

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2018

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

Debiti (non) ceduti e insinuazione al passivo. A proposito delle «banche venete».*

SOMMARIO. 1. I comunicati dei commissari liquidatori del 22 febbraio 2018; 2. L'art. 2 comma 2 legge n. 121/2017 come fenomeno «straordinario» di liberazione del debitore; 3. Gli aventi «diritto alla restituzione degli strumenti finanziari» relativi alla prestazione di servizi d'investimento; 4. I creditori «non ceduti» con responsabilità del cessionario; 5. Il problema dei creditori «retrocedibili»; 6. Il rapporto tra legge e contratto ai fini dell'accertamento del passivo, alla luce dell'art. 2 comma 2 legge n. 121/2017; 7. Le passività «controverse» ex art. 3 comma 1 lett. c), legge n. 121/2017; 8. Effetti della presentazione e della mancata presentazione della domanda di insinuazione al passivo; 9. Effetti dei provvedimenti (di accoglimento o di diniego) dei liquidatori.

1. I comunicati dei commissari liquidatori del 22 febbraio 2018

1.1.- Con due comunicati dello scorso 22 febbraio, affatto omologhi per contenuto, i commissari liquidatori di Banca Popolare di Vicenza e quelli di Veneto Banca hanno dato impulso al termine relativo alla presentazione delle domande di ammissione nei relativi stati passivi, con conseguente individuazione della scadenza del medesimo al prossimo 23 aprile.

Secondo quanto segue alle indicazioni testualmente fornite nei comunicati, gli stessi intendono trovare la loro base fondante – di avvio del procedimento di insinuazione – nella somma di due serie normative. Una, di ordine generale; l'altra, particolare.

Viene dunque richiamata la norma generale per le liquidazioni coatte amministrative bancarie costituita dall'art. 86 comma 5 TUB («entro sessanta giorni dalla pubblicazione del decreto di liquidazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, i creditori e i titolari dei diritti indicati nel comma 2, i quali non abbiano ricevuto la comunicazione prevista dai commi 1 e 2, devono chiedere ai commissari, mediante raccomandata con avviso di ricevimento, il riconoscimento dei propri crediti e la restituzione dei propri beni,

* 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.

presentando i documenti atti a provare l'esistenza, la specie e l'entità dei propri diritti e indicando l'indirizzo di posta elettronica certificata al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura. Si applica il comma 3 del presente articolo»).

Alla disposizione generale vengono poi aggiunte le norme degli artt. 2, comma 2 e 4, comma 4, d.l. n. 99/2017 convertito con modificazioni in legge n. 121/2017, provvedimento legislativo per l'appunto approntato per la gestione normativa *ad hoc* del dissesto delle banche venete. Per la prima di queste disposizioni, «dopo l'adozione dei decreti di cui al comma 1, l'accertamento del passivo dei soggetti in liquidazione ai sensi dell'articolo 86 del Testo unico bancario è condotto con riferimento ai soli crediti non ceduti ai sensi dell'articolo 3, retrocessi ai sensi dell'articolo 4 o sorti dopo l'avvio della procedura». Tale retrocessione segue – come indica la seconda norma – allo svolgimento di un'apposita «*due diligence* sul compendio ceduto» (in esito alla quale «il cessionario di cui all'articolo 3 può restituire o retrocedere al soggetto in liquidazione attività, passività o rapporti dei soggetti in liquidazione o di società appartenenti ai gruppi bancari delle Banche»).

Per la verità, nessuna di queste due norme particolari sembra introdurre – testualmente almeno – una deroga alla disposizione generale dell'art. 86 comma 5 TUB, che, come si è appena riferito, imputa la decorrenza del termine per l'insinuazione non a un intervento commissariale, bensì alla pubblicazione del decreto ministeriale di messa in liquidazione. I comunicati sembrerebbero ravvisare, quindi, una sorta di deroga implicita (o di sistema, forse) alla norma generale del TUB nell'ambito della disciplina di cui al decreto.

1.2.- Nei fatti, il punto è che i decreti del MEF di messa in liquidazione delle due banche (nn. 185 e 186 del 25 giugno 2017) non sono stati a tutt'oggi – secondo quanto consta, perlomeno¹ – fatti

¹ L'edizione della Gazzetta Ufficiale del 31 luglio 2017, n. 177, pag. 156, reca infatti la sola comunicazione, da parte della Banca d'Italia, dell'emanazione dei decreti del MEF nn. 185-186.

Il testo dei decreti (uguale per entrambi i casi) risulta peraltro circolare via internet

oggetto di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale «per estratto», secondo quanto dispone l'art. 80, comma 4 TUB. Se questo è vero, di per sé non dovrebbe correre nessun termine (salva appunto l'individuazione di una deroga nel peculiare tessuto normativo relativo alla liquidazione delle banche venete).

Per le domande che verranno presentate entro il 23 aprile non dovrebbero comunque porsi dei problemi reali. I comunicati dei commissari si fanno espressa cura di dichiarare che «le domande di insinuazione già pervenute» e confezionate secondo date modalità «saranno considerate come validamente presentate e quindi prese in esame all'avvio del procedimento di accertamento del passivo»: all'identico destino non possono essere sottratte, evidentemente, quelle che verranno presentate adesso (d'altronde, il termine iniziale della procedura liquidatoria in quanto tale pare muovere dall'emanazione del decreto ministeriale). È da chiedersi peraltro se siano veramente definibili come «tardive» ai sensi dell'art. 89 TUB le domande che saranno inoltrate alle liquidazioni dopo il 23 del mese di aprile.

(<http://www.vicenzapiu.com/documenti/Decreto%20MEF%20n%C2%B0%20185%20BPVI.pdf>), secondo quanto viene qui di seguito trascritto.

«Articolo 1 (liquidazione coatta amministrativa) [la Banca] è posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'art. 80, comma 1, del TUB e dell'art. 2, comma 1, lettera a), del D.L. Ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera b), del D.L., è disposta la continuazione dell'esercizio dell'impresa della banca in liquidazione coatta amministrativa per il tempo tecnico necessario ad attuare le cessioni previste dal D.L. Articolo 2 (Regime di impugnazione) Il presente decreto è impugnabile entro sessanta giorni dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale ovvero 120 giorni con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Le decisioni della Banca Centrale Europea, del Comitato di Risoluzione Unico e della Commissione Europea, menzionate nel preambolo e costituenti il presupposto del presente decreto, sono impugnabili con ricorso al Tribunale di Giustizia dell'Unione Europea entro due mesi».

Per completezza, va altresì osservato che nel comunicato della Banca d'Italia con cui si dà notizia della messa in liquidazione, si afferma che «[c]on separato decreto n. 187 in pari data, su proposta della Banca d'Italia, sono state adottate le misure di cui all'art. 2, comma 1, lett. c) e d)» del decreto legge 99/2017 (e qui interessa sottolineare, in particolare, la lettera d), in cui il riferimento a «gli interventi indicati all'articolo 4 a sostegno della cessione di cui all'articolo 3)». Tuttavia, non siamo riusciti a entrare nella materiale disponibilità del detto provvedimento.

1.3.- Pure sotto il profilo delle procedure pare, insomma, che la liquidazione delle banche venete si connoti per una dose di particolarità assai marcata (per l'essere dominata dalla linea della mera contingenza, si potrebbe fors'anche pensare).

Salta così agli occhi – per quanto non dovrebbe produrre negatività decisive o di carico troppo pesante (ma si tratta di osservazione non completa, in ragione di quanto si rileverà *infra*, nel n. 5, in punto di creditori «retrocedibili») – la circostanza che entrambe le liquidazioni abbiano deciso di omettere *in toto* la comunicazione personalizzata a ciascun creditore delle «somme risultanti a credito di ciascuno secondo le scritture e i documenti della banca», così come dispone la norma dell'art. 86 comma 1 TUB. E che non diversamente abbiano fatto con i «titolari di diritti reali sugli strumenti finanziari relativi ai servizi previsti» dal TUF, di cui discorre il comma 2 dell'art. 86 (sulla posizione di questi ultimi – all'apparenza negletta – v., peraltro, anche *infra*, il n. 3).

Niente di determinante qui, è chiaro: la comunicazione non viene a incidere sul termine di cui all'art. 86, comma 5; né discrimina in qualche modo tra soggetti che l'hanno ricevuta e soggetti a cui non è stata invece inviata. Tuttavia, l'indicazione delle «somme risultanti a credito di ciascuno secondo le scritture e i documenti della banca» – secondo quanto prescrive la formula normativa della chiusa del comma 1 dell'art. 86 – non è che sia cosa di per sé stessa inutile o priva di significato. In realtà, essa persegue lo scopo di «dare una mano» ai creditori nella presentazione delle loro domande; e pure di dare un minimo di ordine, di indirizzo di massima (in senso latissimo), al procedimento di verifica del passivo nel suo complesso.

D'altro canto, il segnalato agire dei commissari non sembra potersi inscrivere nella cornice disciplinare dell'art. 86, comma 2-*bis* TUB, che regola l'ipotesi di «procedure prive di risorse liquide o con risorse insufficienti» (*ex art. 92-bis* TUB), stabilendo che la comunicazione dell'inserimento nello stato passivo possa pure avvenire «per singole categorie di aventi diritto, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e in uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale di un avviso contenente l'invito a consultare l'elenco provvisorio degli ammessi al passivo».

Difatti, pure al di là del rilievo per cui non risulta agli atti della procedura – quanto meno, non risulta ancora – alcuna presa d'atto

dell'insufficienza dell'attivo, che in effetti dipenderà da variabili numerose e diverse (a partire dalla reale misura di «deterioramento» dei crediti ceduti alla SGA e, prima ancora, dall'effettiva esistenza giuridica dei crediti stessi, in particolare di quelli contestati)², la circostanza che ci si trovi fuori da quest'opzione procedimentale è testimoniata proprio dalla mancata pubblicazione dell'«elenco provvisorio degli ammessi al passivo».

2. L'art. 2 comma 2 legge n. 121/2017 come fenomeno «straordinario» di liberazione del debitore

2.1.- Nel contesto dei comunicati in discorso, particolare risalto viene assegnato alla norma del comma 2 dell'art. 2; riportato per intero, il testo è reso in carattere grassetto e, altresì, in sottolineato. Trasparente è l'avviso dell'enfasi: rimarcare l'importanza operativa della norma, se tradisce la preoccupazione di ricevere un alto numero di richieste di insinuazione «sbagliate», nel contempo tende a contenere l'effettivo ricorrere di una simile eventualità.

L'intento è lodevole, non c'è dubbio. Si può dubitare, tuttavia, della sufficienza di questo testo normativo a risolvere ogni questione in punto di definizione degli aventi diritto all'insinuazione. A nostro avviso, la norma, più che risolvere problemi, forse qualcuno lo crea. All'analisi della disposizione del comma 2 dell'art. 2 sono, di conseguenza, dedicate le brevi osservazioni che compongono il presente scritto.

2.2.- Della versione vigente di questa norma la prima cosa – a colpire l'attenzione dell'operatore tecnico – è che la stessa parla di «crediti (non) ceduti» (decisamente migliore l'espressione adottata dal

² Dando seguito all'istanza di accertamento dello stato d'insolvenza della Procura della Repubblica di Treviso del 9 gennaio 2018, in data 18 gennaio 2018 il Tribunale di Treviso, Seconda Sezione Civile, ha fissato l'udienza per la comparizione del Pubblico Ministero nonché delle parti destinatarie della convocazione (Banca d'Italia, i cessati rappresentanti legali di Veneto Banca, i Commissari Liquidatori, i Ministro dell'Economia e delle Finanze) al giorno 23 marzo ai fini dell'accertamento dei presupposti per la dichiarazione dello stato di insolvenza ex art. 202 l.f. e 82 TUB. Nel provvedimento del Tribunale è richiesta la presentazione di una lista dei creditori, che però, ovviamente, non assume alcun rilievo all'interno del procedimento di accertamento dello stato passivo.

decreto originario, che facendo riferimento ai «creditori», poneva almeno l'accento sul soggetto che va a presentare la domanda di insinuazione). Si tratta di una scelta lessicale alquanto singolare, a noi pare, posto che la materia a cui viene riferita esprime non attività, bensì passività relative al pregresso esercizio dell'attività di impresa da parte delle banche ora in liquidazione.

Ovviamente, il significato di base della disposizione è quello di indicare che i creditori delle banche venete, che sono stati «ceduti» alla banca cessionaria, restano esclusi dal passivo fallimentare di quelle. Col che, peraltro, dal piano della mera formula linguistica ci si volge verso quello della sostanza concettuale. Perché il fenomeno, che resta qui sotteso al termine «cessione», è quello della modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, con liberazione del debitore originario (non permanendo residui spazi vitali del credito verso le banche venete, ci sembra, per chi viene escluso dal concorso al riparto dell'eventuale attivo patrimoniale). Liberazione che – in un sistema come il nostro, per sé contrario all'idea di trapassi automatici dei debiti – secondo i principi suppone la necessaria adesione del creditore.

In via emblematica si veda, così, la norma dell'art. 1273, comma 1 e 2 cod. civ. Ma prima di tutto si veda, in ragione appunto della materia che qui è specificamente in esame, la regola dettata dall'art. 2560 comma 1, cod. civ. Alla quale appare, di conseguenza, derogare – per la specie delle banche venete – la norma dell'art. 2 comma 2: che per quest'aspetto, mostra dunque un primario significato di natura sostanziale (che solo viene manifestato, per così dire, sul piano obliquo della disciplina concorsuale di accertamento del passivo).

2.3. Per chiudere il cenno al profilo dommatico del tema (in una vicenda come quella della liquidazione delle banche venete, comunque destinato, va da sé, a rimanere confinato sui margini), va infine rilevato come sia senz'altro da respingere – *a priori*, viene proprio da dire – ogni eventuale ipotesi di ipotizzare la disciplina in questione (di cessione con liberazione del debitore cedente) come sponda per assumere, o formare, dei microsistemi alternativi. Si tratta, invero, di una norma del tutto eccezionale, frutto di una legislazione di natura solo emergenziale.

In effetti, la norma dell'art. 2 comma 2 si iscrive nel complesso di un testo normativo (quello appunto della legge n. 121/2017) che, se

nella forma dichiara di richiamarsi al paradigma normativo della liquidazione coatta amministrativa delle banche, nella sostanza sembra tuttavia connotarsi per gli allontanamenti e scarti che dal relativo schema generale esso viene a presentare (a partire, per quanto più prossimo al tema qui specificamente in oggetto, dalla congiunta deroga all'art. 58, comma 5, e all'art. 90, comma 2, TUB di cui all'art. 3, comma 1). Al punto, in verità, che viene da chiedersi se il legame della disciplina liquidatoria delle banche venete con il genere della liquidazione coatta delle banche sia, in definitiva, qualcosa di più di una semplice etichetta giustapposta.

Naturalmente, non è questa la sede adatta per affrontare il tema – decisamente complesso – dell'identità tecnico-strutturale della figura delineata dalla legge n. 121/2017. Per i modesti fini della presente indagine sembrano sufficienti, in realtà, due brevissime osservazioni, entrambe fermate sulla cessione che viene ivi prevista.

La prima è che quest'ultima, seppur certamente riconducibile al genere degli atti dispositivi, non sembra appartenere alla categoria delle cessioni liquidatorie (in quanto tali destinante a tradurre il valore del compendio aziendale in denaro, con conseguente distribuzione del relativo ricavato ai creditori): il distacco dalla comune liquidazione coatta delle banche è proprio di sostanza, insomma.

L'altra è che l'idea disciplinare del legislatore storico pare propriamente essere quella di tenere compiutamente separati tra loro (reciprocamente «segregati») debiti lasciati al cedente e debiti trasmessi al cessionario (quali quelli, per dire, da depositi bancari): si può tuttavia dubitare, a noi pare, che tale soggettiva intenzione si sia poi realizzata sino in fondo (v. *infra*).

3. Gli aventi «diritto alla restituzione degli strumenti finanziari» relativi alla prestazione di servizi d'investimento

3.1.- La disciplina generale della liquidazione coatta delle banche si occupa distintamente, nella disposizione dell'art. 86 comma 5 TUB, dei «clienti aventi diritto alla restituzione degli strumenti finanziari relativi ai servizi previsti dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58». Secondo tale norma, questi clienti «sono iscritti in apposita e separata sezione dello stato passivo».

Come si comprende, la natura della pretesa avanzata dai clienti nei confronti della procedura non è costituita da un credito pecuniario, quanto piuttosto da una posizione attiva del cliente che sotto il profilo tecnico si qualifica in termini restitutori. È dunque evidente che la sponda normativa generale di riferimento della disciplina di insinuazione al passivo è quella costituita dall'art. 103 legge fall., in materia di «domande di rivendica e restituzione» rivolte nei confronti della procedura fallimentare. Tale accostamento dovrebbe fugare ogni dubbio, poi, sulla proponibilità, nei confronti della liquidazione coatta, non solo di azioni di restituzione, ma anche delle domande di rivendica.

Fermato il richiamo normativo, il riferimento a una «apposita e separata sezione dello stato passivo» si spiega allora, e piuttosto agevolmente, in virtù della differente natura della pretesa che viene esercitata. Per il cliente si tratta, infatti, di ottenere la materiale disponibilità di beni di sua proprietà: mai usciti dalla propria sfera patrimoniale, essi si trovano affidati all'ente in liquidazione in virtù di un rapporto contrattuale (quello della prestazione di servizi di investimento ai sensi dell'art. 1, comma 5, TUF) che, ove non già cessato, non può proseguire in capo alla procedura concorsuale³.

Ciò posto in linea generale, si tratta adesso di scendere allo specifico della liquidazione delle banche venete. È da chiedersi, in particolare, in che modo vada intesa la norma dell'art. 2, comma 2, là

³ E infatti, se è vero che il decreto legge 99/2017 stabilisce la possibilità che il MEF disponga «la continuazione, ove necessario, dell'esercizio dell'impresa o di determinati rami di attività», facoltà che il Ministero ha nei fatti esercitato, è pure sicuro che questa è concessa «per il tempo tecnico necessario ad attuare le cessioni previste» dal medesimo decreto.

Ad ogni modo, l'inevitabilità dello scioglimento dei contratti di prestazione dei servizi di investimento resta sancita dalla revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, che è conseguita al provvedimento di revoca della licenza bancaria ad opera della Banca Centrale Europea, emesso in data 19 luglio 2017.

Apprendiamo tuttavia dalle dichiarazioni rese dal Commissario Liquidatore della Banca Popolare di Vicenza, dott. Fabrizio Viola, in sede di assunzione di informazioni (*ex art. 362 c.p.p.*) da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Vicenza in data 20 dicembre 2017, che «la Banca d'Italia ha concesso la autorizzazione provvisoria allo svolgimento della attività bancaria» (pagina 4 del relativo verbale).

dove il suo testo sembrerebbe limitare ai soli creditori (poi, «non ceduti») l'accesso allo stato passivo degli enti in liquidazione.

3.2.- La soluzione all'interrogativo così posto deve muovere, a noi pare, dalla distinzione tra due gruppi di fattispecie, la cui sorte appare segnata da una sostanziale differenza.

In particolare, da un lato vi sono i rapporti contrattuali ancora in essere al momento della messa in liquidazione della società; dall'altro, quelli che alla medesima data erano già cessati nella loro efficacia, senza che però l'intermediario abbia ancora adempiuto l'obbligazione di restituzione degli strumenti: e cioè, se si preferisce richiamarsi a una terminologia oramai classica, i rapporti «chiusi», ma non «esauriti».

Con riferimento a questi ultimi, è davvero scontato osservare che, se del rapporto residua la sola pretesa restitutoria o rivendicatoria, allora questa non potrà che essere fatta valere nei confronti del soggetto che si trova nella disponibilità materiale degli strumenti: la procedura, per l'appunto⁴.

All'opposto, la sorte dei rapporti relativi a servizi di investimento ancora in essere sembra essere quella del loro integrale trasferimento in capo al cessionario dell'azienda senza soluzione di continuità. In effetti, si tratta di contratti aziendali in senso proprio, poiché strumentali di esercizio dell'attività d'impresa. La circostanza del loro integrale trasferimento pare del resto confermata dallo stesso contratto di cessione, che espressamente include tra i rapporti ceduti tutti i contratti di custodia ed amministrazione titoli.

In un simile contesto, la fisiologia della prosecuzione del rapporto in capo al nuovo prestatore del servizio d'investimento è quella per cui il cessionario riceva dalla procedura gli strumenti su cui il rapporto insiste (quelli, cioè, affidati alla custodia dell'intermediario in dissesto). Sembra pure sicuro che l'ottenimento del possesso dei titoli

⁴ Non si comprenderebbe, del resto, perché la procedura dovrebbe consegnare tali strumenti al cessionario o a terzi. Peraltro, di fronte a una simile eventualità dovrebbe applicarsi l'art. 103 l.f. («se il bene non è stato acquisito all'attivo della procedura, il titolare del diritto, anche nel corso dell'udienza di cui all'articolo 95, può modificare l'originaria domanda e chiedere l'ammissione al passivo del controllore del bene alla data di apertura del concorso. Se il curatore perde il possesso della cosa dopo averla acquisita, il titolare del diritto può chiedere che il controllore del bene sia corrisposto in prededuzione»).

relativi ai rapporti di prestazione di servizi di investimento a sé trasferiti costituisce un preciso obbligo in capo all'intermediario: sicché un'ipotetica inerzia costituirebbe di per sé inadempimento alle obbligazioni assunte *ex contractu*.

L'enucleato obbligo del cessionario nemmeno sembra destinato a cessare per l'ipotesi della cessazione del rapporto in costanza della procedura. L'assunto appare evidente in quelle ipotesi in cui sia accertato il previo affidamento degli strumenti al cessionario (così, la contabilizzazione dei medesimi sul nuovo conto di deposito titoli in essere tra cliente e cessionario). Ma nemmeno nel diverso caso di uno scioglimento anteriore all'affidamento degli strumenti, si potrebbe tenere il cessionario del tutto estraneo alla vicenda: ché se è vero che lo scioglimento del rapporto identifica nel terzo possessore – qui, la procedura – il legittimato passivo dell'azione restitutoria o rivendicatoria (e qui la tardività dell'insinuazione sarebbe certo non imputabile), è pure sicuro che sul cessionario, in quanto ultima controparte di quel rapporto, incombeva l'obbligo di procurarsi gli strumenti finanziari.

4. I creditori «non ceduti» con responsabilità del cessionario

4.1.- Non è dubbio che nell'ambito dei soggetti legittimati a proporre insinuazione nel passivo delle «banche venete» siano da ricomprendere i creditori fatti oggetto di attenzione dalla norma dell'art. 3, comma 1, lett. b) legge n. 121/2017: quelli per l'appunto corrispondenti ai «debiti delle [banche venete] nei confronti dei [loro] azionisti e obbligazioni subordinati», in quanto «derivanti dalle operazione di commercializzazione di azioni o di obbligazioni delle banche [medesime] o dalla violazione della normativa sulle prestazione di servizi di investimento» su tali titoli.

Questo punto sembra andare decisamente *de plano*, per così dire. Non sembra inopportuna, peraltro, l'esplicitazione di una piccola serie di note a margine dello svolto assunto.

4.2.1. In un commento a caldo della normativa relativa alla liquidazione delle banche venete abbiamo avanzato l'idea che, pur essendo rinvenibile nel decreto (come poi convertito), e in particolare del suo art. 3, la volontà (del legislatore storico) di sottrarre il

cessionario alla responsabilità per qualsiasi debito non volontariamente assunto, è assai dubbio che un simile meccanismo sia stato effettivamente realizzato dal detto impianto normativo⁵.

Secondo quanto abbiamo sostenuto, infatti, l'art. 3, comma 1, non può essere inteso nel senso della effettiva sottrazione del cessionario alla garanzia per i debiti aziendali sorti nei confronti del cedente, se non al costo – non consentito, ove sia possibile dare corso a una interpretazione alternativa – di acclararne il contrasto coi dati normativi costituzionali⁶. Questo, a partire dall'ingiustificata disparità di trattamento che esso viene a indurre tra distinte categorie di creditori, là dove sottrae alla realistica prospettiva di ottenere la soddisfazione del proprio credito solo taluni soggetti che vantino pretese creditorie, di stampo risarcitorio o restitutorio, connesse con la violazione della normativa di legge in materia di prestazione di servizi di investimento: in via specifica e immediata, quelli che hanno investito su titoli emessi dalle banche stesse, rispetto ai clienti con rapporti relativi ad altri titoli.

Il discorso, invero, va ancor più nel profondo. È infatti a nostro avviso insuperabile – come dato metodologico – la necessità che l'intero corpo normativo contenuto nella legge 121/2017 vada letto in conformità alla norma dell'art. 47 Cost., alla luce della quale occorre svolgere il (faticoso) tentativo di giustificare, prima nel suo complesso e quindi nelle sue singole parti, la disciplina di diritto singolare predisposta dalla legge 121/2017.

In effetti, le criticità che sul punto emergono, oltre a essere acute assai, sono anche diversificate, sotto distinti profili. Si manifesta fortemente dubbia la legittimità di una distinzione manichea, che il decreto intende produrre (a qualcuno tutto, ad altri niente), tra crediti da deposito a vista – a cui nella specie si aggiungono quelli vincolati,

⁵ DOLMETTA e MALVAGNA, «Banche venete» e problemi civilistici di lettura costituzionale del decreto legge n. 99/2017, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 15, 2017.

⁶ Sui profili di incostituzionalità del decreto (e della relativa legge di conversione) si concentrano, sotto angoli visuali anche diversi da quelli evidenziati nello scritto sopra citato, pure gli scritti di URBANI, *La cessione ex lege n. 121/2017 e la posizione degli azionisti delle due «banche venete» poste in liquidazione coatta amministrativa*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2017, suppl. 3, 201 ss.; e di VACCARI, *Lca delle banche venete e principio di tutela giurisdizionale effettiva*, pubblicata su Dirittobancario.it.

così come la raccolta indiretta (le obbligazioni ordinarie)⁷, e crediti da inadempimento della disciplina imperativa in materia di servizi finanziari. Come se la disciplina di tutela del cliente fosse un mero incidente esterno rispetto all'esercizio dell'attività finanziaria; e le posizioni obbligatorie conseguenti alla loro violazione non più che un fastidioso intralcio all'ordinata gestione del dissesto di un ente creditizio. Al postutto, c'è comunque misura e misura per differenziare.

Ma emerge altresì – secondo un terzo livello di lettura e valutazione della norma (in cui i primi due sono, per l'appunto, quello del rapporto tra gli investitori, e quello del rapporto tra gli investitori e i depositanti) – il problema dell'impatto prospettico di disincentivazione del risparmio, che un simile *modus operandi* viene strutturalmente a generare⁸: i soggetti colpiti non sono solo gli investitori già «traditi», bensì anche – e soprattutto – *gli investitori del futuro*.

4.2.2. Per le ragioni dette, è sembrato a noi che l'esclusione dalla cessione, evocata dalla detta normativa di legge, debba essere intesa – alla stregua del complessivo contesto normativo in cui si trova inclusa – come limitata, appunto, al fenomeno della cessione di date passività nei rapporti interni tra le controparti dell'atto di alienazione;

⁷ Distinzione che rende riferibili ai primi una funzione di disponibilità in senso proprio (e quindi la loro natura di «moneta bancaria»), e ai secondi una funzione di accantonamento-investimento.

⁸ Sul punto, v. in specie la relazione di DOLMETTA, *La cessione dell'azienda bancaria: problemi di legittimità costituzionale*, al convegno «Gli aiuti di Stato alle banche in crisi», Università di Siena, 26 gennaio 2018: «la filosofia che sta dietro la normativa, che è stata appositamente scritta per la cessione delle banche venete, appare in contrasto, prima di ogni altra cosa, con l'input costituzionale relativo all'investimento di ordine finanziario dei risparmi. Lungi dall'«incoraggiare» questa finalizzazione del risparmio, come vorrebbe la disposizione dell'art. 47 comma 1, tale normativa viene a «scoraggiarla» in modo evidente. A ben vedere, anzi, la stessa sembra possedere una spinta degenerativa della finalizzazione del risparmio negli investimenti. Ché, nella considerazione propria del plesso costituzionale (art. 47 comma 2), l'investimento immobiliare riceve dignità pari a quella dell'investimento in attività finanziarie solo quando risulta inteso all'acquisizione della «proprietà dell'abitazione», e cioè nel limite della c.d. «prima casa» (in segnata ragione del rilievo primario che il sostegno finanziario delle attività produttive ha per un paese come l'Italia)».

impregiudicata, così, la garanzia del cessionario fondata dall'art. 2560, comma 2, cod. civ.

È significativo segnalare, d'altra parte, che sul piano del diritto applicato lo svolgimento operativo di questa idea sembrerebbe trovare seguito nei primi interventi giurisprudenziali⁹. Per quanto si tratti – il punto va messo in adeguata evidenza – solo di provvedimenti provvisori, *i.e.* non decisori e come tali soggetti a un possibile futuro mutamento.

4.2.3. Tanto posto, si può qui osservare, in via ulteriore, che verso questa conclusione conduce altresì lo sviluppo di un approccio al testo normativo di stampo strettamente disciplinare. E infatti, anche ad abbandonare il piano dei valori, per limitarsi a quello di una lettura sistematica interna al decreto (se non solo esegetica), è interessante rilevare la stesura dei commi 6 e 7 dell'articolo 4.

I detti commi dispongono, rispettivamente, che «alle restituzioni e retrocessioni di cui ai commi 4 e 5 si applica l'articolo 3, comma 2»; e che «nel caso di restituzioni e retrocessioni di cui al comma 4, così come nel caso di restituzioni al soggetto in liquidazione in forza di condizioni risolutive della cessione pattuite nel contratto, il soggetto in liquidazione risponde dei debiti e delle passività restituiti o retrocessi, con piena liberazione del cessionario retrocedente anche nei confronti dei creditori e dei terzi».

A una lettura preorientata sull'esclusione del cessionario della responsabilità, il comma 7 non può non risultare privo di significato

⁹ Il riferimento corre, segnatamente: alla sentenza del Tribunale di Vicenza, 14 marzo 2018 (reperibile su [Dirittobancario.it](#)), in cui la chiamata in causa del cessionario in un giudizio avente per oggetto l'illegittimo collocamento di azioni proprie da parte di Veneto Banca; al provvedimento dell'ufficio del GUP del Tribunale di Roma, 26 gennaio 2018 (reperibile su [Dirittobancario.it](#)), in cui la chiamata del cessionario come responsabile civile nel reato commesso dagli amministratori della cedente.

Ritiene invece di evitare la prospettiva di una tensione incostituzionale del decreto il provvedimento dell'ufficio del GIP del Tribunale di Vicenza, dell'8 febbraio 2018 (reperibile su [Dirittobancario.it](#)), la cui chicane non appare peraltro convincente (cfr. i rilievi critici svolti *infra*, n. 6). Per quanto qui rileva, è da notare comunque che il ragionamento ivi proposto mostra di fare comunque applicazione dell'art. 2560, comma 2, cod. civ.

autonomo: meramente ripetitivo, in particolare, del disposto del comma 6.

Si deve però muovere dall'idea guida che le norme siano utili, nel senso cioè di essere provviste un significato (tanto più quando la normativa si intende porre al di fuori di ogni orizzonte sistematico: cfr. *supra*, n. 2). Tanto posto, ci sembra allora ragionevole assumere che l'aggiunta del comma 7, il quale espressamente parla di liberazione del retrocedente «anche nei confronti dei creditori e dei terzi» postuli l'inefficienza, a questo fine, dell'art. 3, comma 2 (a sua volta richiamato dal comma 6), là dove si prevede che «il cessionario risponde solo dei debiti ricompresi nel perimetro della cessione ai sensi del comma 1» (quest'ultima disposizione scende così al livello di norma ripetitiva della stringa di «esclusi[one] dalla cessione» contenuta nell'art. 3, comma 1).

4.3. Tutto ciò posto, è bene precisare allora che l'assunta sussistenza di una responsabilità del cessionario nei confronti dei ridetti creditori non fa di sicuro sortire questi ultimi dal novero dei «crediti non ceduti». Il fenomeno sopra richiamato è strutturalmente diverso.

La responsabilità, che la legge addossa al cessionario *ex art.* 2560 cod. civ., non incide infatti sulla titolarità delle posizioni sostanziali (e finali) del rapporto obbligatorio. Si tratta infatti di una mera responsabilità aggiuntiva per debito altrui: solo conformata (anche in termini disciplinari, peraltro) sui termini propri del debito che nel concreto risulta gravare sul cedente dell'azienda.

Ancora altro discorso è quello inerente ai riflessi che su questo complesso fenomeno debbono ritenersi connessi all'effettiva presentazione di una domanda di insinuazione al passivo da parte di un creditore appartenente alla serie in discorso o, all'opposto, alla mancata presentazione della stessa. Ma su questi profili, nella specie indubbiamente di primaria importanza, ci soffermeremo negli ultimi paragrafi del presente lavoro (nn. 8-9).

5. *Il problema dei creditori «retrocedibili»*

5.1. Oltre ai creditori «non ceduti», possono presentare domanda di insinuazione al passivo pure i creditori «retrocessi» ai sensi dell'art. 4

comma 4, legge n. 121/2017. Nel suo insieme, il tema non manca di sollevare un problema importante e, in sé stesso, spinoso: quello, in specie, dei creditori «retrocedibili».

Il fatto è questo. Il testo della norma dell'art 4, comma 4, se collega il potere di retrocessione del cessionario all'«esito della *due diligence*», pure viene a concedere l'esercizio del medesimo «entro il termine e alle condizioni definiti» dai decreti del MEF (a loro volta previsti nell'art. 2, comma 1). Peraltro, il testo di questi decreti, che – per quanto non pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale – circola pubblicamente su internet, non fa proprio menzione né di condizioni, né di termini di esercizio del potere in discorso (o, perlomeno, così noi ne abbiamo inteso il tenore: cfr. sopra, nel n. 1.2., testo e nota 1)¹⁰.

Sembrerebbe allora spalancarsi un baratro di retrocessioni potenzialmente infinite, a dipanarsi reiterate lungo il corso dell'intera procedura di liquidazione delle banche in questione e dopo ancora (sino a giungere al paradosso estremo: retrocedere per non pagare).

5.2. A noi non sembra, tuttavia, che le cose possano realmente stare in questi termini. Non ci sembra pensabile, in particolare, che il ridetto potere di retrocessione sia privo di limiti temporali ovvero, e meglio, che lo stesso non sia delimitato da un confine ragionevole: se non altro perché gli effetti negativi del relativo esercizio vanno aumentando, per i creditori che li subiscono, con il crescere del tempo (nei confronti della liquidazione cedente, ferma comunque restando l'applicazione della già richiamata norma dell'art. 4 comma 7, legge n. 121/2017 quanto alla loro posizione rispetto al cessionario).

Ci pare pertanto sia fortemente da valorizzare – nel contesto normativo dell'art. 4, comma 4 – il legame, che vi viene espresso, tra svolgimento della *due diligence* ed esercizio del potere di retrocessione; nel senso di chiudere il secondo sulla conclusione del primo: che è anche un modo, a dire il vero, di razionalizzare almeno in parte una norma in sé stessa alquanto singolare. Se il compimento della *due diligence* consuma il potere di retrocedere – si può dunque così ragionare –, la mancata previsione di un termine *ad hoc* nei

¹⁰ In realtà, a quanto pare di capire, la definizione dei «termini» e delle «condizioni» della retrocessione è stata operata con il decreto MEF 25 giugno 2017, n. 187, del cui contenuto, come già detto, non abbiamo contezza.

decreti del MEF non apre la porta all'indeterminato, ma casomai circoscrive la misura del tempo concesso al cessionario per il relativo esercizio.

Del resto, nei comunicati di febbraio i commissari liquidatori hanno espressamente riscontrato che la *due diligence* prevista dall'art. 4 comma 4 «ha avuto termine»; e tale riscontro si pone a chiusura dell'annuncio del 17 ottobre scorso, in cui essi avevano dichiarato che «il procedimento di accertamento del passivo avrà inizio dopo il completamento della *due diligence* finalizzata a individuare il perimetro dei creditori tenuti a partecipare al concorso». Nella rincresciuta constatazione che i commissari non hanno inteso affrontare *expressis verbis* la questione, ci pare comunque sensato leggere nelle riportate formule l'avviso dell'inammissibilità di retrocessioni successive alla chiusura del termine per la presentazione delle domande di insinuazione al passivo che gli stessi liquidatori sono venuti a fissare (al 23 aprile, si è già detto).

5.3.- A tutt'oggi non abbiamo notizie *sicure* di avvenuti esercizi del potere di retrocessione di debiti¹¹. Non ci sentiamo di escludere, tuttavia, l'eventualità che, nei fatti, delle retrocessioni ci siano state¹². Il presente ci pare, in definitiva, connotato dall'incertezza.

¹¹ Diversamente dalle retrocessioni dei crediti (deteriorati).

¹² Non ben comprensibile appare, al riguardo, il contenuto delle notizie di cessione pubblicate il 31 gennaio 2018 sul sito della Banca d'Italia (anche a prescindere dal fatto che le retrocedenti sono controllate del cessionario): «Banca Apulia S.p.A. Addendum al Contratto di cessione di crediti deteriorati e partecipazioni. In data 19 gennaio 2018 Banca Apulia S.p.A. ha ceduto a Veneto Banca S.p.A., in liquidazione coatta amministrativa, talune attività, passività e rapporti che sono risultati essere esclusi dal compendio trasferito a Intesa Sanpaolo S.p.A. in esito all'attività di due diligence prevista dal D.L. n. 99 del 25 giugno 2017, recante “Disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.”, e dal contratto del 26 giugno 2017 per la cessione di attività, passività e rapporti giuridici di Veneto Banca S.p.A., in liquidazione coatta amministrativa. Della predetta cessione di crediti deteriorati e partecipazioni si dà notizia ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, comma 2, e dell'art. 4, comma 4, lettera b), e comma 6, del citato D.L. n. 99/2017»; «Banca Nuova S.p.A. Addendum al Contratto di cessione di crediti deteriorati. In data 19 gennaio 2018 Banca Nuova S.p.A. ha ceduto a Banca Popolare di Vicenza S.p.A., in liquidazione coatta amministrativa, talune attività, passività e rapporti che sono risultati essere esclusi dal compendio trasferito a Intesa Sanpaolo S.p.A. in esito all'attività di due diligence prevista dal D.L. n. 99 del 25 giugno 2017, recante

Per i soggetti potenzialmente interessati all'insinuazione nel passivo delle banche venete (che sono decisamente tanti), si tratta all'evidenza di una situazione assai grave. Ci sembrerebbe perciò conforme (se non altro) a correttezza che i commissari liquidatori vengano a comunicare – prontamente e con modalità atte a raggiungere effettivamente gli interessati – ogni eventuale esercizio da parte del cessionario del suo potere di retrocessione. Nell'oggi, in effetti, l'ignoranza dello stesso si configura come circostanza non imputabile.

6. Il rapporto tra legge e contratto ai fini dell'accertamento del passivo, alla luce dell'art. 2 comma 2 legge n. 121/2017

Un cenno di chiarimento può rendersi utile anche a proposito dei rapporti correnti – in relazione all'individuazione degli aventi diritto all'insinuazione – tra la previsione legislativa della cessione di azienda e il negozio di cessione, che nella realtà effettuale è stato concretamente posto in essere.

L'opportunità di un simile cenno risulta propriamente sottolineata, del resto, da un'osservazione svolta da un recente provvedimento giudiziario¹³, secondo cui l'«atto normativo rappresenta» solo «il presupposto del contratto di cessione»: nel senso che lo stesso risulta «volto a indirizzare e delimitare i poteri dei commissari liquidatori e a fornire garanzie al cessionario».

In sé, l'osservazione si manifesta non poco ambigua, nella misura in cui sembrerebbe avvallare letture intese a disancorare il negozio di cessione dalla legge n. 121/2017, a dargli una vita autonoma (lo stessa incostituzionalità di tale legge – così afferma il provvedimento – «giammai determinerebbe la perdita di efficacia dell'accordo, il quale rimarrebbe valido e produttivo dei suoi effetti giuridici»: in realtà, un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della detta legge

“Disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.”, e dal contratto del 26 giugno 2017 per la cessione di attività, passività e rapporti giuridici di Banca Popolare di Vicenza S.p.A., in liquidazione coatta amministrativa. Della predetta cessione di crediti deteriorati e partecipazioni si dà notizia ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, comma 2, e dell'art. 4, comma 4, lettera b), e comma 6, del citato D.L. n. 99/2017».

¹³ Si tratta del già citato provvedimento del GIP Vicenza dell'8 febbraio 2018.

toglierebbe ogni fondamento e base al negozio, non foss'altro per la devianza di questo dalle regole del sistema).

È bene dunque precisare che la legge n. 121/2017 (naturalmente, come letta alla luce e nel conforto dei principi costituzionali e subcostituzionali) governa direttamente il negozio di cessione. Persino il tenore testuale della disposizione dell'art. comma 2, viene a riferire la discriminazione tra crediti ceduti e crediti non ceduti alla legge («crediti non ceduti ai sensi dell'articolo 3, retrocessi ai sensi dell'art. 4 o sorti dopo l'avvio della procedura»), e non già al contratto di cessione.

Dal che consegue, senza possibili incertezze sul punto, l'inidoneità del contratto di cessione a produrre scostamenti in ordine al perimetro dei legittimati all'insinuazione, in deroga all'art. 3, comma 1, lett. *b*) e *c*): la sua inefficienza, cioè, nel senso di incidere sui termini delle posizioni per sé rientranti tra i legittimati all'insinuazione. Del resto, l'impossibilità di attribuire al contratto un effetto superiore a quello di una legge che pure si dichiara come ad applicazione vincolata («restano *in ogni caso* esclusi») – ovvero pure una forza effettuale indipendente dalle leggi –, è assicurata dal principio istituzionale di gerarchia tra legge e autonomia privata¹⁴.

Resta ancora da svolgere una piccola nota a margine del tema svolto, che viene a riprendere la sostanza di quanto già osservato poco sopra (cfr. la chiusura del precedente numero 5). L'intera operazione di cessione, nelle sue varie componenti, è connotata da difficilissima conoscibilità degli atti stessi: se non già dello stesso loro compimento, comunque del contenuto dei medesimi (a livello di interpretazione, prima di tutto il resto).

In questo contesto, la comprensione del contenuto effettivo dell'atto di cessione¹⁵ frappono alla generalità degli interessati tanti e

¹⁴ È appena il caso di sottolineare, a tal riguardo, che la prosecuzione dei contratti in capo al cessionario, e la correlativa esclusione dall'accertamento del passivo, possono operare solo per l'intero contratto, con l'esclusione dell'ammissibilità della frammentazione del rapporto.

¹⁵ Da un lato, il contratto è organizzato per categorie di rapporti generali, se non proprio di genere; esso dall'altro, si dichiara come meramente «esecutivo» di altri rapporti, pubblicamente non conosciuti né conoscibili [cfr. il preambolo dell'atto di cessione (che abbiamo compulsato mediante un accesso al CERVED), che fa «avvertenza che il presente Contratto costituisce esecuzione di accordi già intercorsi, e non ha efficacia novativa rispetto ad alcuna delle pregresse pattuizioni, le quali, a

tali difficoltà da rendere oggettivamente non proponibile, né in ogni caso commendevole, l'eventuale idea che a tali atti venga fatto diretto e immediato riferimento, (anche) ai fini dell'applicazione dell'art. 2, comma 2. In breve: non ci sembra che il contenuto di questi atti possa essere tranquillamente osteso ai terzi.

7. Le passività «controverse» ex art. 3 comma 1 lett. c), legge n. 121/2017

7.1. Per potere presentare domanda di insinuazione al passivo, occorre che il titolo del credito vantato sia anteriore alla messa in liquidazione delle «banche venete», come pure alla cessione delle relative aziende (la sostanziale contestualità dei due accadimenti dovrebbe comunque evitare il sorgere di problemi in proposito). Naturalmente, l'onere di questa prova sta a carico di chi chiede l'insinuazione.

Dal combinato disposto dell'art. 3 comma 1 lett. c) e dell'art. 2, comma 2, legge n. 121/2017 emerge, peraltro, che l'anteriorità del titolo non è condizione sufficiente per la partecipazione al concorso. È necessario, altresì, che – prima della cessione in discorso – il richiedente non abbia avviato una «controversia» circa l'*an* e/o il *quantum* del proprio diritto.

All'evidenza, si tratta di una condizione di ordine meramente negativo. Come dev'essere gestita?

A nostro avviso, occorre distinguere, in proposito, tra onere di allegazione e onere della prova. Per semplicità espositiva conviene rinviare al prossimo paragrafo l'esame del relativo primo punto, limitandosi qui a considerare il punto dell'onere della prova.

Ora, a noi sembra che lo stesso carattere meramente negativo della prova serva a sciogliere l'alternativa tra la riconduzione del requisito in discorso a elemento costitutivo ovvero a elemento impeditivo del diritto all'insinuazione. Di conseguenza sarà cura dei commissari rilevare – nell'ambito della formazione dello stato passivo *ex art. 86*,

loro volta, non possono dunque intendersi derogate o superate da quanto qui convenuto». Ancora, risulta l'esistenza di atti successivi alla cessione, definiti come «ricognitivi» (anch'essi consultabili mediante accesso al CERVED), che vorrebbero essere intesi a interpretare «autenticamente» il primo atti, e così integrarlo e modificarlo.

commi 6 e 7 – l’inammissibilità della domanda, per essere la controversia sorta prima della messa in liquidazione.

7.2. Nella prospettiva della procedura di liquidazione, un problema applicativo assai importante ai fini operativi è dato dai termini di interpretazione del lemma «controversia» contenuto nel primo comma, lett. c), dell’art. 3, legge 121/2017.

Sul punto, a noi pare si debba adottare una lettura della nozione di controversia particolarmente ampia; e tale da ricomprendere ogni contestazione mossa in forma scritta alla banca (purché documentata per iscritto e sufficientemente determinata nel contenuto)¹⁶.

Conta, in questo senso, la genericità e atecnicità del termine «controversia», il quale di per sé appare indicare un mero contrasto di interessi: in effetti, se il legislatore avesse voluto indicare «i giudizi pendenti alla data della messa in liquidazione», non avrebbe avuto difficoltà a trovare questi termini. Né può sottovalutarsi il fatto che, nell’impiego legislativo, il ricorso al termine «controversia» è costantemente scelto per differenziarsi dalla nozione di giudizio pendente. Basta pensare, da quest’angolo visuale, alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» del d.lgs. 28/2010: nel momento in cui una delle due parti propone l’istanza di mediazione, la controversia è già sorta (diversamente, cosa si concilierebbe?). Nel medesimo senso indirizza l’art.128-*bis* TUB, («i soggetti di cui all’articolo 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela»).

Il precipitato sostanziale di questo ragionamento è stato accolto da altra dottrina, che è venuta a svolgere un percorso diverso, come inteso ad assumere il lemma in questione secondo un’accezione di tratto processuale¹⁷. Nella sostanza, appare comunque confermata – ci pare – l’idoneità di una contestazione articolata e resa per iscritto¹⁸.

¹⁶ DOLMETTA e MALVAGNA, «*Banche venete*», *cit.*, 7 s.

¹⁷ URBANI, *La cessione*, *cit.*, 197 ss., che però va a considerare il tenore dell’atto di cessione, a cui rimette il potere di far discendere l’inclusione di controversie (anche giudiziarie) già in essere alla data della cessione (che sono, alla fine, quelle rientranti nella lett. b) dell’art. 3). Sembra chiaro a noi che – fermo restando quanto osservato in relazione alla responsabilità del cessionario per i debiti non ceduti – sotto il profilo della inclusione o meno di dati crediti nell’accertamento del passivo

Detto questo, occorre altresì segnalare che allo stato manca il riscontro del diritto applicato. Sicché la stessa nozione appare, da quest'angolo visuale, procedere su sabbie particolarmente mobili.

Com'è poi evidente, la parola spetta adesso, almeno per una prima battuta, ai commissari liquidatori. Sembra comunque sicuro che, nel contesto attuale, una simile questione non possa essere risolta dagli stessi in via preventiva (ad esempio, mediante la diffusione di una comunicazione da parte dei medesimi); dovendo piuttosto esprimersi nelle decisioni individue relative a ciascuna singola domanda di insinuazione.

8. Effetti della presentazione e della mancata presentazione della domanda di insinuazione al passivo

8.1. Si tratta adesso, per completare il discorso, di verificare gli effetti della presentazione e della mancata presentazione della domanda di insinuazione; nonché, e distintamente, quelli che conseguono all'adozione di un provvedimento da parte dei commissari, sia esso di ammissione ovvero di esclusione dal passivo.

Quanto al primo profilo, è bene dedicare una separata attenzione alla posizione dei (pretesi) creditori di cui alla lettera *c*), rispetto a quelli della lettera *b*).

L'esigenza di una diversa considerazione dipende, di per sé, dal fatto che la normativa relativa alla cessione devia senz'altro dalla regola base dell'art. 2560, comma 1, cod. civ., mentre una eguale deviazione non avviene – almeno secondo l'interpretazione che a noi pare preferibile – in relazione alla disciplina di cui al comma secondo del medesimo articolo (che appunto è destinato alla responsabilità per debiti altrui del cessionario).

8.2.- Con riferimento alle fattispecie rientranti nella lettera *b*), gli effetti della mancata presentazione della domanda paiono semplici da descrivere. Nei confronti della procedura, si perde la stessa possibilità della partecipazione al concorso; fatta salva l'eventuale sussistenza

una simile lettura si pone in contrasto con il tenore dell'art. 2, comma 2, l. 121/2017 (secondo quanto si è indicato *supra*, n. 6).

¹⁸ Senza che ci sia bisogno, per il sorgere della controversia, di una replica da parte del destinatario della contestazione.

delle condizioni per proporre insinuazione tardiva ai sensi dell'art. 89 TUB.

Specularmente, la presentazione della domanda non produce alcun effetto preclusivo, rispetto alla posizione del creditore nei confronti del cessionario. Il dato normativo da evidenziare e rimarcare, sul punto, è quello (già evocato *supra*, n. 2) costituito dalla deroga espressa all'art. 90, comma 2, TUB che è contenuta nell'art. 3, comma 1, legge 121/2017.

Dal che consegue, per un'esigenza logica di base, l'inidoneità dello stato passivo a limitare la responsabilità del cessionario ai debiti risultanti dallo stato passivo. Disapplicata la regola di concentrazione, l'accertamento dei debiti di cui risponde il cessionario è quindi inevitabilmente rimesso alla cognizione del giudice del singolo rapporto contenzioso (cfr. pure *infra*, n. 9).

Resta da aggiungere che sulla base del diritto vigente la domanda di insinuazione al passivo di per sé non potrebbe essere in alcun modo intesa come implicante alcuna rinuncia ai diritti nei confronti del cessionario, né come integrante un comportamento opportunistico, siccome volto ad acquisire vantaggi non dovuti. Trattandosi di una figura di solidarietà nel debito, è nelle cose che il creditore possa contestualmente esercitare il diritto nei confronti di entrambi gli obbligati in solido (tale essendo l'ipotesi normativa dell'art. 2560, comma 2, cod. civ.)¹⁹. Così come che egli possa percepire da entrambi le somme dovute, «fino a concorrenza quanto ancora dovutogli» (cfr., per il principio, gli artt. 61 s. legge fall.).

8.3.- La vicenda relativa alle posizioni creditorie riconducibili alla lettera *c*) senz'altro condivide, di quanto si è appena osservato nel n. 8.2, l'assunto relativo agli effetti della mancata presentazione della domanda.

Meno lineare, e di certo più complicata, si manifesta invece la tematica relativa al rapporto tra presentazione della domanda e insinuazione al passivo della liquidazione coatta amministrativa.

In questa fattispecie, proprio in ragione del fatto che non si applica l'art. 2560, comma 1, cod. civ., la presentazione della domanda

¹⁹ Cfr., per tutti, CACCAVALE, *La responsabilità per i debiti dell'azienda ceduta*, Napoli, 2016, *passim*.

sembrerebbe supporre una sorta di «riconoscimento», di natura implicita, del fatto che la controversia non era ancora «sorta» al momento della messa in liquidazione.

Quest'impressione deve essere corretta, a nostro avviso. Secondo i termini che si vengono appunto a delineare.

Prima di ogni altra cosa, va escluso che nella domanda di insinuazione possa leggersi alcuna dichiarazione di natura sostanzialmente confessoria. La circostanza è esclusa, in effetti, già dal rilievo che il fatto che si pretenderebbe confessato costituisce circostanza del tutto esterna alla sfera del dichiarante.

Inoltre, non ci sembrerebbe corretto nemmeno attribuire alla domanda un significato – di sostanza processuale – grosso modo riconducibile al genere dell'acquiescenza: ché ciò significherebbe attribuire al creditore insinuante il rischio dell'apprezzamento qualificativo dei termini contenutistici della normativa sulla cessione (e della conseguente operazione). Del resto, la stessa non chiarezza del termine prescelto dal legislatore depone nel senso di sollevare il creditore dal detto rischio interpretativo e applicativo.

Ad ogni modo, un principio di prudenza rende senz'altro opportuno che, in sede di allegazione della *causa petendi* della domanda, i pretesi creditori abbiano cura di esplicitare che la presentazione della domanda non presuppone alcun riconoscimento, nemmeno implicito, del fatto che non esista alcuna controversia già sorta alla data della cessione, bensì che l'insinuazione manifesta il solo intendimento di ottenere il pagamento, senza alcuna presa di posizione intorno all'esistenza o meno dei relativi presupposti, come comprensiva altresì dell'assenza di fatti impeditivi (che è presa di posizione che non è corretto addossare al creditore, stante il contesto descritto)²⁰.

²⁰ Tutto ciò detto con riferimento all'insinuazione, va pure conclusivamente segnalato che, di fronte all'eventualità dell'ammissione al passivo (sulla base della valutazione, da parte della procedura, che si tratti di controversia non sorta), in punto di partecipazione ai riparti la fattispecie della lett. *c*) si distingue strutturalmente da quella della lettera *b*). E infatti, se in quest'ultima categoria si tratta per definizione di esercitare due titoli diversi (secondo la distinzione stipulativa qui assunta: il debito e la responsabilità), di tal che è corretto il richiamo all'art. 61 l.f., nella lettera *c*) la «cessione» del debito relativo alla controversia sorta prima della cessione comporta, in virtù dell'effetto esdebitatorio provocato dall'art. 2, comma 2, l. 121/2017, l'assunzione del debito da parte del cessionario nei rapporti interni (secondo l'effetto proprio dell'accollo liberatorio). Per l'effetto, l'ammissione alla

9. Effetti dei provvedimenti (di accoglimento o di diniego) dei liquidatori

9.1. Valutati gli effetti direttamente propri della presentazione delle domande di insinuazione, resta ancora da fare cenno dell'impatto che i provvedimenti di accoglimento, ovvero di diniego (per inammissibilità o per altro), delle domande di insinuazione potranno dispiegare nei confronti dei procedimenti civili extraconcorsuali, relativi a passività ascrivibili alle categorie di cui all'art. 3, comma 1, lettere *b*) e *c*).

Il tema trae spunto dalla nozione, che ha natura propriamente istituzionale, dell'endoconcorsualità degli accertamenti condotti in sede di formazione dello stato passivo. Dall'applicazione della quale nozione consegue, per l'appunto, la non vincolatività per il giudice civile della valutazione condotta in sede di accertamento del passivo²¹.

Nella specie, la detta non vincolatività si trova ulteriormente confermata da due ulteriori constatazioni. La prima attiene alla natura propriamente amministrativa dei provvedimenti assunti, in un senso o nell'altro, dai commissari liquidatori *ex art. 86 TUB*. L'altra si richiama alla (non meno determinante) circostanza che i giudizi extraconcorsuali verranno a svolgersi tra chi il diritto accampa e il cessionario, che è soggetto che resta del tutto esterno (ancor prima che estraneo) al procedimento di formazione dello stato passivo in discorso (cfr. pure *infra*, n. 9.2.).

Questi rilievi appaiono in sé stessi bastanti con riferimento all'applicazione della lettera *c*) (che si condensa intorno all'interrogativo dell'essere la controversia già «sorta», o meno, alla data della cessione).

Per quanto riguarda i crediti non «ceduti» – nei rapporti interni – di cui alla lettera *b*), fatti valere nei confronti del cessionario *ex art.*

procedura consente di ottenere il pagamento dal cessionario solo a titolo di responsabilità *ex art. 2560*, comma 2, cod. civ.; diversamente, si tratterebbe di una duplicazione illegittima delle prestazioni, che esporrebbe il creditore a una correlativa eccezione (che è di consistenza puramente sostanziale, e non già dovuta a un contrasto tra giudicati, che nella presente vicenda non può darsi: cfr. *infra*, n. 9).

²¹ Ovvero della compiuta inidoneità dei provvedimenti di ammissione, ovvero pure di esclusione, a produrre giudicato esofallimentare.

In ragione di quanto si osserva nel testo (compiuta estraneità del cessionario alla intera procedura di formazione dello stato passivo), la stessa soluzione dovrebbe comunque valere anche per le pronunce emesse in sede di impugnazione.

2560, comma 2, cod. civ.²², va richiamato il dato normativo (già segnalato *supra*, nel n. 8.2, nonché nel n. 2.3) della deroga all'art. 90, comma 2, TUB (secondo cui «il cessionario risponde comunque delle sole passività risultanti dallo stato passivo»), contenuta nella disciplina per la liquidazione delle banche venete (art. 3, comma 1).

In particolare, quanto si è osservato (n. 8.2.) in punto di effetti della mancata presentazione della domanda vale anche per il rigetto della stessa, e così pure per il suo accoglimento: se è derogata la regola che ferma la responsabilità del cessionario sull'accertamento del passivo, fa difetto l'effetto tipico dell'accertamento concorsuale. Conseguentemente, ogni giudizio seguirà la propria strada, in via indipendente.

9.2. Segue alla ricostruzione appena accennata il rischio – evidente – di confliggenti soluzioni tra i provvedimenti assunti dai commissari *ex art. 86 TUB* e quelli che verranno presi dall'autorità giudiziaria. E quindi, tra l'altro, che un credito considerato «ceduto» dai commissari sia invece ritenuto «non ceduto» dai tribunali esofallimentari. E viceversa, naturalmente.

Tale rischio è oggettivo e appare in sé stesso non eliminabile (così sembra a noi, almeno). Confrontando la «peculiare» liquidazione predisposta per le «banche venete» con il sistema generale dettato per la liquidazione coatta delle banche²³, emerge che tale rischio discende in radice dalla scelta di dichiarare non applicabile alla specie presente la norma dell'art. 90 comma 2 TUB, (anche) là dove la stessa assume che «il cessionario risponde comunque delle sole passività risultanti dallo stato passivo, tenuto conto dell'esito delle e eventuali opposizioni presentate ai sensi dell'art. 87» di detto testo unico.

Si tratta di una scelta certamente – e fortemente – voluta dal legislatore storico. Non sapremmo dire, peraltro, quanto la stessa possa essere considerata davvero felice e opportuna²⁴.

²² Così come quelli relativi a controversie per fatti anteriori alla cessione, fatti valere nei confronti del cessionario a titolo di responsabilità *ex art. 2560*, comma 2, cod. civ.: cfr. quanto osservato alla nota 18.

²³ Sul tema v. anche sopra, spec. n. 2.3.

²⁴ Non è forse inopportuno rilevare che, pure nella procedura in questione, viene a trovare applicazione (se non ci inganniamo) la norma dell'art. 96, comma 3, n. 3 l.f.

A parte questo, la detta scelta comunque non esclude – pure questo è un dato evidente – che le valutazioni dei commissari possano venire ad assumere un peculiare valore suasivo nell’ambito delle controversie portate avanti al giudice civile. Un simile valore indirizzante (per sua stessa natura, solo eventuale) potrà svolgersi, però, solo a livello di singole fattispecie concrete; e in ogni caso nel confronto con tutte le circostanze che ciascun caso verrà volta a volta a manifestare.