

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2022

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

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

Operazioni bacciate: i percorsi della giurisprudenza relativa alle banche «venete» in liquidazione

SOMMARIO: 1. *Immissio*. Problemi attuali rispetto alla vicenda delle banche venete. – 2. Le «operazioni bacciate» delle banche venete. – 3. Operazioni bacciate e divieto di assistenza finanziaria *ex art.* 2358 cod. civ. – 4. Trattamento dei clienti rimasti inadempienti nel contesto della messa in liquidazione delle banche venete. – 5. (Segue). Il trattamento dei clienti che invece avevano adempiuto. – 6. Il paradosso della vicenda. L'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale. – 7. Nota bibliografica.

1. *Immissio*. *Problemi attuali rispetto alla vicenda delle banche venete*

Sono trascorsi ormai quattro anni dall'emanazione del d.l. n. 99/2017¹, adottato dal Governo su proposta di Banca d'Italia, recante «disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa» di Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca, atteso l'accertamento dell'insussistenza delle condizioni per una «ricapitalizzazione precauzionale»² previste dalla Comunicazione della Commissione

¹ Convertito con legge n. 121/2017 (G.U. n. 184/2017).

² A seguito della dichiarazione della Banca Centrale Europea dello stato di dissesto o rischio di dissesto delle due banche venete, il Comitato di Risoluzione unico (CRU) aveva ritenuto che l'avvio di una eventuale procedura di risoluzione non fosse coerente con l'interesse pubblico al salvataggio. Per converso, sussistendo il requisito del «dissesto» o «rischio di dissesto» *ex art.* 32, par. 1, lett. a) BRRD, le due banche sono state sottoposte a l.c.a. Da qui l'emanazione del d.l. n. 99/2017, disciplinante l'avvio e lo svolgimento della procedura di l.c.a. Per approfondimenti cfr. A. DOLMETTA, *Crisi delle «banche venete» e tutele del risparmio investito. Un appunto*, in *Studi senesi*, 2018, 201 ss.; A. BROZZETTI, *Una soluzione ad hoc per il dissesto di due banche venete*, in *Dir. banc. fin.*, 2017, II, 109 ss.; ID., *Il Decreto Legge n. 99/2017: un'altra pietra miliare per la “questione bancaria” italiana*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, I, 24-73; I. MECATTI, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della l.c.a. delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 786; D. ROSSANO, *L'accertamento dello stato di insolvenza di Veneto Banca in liquidazione coatta amministrativa (Nota a Tribunale di Treviso, del 27 giugno 2018, n. 83)*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, II, 64 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Difficoltà applicative del SRM nel salvataggio delle popolari venete*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, 6 ss.

europea in materia di aiuti del 1° agosto 2013³. In data 25 giugno 2017, i commissari liquidatori hanno quindi provveduto alla cessione delle attività e passività aziendali⁴ a Banca Intesa Sanpaolo; che aveva manifestato la propria disponibilità a intervenire nella «ordinata fuoriuscita dal mercato» delle due banche a condizione di non subire un peggioramento della propria situazione patrimoniale.

Nel successivo arco temporale, la giurisprudenza di merito è venuta ad occuparsi di una lunga serie di problemi, sorti nell'ambito dell'attività imprenditoriale delle due banche precedente alla fuoriuscita dal mercato, che si manifestano importanti per qualità⁵. Tra

³ Commissione Europea, *State Aid SA. 45664 (2017/N) - Italy - Orderly liquidation of Banca Popolare di Vicenza and Veneto Banca - Liquidation aid*, Brussels, 25.6.2017C(2017) 4501 final, 3 ss.

⁴ L'art. 3 d. l. n. 99/2017 stabilisce che «restano in ogni caso esclusi dalla cessione anche in deroga all'art. 2741 cod. civ. [...] 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 [...]; c) le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività». Il comma 2 della stessa norma precisa anche che «il cessionario risponde solo dei debiti ricompresi nel perimetro della cessione ai sensi del comma 1» e che lo stesso «non è obbligato solidalmente con il cedente ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231». Ed invero, l'intento del legislatore è quello di tutelare la banca cessionaria da controversie (relative a condotte di *mis-selling* o di altro tipo) sconosciute al momento della cessione. Infine, restano esclusi dal trasferimento a banca Intesa i crediti deteriorati e altri attivi non ceduti ai sensi dell'art. 3 d.l. n. 99/2017, o retrocessi ai sensi dell'art. 4. Cfr., anche con riferimento alle tematiche del *burden sharing* e del *bail in*, I. MECATTI, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della l.c.a. delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, cit., 789; A. 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. econ.*, 2017, 196.

⁵ Rispetto alle problematiche sorte, rispetto alla fase successiva alla messa in liquidazione, al di là di quelli riguardanti la definizione dei rapporti inclusi nell'ambito di applicazione della lett. c) dell'art. 3 d. l. n. 99/2017 (debiti delle Banche esclusi dalla cessione), si ricordano l'improcedibilità *ex art.* 83, comma 1, TUB delle cause proposte dagli azionisti per l'accertamento dei debiti risarcitori o restitutori, nonché il tema dell'inapplicabilità: i) della disciplina di cui al d. l. n. 99/2017 alle imprese partecipate (Trib. Trani, 1° marzo 2019 (Est. Moscatelli)) e ii) della norma speciale di cui all'art. 43, comma 3, legge fall. alla procedura (Trib. Vicenza, 17

questi, sopra gli altri, sono da ricordare quello relativo all'erogazione di credito con modalità anomale e in conflitto di interessi; l'inadeguatezza delle modalità di determinazione del prezzo delle azioni; la violazione della disciplina dei servizi di investimento (in particolare il principio generale di «servire al meglio l'interesse del cliente» ex art. 21 tuf); l'illegittimità di prelievi e addebiti operati dalle banche a titolo di interessi anatocistici o applicando commissioni di massimo scoperto (o, comunque, commissioni altre introdotte arbitrariamente dagli istituti bancari); o, ancora, la commissione dei reati di aggio, ostacolo all'esercizio delle funzioni dell'autorità di vigilanza e falso in prospetto⁶.

Nel contesto delle problematiche appena richiamate, il presente scritto intende fare il punto dello stato dell'arte in materia di diritto vivente rispetto al tema delle c.d. «operazioni bacciate»⁷. Problematica, questa, rispetto a cui una recente decisione è arrivata a porre in dubbio la compatibilità del decreto n. 99/2017 con la Costituzione (v. ordinanza del Trib. Firenze, III sez. civile, 20 luglio 2021, n. 6627, su cui *infra*, nel n. 6)⁸.

ottobre 2017 (Est. Rago)). Si pensi, infine, alla questione della dichiarazione di insolvenza delle due banche in liquidazione che, come stabilito dalla sentenza della Corte di Appello di Venezia del 18 luglio 2019, deve essere appurata facendo riferimento al momento in cui il provvedimento di liquidazione viene emanato. Cfr. sul punto, M. MAGGIOLO, *Sull'insolvenza della Banca Popolare di Vicenza*, in *Fallimentarista*, 2020.

⁶ Cfr. Trib. Vicenza, sez. penale, 17 giugno 2021, n. 348 (Pres. De Stefano; Est. Garbo e Amedoro), che ha condannato Banca Popolare di Vicenza per aver tenuto condotte manipolative, concretizzatesi nella diffusione di notizie decettive al fine di impedire il deprezzamento dei titoli bancari tra il 2012 e il 2015. In relazione alla fattispecie di aggio, punita ai sensi dell'art. 2637 cod. civ., si segnala Cass. Pen., Sez. V, 1° dicembre 2017, n. 54300, in *Archivio Penale*, 2018, con nota di E. CAIA.; con riguardo alla fattispecie di ostacolo alle funzioni di vigilanza di cui all'art. 2638 cod. civ., v. Cass. Pen., Sez. V, 4 luglio 2019, n. 29377 in *Cassazione Penale*, 2020, II, 2735, con nota di D. FEDERICI.

⁷ Locuzione, questa, che indica una «dinamica operativa» consistente «nell'abbinamento – più o meno 'forzato' – della vendita di azioni con l'erogazione di credito da parte della banca». Cfr. A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Banche venete e problemi civilistici di lettura costituzionale del decreto-legge n. 99/2017*, in questa *Rivista*, 2017, I, cit., 304.

⁸ Con tale ordinanza il Tribunale di Firenze ha infatti rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità del d. l. n. 99/2017 non solo nella sua interezza, ma anche delle norme di cui all'art. 2, comma 1, lett. c) e comma 2, all'art.

2. Le «operazioni bacciate» delle banche venete

A seguito del riassetto dello scenario normativo e di vigilanza avvenuto con l'applicazione delle norme di Basilea, con la partecipazione delle Banche al *Comprehensive Assessment* della BCE e con il Meccanismo di Vigilanza Unico, a partire dal 2013 Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca hanno avviato un insieme di operazioni dirette all'ampliamento della propria base sociale attraverso pratiche commerciali scorrette⁹.

Secondo quanto emerge dai resoconti giudiziari, più precisamente, le banche venete hanno coperto – o tentato di coprire – il proprio fabbisogno di capitale simulando un mercato attivo delle proprie azioni. Come accennato, ciò si è verificato in concreto attraverso il compimento di operazioni cc.dd. «bacciate»: consistenti cioè nella concessione alla clientela di finanziamenti «subordinati» e «strumentali» all'acquisto di azioni (o di obbligazioni convertibili) delle stesse banche, ovvero alla sottoscrizione di aumenti di capitale di volta in volta deliberati¹⁰. Si è assistito, in pratica, a una sorta di

3, commi 1, 2, 3, 4, 5 e all'art. 6. La pronuncia *de quo* non definisce le «operazioni bacciate» ma affronta, in riferimento ad esse, il tema dell'«abnormità» della situazione connessa alla mancata cessione a Banca Intesa dei debiti derivanti dalle operazioni di commercializzazione delle azioni e delle obbligazioni subordinate, disposta dall'art. 1, comma 1, lett. b) Decreto: da ciò – come vedremo – ne deriva una lesione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* e del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, nonché dell'art. 47 Cost. (si è parlato, a proposito, di «risparmio tradito»), in quanto i debiti delle Banche derivanti dalle operazioni bacciate restano in capo alla cedente (posta in liquidazione coatta amministrativa), con possibilità di farli valere solo nell'ambito della procedura. Sui profili di incostituzionalità del decreto, affrontati solo parzialmente nel presente scritto, cfr. V. A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Banche venete e problemi civilistici di lettura costituzionale del decreto-legge n. 99/2017*, in questa *Rivista*, 2017, I, 3 ss. dell'estratto; A. 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. econ.*, 2017, 202; U. MINNECI, *Sull'art. 3, comma 1 lett. c del d.l. n. 99/2017: una soluzione pro banca costituzionalmente fragile*, in questa *Rivista*, 2017, I, 253 ss.

⁹ Con riguardo a Banca Popolare di Vicenza, l'operazione di aumento di capitale dell'anno 2013 ha previsto: 253 milioni di euro di aumento di capitale, altri 253 milioni di obbligazioni convertibili in opzioni, oltre a 100 milioni di euro di aumento di capitale riservato ai nuovi soci.

¹⁰ Pertanto, può ragionevolmente affermarsi che la *ratio* della norma consista nel garantire sia l'integrità che l'effettività del capitale sociale. Cfr., sul punto, V.

«sdoppiamento»¹¹ dell'attività contrattuale posta in essere dalle Banche: una prima fase, diretta all'erogazione di finanziamenti, era concretamente «condizionata» e «abbinata forzosamente» a una seconda fase di acquisto di titoli azionari emessi dallo stesso soggetto finanziatore, per mere ragioni di convenienza economica e senza alcuna informazione in ordine ai rischi insiti nelle operazioni di sottoscrizione o di acquisto dei titoli azionari¹².

Su un piano meramente fattuale, questa operatività si è tradotta in una serie di operazioni tra loro «collegate»: il finanziamento avveniva sovente mediante sottoscrizione, da parte del cliente: i) di un contratto di conto corrente su cui addebitare il prezzo dei titoli acquistati, ii) di un conto deposito dei titoli a custodia (in cui venivano accreditate le azioni) e iii) di un contratto di finanziamento a breve termine.

La dinamica appena descritta è venuta spesso a svilupparsi in segmenti ulteriori. Alla scadenza del primo finanziamento, la banca imponeva la sottoscrizione di nuovi contratti di finanziamento, a compensazione integrale di quelli in scadenza e per il medesimo importo capitale, oltre a separati contratti di affidamento per elasticità di cassa, indicati come necessari per gestire lo sbilancio del conto corrente internamente alla Banca.

A questo proposito, preme evidenziare che nella rosa di giudizi di merito concernenti l'operatività in discorso i giudici hanno rinvenuto la sussistenza di un nesso funzionale tra il finanziamento e i negozi di acquisto delle azioni da una diversa serie di circostanze presuntive. Tra queste, la più significativa è costituita dalla vicinanza temporale, o meglio, dalla «contestualità» con cui venivano poste in essere le due operazioni.

SALAFIA, *L'art. 2358 c.c. dopo il D.lgs. 4 agosto 2008, n. 142*, in *Società*, 2014, 24 ss.; I. DEMURO, *L'assistenza finanziaria nell'acquisto di proprie azioni*, in *Giur. Comm.*, 2010, I, 229 ss.

¹¹ Cfr. A. ZURLO, *La vendita di un c.d. "prodotto abbinato": tra la disciplina anticoncorrenziale e la nullità civilistica*, in *Diritto del Risparmio*, 2020, cit, 1.

¹² Secondo quanto precisato dal Tribunale di Treviso, sentenza 13 gennaio 2021, n. 1344, ai sensi del comma 1 dell'art. 2358 cod. civ., l'assistenza finanziaria che richiede il rispetto delle condizioni previste dall'articolo deve essere finalizzata all'acquisto o alla sottoscrizione di azioni, secondo una *dinamica finalistica*. Pertanto, l'ipotesi si realizza quando l'assistenza finanziaria viene fornita proprio al fine di assicurare l'acquisto delle azioni.

A questa conclusione è addivenuta, ad esempio, la Sezione specializzata in materia di imprese del Tribunale di Venezia con le pronunce del 29 luglio 2019, nn. 1758 e 1760, in cui si evidenzia la «stretta prossimità temporale dell’acquisto azionario rispetto al finanziamento».

Come rilevato già nel 2016 dal Tribunale di Padova¹³, sussiste infatti un insieme di indizi gravi, precisi e concordanti «in ordine all’unitarietà delle operazioni», che consente la riconduzione delle stesse al fenomeno delle «bacciate»: nel caso di specie, ad esempio, all’(apposita) apertura di conti con consistente elasticità di cassa da parte delle Banche sono seguiti successivi acquisti o sottoscrizioni di titoli, da cui si evince – per l’appunto – che il finanziamento «ha avuto come scopo unico quello di costituire la provvista per l’acquisto delle azioni»¹⁴.

Nella stessa prospettiva, il Tribunale di Treviso, con sentenza del 4 maggio 2020, ha poi incluso altre circostanze rappresentative dell’«unitarietà» dell’operazione complessa, tra cui: i) la correlazione quantitativa tra la provvista concessa a mutuo e il prezzo delle azioni, nonché ii) la documentazione (es. corrispondenza) da cui risulta che a subordinare il finanziamento all’acquisto di azioni è la stessa banca (*i.e.* i suoi funzionari). Altri indizi derivanti dalla documentazione possono ricavarsi, ancora, dall’omessa indicazione del diritto di recesso nelle schede di adesione agli investimenti, ovvero dall’omesso adempimento degli obblighi informativi di cui all’art. 21 TUF e del Reg. Consob 2007 (c.d. Regolamento Intermediari), nonché di quelli specifici in tema di collocamento di prodotti illiquidi e di operazioni di investimento effettuate in conflitto di interessi.

Nella pratica, il comune denominatore della maggioranza dei casi è rappresentato dalla promessa, da parte dei funzionari della banca¹⁵, di

¹³ Cfr. Trib. Padova, ordinanza 29 aprile 2016.

¹⁴ Cfr. Trib. Padova, 16 luglio 2020; cfr. anche Trib. Venezia, 29 luglio 2019, nn. 1758 e 1760, che osservano come l’acquisto di azioni avveniva sempre con affidamento di elasticità di cassa di un valore almeno pari a quello del finanziamento.

¹⁵ Cfr. anche la sentenza di Trib. Vicenza, 4 dicembre 2019, n. 399, che ha dichiarato l’assenza di giusta causa del licenziamento disciplinare a danno di un dipendente con qualifica dirigenziale della Banca Popolare di Vicenza S.p.A. in l.c.a. comminato nel 2015 per aver indotto i clienti ad acquistare azioni della banca previa erogazione di finanziamento in funzione dell’acquisto di azioni. Il giudice di merito ha specificato che il ricorrente non può giustificare il compimento di operazioni illecite assumendo di averle compiute nell’ambito di un mandato, in quanto avrebbe

riacquisire i titoli acquistati o sottoscritti dai clienti (peraltro difficilmente negoziabili e liquidabili, attesa la non quotazione in borsa¹⁶) entro pochi mesi; in tal modo – sostenevano le Banche – si sarebbe «compensato» l'importo del finanziamento (principalmente mutui immobiliari, prestiti personali e aperture di credito in conto corrente) e azzerato il debito: nei fatti, si richiedeva ai clienti di detenere le azioni della banca soltanto per un periodo di tempo limitato e, teoricamente, senza alcun costo o, addirittura, con la promessa di ricevere anche un piccolo rimborso per il «disturbo» loro arrecato¹⁷. In questa prospettiva, anche la pattuizione di condizioni contrattuali estranee alla logica di mercato dei finanziamenti costituisce una prova documentale, o comunque concorre a dimostrare, che la funzione del finanziamento risponde alle sole esigenze relative alla cessione azionaria¹⁸.

dovuto comunque segnalare le operazioni irregolari agli organi competenti, tenuto conto del ruolo dirigenziale assunto dallo stesso. Pertanto, il datore di lavoro (che non si identifichi con i vertici aziendali) può licenziare il lavoratore inadempiente purché con il necessario termine di preavviso.

¹⁶ Cfr. AGCM, Provvedimento n. 26168 del 6 settembre 2016, PS10363 – Banca Popolare di Vicenza – Vendita abbinata finanziamenti-azioni, in *Boll.* 32/2016.

¹⁷ Cfr., *ex multis*, Trib. Venezia, 29 luglio 2019, n. 1760.

¹⁸ Nella pratica, ad esempio, le condizioni contrattuali del contratto di affidamento in conto corrente prevedevano un “tasso debitore entro fido” dello 0,1% senza alcun onere a titolo di commissione per l'affidamento: il che equivaleva a dire che il contratto di concessione dell'affidamento o di apertura di credito non attuava in concreto la causa tipica, elidendo in sostanza la remunerazione della banca, in quanto mirato a finanziare l'acquisto azionario in una logica che ricomprendeva altresì il deposito vincolato. Cfr., sul punto, Trib. Treviso, sentenza 13 gennaio 2021, n. 1344, p. 12. Inoltre, come rilevato dal Trib. Padova con Decreto del 16 luglio 2020 (Pres. Maiolino), l'assenza di qualsivoglia garanzia richiesta dalla banca per la concessione di una ingente somma di denaro (trattasi, nel caso di specie, di un mutuo di importo notevole) «corrobora la tesi secondo cui la somma non è stata concessa per garantire liquidità per finalità legate all'attività imprenditoriale [del ricorrente], bensì per permettergli di acquistare le azioni, che la banca stessa aveva evidentemente interesse venissero sottoscritte per aumentare il proprio capitale». Pertanto, anche tali dati fattuali integrano presunzioni gravi, precise e concordanti in ordine all'unitarietà delle operazioni e al collegamento tra il finanziamento concesso e l'acquisto delle azioni.

La ricorrenza delle pratiche appena descritte risulta altresì dalle segnalazioni e dai reclami provenienti dai consumatori e pervenuti alla stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)¹⁹.

Quest'ultima, nell'adunanza del 6 settembre 2016 ha evidenziato, con riferimento ai comportamenti posti in essere da Banca Popolare di Vicenza s.p.a., che le operazioni di aumento del capitale avvenute negli anni 2013 e 2014 possedevano quale unico obiettivo «il raggiungimento di determinati *ratio* patrimoniali in vista del passaggio della Banca alla vigilanza unica della Banca Centrale Europea e la crescita dimensionale con la possibile acquisizione di altri istituti bancari»²⁰ e che, a tal fine, l'istituto di credito aveva spesso concesso «somme superiori agli importi richiesti in caso di accettazione di questi titoli». Un fenomeno simile si è realizzato anche nei confronti di Veneto Banca, come è emerso nell'adunanza del 24 maggio 2017 dell'AGCM, che ha evidenziato l'esito positivo dell'operazione di capitalizzazione iniziata nel 2012 e rappresentata, nel complesso, dalle diverse aperture del Libro Soci con l'emissione di nuove azioni sociali e dall'aumento di capitale dell'anno 2014, realizzatosi anche attraverso una serie di iniziative commerciali finalizzate al collocamento di propri titoli presso la clientela, nell'ambito delle quali le esigenze di patrimonializzazione della Banca sono prevalse rispetto a quelle di tutela degli interessi della clientela stessa.

¹⁹ Peraltro, tali finanziamenti sono stati oggetto, nel 2015, di accertamenti condotti da parte della BCE con il supporto delle funzioni aziendali della Banca. Sul rigetto dei ricorsi in opposizione avverso la deliberazione della Consob n. 19935 del 30 marzo 2017, che ha sanzionato B.P.V. e altre banche popolari per violazione dell'art. 21, comma 1, T.U.F. e 94, comma 8, T.U.F. vedi App. Venezia, 14 marzo 2018, n. 16; App. Venezia, 5 giugno 2018, nn. 70, 75, 77; App. Venezia, 6 giugno 2018, nn. 79, 81, 82, 83; App. Venezia, 20 giugno 2018, n. 88; App. Venezia, 28 giugno 2018, nn. 98 e 100; App. Venezia, 6 luglio 2018, n. 104; App. Venezia, 26 luglio 2018, nn. 113 e 114.

²⁰ Cfr. AGCM, Provvedimento n. 26168 del 6 settembre 2016, PS10363 – Banca Popolare di Vicenza – Vendita abbinata finanziamenti-azioni, in *Boll.* 32/2016; AGCM, Provvedimento n. 26613 del 6 settembre 2016, PS10602 – Veneto Banca – Vendita abbinata finanziamenti-azioni, in *Boll.* 20/2017.

Nel caso dei c.d. «mutui soci»²¹, ad esempio, l'AGCM²² ha osservato che i clienti sono stati condizionati – al fine di ottenere tali mutui – ad acquistare pacchetti minimi di azioni della Banca (pari a un quantitativo di 100 azioni per B.P.V. e 200 per Veneto Banca) necessari per diventare soci e poter accedere ai prodotti di mutuo riservati agli stessi e, contestualmente, a non vendere tali pacchetti per non perdere le condizioni economiche agevolate. Tra l'altro, i clienti sono stati indotti ad aprire un conto corrente riservato ai soci e collegato al mutuo.

Per tali ragioni, l'8 marzo e il 26 ottobre 2016 è stato comunicato, rispettivamente a Banca Popolare di Vicenza e a Veneto Banca s.p.a. l'avvio del procedimento istruttorio per violazione degli artt. 20, comma 2, 24 e 25 Cod. Consumo; procedimento che si è concluso per entrambe le banche con una delibera di irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

3. Operazioni bacciate e divieto di assistenza finanziaria ex art. 2358 cod. civ.

Secondo quanto è costantemente affermato dalla giurisprudenza, dalla dottrina, nonché dalla stessa Banca d'Italia, le operazioni bacciate delle banche venete ricadono nell'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 2358 cod. civ.²³ (anche in ragione dell'applicabilità della disposizione alla categoria delle società cooperative).

²¹ Con mutuo soci si intende, nello specifico, «un prodotto non acclaratamente finalizzato al collocamento di titoli, ma, per converso, caratterizzato da specifiche condizioni di favore proprio in abbinamento alla qualifica di socio acquisita» spesso in occasione della stessa sottoscrizione dal cliente, per il tramite di un contestuale acquisto di titoli azionari. Cfr. A. ZURLO, *La vendita di un c.d. "prodotto abbinato": tra la disciplina anticoncorrenziale e la nullità civilistica*, in *Diritto del Risparmio*, in *Diritto del Risparmio*, 2020.

²² Cfr. AGCM, Provvedimento n. 26168 del 6 settembre 2016, PS10363 – Banca Popolare di Vicenza – Vendita abbinata finanziamenti-azioni, in *Boll.* 32/2016; AGCM, Provvedimento n. 26613 del 6 settembre 2016, PS10602 – Veneto Banca – Vendita abbinata finanziamenti-azioni, in *Boll.* 20/2017.

²³ Come noto, la disciplina delle azioni proprie delle s.p.a. è stata modificata più volte nel corso degli anni, a partire dalla direttiva n. 77/91/CE del 13 dicembre 1976 (recepita nel nostro ordinamento dal d.p.r. n. 30/1986), che ha riformato radicalmente il disposto di cui all'art. 2358 cod. civ. aggiungendo, all'originario divieto per le s.p.a. di concedere prestiti o ricevere in garanzia azioni proprie, il divieto di concedere garanzie per la sottoscrizione o l'acquisto. Al terzo comma, tuttavia, veniva prevista

Per tale ragione, prima di confrontarsi direttamente con le più rilevanti pronunce della giurisprudenza di merito in tema di operazioni bacciate, pare opportuno soffermarsi brevemente sulla norma di cui all'art. 2358, commi 1 e 2, cod. civ.²⁴.

A tal merito, conviene rimarcare che la norma non prevede espressamente la sanzione connessa alla violazione del divieto di «accordare prestiti o di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni» (comma 1)²⁵. Anzi, avendo il divieto perso il

una deroga a favore dell'acquisto da parte dei dipendenti seppur con un limite di ammontare legato agli utili distribuibili e alle riserve disponibili. La prima versione novellata, pur rimanendo indenne alla riforma delle società di capitali di cui al d.lgs. n. 6/2003, è stata ulteriormente sostituita con la direttiva n. 2006/68/CE (recepita con d. lgs. n. 142/2008), che ha abrogato il divieto assoluto di assistenza finanziaria, ammettendo il finanziamento a determinate condizioni e modalità indicate dallo stesso art. 2358. Il cambiamento di rotta è stato giustificato, nello specifico, in virtù del *best interest* della società, fermo restando un rigido divieto per l'accettazione in garanzia di azioni proprie da parte della società emittente. La novella mira, infatti, a rafforzare la flessibilità della società rispetto ai cambiamenti degli assetti proprietari, tutelando al contempo gli interessi degli azionisti e dei terzi. Per un approfondimento sul tema cfr. F. CARBONETTI, *L'acquisto di azioni proprie*, Milano, 1988, 1 ss.

²⁴ Cfr. N. ABRIANI, *Il capitale sociale dopo la "nuova" Seconda Direttiva e il d. lgs. 4 agosto 2008, n. 142: sulla c.d. "semplificazione" della disciplina dei conferimenti in natura, dell'acquisto di azioni proprie e del divieto di assistenza finanziaria*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 254; F. CARBONETTI, sub art. 2358, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, D'Alessandro (a cura di), Padova, 2010, 369. Il resto della dottrina sostiene, invece, la nullità del solo atto di finanziamento. Vedi R. ANNARATONE, *Altre operazioni sulle proprie azioni (art. 2358)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 462; I. DEMURO, *L'assistenza finanziaria nell'acquisto delle proprie azioni*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 242 ss.; G. SBISÀ, sub art. 2357-ter, *Della società per azioni*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997, 417 ss.

²⁵ Il divieto previsto dalla norma nasce per rispondere a diverse esigenze, quali: i) impedire la distrazione di risorse utili al soddisfacimento dell'interesse sociale e tutelare l'integrità del capitale impedendo l'utilizzo di risorse della società per effettuare conferimenti; ii) garantire il rispetto del divieto di restituire i conferimenti ai soci; iii) evitare che gli amministratori della società potessero compiere manovre inappropriate sul mercato dei propri titoli e sul processo di formazione della volontà assembleare e che utilizzassero mezzi finanziari della società per mutare la compagine sociale. Cfr. C. BOLOGNESI, sub artt. 2357-2358 cod. civ., in *Commentario breve al diritto delle società*, A. Maffei Alberti (a cura di), Padova, 2007, 364; V. SALAFIA, *Configurabilità degli elementi previsti nell'art. 2358 cod. civ.*, in *Società*, 2003, 683; A. ALBANESE, *Azioni o quote proprie e divieto di assistenza finanziaria ex art. 2358*

carattere di assolutezza che lo connotava, è attualmente consentito di compiere queste operazioni «alle condizioni previste dal presente articolo»: tra queste, riveste un ruolo centrale la delibera autorizzativa dell'assemblea straordinaria.

Sebbene il codice non detti previsioni in relazione alla violazione della norma in parola, si ritiene comunemente che l'eventuale assenza delle condizioni *de quibus* determini l'espansione del divieto generale previsto dal comma 1. Ne segue che – atteso il carattere imperativo della norma, volta a tutelare, prima di ogni altra cosa, l'effettività del capitale sociale²⁶ nell'interesse dei soci alla regolarità dell'operazione²⁷ – sia l'operazione di finanziamento per sé considerata sia il contestuale acquisto delle azioni siano nulli²⁸.

c.c., in *La responsabilità civile*, 2005, 556; F. GALGANO, Sub *artt.* 2357 – 2358, in *Commentario al codice civile*, P. Cendon (a cura di), Torino, 1991, 968.

²⁶ In seguito all'acquisto, il patrimonio sociale vedrebbe diminuire la propria consistenza per un valore pari al costo dell'acquisto stesso, con conseguente incapacità di coprire le perdite sociali. Infatti, le azioni proprie traggono valore dal patrimonio sociale che le stesse rappresentano, sicché il presunto incremento, in caso di baciato, è solo fittizio, in quanto al valore della quota ideale del patrimonio si aggiunge soltanto il valore del titolo che, tuttavia, già fa parte della quota. Cfr., *ex multis*, G. FRÉ-SBISÀ, sub *art.* 2358 *cod. civ.*, *Della società per azioni*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997, 368-369; R. NOBILI, M. VITALE, *La riforma delle società per azioni*, Milano, 1975, 161; S. FORTUNATO, Acquisto di azioni proprie: finanziamento e contabilizzazione, in *La seconda direttiva CEE in materia societaria*, L. Buttarò, A. Patroni Griffi (a cura di), Milano, 1984, 310 ss.

²⁷ V. SALAFIA, *Il nuovo art. 2358 c.c. e la relazione con l'art. 2501-bis c.c.*, in *Società*, 2009; F. GAVEGLIO, *Fumus di nullità dei finanziamenti concessi da banca popolare per l'acquisto di azioni della stessa in violazione dell'art. 2358 c.c.*, 22 giugno 2016, disponibile presso la sez. "Giurisprudenza" del sito www.dirittobancario.it.

²⁸ In altri termini, sia l'atto di finanziamento che quello d'investimento «*simul stabunt, simul cadent*» e ciò perché «gli effetti che la giurisprudenza suole da tempo far seguire al collegamento negoziale» – ossia «il fenomeno per cui più contratti sono stipulati in funzione di un risultato economico-giuridico unitario» – «attengono alla nullità». Cfr., sul punto, v. M. MAUGERI, G. STRAMPELLI, *Sull'invalidità di operazioni di finanziamento strumentali all'acquisto di azioni della banca finanziatrice*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 207. A favore della nullità per contrarietà a norme imperative, cfr. S. FORTUNATO, *Anticipazioni, prestiti o garanzie per l'acquisto di azioni proprie*, in *La seconda direttiva CEE in materia societaria*, L. Buttarò, A. Patroni Griffi (a cura di), Milano, 1984, 495; C. ANGELICI, *La partecipazione azionaria nella società per azioni*, in *Tratt. Resc.*, vol. XVI, Torino, 1985; G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, vol. X, Torino, 1985, 528 ss.; F. CARBONETTI, *L'acquisto*

Vi è chi ritiene, d'altra parte, che in difetto di autorizzazione assembleare si configurerebbe una mera ipotesi di superamento di limiti legali legati al potere rappresentativo degli amministratori, sicché il negozio di finanziamento o di prestazione di garanzia sarebbe da considerare inefficace anziché nullo²⁹.

Sul piano giurisprudenziale, l'orientamento tutt'ora prevalente in Cassazione ritiene, in coerenza con la dottrina, che la sanzione più coerente con la violazione del divieto sia da identificarsi nel rimedio reale della nullità (Cass., Sez. I, 24 novembre 2006, n. 25005; Cass. S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724), valorizzando quale *ratio* giustificatrice della disposizione del codice civile «la volontà di vietare operazioni che possano determinare un'erosione anche potenziale del capitale sociale, nell'interesse dei creditori della società» (Cass., Sez. I, 19 giugno 2013, n. 15398)³⁰.

In tale prospettiva, secondo quanto affermato con la decisione Cass., 6 dicembre 2016, n. 2016, il socio di una società per azioni è legittimato ad agire per la dichiarazione di nullità del contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione, ai sensi dell'art. 1421 cod. civ., ove si deduca la violazione dell'art. 2358 cod. civ., atteso che dette ipotesi di nullità comportano il rischio della non effettività, totale o parziale, dei nuovi conferimenti e, al tempo stesso, dell'aumento del capitale sociale,

di azioni proprie, Milano, 1988, 179; G. PARTESOTTI, *Le operazioni sulle azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. II, Torino, 1991, 473. Con particolare riguardo agli atti colpiti dalla nullità, a favore della sanzione limitata al solo atto di finanziamento e non all'acquisto delle azioni, M. S. SPOLIDORO, *Incorporazione della controllante nella controllata e leveraged buyout*, in *Società*, 2000, 75 ss.

²⁹ Secondo Campobasso, comunque, l'autorizzazione può intervenire anche successivamente a ratificare. Cfr., sul punto, anche M. CIAN, *Manuale di diritto commerciale*³, Torino, 2019, 360.

³⁰ In effetti, ogni qualvolta il legislatore vieti la stipulazione di un contratto, è l'esistenza stessa dell'atto negoziale a porsi in contrasto con la norma imperativa, nell'ambito delle quali vi sono ricomprese le norme che «in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente vietano la stipulazione stessa del contratto». V. T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 2785; F. BRUNO, A. ROZZI, *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 604; G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. Civ.*, 2008, 1189.

con ricaduta sul patrimonio netto, e considerato che «tale rischio incide direttamente sul suo interesse a conservare il valore, in termini sia assoluti che relativi, della sua quota di partecipazione alla società»³¹.

Se la soluzione appena trascritta può dirsi stabile e diffusa in sede di giurisprudenza di legittimità, resta da aggiungere che a livello di merito il numero pronunce riguardanti specificamente l'art. 2358 cod. civ. nel periodo antecedente alla vicenda delle banche venete risulta assai più ridotto (cfr. App. Roma, 3 settembre 2002, n. 3045; App. Genova, 12 luglio 2002; n. 684; App. Venezia, 17 ottobre 2005, n. 1683; App. Roma, 5 gennaio 2006, n. 85)³².

Con riferimento, invece, all'arco temporale coincidente con le operazioni bacciate poste in essere dalle Banche venete, la giurisprudenza di merito si è espressa più volte circa l'invalidità delle operazioni di finanziamento strumentali all'acquisto di azioni della Banca finanziatrice, dichiarando la nullità sia dei finanziamenti sia degli atti di acquisto di titoli azionari, dopo aver ravvisato la sussistenza di un sostanziale collegamento negoziale tra i due contratti³³. In particolare, secondo la tesi sostenuta da Trib. Venezia, 29 aprile 2016, l'assenza delle condizioni previste dal comma 2 dell'art. 2358 cod. civ. determina l'espansione del divieto di cui al comma 1: con la conseguenza della nullità virtuale, stante l'inderogabilità della norma violata.

Di segno parzialmente diverso risulta la decisione del Tribunale di Venezia, 29 luglio 2019. La stessa ha ritenuto insussistente un collegamento negoziale fra il finanziamento e il collocamento di azioni,

³¹ Cfr. Sez. specializzata in materia di impresa del Trib. Venezia, 10 giugno 2016, n. 2690.

³² La Corte di Appello di Venezia, con sentenza del 17 ottobre 2005, ha ritenuto che la concessione di garanzia ipotecaria da parte di Capis s.p.a. violasse il divieto di cui all'art. 2358, cod. civ.; in particolare, la circostanza che la garanzia della società fosse fornita non direttamente all'acquirente delle proprie azioni, ma alla Banca, che grazie a detta garanzia aveva concesso all'acquirente un mutuo finalizzato espressamente a tale acquisto, rendeva il negozio nullo, contravvenendo al divieto di assistenza finanziaria).

³³ Cfr. A. PAOLINI, *Nullità delle operazioni di assistenza finanziaria. Tribunale di Venezia, sezione specializzata in materia di impresa, 29 aprile 2016, ord.* in *Corr. Giur.*, 2016, 1570; V. CUSUMANO, *Le banche popolari e l'assistenza finanziaria finalizzata all'acquisto o alla sottoscrizione delle azioni: c'è un giudice a Venezia (Commento a Trib. Venezia, 15 giugno 2016)*, in *Nuova giur. comm.*, 2016.

affermando che pur non potendosi parlare di collegamento contrattuale nel senso proprio del termine, ciò non toglie che entrambi gli atti siano colpiti dalla nullità in virtù della loro connessione *fattuale*, perché lesivi, anche solo in potenza, dell'integrità del capitale sociale.

Secondo questa pronuncia, pertanto, non deve ritenersi necessario un vero e proprio mutuo di scopo, o comunque un collegamento contrattuale realizzatosi mediante atti espressamente collegati per volontà dispositiva delle parti, essendo sufficiente che i due negozi siano tra loro intenzionalmente legati sul piano del fatto e siano, appunto, su questo piano fattuale, lesivi anche solo in potenza dell'integrità del patrimonio sociale. Su quest'ultimo punto, secondo quanto disposto dal Trib. Venezia, 5 maggio 2021, n. 834, il divieto di prestare assistenza finanziaria è previsto al fine di vietare operazioni che possano determinare un'erosione anche potenziale del capitale sociale, nell'interesse dei creditori della società, ma anche – per quanto a noi interessa – a tutela dell'interesse dei soci contro i rimborsi preferenziali di conferimenti fatti da alcuni di essi e dell'interesse della società a contrastare l'uso da parte degli amministratori delle quote comprate, specie in sede assembleare³⁴. Quanto detto del contratto vale anche per il negozio di collocamento di azioni, il quale conseguentemente, quando avvenga in spregio al divieto, sarà colpito dalla sanzione della nullità.

Non rileva, invece, la circostanza che il finanziamento finalizzato alla sottoscrizione o all'acquisto delle azioni della banca sia stato utilizzato integralmente ovvero soltanto in parte. A tal proposito, il Tribunale di Udine 7 gennaio 2020 ha precisato che «la nullità del contratto di finanziamento [...] non potrebbe che essere una nullità totale. A fronte di un unico ed inscindibile contratto di finanziamento, il collegamento con gli ordini sulle azioni può esserci o non esserci, ma non [può] esserci solo in parte», per cui la nullità derivante dal collegamento negoziale non può avere natura solo parziale.

³⁴ Come specificato più avanti dalla sentenza del Trib. Treviso, 13 gennaio 2021, n. 1344, le condizioni previste dall'art. 2358 cod. civ. rispondono non solo ad un'esigenza di tutela del patrimonio sociale, a salvaguardia delle ragioni dei creditori, ma anche «a un'esigenza di controllo circa l'indebito accrescimento della posizione di potere dell'organo amministrativo». Ed invero, l'organo amministrativo ben potrebbe servirsi del denaro della società per accrescere la propria posizione di potere, incidendo in tal modo sulla compagine azionaria.

In senso contrario all'orientamento prevalente della giurisprudenza di merito, conviene anche citare, infine, la sentenza del Tribunale di Treviso, 13 gennaio 2021, n. 1344, secondo cui il mancato rispetto delle condizioni previste dall'art. 2358 cod. civ. non determinerebbe nullità bensì mera inefficacia dell'operazione negoziale considerata nel suo complesso³⁵: operando in violazione di un limite imposto dalla legge al suo potere rappresentativo, l'organo amministrativo agirebbe come *falsus procurator*, sicché l'atto compiuto in tale qualità deve ritenersi valido ma inefficace³⁶. In tal caso, là dove l'inefficacia sia da riferirsi in via diretta al solo contratto di assistenza finanziaria, in virtù del collegamento negoziale – caratterizzato dal perseguimento di un risultato economico unitario e complesso attraverso una pluralità coordinata di contratti – la stessa si ripercuote anche sul contratto avente a oggetto l'acquisto o la sottoscrizione di azioni³⁷.

4. *Trattamento dei clienti rimasti inadempienti nel contesto della messa in liquidazione delle banche venete*

4.1. A fronte delle richieste di rientro dei saldi passivi da parte delle Banche che avevano posto in essere operazioni baciate, si è assistito, nell'ultimo quinquennio, a un lievitare dei contenziosi instaurati dai clienti che, in ragione della nullità *ex art. 2358 cod. civ.* dell'operazione, hanno agito in via cautelare *ex art. 700 cod. proc. civ.* per ottenere l'inibitoria dei pagamenti di cui erano stati richiesti.

³⁵ In particolare, l'inefficacia è da riferirsi in via diretta al contratto di assistenza finanziaria e indirettamente, in virtù dello stretto nesso di dipendenza funzionale, al contratto di acquisto o sottoscrizione di azioni. Ed invero, secondo il Tribunale trevisano, a seguito dell'abolizione del divieto *tout court* (per il quale sarebbe appropriata la nullità), la conseguenza della violazione di un mero limite legale al potere di rappresentanza degli amministratori non può che essere l'inefficacia dell'operazione negoziale, che ricomprende l'assistenza finanziaria e l'acquisto in funzione del quale l'assistenza sia stata prestata.

³⁶ Come chiarito da Cass., S.U., n. 11377/2015, trattasi di eccezione in senso lato, che - come tale - può essere sollevata dal terzo contraente e rilevata officiosamente dal giudice. Pertanto, se dagli atti emerge la mancanza di potere rappresentativo in capo al *falsus procurator*, il giudice deve comunque tenerne conto, anche in difetto di specifica richiesta di parte.

³⁷ Cfr., *ex multis*, Cass., 1° ottobre 2014, n. 20726.

Nel prosieguo, pertanto, si darà luogo a una breve ricognizione delle pronunce di merito pubblicate a partire dal 2016, quando ormai le azioni della Banca avevano già subito un forte deprezzamento.

In ragione delle anomalie di operatività dei conti correnti e di quelle emerse in occasione di una visita ispettiva della BCE con riferimento agli aumenti di capitale degli anni 2013 e 2014, nell'aprile 2016 il Tribunale di Venezia ha ravvisato la sussistenza congiunta del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* con riguardo alle domande formulate da titolari di conti correnti finanziati da una Banca Popolare mediante il sistema dell'elasticità di cassa al fine di acquistare proprie azioni e obbligazioni convertibili (Trib. Venezia, Sez. specializzata in materia di impresa, ordinanza 29 aprile 2016, R.G.N. 10396/2015)³⁸.

Nel caso di specie, i ricorrenti chiedevano i) l'azzeramento dei saldi negativi registrati su quattro conti correnti loro intestati e aperti presso la stessa Banca, deducendo la nullità delle operazioni di finanziamento e degli acquisti di azioni della convenuta (operate sugli stessi conti), nonché ii) le restituzioni *ex art.* 2033 cod. civ., sostenendo l'assenza delle condizioni legittimanti il finanziamento ai sensi dell'art. 2358, commi 2 e ss., cod. civ.

In accoglimento parziale del ricorso *ex art.* 700 cod. proc. civ., il Tribunale ha inibito la richiesta di pagamento dei saldi passivi registrati su due dei conti correnti intestati/cointestati ai clienti: tali conti, invero, erano stati affidati nella forma dell'elasticità di cassa solo pochi giorni prima della registrazione dei saldi negativi correlati alla sottoscrizione di azioni della stessa Banca (tanto è vero, ad esempio, che il conto corrente con saldo iniziale zero al 20 dicembre 2011, registrava un saldo negativo in data 31 dicembre 2011).

Il Tribunale ha poi rilevato la sussistenza del *periculum in mora* in ragione dell'intenzione della banca di procedere al rientro dell'esposizione debitoria relativa ai conti correnti, come accertata da una apposita comunicazione di sconfinamento; nonché in considerazione dell'«ingente importo delle scoperture e/o degli

³⁸ Cfr., sul punto, F. GAVEGLIO, *Fumus di nullità dei finanziamenti concessi da banca popolare per l'acquisto di azioni della stessa in violazione dell'art. 2358 c.c.*, 22 giugno 2016, disponibile presso la Sezione "Giurisprudenza" del sito www.dirittobancario.it; M. MAGGIOLO, *Finanziamenti per acquistare azioni di Banca Popolare. Le prime ordinanze*, 2016, disponibile sul sito www.osservatoriodirittoimpresa.it.

indebitamenti», il cui adempimento avrebbe recato un pregiudizio imminente e irreparabile per i ricorrenti, non solo da un punto di vista patrimoniale, ma anche in termini di organizzazione di vita.

Quanto al *fumus boni iuris*, in riferimento ai conti correnti per cui era stata appurata la correlazione tra finanziamento e acquisto o sottoscrizione di azioni, il giudice veneziano ha ritenuto non provato dalla Banca il rispetto dei requisiti di cui al comma 2 dell'art. 2358 cod. civ., con la conseguente comminatoria, da un lato, di responsabilità per l'organo gestorio e, dall'altro, di nullità per le operazioni di finanziamento.

Nello medesimo senso, lo stesso giudice della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Venezia, con ordinanza del 15 giugno 2016, n. 2690 ha inibito alla Banca la richiesta del pagamento del saldo passivo del conto corrente cui era correlato il conto deposito titoli, ravvisando il collegamento tra il finanziamento e l'acquisto di azioni³⁹.

Di diverso avviso, tuttavia, è stato lo stesso Tribunale nell'ordinanza pubblicata il 20 giugno 2016 (R.G.N. 946/2016), che ha rigettato le domande cautelari di un cliente volte a inibire qualsivoglia richiesta di rimborso o rientro dell'esposizione debitoria: anche nella fattispecie concreta esaminata il cliente si era rivolto all'istituto di credito per ottenere un finanziamento, parzialmente impiegato per l'acquisto a titolo personale di azioni della banca a causa delle pressioni provenienti dai funzionari di quest'ultima circa l'adesione a un'operazione di aumento del capitale.

Il ricorrente ha chiesto, pertanto, l'accertamento della nullità sia dell'acquisto delle azioni sia del finanziamento; ed invero, al di là del «collegamento negoziale» ravvisabile tra la sottoscrizione dell'aumento di capitale e l'apertura di credito, il ricorrente ha evidenziato la «sottocapitalizzazione ormai endemica» dell'istituto di credito, corroborata dalla circostanza che le partecipazioni della banca, al momento dell'acquisto, avevano un valore reale irrisorio rispetto a quello di emissione.

³⁹ La vicenda risale all'ottobre 2012, anno in cui il ricorrente aveva acceso presso la Banca un conto corrente e un conto deposito titoli; in pari data, la Banca aveva concesso al cliente un finanziamento di ingente importo senza previsione di addebito di spese né commissioni - per la durata di dodici mesi - a valere sul conto corrente appena aperto, a fronte dell'acquisto di titoli azionari della Banca.

Il giudice del merito, tuttavia, ha argomentato che «la sussistenza del pericolo di pregiudizio non può fondarsi sul semplice fatto che l'affidamento, pur contestato nella sua debenza, abbia imminente scadenza [...], avendo il debitore strumenti processuali adeguati a impedire l'intervento forzoso sul patrimonio», aggiungendo, inoltre, che «le segnalazioni di sconfinamento e di contestazione, dovute per legge, non esprimono alcun apprezzamento circa l'affidabilità del debitore». Di conseguenza, non ricorrendo siffatto pregiudizio nella specie, il giudice veneziano ha rigettato il ricorso per mancanza del *periculum in mora* (cfr. anche Trib. Venezia, ordinanza 23 giugno 2016, R.G.N. 10004/2015; Trib. Venezia, 30 giugno 2016, R.G.N. 913/2016).

Scorrendo cronologicamente la giurisprudenza, è da segnalare poi la pronuncia del Tribunale di Torino del 2 febbraio 2017 (Est. Astuni), che ha rigettato l'istanza di concessione di provvisoria esecutività nell'ambito di un giudizio *ex art. 648 cod. proc. civ.*, proposta da parte di una banca all'epoca appartenente a un gruppo bancario veneto. Titolo della domanda era lo scoperto di *c/c* sul quale erano state appoggiate due aperture di credito avvenute rispettivamente nel 2012 e nel 2013. Il cliente ha proposto opposizione deducendo di essere stato indotto dai funzionari dell'istituto di credito ad acquistare azioni della controllante Veneto Banca in ragione di un deliberando aumento di capitale, e di aver costituito tali azioni in pegno «a garanzia dell'apertura di credito per elasticità di cassa, concessa nel medesimo arco di tempo».

Come rilevato dal giudice del merito, l'acquisto di azioni in abbinamento alla concessione dell'apertura di credito per elasticità di cassa costituisce un rischio per la liquidità e la solvibilità della banca, soprattutto in ragione della circostanza che l'acquisto era stato incentivato dai funzionari della banca, i quali, in quel periodo, riscontravano difficoltà nel trovare sottoscrittori per l'aumento di capitale. Come specificato dal giudice del merito, «per dimensioni (€ 600.000) e caratteristiche del titolo (illiquidità) l'acquisto ha, palesemente, scarsa attinenza col profilo di investitore [del cliente]», ma «il punto non è il tipo di informazione resa [...], bensì l'induzione del cliente a compiere una decisione di acquisto che non avrebbe altrimenti compiuto». Ed invero, la provvista veniva fornita dalla stessa banca al di fuori dei suoi locali, per indurre il cliente a compiere operazioni finanziarie avulse dalla sua capacità finanziaria, all'esito delle quali – come già evidenziato – lo stesso si trovava esposto per il

correlato prezzo finanziato a fronte di un patrimonio azionario svalutato dallo stesso istituto di credito in ragione degli interventi imposti dagli organismi di vigilanza⁴⁰.

4.2. A una simile serie di pronunce, incardinate principalmente nell'ambito di procedimenti cautelari, vanno ad aggiungersi quelle instaurate dai clienti nel contesto della messa in liquidazione delle Banche⁴¹ e tese ad accertare la nullità dell'operazione di finanziamento e degli acquisti dei titoli.

Particolare attenzione meritano, per questo proposito, le sentenze «gemelle»⁴² del Tribunale di Venezia, 29 luglio 2019, nn. 1758 e 1760: in entrambi i casi, il tribunale ha rilevato che l'apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa successiva all'introduzione della domanda non era ostativa alla prosecuzione del giudizio, posto che la domanda non potrebbe essere esaminata in sede concorsuale, avendo come effetto un mero accertamento negativo (là dove la eventuale richiesta di restituzione delle somme versate dai clienti va richiesta esclusivamente in sede concorsuale).

⁴⁰ Cfr. Trib. Venezia, 29 luglio 2019, nn. 1758 e 1760.

⁴¹ Già alla data dell'emanazione del Decreto-Legge n. 99/2017 (25 giugno 2017), Banca Popolare di Vicenza - sottoposta alla procedura di liquidazione amministrativa ai sensi dell'art. 80 TUB - non solo non era più in grado di continuare la propria attività, ma si trovava in una situazione di insolvenza. In particolare, in data 23 giugno 2017 la BCE aveva dichiarato B.P.V. in una situazione di "prossimità al dissesto", a seguito della comunicazione inviata dal c.d.a. della Banca ex art. 19 d. lgs. 180/2015, in cui si sottolineava che la continuità d'impresa avrebbe potuto essere garantita dall'accesso della Banca allo strumento della ricapitalizzazione precauzionale e che, in difetto, la Banca avrebbe dovuto essere considerata a rischio dissesto. Esclusa dal *Single Resolution Board* la possibilità di accesso alla procedura di risoluzione ex art. 18 Reg. UE n. 806/2014, è stata aperta la procedura di l.c.a. Cfr., sul punto, la sentenza del Trib. Vicenza, 9 gennaio 2019, n. 1.

⁴² Cfr. G. CESARI e G. FUMAROLA, *Kissed-transactions consequences. Financial assistance' specialty features on banks' own-shares purchase. Nota a Trib. Venezia, sez. impresa, 29 luglio 2019, nn. 1758 e 1760 (c. Banca popolare di Vicenza s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa e Società per la Gestione di Attività. S.G.A. s.p.a.)*, in *Il Nuovo Dir. Soc.*, 2020, 784. Per un maggior approfondimento cfr. anche M. STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d. lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. "Banche Venete"*, Roma, 2018, *passim*.

Nelle parole del tribunale: «non può essere negata la perseguibilità di quelle domande che mirano a tutelare diritti che non potrebbero trovare mai risposta [...] nell’ambito della procedura; per esempio, le domande di accertamento negativo del credito della procedura proposte dal soggetto che sia debitore della banca in forza di un titolo invalido [...]. La pronuncia di accertamento di nullità o inefficacia del contratto, infatti, [...] apre la via all’accertamento della inesistenza dei debiti che sussisterebbero in forza del contratto»⁴³.

Resta fermo, invece, il principio secondo cui la pronuncia di accertamento della nullità costituisce solo il prodromo di possibili domande restitutorie o risarcitorie che devono sottostare alle regole del concorso *ex art. 83 TUB*.

In tal senso, con sentenza del 13 gennaio 2021, n. 1344, il Tribunale di Treviso ha accertato l’inesistenza del credito vantato dalla Banca Popolare di Vicenza s.p.a. in relazione all’assistenza finanziaria prestata al ricorrente. In particolare, il giudice del merito ha rilevato che «l’art. 83 TUB, correttamente interpretato, non pone alcun limite alla cognizione del giudice ordinario in merito alle domande di accertamento negativo di un credito verso la banca in l.c.a.», in quanto l’interesse ad agire deriva dall’intimazione della banca a ripianare l’esposizione debitoria. Ed invero, la norma va letta in combinato disposto con gli artt. 87, 88 e 89, da cui si evince che la regola dell’improcedibilità è posta in funzione delle sole azioni idonee a incidere sulla formazione dello stato passivo, ovverosia inerenti alla deduzione di crediti in giudizio. Tale scelta esegetica «è coerente con la *ratio* dell’improcedibilità delle azioni [...] condannatorie ed è l’unica rispettosa dei valori costituzionali [...] secondo cui la limitazione del diritto di azione (art. 24 Cost.) è possibile nella misura in cui sia controbilanciata da una forma di tutela omologa sul piano economico-funzionale (es. domanda condannatoria e insinuazione allo stato passivo».

⁴³ Cfr. anche Trib. Treviso, 4 maggio 2020, in www.ilsocietario.it, con nota di V. SANGIOVANNI, *Finanziamenti per acquisti di azioni proprie: l’applicazione del divieto dell’art. 2358 c.c. anche alle cooperative (il caso delle c.d. “bacciate”)*, 2020.

5. (Segue). *Il trattamento dei clienti che invece avevano adempiuto*

Un secondo filone di casistica-tipo di cui è bene dare conto riguarda i clienti che, alla data di emanazione del d.l. n. 99/2017, avevano già provveduto, su richiesta delle Banche, al rimborso del finanziamento finalizzato all'acquisto o alla sottoscrizione delle azioni degli stessi istituti di credito.

Come stabilito dalla sentenza del Tribunale di Venezia, 2 luglio 2019, n. 1528, in tali casi le domande di accertamento dei crediti vantati dall'attore nei confronti della procedura sono da ritenersi improcedibili davanti al giudice ordinario.

Anche nel caso di specie, le operazioni di finanziamento si erano svolte attraverso la sequenza bifasica più volte ricordata: i) apertura del conto corrente e versamento sul medesimo di una ingente provvista (con la dicitura «denaro caldo»); ii) contestuale giroconto della somma sul conto già in titolarità del cliente e immediato acquisto dei titoli.

Sulla base di tali premesse, gli attori chiedevano non solo la dichiarazione di nullità degli acquisti e delle operazioni di finanziamento, ma anche la condanna della banca all'esecuzione degli obblighi restitutori conseguenti all'invalidità dei negozi, nonché la compensazione dei controcrediti restitutori e/o risarcitori con gli importi dovuti in conseguenza della stipula dei finanziamenti⁴⁴.

In sintesi, il giudice del merito ha precisato che dalla data di insediamento degli organi liquidatori e secondo quanto disposto dall'art. 83 TUB, «contro la banca in liquidazione non può essere promossa né proseguita alcuna azione, salvo quanto disposto dagli

⁴⁴ È importante sottolineare *in limine*, secondo quanto specificato dalla recente Cass., 9 febbraio 2021, n. 3130, che il debitore il quale abbia opposto al creditore un controcredito in compensazione non dovrebbe essere passibile di segnalazione in Centrale Rischi. Ciò, tuttavia, non equivale a dire che al debitore moroso basti invocare, anche pretestuosamente, la nullità del contratto per pretendere di essere risarcito in caso di segnalazione da parte dell'ente creditore alla Centrale dei Rischi. È pur sempre necessario, cioè, che il giudice chiamato a valutare la legittimità di una segnalazione alla Centrale dei Rischi non si limiti a prendere atto che il debito oggetto della segnalazione era effettivamente dovuto, ma stabilisca con valutazione *ex ante*:

- dal punto di vista oggettivo, se le ragioni addotte dal debitore a fondamento del rifiuto di pagamento fossero sorrette almeno da un *fumus* di fondatezza;

- dal punto di vista soggettivo, se il debitore potesse ritenersi in buona fede nel momento in cui quelle ragioni ha accampato.

articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3, né, per qualsiasi titolo, può essere parimenti promosso né proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare». Ed invero, l'art. 87 TUB di per sé ammette la proponibilità del giudizio di opposizione allo stato passivo a favore di coloro le cui pretese non sono state accolte, sicché l'accertamento delle poste di credito vantate nei confronti della liquidazione deve essere devoluto al giudice della procedura, dovendo avvenire nel rispetto della *par condicio creditorum*.

Sul punto, la Suprema Corte ha più volte stabilito, infatti, che «qualsiasi credito nei confronti di un'impresa posta in liquidazione coatta amministrativa deve essere fatto valere in sede concorsuale, nell'ambito del procedimento di verifica affidato al commissario liquidatore»⁴⁵, in quanto la norma di cui all'art. 83, comma 3, TUB, esprime il principio generale secondo cui la massa attiva è assoggettata alla ripartizione secondo le regole del concorso e a opera degli organi della procedura⁴⁶.

Pertanto, la domanda di compensazione invocata dai ricorrenti per estinguere l'eventuale credito della banca in ragione della restituzione del mutuato poteva aver luogo solo se i relativi effetti fossero stati fatti

⁴⁵ Cfr. anche Trib. Treviso, 4 maggio 2020, in *www.ilsocietario.it*, con nota di V. SANGIOVANNI, *Finanziamenti per acquisti di azioni proprie: l'applicazione del divieto dell'art. 2358 c.c. anche alle cooperative (il caso delle c.d. "bacciate")*, 2020. Sul diverso tema della riferibilità della norma di cui all'art. 83, comma 3, TUB, ai procedimenti innanzi all'ACF, cfr. A. 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. econ.*, 2017, 200.

⁴⁶ In base a tale disposizione i commissari hanno sostenuto che, a prescindere dal *petitum*, la procedura è immune da qualsiasi azione. In realtà, la giurisprudenza di legittimità ha dichiarato l'inammissibilità/improcedibilità delle domande volte a condannare l'istituto di credito in l.c.a. al pagamento di somme di denaro, ritenendo procedibili le domande di accertamento negativo del debito non finalizzate a ottenere l'ammissione al passivo. Cfr. Cass., 19 giugno 2017, n. 15066, in *Guida al dir.*, 2017, 35-36. Al contrario la tesi della improcedibilità delle domande di accertamento negativo, sostenuta dai commissari liquidatori, era stata accolta dal Trib. Vicenza, 30 aprile 2019, n. 951, e Trib. Vicenza, 9 maggio 2019, n. 1066, ma era già stata respinta dal Trib. Venezia, 7 giugno 2019 e n. 1546. Cfr. anche nota adesiva di A. F. DI GIROLAMO, *"Banche venete" ed "operazioni bacciate": le domande di accertamento negativo restano procedibili nonostante la liquidazione coatta amministrativa*, in *Il Diritto degli Affari*, 2019.

valere prima della messa in liquidazione della banca, in quanto improcedibile se proposta nelle forme della cognizione ordinaria.

Tra l'altro, anche ai sensi dell'art. 209 legge fall., le pretese creditorie avanzate innanzi al Tribunale ordinario nei confronti di una società che nel corso del giudizio sia posta in liquidazione coatta amministrativa devono essere dichiarate improcedibili in quanto tutti i suoi creditori devono sottostare alla procedura di verifica dei crediti dinanzi al Commissario Liquidatore nella fase di formazione dello stato passivo. Da ciò ne segue che anche le domande di accertamento o costitutive contro una liquidatela di banca non possono essere proposte avanti il giudice ordinario quando dirette a porre le premesse di una pretesa contro la massa (dovendo, le stesse, essere fatte valere mediante insinuazione nel passivo)⁴⁷.

È chiaro, poi, che la ragione per la quale i clienti che abbiano rimborsato la somma si trovano svantaggiati nel recupero della stessa rispetto a chi si sia rifiutato di non pagare il presunto credito della Banca si rinviene, tra l'altro, nella natura chirografaria (e non privilegiata) del finanziamento effettuato per l'acquisto di azioni⁴⁸. Infatti, «anche l'eventuale esito vittorioso in giudizi di opposizione allo stato passivo, avendo ad oggetto crediti di carattere risarcitorio, produrrebbe comunque l'effetto di una mera iscrizione in chirografo»⁴⁹.

6. *Il paradosso della vicenda. L'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale.*

Come appena osservato (cfr. il n. 5), la compensazione di un credito con un controcredito vantato dalla procedura è ammissibile solo se

⁴⁷ Si noti, invece, che la norma di cui all'art. 56 legge fall. consente al creditore della procedura *in bonis* di opporre ad essa per l'intero il proprio controcredito. Sul punto v. Trib. Venezia, 29 luglio 2019, n. 1758.

⁴⁸ Cfr., sul punto, Trib. Udine, II sez. civile, 7 gennaio 2020, la quale ha precisato che se «l'oggetto della domanda non è la nullità dei contratti di acquisizione delle azioni bensì la nullità del contratto di finanziamento, alla quale soltanto si ricollegano le successive domande di accertamento negativo del debito», allora «la nullità delle relative operazioni è soltanto il presupposto per l'accertamento della nullità del contratto di finanziamento».

⁴⁹ A. 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. econ.*, 2017, cit., 203.

preordinata a paralizzare la pretesa di pagamento della procedura⁵⁰, mentre non può trovare applicazione se volta all'accertamento di un credito verso la procedura al di fuori delle regole del concorso.

Inoltre, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. c) d. l. n. 99/2017, sono espressamente escluse dalla cessione a Banca Intesa «le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività».

Di conseguenza, a seguito della messa in liquidazione delle banche venete con d. l. n. 99/2017, i clienti che avevano già restituito le somme finanziate dagli istituti di credito potevano ormai richiederle sotto forma di crediti solamente nell'ambito del procedimento di liquidazione, laddove coloro che non avevano provveduto alla restituzione potevano invece eccepire in giudizio la nullità degli acquisti⁵¹.

In sostanza, secondo quanto affermato dal Tribunale di Treviso con sentenza del 13 gennaio 2021, n. 1344, l'improcedibilità delle azioni condannatorie nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa di una banca risponderebbe all'esigenza di tutelare la *par condicio creditorum*, coerentemente con quanto disposto dall'art. 83 TUB.

⁵⁰ Cfr. Cass., 7 giugno 2013, n. 14418.

⁵¹ La diversità di posizione emerge anche tra coloro che avevano acquistato direttamente i titoli emessi dalle venete e coloro che, invece, attraverso l'intermediazione dei due istituti, avevano acquistato titoli emessi da soggetti diversi: invero, i primi, al contrario dei secondi, non possono agire contro banca Intesa per violazione della normativa del TUF. In senso analogo, «si consideri la posizione degli azionisti e obbligazionisti divenuti tali per effetto del *self-placement*, e coloro che invece abbiano acquistato i titoli attraverso un intermediario diverso: i primi hanno solo la facoltà di insinuarsi al passivo della l.c.a., laddove i secondi possono far valere le proprie pretese risarcitorie e/o restitutorie contro la banca con cui intrattenevano il contratto di prestazione di servizi di investimento. Vi è poi la posizione dei clienti delle banche in l.c.a. i cui contratti (es. conto corrente, prestazione di servizi di investimento) sono transitati in capo a banca Intesa. Per effetto di tale regime, lo stesso soggetto potrebbe coltivare le pretese relative a titoli emessi da istituti diversi dalle due banche venete nei confronti di banca Intesa, mentre dovrebbe rivolgersi ai commissari liquidatori per contestare operazioni di investimento in titoli emessi direttamente dai due istituti veneti, sebbene in entrambe le ipotesi venga in rilievo la violazione degli obblighi nascenti dal medesimo contratto». I. MECATTI, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della l.c.a. delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, cit., 795-796.

Pertanto, secondo la giurisprudenza, le pretese creditorie dei clienti vanno necessariamente ordinate secondo la logica concorsuale, sicché ogni eventuale azione in tal senso deve ritenersi improcedibile.

Eppure, è noto che essendo il credito in questione un credito chirografario, i clienti si troverebbero svantaggiati rispetto a coloro che si erano invece rifiutati di provvedere al rimborso, potendo recuperare solo una parte della somma rimborsata all'istituto di credito in virtù di finanziamenti in verità nulli. E sembra paradossale sostenere che sia garantita, in tal modo, la tutela del diritto di azione, là dove clienti inconsapevoli e adempienti nei confronti della banca non possono pretendere in alcun modo di ottenere il rimborso dell'intera somma restituita, ma devono, al contrario, sottoporsi alle regole della procedura concorsuale in virtù di un'obbligazione invalida o, comunque, inefficace.

Ci si chiede, allora, se possa davvero considerarsi realizzata la tutela del diritto di azione *ex art. 24 Cost.*, o se, invece, i clienti più diligenti devono accontentarsi del rimborso parziale di un credito (chirografario), a maggior ragione in considerazione della circostanza che gli stessi, in realtà, non hanno mai avuto a disposizione l'importo oggetto dell'operazione baciata (che, proprio per tale ragione, viene definito «denaro caldo»).

La problematica appena enucleata è stata di recente oggetto di una ordinanza del Tribunale di Firenze, che ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità del d. l. n. 99/2017, coordinato con la legge di conversione n. 121/2017 (Trib. Firenze, ordinanza 11 agosto 2021, n. cronol. 6627, R. G. N. 2469/2019). Secondo quanto osservato dal giudice del merito, infatti, benché l'intitolazione rechi «disposizioni urgenti per assicurare la parità di trattamento dei creditori nel contesto di una ricapitalizzazione precauzionale nel settore creditizio nonché per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.», il contenuto della normativa (o comunque la sua applicazione) viola «pesantemente» il principio generale di parità di trattamento tra i creditori, con particolare riferimento al trattamento deteriore dei crediti risarcitori e restitutori. Invero, pur essendo i crediti trasferiti a Banca Intesa «in via generale», il decreto-legge esclude dalla cessione i crediti indicati dalle lett. a), b) e c) dell'art. 3, così sacrificando la soddisfazione integrale degli stessi in violazione del principio di

uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, sotteso – a sua volta – al principio della *par condicio creditorum*. L'esclusione dalla cessione dei debiti derivanti dalla nullità delle operazioni di commercializzazione delle azioni e obbligazioni subordinate, crea, invero, «una palese discriminazione tra questi rapporti di conto corrente, cui di fatto è negata ogni tutela, e la tutela di tutti gli altri depositi derivante dalla cessione del rapporto a Banca Intesa»⁵².

In conclusione, secondo quanto sostenuto dal giudice fiorentino, «è stridente la contraddizione, valutabile sotto il profilo della irragionevolezza e dell'eccesso di potere legislativo, tra l'intento del governo di proteggere [...] i creditori chirografari, e le disposizioni del decreto-legge che di fatto sacrificano in modo totale quei creditori», nonostante gli stessi vantino nei confronti dell'ente ormai in liquidazione crediti derivanti proprio dall'illegittimità del suo comportamento, a fronte della loro condotta diligente (concretatasi nel rimborso delle somme finanziate dagli istituti di credito in violazione dell'art. 2358 cod. civ.).

7. Nota bibliografica

Per un più efficace reperimento dei precedenti si trascrive, qui di seguito, a mo' di appendice, una nota coi riferimenti giurisprudenziali ordinati secondo ordine tematico.

Sull'accoglimento dei procedimenti cautelari *ex art. 700 cod. proc. civ.* tesi a inibire la richiesta di pagamento dei saldi passivi dei conti correnti v. Tribunale Venezia, Sez. specializzata in materia di impresa, 29 aprile 2016 (Giudice Marra), R.G. 10396/2015. Nel caso di specie, il giudice del merito ha rilevato il *fumus boni iuris* nella correlazione diretta tra finanziamenti e acquisto o sottoscrizione di azioni, desumibile dalla stretta contiguità temporale tra apertura dei conti con

⁵² Sul tema della legittimazione processuale passiva (e dunque della responsabilità) di banca Intesa San Paolo, non trattato direttamente nel presente scritto, si vedano, *inter alia*, le pronunce del Trib. Treviso, 4 febbraio 2019 (G.I. De Luca) e del Trib. Padova, 5 febbraio 2019 (G.I. Bertola), commentate da I. MECATTI, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della l.c.a. delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 784-801.

concessione di elasticità di cassa e l'acquisto o la sottoscrizione, circostanza che – ripetuta nel tempo – integra «presunzione grave, precisa e concordante in ordine all'unitarietà delle operazioni». In senso contrario v. Tribunale Venezia, Sez. specializzata in materia di impresa, 20 giugno 2016 (Giudice Boccuni), secondo cui «la sussistenza del pericolo di pregiudizio non può fondarsi sul semplice fatto che l'affidamento, pur contestato nella sua debenza, abbia imminente scadenza e che la banca creditrice ne abbia richiesto la regolarizzazione».

Sul rigetto dei ricorsi in opposizione avverso la deliberazione della Consob n. 19935 del 30 marzo 2017 che ha sanzionato B.P.V. e altre banche popolari per violazione dell'art. 21, comma 1, T.U.F. e 94, comma 8, T.U.F. v. Appello Venezia, 14 marzo 2018, n. 16; Appello Venezia, 5 giugno 2018, nn. 70, 75, 77; Appello Venezia, 6 giugno 2018, nn. 79, 81, 82, 83; Appello Venezia, 20 giugno 2018, n. 88; Appello Venezia, 28 giugno 2018, nn. 98 e 100; Appello Venezia, 6 luglio 2018, n. 104; Appello Venezia, 26 luglio 2018, nn. 113 e 114.

Nelle diverse fattispecie, il giudice del merito ha osservato che il fenomeno dei finanziamenti correlati all'acquisto di azioni proprie «fu precedente agli aumenti di capitale, in quanto ebbe inizio quanto meno a partire dal 2012». Oltre al dato storico, la Corte di Appello di Venezia, 6 giugno 2018, n. 79 ha anche specificato che «è altresì dimostrato il carattere sistematico e diffuso della pratica dei finanziamenti destinati all'acquisto di azioni B. in occasione degli aumenti di capitale del 2013 e del 2014, affiancata da iniziative della Banca dirette a conseguire il successo di tali operazioni, che qui rilevano solo ai fini della prova del carattere palese del fenomeno del capitale finanziato». Sul parziale accoglimento in punto di quantificazione della sanzione v. Appello Venezia, 13 luglio 2018, n. 107.

Sulla sussistenza, già alla data di avvio della liquidazione coatta amministrativa, dello stato di insolvenza in capo a Banca Popolare di Vicenza, v. Tribunale Vicenza, 9 gennaio 2019 (Pres. Est. Limitone)

Sulle modalità di svolgimento dell'operazione baciata v. Tribunale Venezia, 2 luglio 2019, n. 1528 (Pres. Ramon; Rel. Campagner), p. 8, secondo cui l'operazione di collocamento può avvenire tramite la

seguente sequenza di operazioni: i) apertura del conto deposito e del conto corrente; ii) acquisto di azioni della Banca in contropartita diretta con addebito sul conto corrente già in titolarità dell'acquirente; iii) giroconto del finanziamento dal nuovo conto corrente, in assenza di provvista, con promessa di riacquisto delle azioni in un breve arco temporale (massimo un anno). In alternativa a tale modalità, l'operazione congiunta può anche consistere in: i) versamento della provvista sul conto corrente appena aperto, con la dicitura «denaro caldo» e ii) giroconto della somma sul vecchio conto, con contestuale acquisto di titoli. A tali indizi il Tribunale di Treviso, con sentenza del 4 maggio 2020, ha aggiunto altre circostanze, consistenti: i) nella correlazione quantitativa tra la provvista concessa a mutuo e il prezzo delle azioni, nonché ii) nella documentazione (es. corrispondenza) da cui risulta che a subordinare il finanziamento all'acquisto di azioni è la stessa banca (i.e. i suoi funzionari)

Sugli obblighi risarcitori a carico del dipendente della Banca cfr. ancora Tribunale Venezia, 2 luglio 2019, n. 1528 (Pres. Ramon; Rel. Campagner), secondo cui non può essere accolta la domanda risarcitoria nel caso in cui non sia attivato nei confronti del dipendente un titolo di responsabilità autonomo e diverso da quello contrattuale contestato all'istituto e sussumibile nell'alveo dell'art. 1228 cod. civ.

In punto di responsabilità del dipendente per ordini provenienti dai superiori v. anche Tribunale Vicenza, 4 dicembre 2019, n. 399 (Giudice Talamo), secondo cui il compimento di operazioni c.d. bacciate da parte di un dipendente con funzioni dirigenziali può determinare un licenziamento assistito da giustificatezza, atteso che il datore di lavoro che assume la veste di società non si identifica con la più alta dirigenza o con l'organo amministrativo.

Sull'improcedibilità delle domande di accertamento dei crediti proposte nei confronti di B.P.V. in l.c.a. v. Tribunale Venezia, 2 luglio 2019, n. 1528, il quale muove dal presupposto che «se le domande di accertamento perseguono scopi diversi ed ultronei rispetto all'accertamento del passivo fallimentare [...] esse sono procedibili se proposte avanti al giudice ordinario» (la domanda di accertamento o condanna al pagamento di un certo importo per compensazione *ex art. 83 TUB* è dunque improcedibile); per un diverso orientamento cfr.

Tribunale Venezia, 27 maggio 2020, n. 838, secondo cui «devono ritenersi improcedibili non solo le azioni di ripetizione e condanna ma anche le azioni di accertamento e costitutive in quanto costituiscono ‘l’antecedente’ della ulteriore domanda volta al conseguimento del credito stesso [...] e sono dunque volte ad incidere sulla esatta individuazione del passivo, di tal che debbono esser proposte o comunque proseguire in sede ‘concorsuale’ con assoggettamento al rito all’uopo previsto secondo le procedure di cui agli artt. 86 e ss. del TUB». In senso conforme a tale ultimo orientamento v. Tribunale Torino, 17 febbraio 2021, n. 777 (Giudice Martinat).

Sulla nullità degli acquisti azionari e, conseguentemente, del contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione v. Tribunale Venezia, 23 luglio 2019; Tribunale Venezia, 29 luglio 2019, nn. 1758 (Pres. Est. Tosi) e 1760 (Pres. Guzzo; Rel. Tosi), Tribunale Venezia, 5 maggio 2021, n. 834 (Pres. Est. Tosi); Tribunale Udine, 7 gennaio 2020, secondo cui «la nullità del contratto di finanziamento è una nullità totale» (per approfondimenti v. p. 15 e ss. della sentenza); in senso difforme a quest’ultima pronuncia v. Tribunale Treviso, 13 gennaio 2021, n. 1344, che ha sostenuto l’inefficacia dell’operazione negoziale in luogo della nullità.