assicura che il «libro contabile» è semplice specie del relativo genere.

¹⁴ Lo spunto, riportato nel testo, si deve a Ugo Minneci.

cessione, escluda dalla stessa anche i debiti inerenti a rapporti tuttora in essere al momento della medesima cessione e/o i debiti da fattispecie da cui (anche se chiuse) residui pure un credito della banca (cedente o cessionaria). Per portare esempi davvero facili, come pure di riscontro operativo vastissimo, basta pensare all'ipotesi del conto corrente tuttora aperto ovvero a quella in cui il cliente abbia ancora da restituire parte del capitale, a seguito di rate ormai scadute. Né si vedono, ci pare, spazi apprezzabili per trattare in modo differenziato le due tipologie di ipotesi appena rappresentate.

9.- Ora, la gravità del problema, che si sta qui tracciando, appare cosa non discutibile; così come evidente si mostra la dimensione prospetticamente crescente dello stesso, dal punto di vista dei valori economici in gioco (ché il tempo opera, in questa materia, come moltiplicatore) e del rischio legale cui il soggetto acquirente resterebbe esposto. E così pure, in via correlata ancora, la necessità della sua pronta chiarificazione.

Per constatarlo, basta pensare, nell'indicata prospettiva, all'eventualità di decreto ingiuntivo richiesto e ottenuto dalla Banca, in funzione del recupero del credito – nel caso, passato a sofferenza – relativo a un rapporto di credito transitato alla cessionaria. Ingiunzione a cui, per dire, il cliente intenda opporre – in via riconvenzionale – la nullità di certe poste anatocistiche; o il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 118 TUB; o il carattere usurario della pretesa azionata; o il mancato rispetto della normativa sulle valute; o anche – naturalmente – il mancato rispetto della normativa TUF sui servizi di investimento; o, nel caso, la mancanza di causa dell'operazione oppure la violazione del divieto di cui all'art. 2358 c.c. (quali che siano le esatte conseguenze rimediali da imputarvisi).

Ora, posta una simile ipotesi (di riscontro, come si vede, piuttosto frequente), il punto è se accedere a una lettura della norma del decreto che – in conformità alle sue apparenze testuali – venga a vietare in perpetuo al cliente, che si muove in opposizione, una siffatta possibilità. Ché ciò significherebbe, all'evidenza, conculcare il diritto di difesa proprio di questi, e comprimere, pertanto, il principio fondamentale di cui alla norma dell'art. 24 Cost. Così intesa, in definitiva, la norma parrebbe incostituzionale: e in modo palese, pare

a noi di potere osservare. È possibile evitare una simile – e inaccettabile – conclusione?

Pare a noi che, in proposito, si potrebbe provare a immaginare – e sondare – la percorribilità di due strade. Tra loro alternative, entrambe queste vie comunque ridurrebbero alquanto la portata della norma dell'art. 3, lett. *c*), tra ciò che sta dentro e ciò che sta fuori dalla cessione: ovvero, e in ogni caso, dalla responsabilità verso terzi del soggetto acquirente.

La prima opzione è di operare «a monte» sulla costruzione interpretativa del significato e dei limiti dell'esclusione dalla cessione. E giungere, per tale via, a ritenere esclusi dalla portata della norma dell'art. 3 i debiti indicati *supra*, n. 8. Anche qui, venendo nella sostanza a ricondurre il regime disciplinare al diritto comune della cessione: in cui certo la disposizione dell'art. 2558 c.c. non si pone come regola di per sé sola idonea a esaurire la regolamentazione (del transito) dei rapporti in corso, piuttosto costruendosi sulla linea della sua necessaria integrazione con il complessivo plesso disciplinare della cessione d'azienda, come a sua volta inscritta in un più generale *framework* sistematico¹⁵. Del resto, l'argomento svolto con riferimento ai debiti della lett. *b*) attinge al tenore dell'*incipit* della disposizione («restano in ogni caso esclusi dalla cessione»), che è testualmente riferibile anche alla lett. *c*).

La seconda eventualità – che, diversamente, assume come data la preclusione del cliente all'azione autonoma, e di iniziativa propria – invece opera, valorizzandolo, sul nesso di unitarietà che lega il credito vantato dalla Banca e il controcredito (o la «ragione» del minor credito) affermato dal cliente: così ammettendo, per lo meno, la possibilità che il cliente sia abilitato – in via di domanda ed eccezione riconvenzionali – a opporre al cessionario i detti suoi diritti¹⁶.

¹⁵ Cfr., PORTALE e DOLMETTA, *Parere* del 23 giugno 2004, inedito, p. 13 s.: «l'applicazione della norma dell'art. 2558 c.c., compresi i suoi riflessi sul regime dei debiti pregressi, non può comunque privare il terzo contraente ceduto; (a) del potere di risoluzione del contratto (di cui al passaggio), nonché – e conseguentemente – (b) delle minori facoltà potestative connesse».

¹⁶ Dal punto di vista sistematico, deve segnalarsi il principio espresso, in materia di compensazione – ma che può essere dotato di una più ampia rilevanza ricostruttiva –, dell'art. 1248, comma 2, c.c., secondo cui «la cessione non accettata dal debitore, ma a questo notificata, impedisce la compensazione dei crediti sorti posteriormente alla notificazione».