

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

Il/la sottoscritto/a

COGNOME Armeli

NOME Beatrice

Matricola di iscrizione al dottorato 1460427

Titolo della Tesi:

La liquidazione coatta bancaria.

Aspetti processuali tra diritto interno e comunitario

Dottorato di ricerca in Diritto dell'Impresa

Ciclo XV

Tutor del dottorando Prof. Cesare Cavallini

Anno di discussione 2013

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la

tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:

- tesi di dottorato (titolo *tesi*)

La liquidazione coatta bancaria. Aspetti processuali tra diritto interno e comunitario;

- di (cognome e nome del dottorando)

Armeli Beatrice;

- discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi - Milano nell'anno **2013** (anno di discussione);

- La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;

- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviate ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;

- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;

- 7) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo.

Data **25 gennaio 2013**

COGNOME

Armeli

NOME

Beatrice

La tesi di dottorato sviluppata muove trasversalmente dal diritto fallimentare al diritto processuale civile, rispecchiando il duplice interesse scientifico della scrivente. Tema generale di trattazione è la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa bancaria. La scelta dell'argomento nasce da una lettura prospettica dell'attuale crisi pervasiva, nel cui contesto il sistema creditizio si colloca, per definizione, su un piano preminente. L'approfondimento dell'unica procedura concorsuale attualmente applicabile agli enti di credito è in particolare alimentato dalla necessità di svecchiare un istituto – al di là delle apparenze – di impiego fortemente potenziale, dando così nuova linfa alle interpretazioni, dottrinali e giurisprudenziali, in passato costruite, ma non più aggiornate all'evolversi della normativa di contorno. Il risultato ricercato coincide pertanto con il ritaglio di spazi solutori de jure condendo.

Oggetto di esegesi sono precipuamente le molteplici fasi di giurisdizione ordinaria variamente innestate nel procedimento amministrativo di liquidazione coatta bancaria, con conseguente risoluzione dei profili controversi o controvertibili e migliore intendimento della disciplina sostanziale sottostante, che solo l'attenzione allo strumento processuale permette. Inoltre, in riconoscenza all'importanza e alla funzionalità di un approccio sovranazionale nello studio della tematica in questione, sugli argomenti reputati di maggior rilevanza, si orienta lo sguardo verso gli sviluppi consolidatisi in ambito comunitario, riguardanti proprio la regolazione dell'insolvenza bancaria transfrontaliera. Il tentativo sotteso è chiaramente quello di concepire, così come promosso con la recentissima ideazione di un'«Unione

bancaria», possibili manovre di armonizzazione delle legislazioni nazionali, con riferimento alle procedure di liquidazione e, ancora, specificatamente, agli aspetti prettamente processuali, sconfessando in tal modo i tuttora esistenti limiti territoriali.

In dettaglio, dopo aver introdotto le innovazioni importate dalle sfide lanciate dalla Comunità europea nella materia in esame e aver posto le medesime a confronto con la vigente disciplina italiana sul “fallimento” bancario, ampio spazio è dedicato al momento tipico di manifestazione dello stesso, coincidente con la dichiarazione giudiziale d’insolvenza, ai fini della quale si avverte, a tutt’oggi, la mancanza di un’esatta definizione (non solo a livello nazionale) del relativo presupposto oggettivo. Pro futuro, appare poi interessante la lettura della fattispecie processuale con riguardo al radicamento di giurisdizione e competenza per i casi di insolvenza transfrontaliera di banche e gruppi bancari appartenenti a Paesi sia comunitari che extra-UE. Degli effetti prodotti dalla sentenza dichiarativa dello stato di decozione bancario, si procede in particolare ad analizzare l’esercizio delle revocatorie fallimentari, peculiarmente inserito nella procedura coatta amministrativa, la quale si dimostra capace di alterare, rispetto alla disciplina generale, la decorrenza dei termini, siano essi dell’azione o sostanzialmente integrativi del periodo sospetto. All’esame del processo revocatorio, studiato pure con riguardo ai rapporti infragruppo, segue l’esplicazione delle ipotesi di esclusione o limitazione dell’istituto in commento, anche oltre quelle ordinarie, che, nello speciale contesto de quo, risultano più variegate e di non sempre facile intendimento. Anche qui,

inoltre, l'attenzione non può non rivolgersi all'attuazione del diritto di revoca in una cornice di insolvenza bancaria transnazionale, almeno per quel che concerne giurisdizione e legge applicabile. Dalle conseguenze propriamente riconducibili alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza, la trattazione prosegue, allargando il campo visivo ad una prospettiva d'insieme, inglobante tutti gli effetti prettamente "processual-civilistici" prodotti, con efficacia anche extra-territoriale, dal decreto ministeriale dispositivo della liquidazione coatta bancaria. Precisamente, il riferimento si indirizza alla legittimazione processuale del commissario liquidatore, quale rappresentante legale dell'ente creditizio, nonché, in generale, ai riflessi concreti del carattere universale e concorsuale della procedura. In particolare, il lavoro si sofferma sul divieto di proseguire o promuovere ogni tipo di azione nei confronti della banca in liquidazione, evidenziando così le differenze rispetto alla corrispondente previsione impeditiva fallimentaristica. Le osservazioni si rivelano dunque prodromiche alla migliore comprensione di quanto, nel proseguo, si sostiene in merito al processo di opposizione allo stato passivo, preceduto da una fase amministrativa di accertamento sui generis, e, anche per ciò, concepito quale giudizio di piena cognitio, idoneo a sfociare in una sentenza produttiva di giudicato esterno, nel quale far confluire l'esame dei diversi profili attinenti a tutti i diritti lato sensu creditori, di cui la banca in liquidazione è soggetto passivo: primo fra tutti, quello inerente all'esistenza stessa del diritto di credito. L'esatta circoscrizione del thema decidendum del giudizio di opposizione di prime cure, permette altresì di definire, con migliore lucidità, l'oggetto delle contestazioni

che il tribunale funzionalmente competente è chiamato a dirimere, sempre con autorità di giudicato, in sede di riparto finale. La decisione di tali contestazioni, quale condizione sufficiente, ma non necessaria, per la conclusione della procedura amministrativa non rappresenta comunque la sola criticità connessa alla chiusura del concorso. Non si trascurano quindi i reciproci effetti espliciti dal termine, invero indefinito, della liquidazione coatta bancaria, da un lato, e, dall'altro, dalla pendenza dei giudizi ad essa relativi, specie se questi ultimi risultano oggetto di cessione. Questa, infatti, si presenta notoriamente come il tipico strumento risolutivo della crisi dell'impresa bancaria, quando già non interviene il c.d. "concordato di liquidazione", anch'esso, in tale sede, studiato nei suoi momenti squisitamente processuali. Da ultimo, si dimostra doveroso un cenno alle azioni di responsabilità nei confronti, non tanto degli esponenti aziendali, la cui disciplina ricalca quella societaria già conosciuta, quanto piuttosto nei riguardi del commissario liquidatore e, nella misura in cui risultino compromessi diritti soggettivi, dell'Autorità di vigilanza. Quale appendice, con l'auspicio di attribuire valore aggiunto al presente lavoro, si offre infine un focus speciale, corredato da un primo personale commento, sulla recentissima proposta di direttiva stilata dalla Commissione europea, istituyente un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi.

A Filippo

Tesi di dottorato "La liquidazione coatta bancaria. Aspetti processuali tra diritto interno e comunitario"
di ARMELI BEATRICE

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

INDICE

CAPITOLO I

Introduzione

1.	Premessa	p.	23
2.	Le nuove sfide dell'Unione europea	p.	25
2.1	Verso un'Unione bancaria: le misure intraprese	p.	27
2.2	Quali prospettive per una gestione della crisi bancaria a livello comunitario	p.	30
3.	Le virtù dello studio del diritto domestico in chiave di riforma europea	p.	37
3.1	La procedura concorsuale italiana applicata alle banche «insolventi»: brevi cenni sulla specialità della liquidazione coatta amministrativa	p.	38
3.2	La disciplina vigente di fronte alle spinte riformatrici comunitarie	p.	49
3.3	Il perché dell'attenzione ai profili processuali nel presente studio	p.	55

CAPITOLO II

La dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza bancaria

1. Il *distinguo* della previsione normativa e la disciplina applicabile p. 58
2. La nozione di «insolvenza bancaria» p. 62
 - 2.1 La qualificazione offerta dalla giurisprudenza p. 62
 - 2.2 Il confronto con il presupposto oggettivo delle «perdite patrimoniali di eccezionale gravità» per l'apertura della liquidazione coatta amministrativa p. 67
 - 2.3 L'intendimento dell'insolvenza a seconda del momento dichiarativo p. 76
 - 2.4 La definizione dei *Regulators* internazionali: brevissimi cenni p. 82
3. Il procedimento per la dichiarazione di insolvenza della banca p. 87
 - 3.1 Questioni di competenza e giurisdizione p. 88
 - 3.1.1 Il radicamento di giurisdizione e competenza nel caso di insolvenza transfrontaliera di banche comunitarie e banche extracomunitarie p. 93

3.1.2	Ancora sugli stessi presupposti processuali nell'ipotesi di gruppo bancario domestico e multinazionale	p. 116
3.2	Gli altri aspetti processuali espressamente disciplinati	p. 123
3.2.1	La legittimazione ad agire e a contraddire	p. 123
3.2.2	Il rito camerale e le audizioni necessarie	p. 133
3.3	Il rinvio alla disciplina di cui all'art. 195 l.f.	p. 148
3.3.1	I provvedimenti «conservativi»	p. 148
3.3.2	La pubblicazione della sentenza e il reclamo avverso la stessa	p. 153
3.3.3	Il decreto di rigetto	p. 170
4.	Gli effetti prodotti dalla dichiarazione giudiziale di insolvenza bancaria. L'esercizio delle revocatorie in particolare: rinvio	p. 176

CAPITOLO III

L'esercizio delle azioni revocatorie

1.	Introduzione	p. 180
----	--------------	--------

2. Il sistema revocatorio nella liquidazione coatta amministrativa tra disciplina fallimentare e disciplina bancaria	p. 183
2.1 La legittimazione attiva e passiva	p. 184
2.2 L'interesse ad agire del commissario liquidatore	p. 191
2.3 I termini entro cui l'azione può essere esercitata	p. 195
2.4 Il giudice competente	p. 211
2.5 Il giudizio di revoca: cenni e rinvii	p. 224
2.5.1 L'articolazione temporale del presupposto oggettivo del periodo sospetto	p. 227
2.5.2 La prova della conoscenza dello stato d'insolvenza	p. 235
2.5.3 Lo svolgersi del processo	p. 238
3. L'azione revocatoria infragruppo	p. 241
3.1 L'applicazione dell'art. 99, comma 5, del T.U.	p. 242
3.2 L'applicazione dell'art. 101, commi 1 e 3, del T.U.	p. 257
4. Alcuni esempi di esclusione o limitazione della revocatoria (fallimentare)	p. 263
4.1 Ipotesi comuni di esenzione	p. 266

4.1.1	La previsione di cui all'art. 67, comma 4, l.f.	p. 266
4.1.2	Le previsioni di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) e b)	p. 270
4.2	Ipotesi speciali di esenzione	p. 277
4.2.1	Nella disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa	p. 277
4.2.2	Nella disciplina sulla cartolarizzazione dei crediti	p. 279
4.2.3	Nella disciplina sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli	p. 282
4.2.4	Nella disciplina sulle garanzie finanziarie	p. 285
4.3	Ipotesi eccezionali di esenzione	p. 290
5.	Profili scelti dell'azione revocatoria in un contesto di insolvenza bancaria transnazionale	p. 296
5.1	Premessa	p. 296
5.2	La giurisdizione	p. 299
5.2.1	L'omissione normativa e le sue conseguenze	p. 299
5.2.2	La ricerca di un criterio di giurisdizione comunitario	p. 304

5.2.3	Lo spazio residuale dei criteri domestici: la disciplina italiana	p. 313
5.3	La legge applicabile	p. 327
5.3.1	La regola e l'eccezione secondo la disciplina comunitaria	p. 329
5.3.2	Analisi dell'eccezione: il contenuto delle condizioni richieste	p. 331
5.3.3	(<i>segue</i>) e l'atteggiarsi nel processo	p. 337
5.3.4	Di nuovo, lo spazio residuale dei criteri domestici	p. 342
5.4	Il riconoscimento e l'esecuzione della decisione	p. 345

CAPITOLO IV

Gli effetti processuali del provvedimento che dispone la liquidazione coatta della banca

1.	Gli effetti afferenti alla figura del commissario liquidatore	p. 351
1.1	L'organo commissariale: inquadramento generale	p. 353
1.2	La rappresentanza legale della banca in liquidazione coatta	p. 357

1.3	La legittimazione processuale	p. 361
2.	Gli effetti tipici giustificati dal carattere universale e concorsuale della procedura	p. 377
2.1	La decorrenza degli effetti	p. 379
2.2	Il richiamo alle norme fallimentari	p. 385
2.3	Il divieto di proseguire o promuovere ogni tipo di azione individuale nei confronti della banca in liquidazione	p. 390
3.	L'extra-territorialità degli effetti in caso di crisi bancaria transfrontaliera	p. 400

CAPITOLO V

Il giudizio di accertamento dello stato passivo

1.	Caratteri generali	p. 406
1.1	Le fonti	p. 406
1.2	La struttura: fase amministrativa necessaria e fase giudiziale eventuale	p. 409
2.	La fase amministrativa	p. 411
2.1	Il procedimento di formazione dello stato passivo	p. 411
2.1.1	Contenuto ed effetti della comunicazione commissariale: ricognizione	

	di debito e «riserva di eventuali contestazioni»	p. 411
2.1.2	I reclami avverso la determinazione espressa dal commissario liquidatore e le domande tempestive di insinuazione	p. 421
2.1.3	L'ammissione «con riserva»	p. 427
2.1.4	Gli antecedenti cronologici degli effetti esecutivi dello stato passivo	p. 432
2.2	L'esecutività dello stato passivo	p. 439
3.	La prima fase giudiziale: un'impugnazione di primo grado	p. 449
3.1	Quadro d'insieme	p. 449
3.2	Le opposizioni allo stato passivo	p. 457
3.3	Lo svolgersi del processo	p. 463
3.3.1	Le parti	p. 463
3.3.2	I termini di avvio	p. 472
3.3.3	Il contenuto del ricorso	p. 478
3.3.4	Il momento introduttivo del giudizio	p. 485
3.3.5	I temi di difesa: in particolare l'eccezione di compensazione	p. 496
3.3.6	(<i>segue</i>) e l'eccezione di revocatoria	p. 507
3.3.7	La fase di trattazione	p. 519
3.3.8	L'esito del giudizio	p. 534

- | | | |
|-------|---|--------|
| 3.3.9 | L'efficacia di giudicato esterno e l'eccezione al principio di «provvisoria esecutorietà» della sentenza di primo grado | p. 541 |
| 3.4 | Le insinuazioni tardive | p. 550 |
| 4. | La seconda fase giudiziale: i mezzi di gravame | p. 561 |

CAPITOLO VI

L'impugnabilità dei riparti e delle restituzioni

- | | | |
|-----|--|--------|
| 1. | Gli adempimenti finali del commissario liquidatore | p. 571 |
| 2. | Le contestazioni avverso la documentazione commissariale | p. 575 |
| 2.1 | Il tempo entro cui presentare il ricorso | p. 576 |
| 2.2 | I soggetti <i>interessati</i> a presentare contestazione | p. 579 |
| 2.3 | L'oggetto del ricorso | p. 581 |
| 2.4 | Il giudizio sulle contestazioni alla documentazione finale | p. 584 |
| 2.5 | La sentenza di epilogo | p. 591 |

CAPITOLO VII

**La chiusura della procedura e i giudizi in corso:
gli effetti reciproci**

- | | |
|---|--------|
| 1. Il momento conclusivo della liquidazione coatta bancaria | p. 595 |
| 1.1 La regolamentazione dei giudizi pendenti | p. 599 |
| 2. La <i>perpetuatio legitimationis</i> del commissario liquidatore | p. 604 |
| 2.1 Spiegazione del fenomeno successorio | p. 606 |
| 2.2 L'estromissione nei giudizi relativi a rapporti oggetto di cessione | p. 615 |
| 2.3 Il trasferimento delle «azioni civili | p. 622 |
| 2.3.1 La cessione delle azioni revocatorie | p. 624 |
| 2.3.2 La cessione delle azioni di responsabilità | p. 633 |
| 2.3.3 La cessione dell'azione di accertamento dello stato d'insolvenza | p. 635 |

CAPITOLO VIII

**La tutela dei depositanti e degli investitori:
l'intervento
dei fondi di garanzia e del sistema di indennizzo**

1. Inquadramento generale	p. 639
1.1 Breve introduzione storica	p. 639
1.2 La disciplina sostanziale	p. 643
1.2.1 Le modalità di intervento in particolare	p. 649
2. Lettura processuale	p. 654
2.1 Ricostruzione interpretativa in merito all'operare dei fondi di garanzia	p. 654
2.2 I dettagli normativi nel caso di attivazione del sistema di indennizzo	p. 663
2.3 Riflessioni conclusive	p. 676

CAPITOLO IX

Il concordato di liquidazione

1. Introduzione sistematica	p. 679
2. Il procedimento	p. 684
2.1 Il tempo della proposta concordataria	p. 684
2.2 La legittimazione alla richiesta	p. 685
2.3 L'oggetto della domanda giudiziale e il contenuto della proposta concordataria	p. 688
2.4 Il deposito della documentazione e la relativa	

	comunicazione: l'individuazione dei soggetti <i>interessati</i>	p. 699
2.5	Il giudizio di approvazione e le possibili opposizioni	p. 708
3.	L'esecuzione e i momenti contenziosi eventuali	p. 718

CAPITOLO X

Le azioni di responsabilità

1.	L'azione nei confronti degli <i>ex</i> esponenti aziendali	p. 725
2.	L'azione nei confronti degli organi della procedura	p. 738
2.1	La responsabilità civile del commissario liquidatore	p. 741
2.2	La responsabilità civile dei membri del comitato di sorveglianza	p. 748
3.	L'azione nei confronti dell'Autorità di vigilanza	p. 749
3.1	La responsabilità nei riguardi dei terzi	p. 750
3.2	La responsabilità nei riguardi degli organi liquidatori	p. 762

APPENDICE

La Proposta di Direttiva della Commissione europea
del 6 giugno 2012:
primo commento su profili scelti

p. 765

Rassegna di giurisprudenza

p. 779

Bibliografia

p. 792

Tesi di dottorato "La liquidazione coatta bancaria. Aspetti processuali tra diritto interno e comunitario"
di ARMELI BEATRICE

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

CAPITOLO I

Introduzione

1. Premessa - 2. Le nuove sfide dell'Unione europea - 2.1 Verso un'Unione bancaria: le misure intraprese - 2.2 Quali prospettive per una gestione della crisi bancaria a livello comunitario - 3. Le virtù dello studio del diritto domestico in chiave di riforma europea - 3.1 La procedura concorsuale italiana applicata alle banche «insolventi»: brevi cenni sulla specialità della liquidazione coatta amministrativa - 3.2 La disciplina vigente di fronte alle spinte riformatrici comunitarie - 3.3 Il perché dell'attenzione ai profili processuali nel presente studio

1. Premessa

Nell'attuale contesto finanziario europeo si sono registrati diversi dissesti bancari importanti, i quali hanno chiaramente dimostrato come i problemi che colpiscono una banca possono diffondersi all'intero sistema finanziario, anche oltre le frontiere del Paese a cui questo appartiene, e, al contempo, hanno portato in evidenza gravi lacune nelle modalità esistenti per la gestione delle crisi degli istituti di credito¹. Il fatto che tra il 2008 e il 2011 la Commissione europea abbia approvato aiuti di Stato a favore degli enti finanziari

¹ Il riferimento si indirizza, per citare qualche esempio, ai casi di Fortis, Lehman Brothers, Anglo Irish Bank e Dexia.

pari a 4,5 miliardi di euro (equivalenti al 37% del PIL dell'UE) ha sì marginato perturbazioni economiche su ampia scala, per contro, però, oltre ad aver fatto ricadere sui *taxpayers* il costo del deterioramento delle finanze pubbliche, non ha – soprattutto – risolto (a monte) il problema di *come* affrontare giuridicamente le difficoltà (in particolare, ma non solo) delle grandi banche internazionali. In difetto di meccanismi capaci di garantire una risoluzione ordinata del “fallimento” bancario, specie nel caso in cui questo si trovi ad operare su un piano transfrontaliero, gli Stati membri dell'Unione europea non hanno, allora, avuto altra scelta se non quella di tentare di salvaguardare la stabilità del proprio sistema creditizio, facendo uso delle regole domestiche di intervento e chiedendo un sostegno senza precedenti alle proprie autorità nazionali. Si è così moltiplicata la frammentazione all'interno di un settore dimostratosi essere di vitale importanza per la permanente coesione economica della Comunità.

Nella consapevolezza (a favore o contro che sia) che nello spazio comunitario europeo sono presenti più di 8.000 banche che rappresentano il 53% delle attività mondiali, nasce dunque l'idea di un'«Unione bancaria», nel cui ambito forgiare (anche) un quadro unico di risanamento e risoluzione delle crisi che vada oltre il semplice coordinamento tra le autorità di vigilanza nazionali, per l'avvertita necessità di un meccanismo decisionale comune.

2. Le nuove sfide dell'Unione europea

Il 12 settembre 2012, la Commissione europea ha pubblicato una comunicazione, rivolta al Parlamento europeo e al Consiglio, avente per oggetto «una tabella di marcia verso l'Unione bancaria»², intendendo quest'ultima quale completamento del programma di sostanziale riforma della regolamentazione sul mercato unico. Tre ne risultano essere i dichiarati elementi essenziali, rispettivamente declinati nel trasferimento della vigilanza bancaria a livello europeo, nella creazione di un sistema comune di garanzia dei depositi e nella gestione integrata delle crisi bancarie³. Solo tramite l'attuazione di tali strumenti, infatti, si ritiene che si possa rinnovare la fiducia negli enti finanziari, radicando nel pubblico la certezza che le banche in difficoltà saranno ristrutturate o liquidate con il minimo costo a carico dei contribuenti.

In particolare, il meccanismo di risoluzione delle crisi bancarie viene visto come un'integrazione naturale di un sistema di vigilanza unico, capace di consentire notevoli economie di scala ed evitare le esternalità negative ontologicamente connaturate alle decisioni puramente nazionali. A tal fine, è proposto, nel tempo in cui si scrive, che alla BCE (Banca Centrale Europea) vengano attribuite competenze di vigilanza, a partire

² COM(2012) 510.

³ Già il Parlamento europeo, nella Risoluzione del 7 luglio 2010, sulla gestione delle crisi transfrontaliere nel settore bancario, aveva raccomandato misure nella medesima direzione.

dal 1° gennaio 2014, su tutte le banche dell'Unione bancaria, alle quali si applicherà un *corpus* unico di norme. Il controllo sovranazionale si estende dunque non soltanto alle principali banche di importanza sistemica a livello europeo o a quelle riceventi assistenza finanziaria pubblica, per le quali, peraltro, l'esercizio della vigilanza sarà tempisticamente anticipato. E ciò perché, come le recenti esperienze hanno dimostrato, anche le difficoltà di banche relativamente piccole possono avere un significativo impatto negativo sulla stabilità finanziaria degli Stati membri, causando danni sistemici a livello transfrontaliero. Da un lato, quindi, si è riscontrata la permanenza del principio del *too big to fail*: l'integrazione mondiale dei mercati finanziari e il mercato unico dell'UE hanno infatti consentito al settore bancario di taluni Stati membri di raggiungere livelli molte volte superiori al PIL nazionale, con la conseguenza che gli istituti interessati sono risultati troppo grandi per fallire conformemente ai meccanismi nazionali in vigore. Dall'altro lato, però, come è stato ben evidenziato anche dal recentissimo *Rapporto Liikanen*, pubblicato il 2 ottobre 2012, si è ravvisato altresì l'operare del principio del *too many to fail*, il quale rivela che i problemi possono insorgere anche quando molte banche di dimensioni ridotte operano in *business* simili, risultando pertanto esposte a crisi comuni⁴. Da

⁴ *High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector* (chaired by Erkki Liikanen), *Final Report*. Brussels, 2 October

qui, allora, la necessità di informare i compiti fondamentali di vigilanza dell'organo centrale europeo all'individuazione dei rischi che minacciano la solidità di tutte le banche operanti sul territorio comunitario, con facoltà di imporre loro anche l'obbligo di adottare le misure correttive che si dovessero rendere opportune, nel rispetto delle disposizioni in materia di leva finanziaria e di liquidità.

2.1 Verso un'Unione bancaria: le misure intraprese

La proposta recentemente presentata dalla Commissione sugli strumenti di risanamento e di risoluzione delle crisi delle banche⁵ - quali mezzi per prevenire l'insorgere del dissesto e combatterlo tempestivamente laddove questo si manifesti - è l'ultima di una serie di misure fortemente suggerite per rafforzare il settore bancario europeo, la cui realizzazione, come detto, rientra pienamente quale *step* della «tabella di marcia verso un'Unione bancaria». È evidente che dal contesto in cui tale misura si inserisce non si può affatto prescindere nel comprendere le direttive di sviluppo tracciate con riguardo alla materia qui di preminente interesse.

La Commissione europea ha in particolare intrapreso azioni volte a: a) permettere una vigilanza bancaria più integrata, attraverso l'istituzione di tre

2012, pp. 32 e ss.

⁵ Si indicano gli estremi del documento di sintesi: IP/12/570.

autorità europee di vigilanza, con il compito di risolvere i problemi transfrontalieri, delle quali si ricorda – in tale sede – l’ABE (Autorità Bancaria Europea), a cui, inizialmente – e in vista di un futuro accentramento dei poteri di vigilanza a livello comunitario – è stato attribuito un ruolo di coordinamento delle autorità nazionali; b) rafforzare il sistema bancario, agevolandone la ristrutturazione (anche mediante la liquidazione ordinata degli istituti insanabili), in virtù: i) di una migliore capitalizzazione, grazie all’accordo di Basilea III⁶ (reso necessario dal fatto che gli istituti bancari sono entrati nella crisi con riserve patrimoniali insufficienti per quantità e qualità), ii) di una maggiore tutela dei depositi bancari (quale base verso un sistema di garanzia dei depositi a livello dell’UE) e iii) di un controllo ponderato sugli aiuti di Stato (da concedersi previa presentazione di un piano di ristrutturazione da parte della banca in difficoltà⁷).

A riguardo è da segnalare che, finora, nel controllare gli aiuti di Stato alle banche, la Commissione europea ha (già) agito *de facto* come un’autorità preposta alla gestione e risoluzione delle crisi al livello UE, basando

⁶ Si ricorda a riguardo che la produzione normativa del Comitato di Basilea ha origine pattizia, in quanto risultato delle intese raggiunte tra le banche centrali partecipanti. Pertanto, le previsioni concordate sono destinate a tradursi in provvedimenti formali di livello comunitario o domestico.

⁷ Già dal 1° gennaio 2011, ogni banca (anche non in dissesto) che ha bisogno dell’aiuto di Stato, sotto forma di capitale o di misure inerenti alle attività deteriorate, deve presentare un piano di ristrutturazione. È stato il caso di KBC e Lloyds.

le ristrutturazioni richieste su quattro fondamentali regole: 1) garantire il ritorno della banca in difficoltà a una redditività sul lungo termine senza bisogno di ulteriore sostegno dello Stato; 2) addossare alla banca stessa, ai suoi azionisti e ai detentori di capitale ibrido le spese di ristrutturazione, con riduzione delle distorsioni alla concorrenza causate dagli aiuti; 3) assicurare un'ordinata risoluzione in caso di manifesta impossibilità a ripristinare la redditività della banca⁸; 4) prevedere il rimborso dell'aiuto ricevuto dai rispettivi governi, al fine di limitare l'azzardo morale e il costo per il pubblico⁹. In particolare, si ricorda come il Trattato del MES (Meccanismo Europeo di Stabilità) non preveda attualmente prestiti diretti agli istituti finanziari. Tuttavia, è programmato che, una volta istituito per le banche della zona euro un efficace meccanismo di vigilanza unico, con il coinvolgimento della BCE, il MES possa avere la facoltà, sulla scorta di una decisione ordinaria, di ricapitalizzare direttamente gli istituti bancari. Frattanto, oggetto di proposta è la

⁸ Si riportano, quali esempi, la profonda ristrutturazione con parziale risoluzione di Hypo Real Estate, Kommunalkredit e Northern Rock; la risoluzione "ordinata" di WestLB; il ridimensionamento associato a una significativa semplificazione delle strutture di ING e Commerzbank.

⁹ Tra le misure mirate al settore bancario adottate nel quadro dei programmi di aggiustamento macroeconomico, si rammenta che in Grecia sono stati assegnati 50 miliardi di euro al fondo di stabilità finanziaria ai fini della ricapitalizzazione delle banche, mentre in Portogallo sono stati accantonati 12 miliardi di euro del fondo di sostegno per la solvibilità delle banche in un fondo dedicato presso la banca centrale.

possibilità per gli Stati membri della zona euro, non soggetti a un programma di risanamento, di ricevere un prestito, al fine specifico di ricapitalizzare gli istituti finanziari, da parte del suddetto Meccanismo, il quale godrà di una capacità di credito di 500 miliardi di euro. Nello specifico, la concessione di tale assistenza finanziaria sarà subordinata alla decisione favorevole del consiglio di amministrazione del MES, composto dai ministri delle finanze degli Stati membri aderenti alla moneta unica.

2.2 Quali prospettive per una gestione della crisi bancaria a livello comunitario

Così chiariti, seppur sommariamente, i contorni che accompagneranno le misure di risanamento e di risoluzione delle crisi delle banche, predisposte con l'intendimento di evitare il "dover" ricorrere, a ogni costo, al salvataggio dell'istituto creditizio, non resta che, di tali misure, dettagliarne i contenuti, prendendo a riferimento il testo di proposta di Direttiva presentato dalla Commissione europea il 6 giugno 2012¹⁰, non prima però di aver ricordato il *background* giuridico su cui tale proposta si innesta.

Attualmente, la crisi bancaria non è affatto priva di regolamentazione a livello comunitario. Il 4 aprile 2001 è stata infatti adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio la Direttiva CE n. 24, in materia di

¹⁰ COM(2012) 280.

risanamento e liquidazione degli enti creditizi, la quale prevede il reciproco riconoscimento e l'attuazione in tutti gli Stati membri delle decisioni concernenti (appunto) il risanamento o la liquidazione degli enti creditizi con succursali in Stati membri diversi da quello della sede legale. Nello specifico, tale disciplina garantisce che le attività e le passività della banca, a prescindere dal Paese in cui si trovino, siano gestite in un'unica procedura nello Stato membro d'origine – ossia quello in cui è stata rilasciata l'autorizzazione a svolgere l'attività bancaria – e che ai creditori negli Stati ospitanti sia riservato il medesimo trattamento previsto per i creditori nello Stato membro d'origine. Ad uno studio attento, la normativa dettata appare caratterizzata da una certa complessità, legata soprattutto alla difficoltà di coordinare legislazioni nazionali profondamente diverse, tanto che, in sede di redazione, si è scelto – non senza criticità – di non procedere a una completa armonizzazione della materia, ricorrendo a soluzioni di compromesso. Tuttavia, l'esplosione della crisi del settore ha dimostrato, in tutta evidenza, la debolezza dell'impostazione adottata e, con il cambio di rotta intrapreso, la Commissione europea sembra proprio aver prestato orecchio ai commenti negativi fioriti con l'entrata in vigore della disciplina così plasmata. Infatti, nonostante si siano compresi gli ostacoli in cui gli organi istituzionali sono incorsi nel disegnare gli elementi caratterizzanti della predetta Direttiva, non si sono

mancate di sottolineare le gravi lacune dovute: all'assenza di una disciplina della crisi del gruppo bancario di dimensione comunitaria; al mancato chiarimento degli aiuti di Stato in tale contesto consentiti; e, in generale, al rifiuto di introdurre una compiuta disciplina della gestione della crisi delle banche, quale momento di raccordo tra la normativa in tema di attività bancaria e quella fallimentare, posto che la Direttiva CE 24/2001 è stata preceduta dal Regolamento CE del 29 maggio 2000, n. 1346 sulle procedure di insolvenza, il quale, però, dal suo ambito applicativo ha espressamente escluso gli enti creditizi.

I progetti di riforma attualmente al tavolo paiono quindi prendere atto delle critiche che sono state mosse alla normativa fino ad oggi in vigore, la quale, comunque, non è destinata a venir meno, ma solo a esserne in parte modificata. La proposta di Direttiva «che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento» recentemente stilata dalla Commissione e qui brevemente in commento, al considerando n. 86 prevede, infatti, che «ai fini di una risoluzione efficace delle crisi, la direttiva 2001/24 CE si dovrebbe applicare anche nel caso di utilizzo degli strumenti di risoluzione delle crisi, sia quando sono applicati a enti creditizi sia quando sono applicati ad altre entità soggette al regime di risoluzione delle crisi». Si intravede così, forse, la possibilità di estendere le regole vigenti anche ai soggetti giuridici facenti parte

del gruppo bancario. Sul come ciò possa avvenire resta, comunque, ancora da valutare. Per ora si possono solo prendere in esame le nuove proposte presentate, le quali, in particolare, mirano ad assicurare che le competenti autorità possano disporre di strumenti adeguati ad un intervento tempestivo, da attuare, sia prima che le difficoltà si manifestino in tutta la loro portata, sia quando i problemi siano già evidenti, ma in fase precoce. Scopo ultimo sotteso è che, quand'anche la situazione finanziaria di una banca si deteriori irrimediabilmente, a fianco dell'auspicio per una liquidazione ordinata, vi sia la garanzia del mantenimento delle funzioni essenziali dell'istituto decotto, con una ricaduta dei costi della ristrutturazione e/o risoluzione (tendenzialmente in via esclusiva) sui proprietari e sui creditori della banca interessata.

Più specificatamente, gli strumenti proposti nel quadro in commento sono classificati in tre categorie: preparazione e prevenzione, intervento precoce e risoluzione delle crisi. In dettaglio, la prima tipologia di strumento impone alle banche la redazione di «piani di risanamento», traccianti le misure da adottare in caso di deterioramento della situazione finanziaria, capaci di ripristinare la sostenibilità economica. Al contempo, le autorità responsabili sono tenute a predisporre dei «piani di risoluzione delle crisi», esplicitanti le diverse opzioni per la migliore gestione delle banche che versano in condizioni critiche ed economicamente insostenibili. Inoltre, qualora le suddette autorità

ravvisino ostacoli alla concreta possibilità di risoluzione delle crisi, potranno imporre agli istituti che ne siano colpiti la modificazione della struttura giuridica e/o operativa, così da non compromettere le funzioni essenziali dell'attività bancaria, al fine precipuo di non mettere a rischio la stabilità finanziaria e non implicare costi a carico del contribuente. È infine da appuntare come le due tipologie di piani debbano essere elaborate tanto a livello di gruppo quanto per le singole entità che ne facciano parte. In ogni caso è prevista la possibilità di sottoscrivere «accordi di sostegno finanziario infragruppo», in forma di prestiti, garanzie o conferimenti di attività utilizzabili in qualità di garanzia per operazioni, per arginare l'evolversi della crisi e ripristinare in modo rapido la stabilità finanziaria dell'intero gruppo.

I poteri di intervento precoce scattano invece quando un ente non rispetta (o presumibilmente non sarà in grado di rispettare) i requisiti patrimoniali previsti dalla legge. In tal caso, allora, le autorità competenti possono imporre alla banca interessata l'attuazione delle misure previste dal piano di risanamento da essa stessa elaborato, stilare un programma di azione con un preciso calendario di realizzazione, ovvero richiedere l'approvazione di misure urgenti, tra cui anche la predisposizione di un «piano di ristrutturazione» dei debiti. È poi in tale fase che le medesime autorità di vigilanza potranno esercitare, in via sussidiaria, la facoltà di nominare un «amministratore straordinario»,

in caso di deterioramento significativo della situazione finanziaria e insufficienza dei predetti strumenti, il cui compito principale sarà il «risanamento della situazione finanziaria» della banca, associato a una «sana e prudente gestione» della sua attività.

Da ultimo, il meccanismo di risoluzione delle crisi interviene se e quando gli strumenti preventivi e di intervento precoce non siano stati in grado di evitare l'aggravarsi della situazione. In tal caso, qualora venga stabilito che nessun'altra azione sarebbe capace di dissipare il rischio di dissesto della banca, con ricadute evidenti sull'interesse pubblico, le autorità preposte potranno assumere il controllo dell'istituto, così da avviare un'azione decisiva di risoluzione della crisi. L'evidente interferenza nei diritti dei principali *stakeholders* (azionisti e creditori) viene comunque giustificata dalla preminente esigenza di protezione della stabilità finanziaria e, dunque, anche dei depositanti e dei contribuenti in generale. Chiaro è, inoltre, che gli strumenti di risoluzione delle crisi, in quanto armonizzati, garantiscono che le autorità nazionali in tutti gli Stati membri siano dotati di mezzi identici per la gestione del dissesto bancario. In particolare, le principali misure adottabili possono essere sintetizzate: a) nella vendita dell'attività (totale o parziale) dell'impresa ad altra banca; b) nella creazione di un ente-ponte, che consente di individuare le attività sane dell'istituto creditizio e di trasferirle, insieme alle funzioni essenziali, in una nuova banca che sarà

venduta a una diversa entità, con conseguente liquidazione dell'istituto decotto secondo la procedura d'insolvenza all'uopo prevista; c) nella separazione delle attività deteriorate, inglobate in un veicolo di gestione che ripulisce lo stato patrimoniale della banca; d) nel salvataggio c.d. interno, grazie al quale la banca viene ricapitalizzata, gli azionisti diluiti e i diritti dei creditori ridotti o convertiti in azioni.

Resta infine da segnalare come il quadro generale di risanamento delle banche e risoluzione delle crisi auspichi al miglioramento della cooperazione tra le diverse autorità nazionali, in tutte le fasi sopra descritte, di preparazione, intervento precoce e vera e propria risoluzione del dissesto. Ciò, in particolare, si rende possibile sotto la guida dell'autorità competente a livello comunitario e con la partecipazione dell'ABE, la quale, oltre ad agevolare azioni congiunte, sarà chiamata a svolgere, ove necessario, un ruolo di mediazione vincolante nel caso di crisi transfrontaliere.

Molto probabilmente, comunque, sarà proprio su tale cooperazione tra le autorità nazionali, già sollecitata dalla legislazione in vigore, che si dovrà ancora per molto puntare. Nonostante infatti l'esortazione della Commissione europea a completare il più presto possibile - prevedendo quale termine ultimo la fine dell'anno 2012 - l'iter di approvazione (tra gli altri, anche) dell'ambizioso progetto illustrato, il processo di realizzazione dell'Unione bancaria - concepita per ora

non come nuovo strumento giuridico, quanto piuttosto quale visione politica –, certamente ben auspicabile, appare essere ancora lungo.

3. Le virtù dello studio del diritto domestico in chiave di riforma europea

Dalla conclusione cui si è da ultimo pervenuti, quale conseguenza, non sembra affatto di poter ritenere superata (o a breve superabile) l'analisi che si intende condurre nel presente lavoro, volta allo studio della procedura applicabile al dissesto bancario secondo la disciplina dettata nel nostro ordinamento. Invero, l'obiettivo mirato si risolve, non solo nello svecchiamento di un istituto le cui regole paiono sempre più isolate rispetto all'attuale contesto giuridico circostante, ma, in modo precipuo, nell'offrire un mezzo interpretativo per meglio comprendere quegli elementi di criticità che non possono essere trascurati *de iure condendo*, perché si crede – banalmente – che il futuro non possa essere costruito senza poggiarsi sul presente, conoscendone tanto i pregi, quanto (e ancor più) i limiti. E, in particolare, il legislatore comunitario non può rifuggire dall'acquisire una consapevole conoscenza del diritto domestico per meglio costruire il nuovo panorama della regolamentazione della crisi degli enti finanziari.

3.1 La procedura concorsuale italiana applicata alle banche «insolventi»: brevi cenni sulla specialità della liquidazione coatta amministrativa

Della disciplina italiana delle crisi bancarie, delineata negli articoli da 70 a 105 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di seguito T.U.), si è scelto in particolare di approfondire la procedura di liquidazione coatta amministrativa, quale *unico* istituto concorsuale “di ultima istanza” impiegabile dinnanzi a situazioni di anomalia, caratterizzate da un’*eccezionale gravità*, nella gestione amministrativa o finanziaria dell’impresa deputata istituzionalmente alla «raccolta di risparmio tra il pubblico» e all’«esercizio del credito». La reazione alla crisi bancaria è infatti graduata secondo un livello di pericolosità, a cui corrispondono diversi strumenti di tamponamento o definizione, destinati ad affrontare le situazioni di devianza dalla *sana e prudente gestione* anche fin dal loro primo manifestarsi. Così, nel novero delle procedure di composizione della crisi contemplate dalla disciplina bancaria rientrano anche misure di “interferenza” dell’Autorità di vigilanza nell’ambito delle dinamiche organizzative di carattere corporativo (quali la convocazione degli organi o la proposta di deliberazioni), nonché vincoli direttamente influenti sull’attività d’impresa (è il caso dei provvedimenti ingiuntivi o del divieto di nuove

operazioni)¹¹. Dunque, degli strumenti risolutivi di una scorretta gestione bancaria, la liquidazione coatta amministrativa, come pure l'amministrazione straordinaria, diviene impiegabile solo dinnanzi a crisi conclamate, rappresentando - a differenza di quest'ultima - l'opzione finale, adottabile quando i predetti strumenti, meno invasivi, non sono risultati praticabili o efficaci.

Fin da subito si nota, quindi, come il contenuto dell'attività bancaria valga a sottrarre soggettivamente gli enti esercenti alle procedure concorsuali di diritto comune, come perentoriamente stabilisce il comma 6 dell'art. 80 del T.U., nel quale espressamente si legge che «le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta» disciplinata dalla sezione III del titolo IV, capo I, aperta dallo stesso articolo. Alle banche, dunque, non si applicano gli istituti del diritto fallimentare comune, ossia il concordato preventivo, il fallimento e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza¹². È comunque doveroso precisare come la disciplina della crisi bancaria in commento trovi

¹¹ L. Di Brina, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, in F. Capriglione (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*. Padova, II, 2010, p. 696.

¹² Conclusione già prevista dalla l. 3 aprile 1979, n. 25 e confermata sia dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, sull'amministrazione delle grandi imprese, sia dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, che ha dettato misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza.

applicazione soltanto nei riguardi delle imprese *autorizzate* all'esercizio dell'attività creditizia, precludendosi dunque l'applicazione degli istituti speciali anzidetti nei confronti di quei soggetti che, in violazione della normativa settoriale, esercitano *di fatto* attività riservate. Di talché, per essi, a dispetto di quanto affermato in passato, varrà in pieno l'ordinaria disciplina fallimentare¹³.

In particolare, il trattamento speciale riservato agli enti creditizi è precipuamente giustificabile sulla base della *tipicità* dei dissesti bancari, causati non solo da fattori patrimoniali o finanziari – già di per sé peculiari se comparati a quelli presenti nelle imprese in difficoltà operanti nei diversi settori produttivi –, ma anche e soprattutto dall'incrinarsi del rapporto di fiducia con il pubblico, a cui l'attività bancaria si rivolge, dovuto a illegittimità o disfunzioni gestorie, provocanti la c.d. corsa agli sportelli per il ritiro dei depositi¹⁴.

¹³ Nel vigore dell'abrogata disciplina creditizia era invece prevalente l'orientamento secondo cui l'abusivo svolgimento di un'attività riservata, come quella bancaria, in quanto gravissima violazione dell'ordinamento settoriale, dovesse determinare l'assoggettabilità della banca di fatto alla liquidazione coatta amministrativa: B. Libonati, *Legge bancaria e banca di fatto*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, p. 53. L'inversione di rotta deve oggi ritenersi comunque piuttosto radicata – come si avrà modo in seguito di appurare –, nonostante permanga qualche voce dissonante: S. Bonfatti, *Commento all'art. 80*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia*. Padova, I, 2001, p. 617.

¹⁴ G. Carli, *Tipicità dei dissesti bancari*, in AA. VV., *Banche in crisi 1960-1985*. Bari, 1987, pp. 3 e ss.

Considerata quindi la potenziale instabilità della struttura del bilancio della banca, che si caratterizza per un *leverage* elevatissimo, rappresentato per la massima parte dai depositi della clientela – con le implicazioni di forte illiquidità che questo può comportare in presenza di scorrette scelte gestionali –, non può non riconoscersi la singolare attenzione che la crisi bancaria richiede¹⁵. A ciò si aggiungano, quali concomitanti elementi giustificativi della specialità della procedura concorsuale applicabile agli istituti di credito, il rischio sistemico immanente a ogni *default* bancario, comportante la propagazione incontrollata della “patologia” ad altri componenti del settore, con effetti di ricaduta anche sull’economia reale, nonché – quale causa del primo – la vastità indeterminata di soggetti coinvolti. L’importante funzione svolta dagli enti creditizi conferma dunque come la crisi di un’istituzione bancaria abbia effetti indotti ben più gravi di quelli derivanti dal venir meno di qualsiasi altra impresa. Il tutto, allora, concorre a far sì che la procedura d’insolvenza ordinaria si dimostri non appropriata ove applicata al fallimento bancario, posto che il sentimento di fiducia nella stabilità del sistema può venir compromesso dalla sua rigidità e macchinosa lentezza¹⁶.

¹⁵ G. Boccuzzi, *L’amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa: i presupposti oggettivi per l’attivazione delle procedure*, in U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), *La nuova disciplina dell’impresa bancaria*. Milano, III, 1996, pp. 2-3.

¹⁶ L. Di Brina, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, cit., p. 692.

Da qui, l'esclusività del rimedio *speciale* della liquidazione coatta amministrativa, il quale viene a rappresentare l'ultimo anello della c.d. *safety net* entro cui è costruita l'operatività dell'impresa bancaria, a cominciare dal suo assoggettamento alle regole tecniche di gestione dettate dalla regolamentazione di vigilanza.

La specialità della procedura in commento si coglie anche nella finalità cui è preordinata, posto che la stessa non è prodromica alla semplice liquidazione di un patrimonio incapiente, in ragione del fatto che l'insolvenza non ne rappresenta un presupposto indefettibile. In tale prospettiva, allora, l'esecuzione concorsuale sembra imporsi come mero strumento per una più sollecita definizione dei rapporti pendenti facenti capo a una banca ritenuta non più idonea ad assicurare l'ordinato esercizio del credito senza pregiudizio per il pubblico a cui la stessa si rivolge. Scopo ultimo della liquidazione coatta amministrativa è invece l'estinzione del soggetto titolare dell'impresa bancaria, senza però che risulti affievolita l'associata funzione conservativa dell'impresa, considerata nel suo valore economico-organizzativo¹⁷. Finalità, quest'ultima, attuata, in particolare, per mezzo della cessione delle attività e delle passività bancarie, nonché del sistema di garanzia dei depositanti. La prima assicura, infatti, una sollecita soddisfazione degli

¹⁷ S. Fortunato, *La liquidazione coatta delle banche dopo il testo unico: lineamenti generali e finalità*, in U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*. Milano, III, 1996, pp. 47 e ss.

interessi dei creditori grazie alla possibilità di prosecuzione o novazione dei rapporti pregressi in maniera unitaria in capo al cessionario. Il secondo, invece, oltre a garantire il rimborso dei depositi entro limiti definiti, interviene anche a favore della banca in difficoltà con finanziamenti, garanzie o misure di capitalizzazione.

La giustificata specialità, comunque, non toglie il fatto che proprio (e anche) la disciplina sulla liquidazione coatta amministrativa (bancaria) compia un sostanziale recupero del modello procedimentale concorsuale generale. Il medesimo comma 6 dell'art. 80 del T.U. sopra citato prosegue infatti, affermando che, per quanto non espressamente previsto dalla disciplina settoriale, troveranno applicazione, qualora compatibili, le norme del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare, di seguito l.f.). Da un lato, quindi, il rilievo degli interessi coinvolti e la peculiare finalità della procedura ne connotano il carattere speciale, dall'altro, però, la qualificazione dell'attività bancaria come attività «d'impresa» ha spinto verso la progressiva assimilazione del procedimento della liquidazione coatta bancaria al generale paradigma dettato dalla legge fallimentare, rimanendo fermi gli annessi principi di concorsualità. Semplicemente, la tutela specifica che la procedura *de qua* tende a garantire non coincide soltanto con quella della *par condicio creditorum*, abbracciando anche profili di rilevanza pubblicistica – nei quali la prima resta di fatto assorbita –, riconducibili

all'esigenza costituzionale di protezione del risparmio investito o da investire (art. 47 della Costituzione), capace di conferire alla procedura medesima un'indole fondamentalmente preventiva¹⁸. Si avverte infatti, qui più forte, una necessità di prevenzione che induce a intervenire tempestivamente in uno stadio di manifestazione della crisi (anche) anteriore rispetto a quello scatenante l'apertura del fallimento dell'impresa industriale: l'insolvenza può infatti essere un presupposto per la liquidazione coatta bancaria, ma – come già detto – non ne costituisce un requisito indefettibile. Del resto, per l'impresa bancaria, la difficoltà o l'incapacità di adempiere, in sostanza l'illiquidità, si rivela, come regola, solo in una fase terminale della crisi, posto che, grazie sia all'esistenza di un mercato interbancario molto sviluppato, che consente alla banca di rifinanziarsi agevolmente, sia alla possibilità di accesso al credito di ultima istanza della banca centrale, l'ente creditizio può essere «non solvibile» – trovandosi in uno stato caratterizzato dalla perdita totale del capitale – eppure in situazione di «liquidità» – continuando a onorare le proprie obbligazioni –¹⁹. Di talché, la possibilità di configurare il presupposto oggettivo della liquidazione coatta amministrativa bancaria in termini di *solvibilità*, riconducendo nell'alveo delle (gravissime) irregolarità

¹⁸ S. Fortunato, *La liquidazione coatta delle banche dopo il testo unico*, cit., pp. 45-46.

¹⁹ G. Boccuzzi, *L'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, cit., pp. 4-5.

le fattispecie anomale corrispondenti a situazioni di devianza rispetto alle regole di una sana e prudente gestione, offre all’Autorità di vigilanza la possibilità di agire tempestivamente, prima che il processo involutivo possa minare in modo irreversibile il valore dell’impresa e le ragioni dei depositanti. Il che, naturalmente, presuppone la disponibilità, da parte di detta Autorità, di informazioni veritiere e complete sullo “stato di salute” delle banche sottoposte al suo controllo e che il Testo Unico si premura di assicurare con dettagliate disposizioni.

Appare pertanto evidente la centralità del ruolo ricoperto in tale sede dall’Autorità amministrativa che vale quale ulteriore elemento di specialità, discretivo rispetto alla procedura fallimentare, invece governata da un organo giudiziario. Specificatamente, la liquidazione coatta bancaria, a conferma del *trend* storico – dal quale traspare la (sempre ribadita) volontà di assicurare allo Stato un controllo globale del mercato finanziario come settore essenziale dell’economia²⁰ –, si connota per la penetrante presenza della predetta Autorità, non soltanto in fase di adozione del provvedimento iniziale – disposto dal Ministero dell’economia e delle finanze su proposta della Banca d’Italia –, ma anche nella fase di gestione dell’intera procedura, rimessa agli organi liquidatori nominati dalla Banca d’Italia e soggetti alle direttive della

²⁰ M. Porzio, *Le imprese bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore. Torino, 2007, I/3, p. 23.

medesima²¹. A differenza che nel fallimento, dunque, l'intervento dell'autorità giudiziaria risulta estremamente ridotto, essendo relegato talvolta a una funzione integrativa ed eventuale²², tal'altra a un mero controllo successivo sull'operato dei commissari liquidatori²³, o ancora a un peculiare supporto cognitorio all'attività recuperatoria di questi ultimi²⁴.

La specialità (temperata) della liquidazione coatta bancaria che non disdegna il classico modello procedimentale fallimentare appare peraltro connaturata all'istituto fin dalle origini. Nata alla fine del XIX secolo come speciale procedura liquidatoria di talune banche (Casse di risparmio e Monti di pietà) - con una regolamentazione invero assimilata più alla liquidazione volontaria delle società commerciali - la liquidazione coatta amministrativa è stata infatti estesa, con la legge bancaria del 1936 (r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375), a tutte le imprese bancarie con una disciplina

²¹ Alle origini, la liquidazione coatta delle aziende di credito veniva decretata dal Capo del Governo, su proposta di un organo di diritto pubblico, l'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito, per poi essere attuata da pubblici ufficiali.

²² Nel caso di dichiarazione d'insolvenza o approvazione del concordato di liquidazione.

²³ Che si verifica a seguito delle opposizioni allo stato passivo o della presentazione di domande di insinuazione tardive, oppure per le contestazioni avverso il bilancio, il rendiconto finanziario o il piano di riparto, componenti la documentazione finale.

²⁴ Attraverso l'emanazione di decreti ingiuntivi contro i soci o i precedenti titolari, per i versamenti ancora dovuti, ovvero contro i soci a responsabilità illimitata, per i versamenti necessari a estinguere le passività.

ricalcante in buona parte la procedura concorsuale del fallimento dettata nel codice di commercio del 1882 allora in vigore²⁵. Con l'introduzione della legge fallimentare, prima, e, poi, del Testo unico, la disciplina della liquidazione coatta amministrativa delle banche ha necessitato in più di coordinarsi, in particolar modo, con le previsioni di cui agli articoli da 194 a 214 l.f., i quali stabiliscono lo schema normativo generale della liquidazione coatta amministrativa con mera funzione suppletiva, in quanto destinato ad operare (solo) laddove leggi specifiche altro non dispongano. Da qui, allora, il carattere di *doppia specialità* della procedura in commento, la quale formalmente si dissocia, tanto dal fallimento, quanto dallo schema tipico di liquidazione coatta amministrativa disegnato in generale dalla legge fallimentare, pur richiamandone taluni tratti. Del resto, la disciplina della liquidazione coatta delle banche dettata dalla legge bancaria del '36 costituì il punto di riferimento più importante per il legislatore fallimentare del '42 che, per la prima volta, introdusse una disciplina generale per la liquidazione coatta amministrativa. Dunque, tra le disposizioni dettate dal Testo Unico *ispirate* a quelle della legge fallimentare sulla liquidazione coatta in generale – anche se il rapporto, come visto, dovrebbe essere invertito – sono in

²⁵ Già il Fragali perveniva alla conclusione che la liquidazione coatta è «un *processo* (c.vo nostro) che non si racchiude tutto nei limiti del fallimento o della liquidazione ordinaria ma ne va fuori per assurgere ad istituto *sui generis* che ha la caratteristica dell'uno e dell'altro e nel contempo ha suoi presupposti particolari».

particolare da ricordarsi quelle relative all'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza; agli effetti del provvedimento di liquidazione per la banca, i creditori e sui rapporti giuridici pendenti; ai poteri degli organi liquidatori; alla formazione dello stato passivo, anche se, in tal caso, non può trascurarsi il richiamo prioritario contenuto nel Testo Unico alle norme del codice di rito; nonché, infine, agli adempimenti di chiusura della liquidazione.

La modesta disamina qui compiuta appare quindi sufficiente a confermare tutti quei caratteri già attribuiti alla liquidazione coatta amministrativa bancaria a partire dagli albori del suo studio e, precipuamente, individuati nella *concorsualità*, posto che la procedura si attua mediante la liquidazione forzata dei beni del debitore a favore di tutti i creditori; nell'*officiosità*, in quanto promossa da un organo pubblico e affidata a pubblici ufficiali, senza che possa influire sul suo corso la volontà del soggetto alla medesima sottoposto; nell'*inderogabilità* della sua disciplina per l'indubbia rilevanza pubblicistica; nell'*immutabilità* rispetto allo stato di insolvenza, stante la sua permanenza vuoi nel caso in cui il dissesto sia già stato accertato, vuoi nel caso in cui lo stesso si disveli in seguito; nonché, infine, nell'*universalità*, rivolgendosi la procedura medesima all'intero patrimonio del soggetto debitore. Tutti

caratteri che hanno consentito di affermarne la natura di *processo esecutivo*²⁶.

3.2 La disciplina vigente di fronte alle spinte riformatrici comunitarie

Qualunque momento di rottura rappresenta la partenza per un cambiamento. Già negli anni '70, il mutato contesto internazionale e gli eventi drammatici occasionati da talune crisi bancarie nazionali, quali quelle della Banca privata italiana e, successivamente, del Banco Ambrosiano, aprirono il dibattito sulla necessità di interventi modificativi del sistema, con particolare riguardo alla prassi seguita dalla Banca d'Italia nei salvataggi degli enti creditizi, formalizzata con il decreto del Ministro del Tesoro del 27 settembre 1974²⁷. La questione, nello specifico, verteva sull'opportunità di addossare allo Stato, e quindi ai cittadini, i danni della cattiva gestione delle banche²⁸. Questione – non stupisce – ancora irrisolta, almeno sotto il profilo operativo, alla luce del fatto che si è convenuto, (ancorché solo) formalmente, di dare alla stessa risposta negativa. Formalmente, si scriveva, posto che le recenti disposizioni «per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», adottate in via

²⁶ In tal senso si riporta il pensiero di S. Nisio, *Teoria della liquidazione coatta delle banche*. Bari, 1939, p. 97.

²⁷ Cfr. V. Nastasi, *sub Decreto ministeriale 27 settembre 1974*, in F. Capriglione, V. Mezzacapo (a cura di), *Codice commentato della banca*. Milano, II, 1990.

²⁸ Ricorda il tema: M. Porzio, *Le imprese bancarie*, cit., p. 32.

urgente con il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, rivelano una quasi impossibilità di dissociare l'intervento statale dalle crisi bancarie, continuando dunque lo Stato – e per esso i cittadini – ad assorbire gli effetti negativi della *mala gestio* bancaria. È infatti previsto, *sub* art. 8, seppur nel rispetto della normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato, che il Ministro dell'economia e delle finanze è (o meglio era) autorizzato (fino al 30 giugno 2012) a concedere la garanzia dello Stato sulle passività delle banche italiane (ad eccezione di quelle computabili nel patrimonio di vigilanza), per un ammontare limitato a quanto necessario al ripristino della capacità di finanziamento a medio-lungo termine degli istituti beneficiari, previa valutazione da parte della Banca d'Italia circa l'adeguatezza della patrimonializzazione della banca richiedente e la sua capacità di far fronte alle obbligazioni, nonché previa indicazione del fabbisogno di liquidità, anche prospettico, della banca interessata. Il previsto intervento di Stato si spinge comunque anche oltre, potendo infatti la garanzia statale essere (stata) rilasciata (sempre fino al 30 giugno 2012) pure sui finanziamenti erogati discrezionalmente dalla Banca d'Italia alle banche italiane e – in tal caso, anche – alle succursali di banche estere in Italia, proprio «per fronteggiare gravi crisi di liquidità». Le proposte di risoluzione della crisi bancaria formulate dalla Commissione europea, sopra illustrate – nel tentativo di superare, nel settore che qui occupa,

quell'armonizzazione *de minimis* scelta quale soluzione iniziale alla luce della grande varietà dei sistemi giuridici adottati nei diversi Stati membri – dimostrano tuttavia un cambio di tendenza, ponendosi quale obiettivo, come visto, l'ipotetico azzeramento delle ricadute della crisi bancaria sui contribuenti.

In ogni caso, le soluzioni che gli organi comunitari mirano ad adottare importerebbero nel nostro ordinamento una sostanziale modifica del micro-sistema di disciplina delle crisi bancarie. Innanzitutto, le stesse si impongono quale alternativa alle procedure ordinarie di insolvenza e offrono mezzi specifici per ristrutturare o liquidare la banca in dissesto, facendo in un qual modo venir meno – o comunque riducendone la portata – il principio di indisponibilità della crisi bancaria irreversibile, sancito nel nostro ordinamento in virtù del succitato comma 6 dell'art. 80 del T.U. Non può infatti negarsi un forte connotato di concorsualità a taluni strumenti di risoluzione delle crisi armonizzati, ricordando, primo fra tutti, il piano per ristrutturare i debiti con i creditori, da elaborarsi nella fase c.d. di intervento precoce²⁹. Che si tratti forse di un appiglio per consentire l'applicabilità anche alle banche in difficoltà di una sorta di procedura analoga a quella –

²⁹ L'art. 23, comma 1, della Proposta di Direttiva presentata dalla Commissione il 6 giugno 2012 prevede specificatamente la possibilità di richiedere alla direzione dell'ente di preparare «un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni creditori».

attualmente preclusa – di concordato preventivo³⁰? È chiaro che non si può ragionare in termini di istituti domestici, essendo peraltro rimessa all'ABE l'elaborazione dei progetti delle relative norme tecniche di attuazione. Certo è, comunque, che l'evoluzione della disciplina (anche) domestica appare indiscutibile, importandosi ufficialmente nel settore bancario misure tipiche per la composizione della crisi dell'impresa industriale, ancorché con l'onnipresente mediazione da parte della competente Autorità di vigilanza, sia essa, a seconda dei casi, a livello comunitario o a livello nazionale. Inoltre, ferma l'emananda normativa regolamentare di dettaglio da parte dell'Istituzione europea all'uopo destinata, è innegabile il riecheggiarsi, tra gli strumenti previsti, dei noti istituti domestici, quali i piani di risanamento o gli accordi di ristrutturazione. In tale contesto, pertanto, la procedura di liquidazione verrebbe a perdere (ancor più) di

³⁰ Non certo fino a tal punto, ma sicuramente all'avanguardia si è peraltro già posta quella giurisprudenza secondo cui le ragioni di specialità e di specificità della disciplina della crisi bancaria, che ne giustificano il distacco dal diritto comune ed alle quali sono sottese finalità pubblicistiche che concentrano in capo all'autorità di vigilanza tutti i poteri e gli strumenti di intervento nella crisi, non si spingono, né in verità potrebbero se non in virtù di una norma esplicita, a delineare una situazione di conflitto tra l'apertura dell'amministrazione straordinaria ed uno strumento di chiaro *imprinting* negoziale quale è quello degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis l.f., la cui funzione risiede proprio nel superamento dello stato di crisi, il quale si pone per definizione, sotto il profilo logico e temporale, in posizione alternativa e pregiudiziale rispetto alla liquidazione coatta amministrativa: Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Dir. fallim.*, 2012, II, p. 64.

importanza, restando relegata ad un ruolo assolutamente marginale. La stessa prospettiva di riforma comunitaria non la prende neppure in considerazione, limitandosi ad affermare che, solo qualora la concretizzazione degli strumenti “compositivi” risultasse irrealizzabile, si dovrà procedere a una liquidazione «ordinata» dell’ente decotto, senza che peraltro, a tal fine, rilevi la specialità o l’ordinarietà della procedura di insolvenza (nazionale) impiegata. Basti infatti pensare – ad esempio – come, nell’impiego dello strumento di risoluzione della crisi dell’ente-ponte, sia espressamente prevista la liquidazione della vecchia banca «con procedura ordinaria di insolvenza». Ritengo comunque che tutte le volte in cui i documenti comunitari utilizzino tale espressione, la stessa è da riferirsi alla procedura specificatamente prevista dalla disciplina nazionale per la liquidazione dell’impresa bancaria, che, nel caso italiano, si pone come normativa speciale rispetto a quella regolante la procedura concorsuale fallimentare comune.

Se da un lato, dunque, la disciplina sulla liquidazione coatta amministrativa degli istituti di credito appare, prospetticamente, di improbabile applicazione – una volta predisposti i mezzi giuridici per attuare concretamente gli *alternativi* strumenti di risoluzione della crisi bancaria concepiti dalla Commissione europea –, dall’altro lato, però, la stessa sembra di permanente attualità, in quanto non toccata

dal vento riformatore. Solo quando si darà sostanza normativa alle previsioni comunitarie – al tempo in cui si scrive – solo progettate, sarà interessante appurare i presupposti sottintendenti l’operatività dei diversi istituti apprestati per la gestione della crisi bancaria a confronto con quelli (attualmente) previsti dall’art. 80 del T.U. per l’attivazione della liquidazione coatta amministrativa. Alla luce del quadro per ora a disposizione sembrerebbe di intuire che la procedura di origine squisitamente domestica in commento sia destinata a risolversi nella procedura d’insolvenza tipica cui sarà soggetta la banca decotta, con conseguente riduzione della sua funzione preventiva. In altri termini, tutte le volte in cui vi è un fallimento bancario, ossia una dichiarazione di insolvenza a carico di un ente creditizio, sarà la procedura in esame a trovare spazi operativi. In caso contrario, la crisi, non evoluta in insolvenza, potrà essere fronteggiata con i nuovi strumenti di fonte comunitaria. Anche se il dubbio potrebbe permanere nel caso di irregolarità amministrative o violazioni normative non coinvolgenti direttamente profili finanziari, invero gli unici – all’apparenza – a essere stati presi in considerazione dalla Commissione europea, quali sentinelle d’allarme per l’avvio degli strumenti dalla stessa previsti³¹.

³¹ Si leggano in proposito anche le considerazioni scritte in *Appendice*.

3.3 Il perché dell'attenzione ai profili processuali nel presente studio

Da quanto scritto nei paragrafi che precedono può, allora, essere desunto che lo studio della liquidazione coatta amministrativa bancaria, qui proposto, non si risolve in una mera operazione di stile, conservandosi infatti la possibilità di una sua applicazione anche all'esito del nuovo scenario che sarà disegnato sulla scorta delle spinte europeiste, le quali, pur ponendo le basi per un pregevole progredire dell'armonizzazione delle normative nazionali proprio in materia di crisi bancaria, non sono ancora in grado di sfondare il muro eretto attorno a quegli istituti domestici ontologicamente intrisi di processualità. Del resto, come sopra evidenziato, già negli anni '30 si parlava di liquidazione coatta amministrativa bancaria come *processo esecutivo*. È pur vero - si è già visto - che il ruolo dell'autorità giudiziaria ordinaria si pone in secondo piano rispetto all'evolversi amministrativo della procedura, se solo posto a confronto con la posizione riservata alla stessa autorità nel fallimento. Ma è pur vero che detto ruolo è comunque incancellabile e integra in pieno tutti i momenti salienti della procedura. Il che è bastato a scoraggiare, ma meglio sarebbe dire a inibire, gli organi comunitari dal prendere in esame - almeno per ora - una procedura liquidatoria comunitaria in presenza di uno stato d'insolvenza.

Tale riflessione induce quindi a prendere precipuamente in esame, nel presente studio, proprio gli aspetti processuali che in vario modo toccano la procedura in commento, da un lato, perché si è certi – per adesso – del loro permanere anche di fronte alla mutata prospettiva a livello comunitario e, dall’altro, perché sono proprio tali aspetti che sembrano rappresentare la fonte più prolifica di criticità ancora tutte da risolvere, per essere le medesime poco approfondite, ovvero recentemente aggravatesi, giusta la maggiore integrazione internazionale del settore bancario che pone molteplici problemi in caso di crisi transfrontaliere. In più, è da riconoscersi come l’attenzione allo strumento processuale permetta anche di affrontare in un’ottica differente l’intendimento della disciplina sostanziale sottostante.

CAPITOLO II

La dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza bancaria

1. Il *distinguo* della previsione normativa e la disciplina applicabile – 2. La nozione di «insolvenza bancaria» – 2.1 La qualificazione offerta dalla giurisprudenza – 2.2 Il confronto con il presupposto oggettivo delle «perdite patrimoniali di eccezionale gravità» per l’apertura della liquidazione coatta amministrativa – 2.3 L’intendimento dell’insolvenza a seconda del momento dichiarativo – 2.4 La definizione dei *Regulators* internazionali: brevissimi cenni – 3. Il procedimento per la dichiarazione d’insolvenza della banca – 3.1 Questioni di competenza e giurisdizione – 3.1.1 Il radicamento di giurisdizione e competenza nel caso di insolvenza transfrontaliera di banche comunitarie e banche extracomunitarie – 3.1.2 Ancora sugli stessi presupposti processuali nell’ipotesi di gruppo bancario domestico e multinazionale – 3.2 Gli altri aspetti processuali espressamente disciplinati – 3.2.1 La legittimazione ad agire e a contraddire – 3.2.2 Il rito camerale e le audizioni necessarie – 3.3 Il rinvio alla disciplina di cui all’art. 195 l.f. – 3.3.1 I provvedimenti «conservativi» – 3.3.2 La pubblicazione della sentenza e il reclamo avverso la stessa – 3.3.3 Il decreto di rigetto – 4. Gli effetti prodotti dalla dichiarazione giudiziale di insolvenza bancaria. L’esercizio delle revocatorie in particolare: rinvio

1. Il *distinguo* della previsione normativa e la disciplina applicabile

L'art. 82 del T.U. contempla l'ipotesi in cui la banca sia sottoposta a procedimento giudiziale di accertamento dello stato di insolvenza, distinguendo all'uopo il caso ove l'ente creditizio non sia (ancora) soggetto passivo della liquidazione coatta amministrativa e quello, contrario, coincidente con l'emergere dello stato di insolvenza (già) al momento dell'emanazione del provvedimento di apertura della procedura concorsuale predetta¹.

La previsione distinta delle due fattispecie serve in particolare al legislatore per individuare espressamente, innanzitutto, il novero dei legittimati attivi a promuovere il giudizio di accertamento, posto che solo nel secondo caso è possibile ricomprendere il/i

¹ La precisazione, peraltro, racchiusa nel comma 2 dell'art. 82 T.U., per effetto della quale anche la banca «avente natura pubblica» sarà passibile di dichiarazione giudiziale di insolvenza, qualora si trovi in tale stato al momento di apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa a suo carico - che sembra presentarsi come reazione a quel pensiero giurisprudenziale in ossequio al quale dopo che un ente pubblico economico, quale una cassa di risparmio, sia stato posto in liquidazione coatta dalla competente autorità amministrativa, l'autorità giudiziaria non può dichiararne lo stato d'insolvenza ai sensi dell'art. 202 l.f. (Trib. Trieste, 10 gennaio 1981, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1983, II, p. 106) -, risulta attualmente (per circostanze notorie) anacronistica. Su di essa, pertanto, non conviene neppure impiegare tempo per approfondimenti.

commissario/i liquidatore/i², il cui ruolo sarà invece, nella prima ipotesi, assunto, eventualmente, dai commissari straordinari, qualora l'istituto di credito sia sottoposto alla procedura di amministrazione straordinaria disciplinata dalla sezione I, sotto il capo I, del titolo IV del medesimo Testo Unico. Secondariamente, ma con pari importanza, il *distinguo* normativo soccorre altresì alla delimitazione del diritto applicabile. In particolare, in entrambi i casi il legislatore di settore richiama, coerentemente con il generale rinvio disposto dall'ultimo comma dell'art. 80 del T.U., talune disposizioni della legge fallimentare, citando dunque puntualmente, come frutto di una scelta ragionata, quali prescrizioni acquisteranno operatività nelle due ipotesi menzionate. Il riferimento si indirizza in particolare all'art. 195 l.f., rubricato «*Accertamento giudiziario dello stato d'insolvenza anteriore alla liquidazione coatta amministrativa*». Trattasi di una disposizione dettata con riguardo alla disciplina generale sulla liquidazione coatta amministrativa, come già sottolineato nel capitolo introduttivo, di carattere suppletivo – giusta la previsione di cui al precedente art. 194 – e destinata, pertanto, a essere spesa tutte le volte in cui le leggi speciali non dispongano diversamente.

² Di seguito, a meri fini espositivi, si farà riferimento al «commissario liquidatore», declinato al singolare, tenendo però a mente che, secondo il dettato dell'art. 81 T.U., la Banca d'Italia nomina, a sua scelta, «uno o più commissari», di talché l'organo commissariale può anche essere collegiale.

Occorre fin da subito avvertire come il richiamo compiuto dall'art. 82 del T.U. vada, in realtà, non al testo attualmente vigente della norma succitata, posto che quest'ultima è stata sostituita in sede di novella fallimentare - intervenuta con il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, con decorrenza dal 16 luglio dello stesso anno -, bensì al contenuto normativo in vigore precedentemente, così come pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del '42. Il Testo Unico, infatti, che è anteriore alla riforma del fallimento, non è stato, *in parte qua*, più aggiornato con l'evolversi del contesto normativo di riferimento, con la conseguenza che i rinvii disposti necessitano di una reinterpretazione a seguito di un opportuno adattamento.

A riguardo, deve anche evidenziarsi un'ulteriore anomalia, se così si può dire, data dal fatto che il legislatore, nel plasmare la disciplina del Testo Unico, ha implicitamente escluso, non provvedendo a un richiamo testuale, l'applicabilità dell'art. 202 l.f. - anch'esso di carattere generale -, dedicato all'«*Accertamento giudiziario dello stato d'insolvenza*» al tempo in cui è stata ordinata la liquidazione. Dunque, mentre nella disciplina residuale si è voluto scindere in due disposizioni la normazione dell'accertamento dell'insolvenza dell'impresa prospetticamente sottoponibile o già sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, l'art. 82 del T.U., pur non venendo meno alla connaturata distinzione, ravvicina le due ipotesi mediante un rinvio al medesimo articolo

applicabile. Cionondimeno, nella sostanza, il risultato poco cambia. E, in effetti, deve essere sembrato poco produttore al legislatore del Testo Unico richiamare anche l'art. 202 l.f., il quale, a sua volta, cede il passo al medesimo art. 195 l.f. Sennonché, la giustificazione del presente discorso è meglio compresa se si guarda quali norme dell'ultima disposizione citata vengono nello specifico assunte a riferimento, a mente del fatto che, nel caso in cui l'accertamento giudiziale dell'insolvenza preceda la messa in liquidazione coatta della banca, il legislatore ha inteso che fossero applicati, nella loro versione previgente, il primo comma, limitatamente al secondo periodo, e i successivi commi 3, 4, 5, 6 e 8 dell'art. 195 l.f. Mentre invece nell'ipotesi in cui l'insolvenza dell'istituto bancario venga giudizialmente dichiarata con l'apertura della procedura concorsuale predetta, si è dato rilievo ai soli commi 3, 4, 5 e 6 del medesimo articolo; laddove, con riguardo alla stessa fattispecie, nella corrispondente disposizione della disciplina generale contenuta *sub* art. 202 l.f., del predetto art. 195 è citato, in aggiunta ai commi da 3 a 6, anche il comma 2. Le differenze, invero meramente procedurali, riguardanti le due ipotesi di accertamento giudiziale d'insolvenza, tra la disciplina settoriale e quella generale, nonché tra la normativa previgente a cui il Testo Unico rinvia e quella attualmente in vigore, alla quale l'art. 82 suddetto dovrebbe riferirsi, saranno opportunamente esplicitate nel proseguo.

2. La nozione di «insolvenza bancaria»

2.1 La qualificazione offerta dalla giurisprudenza

Chiaramente prodromico all'analisi del procedimento giudiziale di accertamento, nelle sue due peculiari declinazioni, è il corretto intendimento del comune dato fattuale oggetto di cognizione, concretante uno stato di insolvenza, dal Testo Unico non altrimenti definito. Da qui la necessità di una ricostruzione del presupposto oggettivo per la produzione degli effetti che il comma terzo dell'art. 82 in esame riconnette alla dichiarazione pubblica del medesimo.

Sul tema la dottrina italiana, spinta dagli influssi del diritto vivente, si è a lungo dibattuta, tendenzialmente convergendo a favore dell'applicabilità - peraltro ora supportata anche dal generale rinvio alla legge fallimentare compiuto dalla formula di chiusura dell'ultimo comma dell'art. 80 del T.U. - dell'art. 5 l.f., il quale è chiaro nel porre a fondamento del fallimento lo «stato d'insolvenza» dell'impresa commerciale, *manifestato* «con adempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». Ferma la giusta comprensione (e quindi distinzione) tanto degli elementi costitutivi quanto delle esternazioni dell'insolvenza, permane il quesito sulla necessità/opportunità di un loro adattamento in virtù

dell'ambiente nel quale i medesimi sono destinati ad assumere rilevanza, nella specie quello bancario.

Appare a riguardo opportuno richiamare, quale funzionale premessa, le due macro teorie sviluppatesi in ordine all'insolvenza fallimentare, valorizzanti, l'una, le condizioni economico-patrimoniali del debitore, denotanti un'insufficienza irreversibile dell'attivo a soddisfare le obbligazioni in scadenza, e, l'altra, la condotta del debitore, estrinsecata in inadempimenti privi di obiettiva giustificazione, prescindendosi dalle cause determinative. Tra le due tesi opposte, qui solo sommariamente riassunte senza alcuna ambizione di completezza, si preferisce tuttavia la soluzione propugnata da un'impostazione c.d. intermedia, comunque privilegiante, quale punto di osservazione, la componente economico-patrimoniale del soggetto debitore, senza perciò implicare un'equivalenza tra superiorità del passivo sull'attivo e insolvenza, posto che - con rilettura *a contrario* - pur in presenza di un patrimonio integro, una situazione di illiquidità, ad esempio per impossibilità di smobilizzo dell'attivo, ben concreta lo stato fattuale predetto nel momento in cui si traduce in un'alterazione della regolarità, tempisticamente non ragionevole, con cui l'imprenditore dovrebbe, con mezzi normali di

adempimento, onorare le sue obbligazioni esigibili nel breve-medio termine³.

Tanto rievocato, volgendo ora lo sguardo al contesto che qui occupa, è dato riscontrare come l'orientamento consolidatosi in materia di insolvenza bancaria sostenga senza dubbio la tesi «patrimonialistica», intendendo la cognizione giudiziale di cui all'art. 82 del T.U. preordinata alla verifica dell'incapacità dell'attivo dell'istituto di credito a soddisfare le proprie passività. Incapacità che, a sua volta, semmai, *potrà* determinare, quale mero «fatto esteriore», un'impossibilità (tendenzialmente definitiva) di adempimento delle obbligazioni sia correnti che in prossima scadenza, sulla scorta di un giudizio probabilistico⁴. Resta tuttavia fermo, ed è chiaro, che, anche in mancanza di inadempimenti ad obbligazioni, deve dichiararsi lo stato d'insolvenza dell'impresa bancaria, quando questa abbia perso totalmente il credito di cui l'imprenditore deve godere sul mercato⁵. La giurisprudenza, infatti, si è a riguardo espressa nel senso che anche lo stato d'insolvenza bancaria sussiste, proprio alla stregua di

³ Esplicita bene, in termini manualistici: L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*. Torino, 2008, pp. 36 e ss., in particolare 40 e 41.

⁴ Per una sintetica ricostruzione della tematica, si veda recentemente: G. Boccuzzi, *Commento all'art. 82*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, IV, 2012, pp. 1016 e ss.

⁵ Testualmente, tra le prime pronunce: Trib. Benevento, 7 dicembre 1995, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 163.

quanto previsto dall'art. 5 l.f.⁶, in ragione del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie per l'espletamento della specifica attività imprenditoriale. In particolare, si è inteso attribuire rilevanza indiziaria dello stato d'insolvenza di una banca all'indisponibilità di mezzi liquidi per far fronte alle obbligazioni, alla sussistenza di una situazione patrimoniale deficitaria, alla sussistenza di un livello di crediti in sofferenza superiore a parametri ragionevoli e all'incapacità di produrre reddito⁷, senza dunque contare il verificarsi o meno dell'inadempimento delle obbligazioni⁸. In proposito, si è anche aggiunto che il bilancio, ove evidenzi la predetta carenza, ben potrà valere come esteriorizzazione dell'insolvenza, in quanto documento contrassegnato dal carattere della pubblicità⁹.

In altri termini, la nozione di stato d'insolvenza presa a modello dalla giurisprudenza italiana in sede di

⁶ Trib. Milano, 5 aprile 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 867 (con nota di Antonucci). È interessante osservare come, anche prima dell'elaborazione del Testo Unico, il tribunale abbia ritenuto di affermare che, ai fini della dichiarazione dello stato di insolvenza di un'azienda di credito, occorre far riferimento al (medesimo) concetto di insolvenza previsto per la dichiarazione di fallimento e non allo stato di cessazione dei pagamenti di cui all'art. 68 della (allora) vigente legge bancaria.

⁷ Trib. Frosinone, 15 maggio 1998, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 317 (con nota di Cercone).

⁸ Cass. civ., sez. I, 21 aprile 2006, n. 9408, in *Fall.*, 2006, p. 1279 (con nota di Barbieri). Nel medesimo senso: Trib. Agrigento, 20 dicembre 1991, in *Impresa*, 1992, p. 396.

⁹ Trib. Benevento, 8 gennaio 1992, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, p. 333.

liquidazione coatta amministrativa, nella specie bancaria, si risolve «esternamente» in una *difficoltà non transeunte per l'istituto di credito di adempiere regolarmente (i.e. con mezzi normali e alle debite scadenze – secondo l'esegesi fallimentaristica –) le proprie obbligazioni*¹⁰, *venendo meno, non solo temporaneamente, le condizioni di liquidità e di credito necessarie allo svolgimento dell'attività di intermediazione tra risparmio ed impiego di denaro*¹¹.

¹⁰ Lo conferma *a contrario* anche: Trib. Campobasso, 6 febbraio 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, p. 547, secondo cui non sussiste stato di insolvenza allorché l'imprenditore bancario faccia fronte regolarmente ai propri obblighi verso i clienti, il fisco, gli enti previdenziali e le altre banche; non avrebbe in particolare rilevanza, al fine del riscontro del predetto stato, il fatto che si siano accertati, in sede di ispezione della Banca d'Italia, finanziamenti eccessivi e di notevole entità ad imprese in difficoltà, con agevolazioni nei rientri e cumulo di interessi a carico delle stesse, dando vita a cospicue partite di difficile recuperabilità, qualora il patrimonio dell'ente non risulti intaccato e sia coperto dalle riserve e dal vincolo di portafoglio, nonché comunque reintegrabile dai soci fondatori.

¹¹ Trib. Potenza, 13 luglio 2000, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 500 (con nota di Carducci Artesesio), a conferma del proprio precedente: Trib. Potenza, 20 ottobre 1997, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 81. Nel medesimo senso anche: Trib. Trieste, 7 marzo 1997, in *Foro it.*, 1997, I, p. 2685, con riguardo a una fattispecie relativa all'impossibilità di rimuovere lo stato di illiquidità dell'impresa testimoniata anche dal fatto che durante il periodo di amministrazione straordinaria, che aveva preceduto la liquidazione coatta, era stata disposta la sospensione dei pagamenti *ex art. 74 T.U.* Ancora attuale appare poi la precisazione offerta da: Trib. Milano, 5 aprile 1984, *cit.*, ove si è voluto sottolineare che la capacità della banca a ottenere credito è espressione di vitalità dell'azienda, purché il credito medesimo sia destinato a consentire il regolare svolgimento dell'attività di intermediazione finanziaria e non quando assuma invece il contenuto di un mezzo di salvataggio

2.2 Il confronto con il presupposto oggettivo delle «perdite patrimoniali di eccezionale gravità» per l'apertura della liquidazione coatta amministrativa

Inevitabile, a tal punto, appare allora il raffronto con il terzo requisito determinante l'emissione del provvedimento di messa in liquidazione coatta amministrativa dell'istituto di credito, contemplato nel primo comma dell'art. 80 del T.U. e, precisamente, identificato in perdite patrimoniali¹² di eccezionale

dell'impresa con conseguente alterazione degli equilibri fondamentali della struttura aziendale. Pronuncia che altro non fa che confermare quanto dallo stesso foro già statuito, contribuendo al radicamento del pensiero. Cfr. infatti: Trib. Milano, 26 agosto 1982, in *Fall.*, 1983, p. 195 (con nota di Severi), il quale, dopo aver appunto chiarito che lo stato di insolvenza di cui agli artt. 195 e 202 l.f. non è equiparabile allo stato di cessazione dei pagamenti di cui all'art. 68 l.b., ma si identifica con quello che caratterizza la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 5 l.f., consistendo nell'impossibilità obbiettiva in cui si trova l'imprenditore, per il venir meno delle normali condizioni di liquidità e di credito, di adempiere regolarmente e con mezzi ordinari le proprie obbligazioni alle scadenze pattuite, ha avuto occasione di concludere nel merito che il rimedio drastico e straordinario dell'intervento di un «pool» di banche che continua ad operare, non già per garantire il credito di un'azienda bancaria, ma esclusivamente in funzione di un trapasso delle attività e delle passività della stessa, allo scopo di evitare le conseguenze dannose e di grave allarme sociale, derivanti da un'improvvisa interruzione dei rapporti giuridici obbligatori, non vale ad escludere la sussistenza dello stato di insolvenza dell'impresa debitrice.

¹² Le stesse previste dall'art. 70 T.U., legittimanti lo scioglimento degli organi amministrativi e di controllo, prodromico all'amministrazione straordinaria.

gravità, al fine di ricercare una qualche correlazione tra il medesimo e lo stato d'insolvenza di cui qui si discute.

In passato, con riguardo alla normativa dettata dalla vecchia legge bancaria, in particolare *sub art. 67, lett. a)*, la giurisprudenza si era espressa nel senso che «le perdite patrimoniali di eccezionale gravità», costituendo un presupposto oggettivo della liquidazione coatta amministrativa, diverso da quello relativo ad irregolarità di gestione¹³, finisce per configurarsi normativamente come *manifestazione dello stato d'insolvenza*, lasciando presumere che l'imprenditore non sia in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni¹⁴. Letto così, il pensiero riportato sembra implicare un rapporto identificativo tra insolvenza e perdite patrimoniali, tale per cui le seconde – *a fortiori* se si presentano di gravità eccezionale – coincidono con la sussistenza di uno stato di decozione. La tesi, tuttavia, porta a esiti non del tutto convincenti, nel momento in cui induce a ritenere, quale conclusione rientrante nell'alveo della sua portata operativa, che tutte le volte in cui venga disposta a carico della banca l'apertura della liquidazione coatta in presenza di perdite patrimoniali, si dovrà altresì procedere *automaticamente* per l'accertamento giudiziario dell'insolvenza (presunta *iuris et de iure* di fatto esistente), di cui le predette sono

¹³ Rappresentante il secondo presupposto legale per l'apertura della liquidazione coatta amministrativa bancaria, ai sensi del succitato art. 80, comma 1, T.U.

¹⁴ Trib. Benevento, 8 gennaio 1992, cit.

espressione inconfondibile. Così contrariando un simile ragionamento, non si vuole comunque escluderne *a priori* la veridicità, e pertanto la sostenibilità, ma semplicemente, pur nell'intendimento che quanto anzidetto – ancorché in termini riduttivi – sia realisticamente verificabile, sollecitare l'interrogativo circa l'«automaticità» della dichiarazione di insolvenza della banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, da risponderci – già si anticipa –, ad avviso di chi scrive, in senso negativo.

La questione pare doversi far precedere da una premessa metodologica, invero già da altri autorevolmente professata¹⁵ e che qui si è propensi a rielaborare per giungere a risultati affatto differenti. Premessa che in particolare attiene alla ontologica distinzione tra la prospettiva giuridica e quella economica, quale punto privilegiato da cui leggere il concetto di insolvenza, nella specie, bancaria. A riguardo, a fronte di chi insiste nel propugnare l'assoluta indipendenza tra diritto ed economia, si avverte urgente l'esigenza di ribattere come non sia certo «il fascino esercitato da un lessico più moderno ed alla moda» a stimolare una ricerca di avvicinamento, se non addirittura di sovrapposizione, tra la semantica dei concetti appartenenti all'uno e all'altro settore, quanto piuttosto la necessità di dare concretezza a espressioni troppo spesso – anche se più per scelta – non

¹⁵ Il riferimento è a G. Terranova, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, pp. 555 e ss.

legislativamente definite, a discapito dell'attuazione del sommo principio di *certezza del diritto*, il quale non può tollerare di continuare a essere dissacrato dall'ambiguità della terminologia impiegata, soprattutto in una materia, come quella in esame, ove francamente – si passi il tono poco elegante – meno discrezionalità c'è e meglio è. Si ritiene pertanto che, proprio in tale contesto, le scienze economiche possono fornire un utile strumento all'interprete del diritto al fine di qualificare (se non quantificare) oggettivamente uno stato di *fatto* (l'insolvenza) che, solo dopo il suo accertamento giudiziale, diviene stato di *diritto*. E ciò si percepisce ancor più vero se si pensa che l'impresa, anche quella bancaria, è, per definizione, orientata al perseguimento di un «equilibrio economico»¹⁶, reso possibile – aggiungerei – da una corretta gestione finanziaria. Da qui, dunque, la propensione ad apportare una sorta di aggiustamento alla già apprezzabile tesi «patrimonialistica» – come visto sposata *in parte qua* dalla nostra giurisprudenza –, volta, da un lato, a ricondurre il concetto di insolvenza nella sfera prettamente *finanziaria* dell'azienda, con conseguente agevolazione di qualsiasi giudizio prognostico alla luce della (più o meno accorta) attività di programmazione sviluppata dall'impresa stessa, nonché, dall'altro, a

¹⁶ Lo ricorda: D. Galletti, *Commento all'art. 5*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, I, 2010, pp. 78-79, il quale scorge, proprio nell'art. 5 l.f. «una norma di sconcertante modernità, completamente aperta alla ricezione dei concetti economici e aziendalistici».

centrare il concetto medesimo sul riscontro di uno stato di *illiquidità*. È infatti nel piano finanziario – da leggersi comunque in combinato disposto con quello industriale – che ha sede la pianificazione delle entrate e delle uscite monetarie, il cui disallineamento è traducibile in insolvenza. Quest'ultima potrà pertanto essere definita come «disfunzione della programmazione»¹⁷, necessariamente correlata all'illiquidità, avente quale conseguenza visibile, da intendersi come mera esternalità negativa, l'irregolarità degli adempimenti, provocante a sua volta il rischio sistemico della c.d. corsa agli sportelli.

La tesi attribuyente rilievo, ai fini della definizione di insolvenza, alla situazione finanziaria dell'impresa appare valida per due ordini di ragioni. La prima di carattere sistematico, la seconda di natura pratica. L'impostazione suesposta non viene infatti meno neppure nei casi in cui il dissesto dell'impresa abbia origini diverse da quelle finanziarie – non concretandosi in una crisi di tipo finanziario «in forma pura» –, sull'evidenza che *tutte* le crisi generano complicità di tipo finanziario¹⁸, e consente altresì di anticipare i tipici effetti concorsuali senza attendere le manifestazioni esterne che l'insolvenza è in grado di provocare, specie in un contesto, come quello che qui occupa, ove la

¹⁷ La sostanza dell'osservazione è ancora di: D. Galletti, *Commento all'art. 5*, cit., pp. 93-96.

¹⁸ G. Brugger, *Commento all'art. 160*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, I, 2010, p. 2307.

prevenzione di un aggravamento del dissesto, assai pericoloso per i depositanti, assume prioritaria importanza. Proprio per scongiurare una simile preoccupazione, già in passato si è preferito orientare l'attenzione sugli indicatori economici dell'impresa piuttosto che sui fatti esteriori sintomatici del dissesto, quale è appunto l'irregolarità dei pagamenti¹⁹. Ma qui si ambisce a qualcosa di più, ovvero a porre attenzione, ancor prima che agli indici economico-patrimoniali, ai fattori misuranti il grado di liquidità dell'impresa bancaria, rivelatori dello stato di (in)solvenza²⁰. Conclusione che permette allora di reinterpretare il summenzionato rapporto tra insolvenza e perdite patrimoniali in termini di causa-effetto meramente eventuale, nel senso che le seconde – sempre *a fortiori* se si presentano di gravità eccezionale²¹ – valgono a rappresentare una delle possibili esternazioni della

¹⁹ S. Fortunato, *La liquidazione coatta delle banche dopo il Testo Unico: lineamenti generali e finalità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, I, p. 761.

²⁰ Ha in passato confermato che già l'accertamento dello stato di illiquidità costituisca, da solo, elemento sufficiente per la dichiarazione di insolvenza: Cass. civ., 17 marzo 1989, n. 1321, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1619 (con nota di Panzani).

²¹ In particolare, la gravità eccezionale delle perdite si è intesa individuare nella circostanza che l'ammontare del capitale sia sceso al di sotto dell'importo minimo richiesto dalla disciplina di vigilanza. In concreto, è stato affermato che la previsione di un depauperamento patrimoniale di circa il quaranta per cento integra gli estremi dell'eccezionale gravità delle perdite, ai fini dell'adozione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa di una banca: Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2004, n. 1307, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, II, p. 46.

prima²², senza tuttavia esserne indice costitutivo indefettibile. Ché, altrimenti, non si spiegherebbe neppure il motivo per cui il legislatore abbia contemplato (anche unicamente la prevedibilità del)le medesime²³, quale presupposto oggettivo autonomo della (sola) liquidazione coatta amministrativa, supponendo come meramente ipotetico, giusta la previsione di cui al comma 2 dell'art. 80 del T.U., lo stato di insolvenza della banca già sottoposta alla procedura concorsuale predetta. E, infatti, è confermato che la struttura dell'attivo e del passivo di un'impresa bancaria consente di escluderne l'insolvenza anche per un lungo arco temporale successivo al momento in cui la gestione corrente ha iniziato a produrre perdite²⁴.

Deve pertanto sciogliersi qualsiasi vincolo di interdipendenza "a doppio senso" tra il presupposto oggettivo della liquidazione coatta bancaria rappresentato dalle gravissime perdite di patrimonio e quello sotteso alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza, posto che la procedura concorsuale

²² Proprio dalla crisi caratterizzante i tempi attuali è emerso, non solo come il *market liquidity risk* sia stato sottovalutato, ma altresì come l'illiquidità possa essere causa scatenante di squilibri patrimoniali.

²³ Sottolinea l'innovazione apportata dal Testo Unico, nel senso che, rispetto alla precedente legge bancaria, non è più necessario che le perdite di patrimonio «risultino», essendo rilevanti anche solo quelle «previste»: S. Bonfatti, *Commento all'art. 80*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli et al. Bologna, 2003, p. 1292.

²⁴ Così, ancora: S. Bonfatti, *Commento all'art. 80*, cit., pp. 1293-1294.

amministrativa può ben essere disposta anche a fronte di una perdurante facilità di accesso alla provvista dei mezzi finanziari da parte della banca, ponendosi la medesima in una situazione di tranquillizzante liquidità. Ciò non toglie, tuttavia, un'influenza tra i due presupposti suddetti, per così dire, "a senso unico", posto che nel momento in cui si pronuncia lo stato di insolvenza bancaria, la liquidazione coatta amministrativa non può che seguire come ovvia conseguenza, affermandosi quale unica procedura concorsuale a cui è sottoponibile l'istituto di credito, s'intende - ovviamente - dotato di debita autorizzazione a svolgere attività bancaria²⁵. Del resto, lo stesso art. 195, comma 4, l.f. ne dà piena conferma, imponendo la tempestiva comunicazione della sentenza dichiarativa all'autorità competente affinché disponga la

²⁵ Come già preavvertito nel capitolo introduttivo, infatti, è opportuno precisare che la società avente ad oggetto attività bancaria non autorizzata è soggetta, ove si trovi in stato d'insolvenza, alla procedura concorsuale del fallimento e non della liquidazione coatta amministrativa: Trib. Firenze, 18 febbraio 2003, in *Foro toscano - Toscana giur.*, 2003, p. 163 (con nota di Marcucci). Nel caso di specie, il tribunale, adito ai sensi degli artt. 132-bis T.U. e 2409 c.c., ha trasmesso, non risultando manifestamente infondata la situazione di stato di insolvenza, gli atti al tribunale fallimentare. Similmente anche: Trib. Venezia, 16 ottobre 1997, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 226 (con nota di Criscuolo); Trib. Brindisi, 16 aprile 1996, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 97 (con nota di Santoro), entrambi chiaramente affermantì che lo stato di insolvenza di un soggetto che svolge abusivamente attività bancaria determina il fallimento dell'impresa in quanto la procedura di liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal Testo Unico bancario può essere disposta nei confronti delle banche, e cioè delle imprese autorizzate all'esercizio di attività bancaria.

liquidazione del soggetto insolvente. In tal caso, peraltro, viene addirittura meno la discrezionalità amministrativa, ponendosi l'apertura della procedura di crisi quale atto dovuto²⁶.

Alla luce di quanto anzidetto, con particolare riguardo all'assenza di una causalità necessaria tra i presupposti della liquidazione coatta della banca e quelli per la sua dichiarazione di insolvenza, assumono ancor più rilievo le conclusioni formulate sul piano processuale, a conferma dell'impostazione seguita. Si è infatti esplicitato che la pendenza del giudizio d'impugnazione del provvedimento di messa in liquidazione coatta amministrativa davanti al giudice amministrativo di un'impresa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa non comporta la sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.* della procedura giurisdizionale di dichiarazione dello stato d'insolvenza della suddetta impresa, non sussistendo rapporto di pregiudizialità tra le due procedure²⁷. E la mancanza di pregiudizialità non può che derivare da un'indipendenza sostanziale tra i rispettivi oggetti di cognizione dei due giudizi. Ancora, si è detto che non

²⁶ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 26 aprile 2004, n. 3528, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, II, p. 221, secondo cui la messa in liquidazione coatta amministrativa di una banca deve ritenersi giustificata qualora la gravità della situazione economica della banca stessa trovi conferma nell'intervento del fondo di garanzia dei depositanti e nella sentenza, ancorché appellata, con cui è stato dichiarato il suo stato di insolvenza.

²⁷ Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 1992, n. 11085, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 305.

sussiste il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine al ricorso contro il provvedimento di messa in liquidazione coatta amministrativa di una banca, né viene meno l'interesse ad agire qualora, dopo tale provvedimento, sia intervenuta la dichiarazione dello stato d'insolvenza da parte del tribunale fallimentare²⁸. Qui la statuizione potrebbe apparentemente risultare quasi stonata ove accostata alla circostanza che, se l'insolvenza è stata dichiarata, la liquidazione coatta *deve* sussistere e quindi, quantomeno, l'interesse ad agire (certamente dinnanzi al giudice amministrativo) avverso il relativo provvedimento dispositivo potrebbe svuotarsi di contenuto. Sennonché le sfumature in cui posso graduarsi i motivi di impugnativa rende più che sostenibile il rilievo a commento, il quale, dunque, serve solo a confermare, una volta in più, che altro è la messa in liquidazione coatta dell'impresa bancaria e altro è la sua dichiarazione di insolvenza.

2.3 L'intendimento dell'insolvenza a seconda del momento dichiarativo

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente inducono a soffermarsi ancora un poco sull'atteggiarsi della concezione di insolvenza bancaria, ponendosi ora l'interrogativo se la specialità di cui la stessa gode - rispetto a quella sottesa alla disciplina fallimentare, con

²⁸ T.A.R. Lazio, sez. I, 25 novembre 1981, n. 978, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 873.

la quale pur condivide la medesima semantica – subisce un'ulteriore differenziazione con riguardo al tempo del suo accertamento giudiziale. Si è scritto, infatti, perché così stabilisce la legge, come quest'ultimo possa essere preventivo oppure postumo rispetto all'apertura della liquidazione coatta che, si ripete, ha vita autonoma. Si domanda allora se, ai fini della dichiarazione d'insolvenza, il raffronto con gli indici di liquidità, per la peculiare attenzione dedicata alla sfera finanziaria, permane valevole anche quando la banca sia già sottoposta a procedura, non rilevando piuttosto altri, o comunque, aggiuntivi, profili. Il tema non è peraltro di secondario interesse posto che la dichiarazione successiva dello stato di insolvenza è proprio quella più probabile, risultando difficile immaginare che l'intervento giudiziario possa nei fatti precedere quello dell'Autorità amministrativa che ha la vigilanza sull'impresa bancaria ed è in grado di attivare la procedura liquidatoria anche in presenza di presupposti meno gravi dell'insolvenza²⁹.

Il quesito proposto sorge, in particolare, dall'osservazione, da taluna dottrina sostenuta, secondo cui, nell'ipotesi di insolvenza successiva alla liquidazione, la situazione rilevante ai fini predetti coinciderebbe con l'accertamento dell'impossibilità di soddisfare tutti i creditori con il ricavato della

²⁹ Il rilievo è di: G. Boccuzzi, *Commento all'art. 82, cit.*, p. 1014, per il quale, dunque, la liquidazione coatta diventa essa stessa una procedura volta a prevenire lo stato di insolvenza.

liquidazione³⁰. A ciò, tuttavia, si è subito voluto ribattere che, nonostante l'apertura della procedura di liquidazione delinea indiscutibilmente una nuova situazione di fatto, la finalità, la natura e il contenuto dell'accertamento su cui si fonda la dichiarazione dello stato d'insolvenza non verrebbero affatto alterati³¹. Da qui la deduzione sostenuta dalla dottrina avversa secondo cui prodromico alla verifica dello stato di decozione non potrà essere l'esame dei risultati economici realmente conseguiti attraverso la vendita dell'istituto bancario o di singoli beni aziendali, ma, all'uopo, varranno - quale corollario implicito - i medesimi criteri impiegati per l'accertamento preventivo dell'insolvenza bancaria.

Tale ricostruzione si è resa nella specie affermabile sulla base dell'intendimento per il quale il comma 2 dell'art. 82 del T.U., così come l'art. 202 l.f., imporrebbe al giudice di svolgere l'accertamento, secondo la tecnica della prognosi postuma, con riguardo alla data di inizio della procedura liquidativa, ossia quando il provvedimento di apertura della procedura è divenuto pienamente efficace sul piano giuridico, ma non si è

³⁰ G. Boccuzzi, *Commento all'art. 82*, cit., p. 1018, richiamante a sua volta il pensiero di: S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento all'art. 82*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli et al. Bologna, 2003, p. 1349, ove si legge nuovamente il riferimento a una situazione di deficit patrimoniale dell'impresa bancaria assoggettata a procedura.

³¹ Così: G. Terranova, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza delle banche*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, p. 21.

ancora concretizzato sul piano pratico. La normativa citata, pur non apparendo così cristallina sul punto, non lascia in effetti margini per soluzioni alternative. Menzionando l'ipotesi in cui una banca si trovi in stato di insolvenza «al momento dell'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa e l'insolvenza non è stata dichiarata», va da sé che il legislatore vuole che il tribunale competente, una volta chiamato a pronunciarsi sull'insolvenza della banca in questione, abbia riguardo alla situazione fattuale esistente al tempo dalla stessa norma circoscritto³². Egesi peraltro confermata, pare con unanimità di vedute, anche dalla giurisprudenza, la quale dunque non lascia dubbi in ordine all'accertamento dello stato di insolvenza dell'impresa in liquidazione coatta amministrativa, da compiersi, come detto, con riferimento all'epoca in cui è stata ordinata la liquidazione, senza che abbiano rilievo, in linea di principio, le vicende sopravvenute alla messa in

³² Cfr. sul tema: Trib. Roma, 15 luglio 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 700, secondo cui deve essere rigettato il ricorso diretto ad ottenere l'accertamento dallo stato di insolvenza *ex art. 202 l.f. di un'impresa* (nella specie di assicurazioni), già sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, il quale si fonda sulla sussistenza di debiti scadenti, per lo più successivamente all'apertura della procedura, e di irregolarità di funzionamento, le quali, mentre giustificano il provvedimento di assoggettamento alla liquidazione coatta amministrativa, non possono automaticamente essere prese a base di una dichiarazione di insolvenza, intesa quale situazione di incapacità di far fronte alle obbligazioni scadenti a breve termine.

liquidazione³³. E, a riguardo, è stato necessario precisare, in particolare, come la cessione dell'azienda intervenuta in corso di liquidazione coatta amministrativa non sia atto che elimina l'insolvenza³⁴. Quest'ultima presa di posizione giurisprudenziale, peraltro, meglio si comprende se si considera che, nella gestione delle crisi bancarie, all'apertura della procedura di liquidazione si è soliti far seguire la cessione in blocco delle attività e delle passività. Da qui l'insinuazione, recisamente respinta, che la cessione integrale con il subentro nel lato passivo di un altro istituto sarebbe incompatibile con uno stato di insolvenza. Senza entrare nel merito della questione, il solo fatto che l'accertamento giudiziale si collochi, per suggerimento normativo, in uno stadio necessariamente antecedente rispetto a qualsiasi scelta strategica compiuta dal commissario liquidatore, vale a risolvere a monte il problema.

³³ Trib. Potenza, 13 luglio 2000, cit. Negli stessi termini anche: Trib. Potenza, 20 ottobre 1997, cit.; Trib. Agrigento, 20 dicembre 1991, cit.

³⁴ Trib. Palermo, 20 febbraio 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 425, secondo cui non osta alla verifica giudiziaria dello stato d'insolvenza l'avvenuta cessione delle attività e delle passività della banca posta in essere dai commissari liquidatori dopo che è stata disposta la liquidazione coatta amministrativa, in quanto, ai sensi dell'art. 202 l.f., per l'esistenza dello stato d'insolvenza deve farsi riferimento alla data del decreto che ha disposto la liquidazione e la cessione, anche se programmata nel corso della gestione straordinaria, è atto di liquidazione e non di sanatoria dell'impresa; nel medesimo senso: Trib. Cosenza, 24 marzo 1994, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 323.

Se ne pone invece un altro di natura simile. Nel caso infatti in cui l'accertamento dell'insolvenza avvenga quando a carico della banca non sia stata ancora disposta la procedura di liquidazione coatta amministrativa, è fuor di dubbio che ad essere esaminata sarà la situazione fattuale dell'impresa al tempo in cui il tribunale è chiamato a pronunciarsi. Tuttavia, non può escludersi, risultando invero più che plausibile, che l'istituto creditizio si trovi in amministrazione straordinaria, la quale, seppur preordinata al salvataggio dell'impresa in crisi, sta volgendo evidentemente – se si ricorre al tribunale *ex art. 80, comma 1, del T.U.* – a un esito fallimentare. Ora, a mente dell'art. 74 del T.U., si deve ricordare la possibilità accordata ai commissari straordinari, qualora ricorrano circostanze eccezionali, di sospendere il pagamento delle passività di qualsiasi genere, nonché la restituzione di strumenti finanziari relativi a servizi di investimento. Senza alcun'altra indicazione tale sospensione potrebbe incidere in modo preponderante nell'accertamento *de quo* in senso chiaramente positivo. In realtà, già l'adozione di altri criteri per fondare lo stato di insolvenza basterebbe da sola a escludere, o meglio a non ravvisare *a priori*, la sussistenza dell'insolvenza, di cui l'interruzione degli adempimenti programmati rappresenta, come spiegato, non l'elemento costitutivo, bensì un'esternalità negativa. Cionondimeno, il legislatore ha sentito forte il bisogno di fugare qualsiasi fraintendimento, deponendo

limpidamente nel senso che la sospensione predetta «non costituisce uno stato d'insolvenza»³⁵. L'osservazione non può, dunque, che assumere un ruolo rafforzativo della tesi affermare la specialità della nozione dell'insolvenza bancaria che, per quanto rientrando nello spazio interpretativo offerto dall'art. 5 l.f., non ne duplica il contenuto, richiedendo invece una chiara focalizzazione sullo stato di liquidità della banca, per cui solo ove il mancato regolare adempimento delle proprie obbligazioni derivi *direttamente* dalla mancanza di cassa, allora poco importa che a sospendere i pagamenti siano stati i commissari straordinari ai sensi dell'art. 74 del T.U., perché lo stato di insolvenza sia acclarato; qualora invece l'impresa bancaria non versi (ancora) in uno stato di illiquidità irreversibile, non potrà certo essere la sospensione dei pagamenti a determinare l'accertamento di cui all'art. 82 del T.U. e ciò per espresso volere del legiferante.

2.4 La definizione dei *Regulators* internazionali: brevissimi cenni

Il fenomeno dell'insolvenza bancaria è di preminente interesse anche nella politica legislativa sovranazionale, complice la crisi attuale radicatasi pure nel settore creditizio, tanto che è proprio dei giorni in cui si scrive il dibattito, a livello comunitario, su un'auspicata unione bancaria, implicante un

³⁵ Cfr. sul tema: R. Costi, *L'ordinamento bancario*. Bologna, 2007, p. 670.

meccanismo unico di liquidazione delle banche insolventi. Il tema necessita ovviamente di essere sviluppato, assumendo rilievo oltremodo crescente, con specifico riguardo ai casi di insolvenza transfrontaliera. È dunque proprio in tale contesto che una definizione comune o, quanto meno “armonizzata”, di *bank insolvency* diviene la sfida prioritaria per gli operatori del settore, costretti a confrontarsi con discipline nazionali estremamente diverse tra loro e con la permanente assenza di una nozione condivisa di insolvenza.

Anche nella letteratura internazionale³⁶ si è soliti distinguere due aspetti nei quali l’insolvenza può identificarsi, per essa infatti intendendosi, da un lato, la condizione in cui le passività superino le attività (c.d. *balance sheet insolvency*) e, dall’altro, l’impossibilità di adempiere alle obbligazioni in scadenza (c.d. *cash flow insolvency*). Per quei sistemi giuridici che scelgono di adottare una *lex specialis* volta alla definizione del regime dell’insolvenza bancaria – a differenza del caso italiano –, è possibile inoltre individuare un *third test* o *regulatory threshold*, per cui è la legge stessa che definisce senza ambiguità le condizioni per la dichiarazione dello stato di insolvenza, consentendo in tal caso alle autorità competenti di intervenire in uno stadio anteriore

³⁶ Si vedano ad esempio: R.M. Lastra, *Cross-border Bank Insolvency*. Oxford, 2010; C. Proctor, *The Law and Practice of International Banking*. Oxford, 2010; G. Moss, B. Wessels, *EU Banking and Insurance Insolvency*. Oxford, 2006.

rispetto a quello in cui l'insolvenza si manifesterebbe con l'adozione degli altri due *test* (*balance sheet* e *cash flow*).

È proprio quest'ultima la soluzione preferita dalle istituzioni internazionali come l'IMF e la World Bank, espresse a favore di una c.d. *regulatory insolvency*, la cui nozione ben si attaglia alla situazione bancaria, alla luce del fatto che «*[a bank insolvency framework] needs to establish an additional threshold that permits the commencement of insolvency proceedings at a relatively early stage of financial distress*»³⁷. A tal fine, pertanto, come sottolineato dagli stessi autorevoli organismi, è indispensabile che il legislatore (nazionale) provveda a fissare chiaramente la soglia oltre la quale una banca dovrà assoggettarsi alla procedura normativamente prevista. Trattasi in particolare di un requisito *quantitativo*, così da soddisfare meglio l'oggettività del criterio impiegato, che potrà basarsi tanto su una «*mandatory capital ratio*» quanto su una «*combination of some capital and liquidity ratio*». Il mancato rispetto di tali quozienti determinerà quindi l'inizio della procedura di insolvenza o, si dice, di pre-insolvenza. Certo è che, data la peculiarità dell'impresa bancaria e il ruolo svolto dalle banche centrali quali fonti di finanziamento di

³⁷ International Monetary Fund, World Bank, *An overview of the Legal, Institutional and Regulatory Framework for Bank Insolvency*. April, 17, 2009. Si veda anche: Basel Committee on Banking Supervision, *Report and Recommendations of the Cross-Border Bank Resolution Group*, March 2011.

ultima istanza, un temporaneo stato di illiquidità riparabile con apposite iniezioni da parte delle autorità competenti, non potrà valere a fondare l'insolvenza bancaria se, a seguito degli aiuti concessi, è possibile prevedere – ferma la difficoltà della prognosi – che l'istituto di credito risulti in grado di riacquistare una normalità finanziaria; diversamente l'apertura della procedura all'uopo prevista sarà inevitabile³⁸.

Le indicazioni dettate e qui riportate restano comunque, allo stato attuale, soltanto suggerimenti non concretizzati in prescrizioni normative da parte dei legislatori nazionali, perlomeno, non di tutti. E tra questi, certamente, è da annoverare l'Italia. La difficoltà di procedere a un'omogeneizzazione dei sistemi vigenti, specie in una materia così delicata come quella dell'insolvenza transfrontaliera, è del resto testimoniata emblematicamente dalla (per i più mancata) adozione dell'UNCITRAL *Model Law on Cross-Border Insolvency*, elaborata nel 1997³⁹. È curioso, in proposito, osservare come il primo Paese aderente sia stato l'Eritrea e, salvo

³⁸ Considerazioni del resto tutt'altro che nuove. Vedasi in proposito: Trib. Napoli, 3 dicembre 1980, in *Fall.*, 1981, p. 737, affermando che le linee di credito godute da un'azienda bancaria in tanto costituiscono un'immagine di vitalità dell'impresa, in quanto il credito stesso sia stato accordato sul presupposto e in considerazione della correttezza del sovvenuto e non come misura di salvataggio e con alterazione degli equilibri fondamentali della struttura dell'azienda dell'istituto bancario.

³⁹ Si vedano anche: UNICITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2010; Banca d'Italia, *UNICITRAL Recommendations for a European Perspective?*, 2011.

qualche Stato dell'est Europa, nel contesto comunitario solo il Regno Unito, nel 2006, e la Grecia, nel 2010, hanno adottato il modello suggerito.

Non stupisce, quindi, che, nonostante gli sforzi e il progredire dei lavori da parte della Commissione Europea circa «*a possible EU framework for bank recovery and resolutions*»⁴⁰, ancora non si trovi una precisa nozione *giuridica* di insolvenza bancaria, anche se, qui si ritiene, sia proprio «dall'alto» che dovrebbero pervenire

⁴⁰ Senza pretesa di completezza: European Commission - DG Internal Market and Services, *Public consultation on technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolutions - List of answers*, 5 May 2011; European Commission - DG Internal Market and Services, *Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolutions*, 5 May 2011; European Commission - DG Internal Market and Services, *Working Document: Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, 6 January 2011. Cfr. altresì: European Commission, *Communication: An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector*, 20 October 2010; European Parliament, *Resolution: Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 7 July 2010; European Commission - DG Internal Market and Services, *Overview of the results of the public consultation on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 11 March 2010; Commission Staff Working Document: *Impact Assessment accompanying the Communication An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 20 October 2009; Commission Staff Working Document accompanying the Communication *An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 20 October 2009; European Commission, *Communication: An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 20 October 2009; European Commission, *Pre-insolvency - Early intervention - Reorganization - Liquidation. Final report*, 2008; The Council of European Union, *Report on the Convention of Insolvency Proceedings*, 3 May 1996.

solide linee guida in ordine alla tematica in oggetto. Del resto, anche ampliando la visuale, volgendo lo sguardo alla disciplina comunitaria generale relativa alle procedure di insolvenza, contenuta nel Regolamento CE 29 maggio 2000, n. 1346, non si riscontra alcuna norma uniforme che definisca il concetto di insolvenza, con la conseguenza che continuerà a essere la *lex fori* a stabilirne il significato. Un - ancora timido - cambiamento di rotta può forse essere intravisto dallo studio degli ultimi lavori commissariali pubblicati, ove si prevedono presupposti uniformi (*triggers*) per l'avvio di procedure di *early intervention* o *resolution*, programmandosi altresì l'intervento delle autorità competenti fin da quando la crisi dell'intermediario appaia anche solo verosimile (*likely*), così da garantire una messa in sicurezza il più possibile tempestiva.

Resta comunque confermata la specificità della nozione di insolvenza rilevante nel contesto bancario, strettamente connessa ai requisiti di liquidità.

3. Il procedimento per la dichiarazione d'insolvenza della banca

L'art. 82 del T.U. non spende troppe parole in merito al procedimento di accertamento giudiziale dell'insolvenza bancaria, da pensarsi comunque dotato di peculiarità rispetto al comune giudizio di cognizione ordinaria, alla stregua di quanto il novellato art. 15 l.f. dispone con riguardo all'istruttoria pre-fallimentare. Invero, parte di tale disposizione potrebbe (*rectius*,

dovrebbe) risultare applicabile anche nel giudizio *de quo* per effetto del richiamo (attualmente vigente) operato dall'art. 195, comma 3, l.f., a cui anche l'art. 82, sia primo che secondo comma, del T.U. rimandano. Solo che, a causa della discrasia temporale sottesa nella tecnica del rinvio impiegata, l'operatività delle norme sul procedimento per la dichiarazione di fallimento resta ancora da verificare.

Già da una prima lettura del disposto normativo si intuisce comunque il radicamento a un'impostazione fortemente pubblicistica dell'esplicarsi del giudizio, caratterizzato da un'accentuata sommarizzazione della cognizione, preordinata semplicemente a formalizzare uno stato già (in qualche modo) riconosciuto, così determinando - quale unico fine - la produzione di quei medesimi effetti espliciti dal fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori.

Non resta pertanto che analizzare i singoli profili di un processo il cui sviluppo è normativamente oscurato.

3.1 Questioni di competenza e giurisdizione

In virtù delle previsioni contenute sia nel comma primo, che, con identica espressione, nel comma secondo dell'art. 82 del T.U., competente ad accertare e quindi dichiarare lo stato di insolvenza della banca è «il tribunale del luogo in cui essa ha la sede *legale*». La disposizione citata non pone dunque distinzione alcuna, ai fini *de quibus*, tra il caso in cui l'istituto bancario sia o

meno (già) sottoposto a liquidazione coatta amministrativa, riferendosi, per l'individuazione della competenza dell'organo giurisdizionale, al medesimo ufficio giudiziario che è o sarà chiamato a pronunciarsi su tutte le azioni civili, di qualunque natura, purché (direttamente) derivanti dall'apertura della procedura concorsuale predetta, in ossequio al disposto contenuto nell'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 83 del T.U. Trattasi, è chiaro, di competenza per territorio, funzionale e inderogabile, il cui difetto potrà pertanto essere rilevato anche d'ufficio.

A riguardo, fin da subito, sorge spontaneo il confronto con la previsione di cui all'art. 9 l.f., riferentesi, invece, al tribunale del luogo della «sede *principale* dell'impresa», la quale, come noto, coincide con quella in cui viene svolta l'attività direttiva e amministrativa dell'impresa stessa⁴¹. Dunque, anche nel e per il diritto fallimentare, ad assumere rilievo sarà, di fatto, la sede legale, risultante dallo statuto. Tuttavia, l'impiego del più limitante aggettivo «principale» consente di dare prevalenza, nella determinazione del tribunale competente, alla sede *effettiva* di direzione e amministrazione, posto infatti che sarà questa a essere preferita qualora diverga da quella legale⁴². E lo stesso si potrà concludere dalla lettura dell'art. 195, comma 1, l.f.,

⁴¹ Cass. civ., sez. I, 11 marzo 2005, n. 5391, in *Foro it. Mass.*, 2005, p. 349.

⁴² Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2006, n. 11732, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 1347.

anch'esso indicante, quale criterio attributivo di competenza, la sede principale. Contrariamente, il legislatore di settore non è stato così raffinato nell'impiego della terminologia giuridica⁴³, ma - pare - il risultato a cui la giurisprudenza è giunta, nell'interpretare la normativa di riferimento, è identico a quello voluto dalla disciplina fallimentare, posto che la stessa si è sempre espressa in termini di «sede principale» dell'impresa bancaria⁴⁴.

Constatata la pacificità sul punto, resta aperto il discorso in merito agli effetti del trasferimento della sede, alla luce della circostanza che la disciplina bancaria rifiuta di contemplare l'ipotesi invece normata dal legislatore fallimentare, sia *sub* art. 9 che *sub* art. 195,

⁴³ La differenza rispetto alla normativa fallimentare sembra spiegarsi con esigenze di uniformità in relazione ad altre disposizioni contenute nel Testo Unico, facenti appunto riferimento alla sede legale: E. Galanti, *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza*, in P. Ferro Luzzi, G. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria. Commentario*. Milano, II, 1996, p. 1391.

⁴⁴ Cass. civ., 9 dicembre 1982, n. 6706, in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 383. Con riguardo all'ipotesi di dichiarazione di insolvenza di società non bancaria soggetta a liquidazione coatta amministrativa, si veda ad esempio: Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2006, n. 6677, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 585, che pianamente conferma che la competenza a dichiarare lo stato d'insolvenza spetta al giudice del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa, che si identifica con quello in cui si svolge prevalentemente l'attività amministrativa e direttiva, e coincide, di regola, con la sede legale - a meno che non emergano prove univoche tali da smentire la presunzione suddetta - mentre è irrilevante, a detti fini, il trasferimento della sede legale della società quando ad essa non corrisponda un reale trasferimento del centro direzionale dell'attività dell'impresa.

comma 1, ove è espressamente prescritto che il trasferimento della sede principale dell'impresa intervenuto nell'anno precedente l'apertura del giudizio per la dichiarazione di insolvenza non è rilevante ai fini della determinazione della competenza, la quale, pertanto, sarà da radicarsi nel luogo in cui l'impresa ha avuto la propria sede effettiva fino a un anno prima del ricorso. L'estensione del principio della *perpetuatio iurisdictionis ac competentiae* sancito in via generale dall'art. 5 c.p.c. per il caso di mutamento della sede – determinativa della competenza – dopo l'inizio del procedimento non sembra quindi trovare riscontro in materia di insolvenza bancaria. Sennonché, il primo comma dell'art. 82 del T.U. – concernente l'accertamento giudiziario anteriore alla liquidazione coatta amministrativa – e solo quello, introduce *in parte qua* l'operatività del secondo periodo del comma 1 dell'art. 195 l.f., che, nella formulazione attuale, regola proprio il trasferimento della sede. Ora, è vero che, nell'intenzione originaria sottesa a tale rinvio, il legislatore bancario ha voluto riferirsi al testo fallimentare ante novella del 2006, con ciò dunque prevedendo che, con la sentenza dichiarativa dell'insolvenza ovvero con decreto successivo, il tribunale «adotta i provvedimenti conservativi che ritenga più opportuni nell'interesse dei creditori fino all'inizio della procedura di liquidazione». Cionondimeno, a seguito dell'intervenuta modifica, sarebbe consono, da un lato, reputare la persistente

validità della predetta prescrizione anche nel contesto bancario – per quanto questa sia ora trasferita al comma 2 dell’art. 195 l.f., non espressamente richiamato –, e, dall’altro, considerare sostenibile l’attuale richiamo secondo la normativa vigente, così uniformando la disciplina settoriale a quella generale, non trovando la prima motivi per divergere sul punto dalla seconda.

Altra questione è invece il trasferimento della sede all’estero, sebbene la conclusione cui approdare non sembra differire. Sul tema neppure l’art. 195 l.f. assume posizione, di talché l’unico riferimento cui guardare è offerto dall’art. 9, ultimo comma, l.f., il quale, tuttavia, altro non fa che ribadire, in questo caso entro i limiti che gli sono propri, il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, affermando che il collocamento della sede dell’impresa all’estero intervenuto in pendenza di giudizio non esclude la giurisdizione italiana per la dichiarazione di insolvenza. Principio che, in quanto espressione della regola generale di cui all’art. 5 c.p.c., è di indubbia applicazione anche nel contesto qui in esame.

Non è invece chiaro se il trasferimento della sede all’estero avvenuto anteriormente al deposito del ricorso per la dichiarazione di insolvenza, perlomeno entro l’anno precedente, sia o meno rilevante al fine del permanere della giurisdizione italiana. Infatti, la normativa succitata consacra la stabilità della competenza, ma nulla dispone in merito alla

giurisdizione. Potrebbe a tal fine soccorrere l'art. 3, comma 2, della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, il quale, seppur in via residuale, riconosce la sussistenza della giurisdizione italiana «anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio», ovverosia ogniqualevolta vi sia la competenza territoriale di un giudice italiano. Se così è, allora, dovrebbe essere giocoforza affermare la giurisdizione italiana quand'anche la banca abbia trasferito all'estero la sede legale nell'anno anteriore l'apertura del giudizio di accertamento dell'insolvenza, dovendosi in tal caso presumere *iuris et de iure* - rimanendo ferma anche la competenza per volontà di legge - che si tratti di trasferimento fittizio. Viceversa, qualora si tratti di trasferimento tempestivo ed effettivo, la giurisdizione italiana dovrà cedere il passo a quella straniera⁴⁵.

3.1.1 *Il radicamento di giurisdizione e competenza nel caso di insolvenza transfrontaliera di banche comunitarie e banche extracomunitarie*

La prospettiva muta ove si prenda in esame l'ipotesi in cui la banca abbia la propria sede legale all'estero, da

⁴⁵ Cfr. sul tema, anche se con riguardo alla procedura fallimentare: Cass. civ., sez. un., 13 ottobre 2008, n. 25038, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 337, precisante che il trasferimento in uno stato extracomunitario della sede di una società, benché anteriore al deposito dell'istanza di fallimento, non esclude la giurisdizione italiana, essendo essa inderogabile, secondo il disposto dell'art. 9 e dell'art. 25, l. 218/1995, i quali escludono la predetta giurisdizione solo nei casi di effettivo e tempestivo trasferimento all'estero.

sempre o perché trasferita più di un anno prima dal ricorso *ex art. 82* del T.U. Il caso è espressamente risolto, con riguardo all'impresa «industriale», dall'art. 9, comma 3, l.f. nel senso che l'imprenditore, con sede principale collocata al di fuori del territorio italiano, può (comunque) essere dichiarato fallito (anche) in Italia, qualora ovviamente ne ricorrano i requisiti previsti dalla normativa nazionale, nonostante sia già stata pronunciata declaratoria di insolvenza in altro Stato. Come noto, la disposizione citata regola la c.d. «insolvenza transfrontaliera», ricorrente quando un soggetto in dissesto finanziario, nello svolgimento della propria attività, sia entrato in contatto con ordinamenti diversi.

Proprio con specifico riguardo alla dichiarazione di insolvenza, manca nel Testo Unico una norma *ad hoc* disciplinante il caso in esame. Ma, ancor prima, se ne nota l'assenza nella disciplina sulla liquidazione coatta amministrativa in generale, ove è altresì omesso alcun richiamo a eventuali regolamentazioni sovranazionali.

La questione necessita pertanto di essere affrontata per altra via interpretativa, prestando particolare attenzione al contenuto normativo della sezione III-*bis*, introdotta, sotto il capo I del titolo IV del Testo Unico, dal decreto legislativo 9 luglio 2004, n. 197, emanato in forza della delega contenuta nella legge comunitaria 2002, quale attuazione della Direttiva CE 4 aprile 2001,

n. 24 in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi⁴⁶. Tre premesse si impongono obbligatorie.

Prima premessa. In caso di crisi bancaria transazionale non è applicabile il già citato Regolamento CE 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza – la cui valenza interna è implicitamente riconosciuta dal comma 4 dell’art. 9 l.f. –, in virtù delle eccezioni dal medesimo Regolamento espressamente contemplate *sub art. 1, comma 2*, il quale testualmente dispone la non operatività della disciplina comunitaria ivi prevista – altrimenti direttamente applicabile negli Stati membri⁴⁷ – alle procedure di insolvenza che riguardano, tra gli altri, gli enti creditizi, in quanto ad essi, in base al considerando n. 9, «si applica un regime particolare e le autorità nazionali hanno, in alcuni casi, poteri di intervento estremamente ampi». Da qui, dunque, l’elaborazione di una *lex specialis*, anche a livello comunitario, per la disciplina della crisi bancaria *cross-border*, che consente, *in parte qua*, di saltare a piè pari la disciplina regolamentare, da rievocarsi soltanto per evidenziarne le differenze.

Seconda premessa. La Direttiva CE 24/2001 e la speculare normativa nazionale di attuazione non parlano specificatamente di «dichiarazione d’insolvenza», quanto piuttosto di «provvedimenti e

⁴⁶ In G.U.C.E. 5 maggio 2001, n. L 125.

⁴⁷ Tutti, tranne Danimarca e Regno Unito, ma solo qualora vi sia incompatibilità con accordi conclusi in precedenza nell’ambito del *Commonwealth*.

procedure di risanamento e liquidazione», al fine di stabilirne la disciplina applicabile, nonché il reciproco riconoscimento nella Comunità⁴⁸. In particolare, il Parlamento Europeo e il Consiglio dell'Unione Europea definiscono *procedure di liquidazione* «le procedure concorsuali aperte e controllate dalle autorità amministrative o giudiziarie di uno Stato membro al fine della realizzazione dell'attivo sotto la vigilanza di dette autorità, compreso il caso in cui dette procedure si chiudano con un concordato o un provvedimento analogo» (cfr. art. 2). Ora, che il provvedimento giudiziale dichiarativo dell'insolvenza bancaria possa benissimo essere ricompreso tra i provvedimenti di liquidazione di cui parla il legislatore sovranazionale deve essere pacificamente riconosciuto, posto che, contrariamente a quanto previsto dal Regolamento CE 1346/2000 – puntualmente elencante negli allegati la tipologia di procedure adottate dai vari Stati membri –, la Direttiva CE 24/2001 ha scelto, come visto, di impiegare clausole definitorie generali, di talché la concreta individuazione delle procedure interessate, da ricondurre nell'alveo delle due categorie espressamente contemplate, è di competenza del legislatore nazionale ovvero, nel silenzio delle norme di attuazione (come

⁴⁸ Da questo punto di vista, sembra venir disattesa la raccomandazione suggerita dalla UNICITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law*, cit., p. 44, ove si legge: «*The insolvency law should clearly indicate (or include a reference to the relevant law that establishes) the court that has jurisdiction over the commencement and conduct of insolvency proceedings, including matters arising in the course of those proceedings*».

quelle contenute nel Testo Unico), dell'interprete, con libertà dunque di intendere, quali procedure di liquidazione, quelle previste dal diritto interno. La premessa si intende in particolare necessaria di fronte alla tentazione di esaurire i provvedimenti di liquidazione con quelli *stricto sensu* riferibili alla liquidazione coatta amministrativa. Il che non sarebbe neppure scorretto, proprio guardando la normativa italiana, che individua la predetta quale unica procedura concorsuale applicabile alle banche (autorizzate). Sennonché, sempre in ossequio alla normativa nazionale, l'accertamento giudiziale di insolvenza può precedere – seppure, si è detto, quale ipotesi più teorica che concreta – l'apertura della procedura di liquidazione, ma, nonostante ne rappresenti un presupposto autonomo, non è da solo sufficiente all'instaurazione della medesima, a dispetto di quanto previsto per il fallimento, ove la sentenza dichiarativa apre il concorso, in virtù del combinato disposto di cui agli articoli 16, comma 2, e 52, comma 1, l.f. Infatti, a rigore, è il provvedimento amministrativo, da individuarsi nel decreto del Ministro dell'Economia, su proposta della Banca d'Italia, che dà avvio alla procedura di liquidazione e, a voler interpretare restrittivamente la normativa comunitaria, se fosse proprio e solo a *questo* provvedimento e a *questa* procedura a cui la Direttiva menzionata si riferisse, la preventiva dichiarazione d'insolvenza della banca esulerebbe dal suo ambito di applicazione, con la

necessitata conseguenza che si dovrebbe ricorrere, in caso di carattere transnazionale della crisi bancaria, alle regole processuali dettate dal diritto internazionale privato, per la determinazione, in primo luogo, della giurisdizione, nonché, secondariamente, degli effetti prodotti dai provvedimenti adottati dall'autorità individuata come competente. L'ipotesi è alquanto remota e serve solo per confermare, con argomento *a contrario*, la piena riconducibilità della sentenza dichiarativa dell'insolvenza *ex art. 82*, sia primo che secondo comma, del T.U. tra i provvedimenti di liquidazione di cui parla la Direttiva CE 24/2001, ancorché nel caso di specie non valga da sola a mettere in moto la liquidazione bancaria, ma (solo) a produrre gli effetti previsti dall'art. 203 l.f., espressamente richiamato dall'ultimo comma del predetto art. 82, ovvero sia – come sopra già anticipato – i medesimi effetti che la declaratoria di fallimento provoca sugli atti pregiudizievoli ai creditori, diversamente sconosciuti qualora trovi esistenza la liquidazione coatta amministrativa per presupposti diversi dall'insolvenza. Circostanza che, comunque, non altera affatto la conclusione cui si è giunti, posto che, come si avrà modo di esplicitare nel proseguo, la legge applicabile alla procedura di liquidazione, per volere del legislatore comunitario, è – salvo espresse eccezioni – la medesima individuata per determinare le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori (cfr. art. 10,

comma 2, lett. l). Per induzione, allora, anche il momento giudiziale determinativo di tali effetti – che nel caso italiano è distinto dal provvedimento di liquidazione – risentirà degli influssi della normativa europea, venendo quindi regolato in base alla legge che questa individua come applicabile.

Terza premessa. Una volta accertata la valenza della Direttiva CE 24/2001 anche nel micro-contesto qui in esame – qualora ve ne fosse stato bisogno –, è da notarsi fin da subito il differente trattamento riservato a seconda che l'insolvenza transfrontaliera bancaria coinvolga Paesi UE o extra-UE. Ne discende dunque l'opportunità di discernere le diverse ipotesi in trattazioni separate, non prima, però, di aver esplicitato i principi generali su cui la normativa di riferimento si innesta.

Due sono in particolare i principi cui ispirarsi nei casi di insolvenza *cross-border*, ai quali anche la regolamentazione dell'insolvenza bancaria non si sottrae. Vigge infatti, da un lato, il criterio della *territorialità*, in base al quale la procedura di insolvenza avviata in uno Stato esplica effetti esclusivamente entro i limiti della giurisdizione nazionale, e, dall'altro, quello dell'*universalità*, in accordo al quale l'apertura della procedura di insolvenza, senza necessità di formale riconoscimento, produce conseguenze immediate e dirette anche oltre i confini nazionali e in particolare in tutti gli Stati in cui il soggetto insolvente detiene beni o

ha succursali. I principi ora menzionati sottendono evidentemente alcune implicazioni. Al criterio della territorialità, infatti, si accompagna il principio di *pluralità*, nel senso che dovranno aprirsi tante procedure di insolvenza in ogni Stato in cui il soggetto debitore possiede *assets* realizzabili. Per contro, corollario del criterio dell'universalità è il principio di *unità*, comportante l'avvio di un'unica procedura di insolvenza da radicarsi presso l'autorità competente del luogo in cui il soggetto debitore ha la propria sede legale ovvero il centro principale dei suoi interessi⁴⁹.

Preso nota dei fondamentali storicamente sviluppati in materia di insolvenza transfrontaliera, meglio si pone la differenza tra le scelte compiute con il Regolamento CE 1346/2000 e la Direttiva CE 24/2001, il primo aderente a un principio di *universalità limitata* (c.d. *modified universal insolvency*), la seconda attuante invece un principio di *universalità piena* (c.d. *full universal insolvency*).

Nel caso infatti di insolvenza transfrontaliera dell'impresa industriale verrà aperta una procedura *principale* nello Stato membro in cui è sito il «centro degli interessi principali del debitore»⁵⁰, avente effetti

⁴⁹ Per un approfondito ripasso dei summenzionati principi: R.M. Lastra, *Cross-border Bank Insolvency*, cit., pp. 165 e ss.

⁵⁰ Criterio che in particolare intenderebbe valorizzare la tutela dell'affidamento dei terzi, dando particolare rilevanza a indici di collegamento percepibili all'esterno, con scostamento quindi rispetto alla tradizione nostrana incentrata sull'effettività della sede

extra-territoriali sull'intero patrimonio del soggetto insolvente e con automatico riconoscimento in ogni Stato dell'Unione, quand'anche il debitore non sia assoggettabile a procedura concorsuale nell'ordinamento che subisce le conseguenze giuridiche del fallimento altrove dichiarato. Tuttavia, poiché – si è scritto – trattasi di universalità c.d. «limitata», non si escluderà, essendo invero prevista, la possibilità che prendano avvio procedure *locali* con ambito operativo circoscritto al patrimonio nazionale del debitore⁵¹, tutte le volte in cui quest'ultimo abbia una *dipendenza* in un altro Stato membro, entro i confini del quale gli effetti della procedura locale aperta saranno limitati. Pertanto, il Regolamento CE 1346/2000, al fine dell'apertura della procedura di insolvenza, attribuisce la giurisdizione sia all'autorità competente del luogo in cui il debitore ha il centro dei propri interessi principali, sia quella del luogo ove il medesimo soggetto possiede una dipendenza⁵², intendendosi per tale, ai sensi dell'art. 2,

quale criterio radicante la competenza giurisdizionale. Lo sottolinea: D. Galletti, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, V, pp. 546 e ss. Sull'interpretazione giurisprudenziale (comunitaria) data al suddetto concetto si veda: Corte giust., 2 maggio 2006, C-341/2004, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 203 (caso *Eurofood*).

⁵¹ Tali procedure locali potranno poi qualificarsi in *autonome*, qualora vengano avviate prima o comunque in assenza di procedura principale, ovvero *ausiliarie*, se instaurate successivamente all'apertura di quest'ultima.

⁵² Sull'applicazione del Regolamento CE 1346/2000 si vedano *ex multis*: F. De Santis, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenze transfrontaliere e il diritto processuale interno*, in *Dir. fall.*,

lett. h), «qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni».

La Direttiva CE 24/2001 e le relative norme di attuazione del Testo Unico, rappresentando invece una chiara espressione del principio di universalità piena, integrato con il principio dell'unità della procedura, prevede che l'ente insolvente sia assoggettato a un'unica procedura dall'autorità competente nel suo Stato d'origine. E in detta procedura ricadranno sia la sede centrale che le sue succursali ubicate in territorio comunitario, senza, dunque, che per queste si ammettano procedure secondarie o comunque concorrenti aperte in Stati diversi⁵³. In base ai considerando nn. 2, 3 e 4 della Direttiva in esame si evince infatti la necessità di provvedere alle situazioni che potrebbero verificarsi in caso di difficoltà di un ente creditizio, in particolare allorché lo stesso abbia

2004, I, pp. 91 e ss.; E.F. Ricci, *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento CE n. 1346/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 387 e ss.; S. Vincere, *Il regolamento (CE) delle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 223 e ss.; C. Punzi, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 997 e ss.; R. Caponi, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, c. 220; L. Fumagalli, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 678 e ss. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: G. Moss, I.F. Fletcher, S. Isaacs, *The EC Regulation on insolvency proceedings*. Oxford, 2009, pp. 225 e ss.

⁵³ Sul tema, cfr.: P. De Cesari, G. Montella, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana. Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Il Fallimento. Monografie*. Milano, 2009, pp. 32 e ss.

succursali in altri Stati membri. E, proprio poiché durante il periodo di attività, la banca e le sue succursali formano un'unica entità soggetta alla medesima autorità di vigilanza, sarebbe «particolarmente inopportuno» rinunciare a tale unità nel momento in cui si renda necessario aprire una procedura di liquidazione. In particolare, il legislatore comunitario intende giustificare la scelta degli adottati principi di universalità e unità quale garanzia di uguaglianza dei creditori, che vede attuata nel momento in cui i medesimi principi implicano anche il riconoscimento delle decisioni adottate dalle autorità competenti dello Stato d'origine, capaci di produrre, senza alcuna formalità e in tutti gli altri Stati membri, gli effetti che sono loro propri, salvo disposizioni contrarie della stessa Direttiva (cfr. considerando n. 16).

Si coglie qui l'occasione per evidenziare il giudizio da altri espresso circa la convenienza ad adottare, proprio e specificatamente nel settore creditizio, un modello *full universal*, alla luce del fatto che le ricadute negative di cui il medesimo è portatore appaiono vistosamente attenuate grazie alle peculiarità organizzative tradizionalmente adottate dalle banche, strutturate in forme multidivisionali, idonee, in particolare, a superare le difficoltà solitamente riscontrabili nel trattamento dei gruppi di società⁵⁴.

⁵⁴ D. Galletti, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, cit., § 2, il quale ricorda, tra gli ulteriori problemi pratico-operativi propri del modello *full universal*, un'eccessiva diminuzione delle

Argomentando in termini ancor più generali, il modello prescelto si ritiene, in ogni caso, il più adatto a ridurre il rischio di crisi del sistema, permettendo l'adozione di provvedimenti tempestivi ed efficaci, in modo peraltro coerente con la circostanza che, anche per quel che concerne l'attività di vigilanza, vige, nel contesto che qui occupa, il medesimo principio dell'*home country control*⁵⁵. Per contro, è doveroso altresì menzionare le critiche di cui la medesima Direttiva è stata oggetto, specie alla luce della crisi finanziaria attuale, con particolare riguardo alla mancata adozione di un unico regime giuridico di soluzione della crisi bancaria, con preferenza invece per il mantenimento della frammentazione delle discipline nazionali, nonché dei poteri delle autorità di vigilanza dei diversi Paesi⁵⁶. Proprio prendendo atto delle oggettive difficoltà riscontrate, la Commissione europea ha già da tempo avviato un progetto di riforma della disciplina applicabile in caso di crisi transfrontaliera di intermediari finanziari, da cui pare emergere una

prerogative di sovranità nazionali, la tendenza di *forum shopping*, i rischi per i creditori chirografari allocati fuori dal Paese d'origine, nonché gli scarsi incentivi per le autorità nazionali nell'effettuare un *monitoring* sui soggetti insolventi, il che implica un alto livello di *free riding*.

⁵⁵ Le osservazioni sono di G. Crapanzano, *Commento all'art. 95-bis*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, IV, 2012, p. 1153.

⁵⁶ Cfr. su tali tematiche: G. Garcia, R.M. Lastra, M. Nieto, *Bankruptcy and reorganization procedures for cross-border banks in the EU: Towards an integrated approach to the reform of the EU safety net*, in *Journal of Financial Regulation*, 2009, 17, p. 240.

riconduzione ad unità della gestione dei meccanismi risolutivi, mediante la previsione di un passaggio della relativa competenza dalle autorità nazionali alla nuova Autorità Bancaria Europea⁵⁷.

Ad ogni modo, attualmente, è ancora alla Direttiva CE 24/2001 a cui si deve guardare. E l'art. 9, in particolare, è chiaro nel sancire la *sola* (nel senso di esclusiva) competenza delle autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro di origine a decidere dell'apertura di una procedura di liquidazione nei confronti di un ente creditizio, *incluse* le succursali stabilite in altri Stati membri. Dunque, giusta la previsione del seguente art. 10, la banca sarà liquidata (con tutti gli effetti prodromici e seguenti) secondo la legge applicabile nello Stato membro d'origine, per tale intendendosi, ai sensi della Direttiva CE 20 marzo 2000, n. 12, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, quello nel quale l'ente creditizio ha ricevuto l'autorizzazione a svolgere attività bancaria (art. 1, punto 6). La stessa Direttiva, per il miglior intendimento della disciplina in commento, definisce inoltre *succursale* «una sede di attività che costituisce parte, sprovvista di personalità giuridica, di un ente creditizio e che effettua direttamente, in tutto o in parte, le operazioni inerenti all'attività di un ente creditizio» (art. 1, punto 3). Di rilievo è altresì la puntualizzazione che «più sedi di attività costituite nello stesso Stato

⁵⁷ Si vedano i riferimenti citati in nota 40.

membro da un ente creditizio con sede sociale in un altro Stato membro sono considerate come una succursale unica».

Ecco dunque risolto il caso a inizio paragrafo prospettato, nel senso che qualora un ente creditizio multinazionale versi in stato d'insolvenza sarà sempre la legge dello Stato d'origine, nel cui territorio è stata rilasciata l'autorizzazione a svolgere attività bancaria, a determinare l'autorità competente a procedere alla relativa dichiarazione⁵⁸, fermo restando che la giurisdizione – qualora di questa si tratti – non può che essere, per prescrizione comunitaria, esclusivamente dell'autorità nazionale⁵⁹. Di talché, come del resto concretizza l'art. 95-*quater* del T.U., la Banca d'Italia, qualora ritenga necessaria l'apertura di una procedura a

⁵⁸ Si noti in proposito come il mutamento dello Stato membro d'origine risulti alquanto disagiata, presupponendo la rinuncia alla licenza bancaria, con conseguente sospensione dell'attività, seguita dal trasferimento della sede all'estero e dal rilascio di una nuova autorizzazione. Come sopra già evidenziato, dunque, il rischio di *forum shopping* appare nei fatti attenuato, permanendo in realtà il pericolo che, al fine di attirare gli investimenti delle banche costituenti, alcuni ordinamenti nazionali adottino regole concorsuali più morbide. Cfr.: G. Crapanzano, *Commento all'art. 95-bis*, cit., p. 1154.

⁵⁹ Il carattere *esclusivo* risulta invero omesso nella normativa italiana di attuazione, ancorché implicitamente ricavabile dal combinato disposto di cui agli artt. 95-*bis* e 95-*quater* T.U. Conclusione valevole *a fortiori* nel momento in cui si condivide altresì la considerazione secondo cui la Direttiva CE 24/2001 conterrebbe una normativa così precisa e dettagliata da renderla *self-executing*. In tal senso: P. De Cesari, G. Montella, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, cit., p. 35.

carico di un ente creditizio operante in Italia, ma autorizzato in un altro Stato membro, informerà la competente autorità dello Stato d'origine dell'ente medesimo, essendo inibita a provvedere autonomamente. Viceversa, darà comunicazione alle autorità degli Stati comunitari cc.dd. «ospitanti» dell'apertura di procedure a carico di banche italiane aventi succursali in detti Stati, con la precisazione di quali effetti concreti tali procedure sono in grado di riflettere anche sul territorio extra-nazionale. Pertanto, sarà analogamente a dirsi pure nel caso di declaratoria d'insolvenza, qualora si sposi la tesi che anche per essa è valevole dal Direttiva CE 24/2001. Quindi, se a essere insolvente è una banca italiana ovvero una succursale di questa sita in un diverso Stato comunitario, la giurisdizione per la relativa pronuncia appartiene all'A.g.o. italiana del luogo ove la banca ha radicato la sua sede legale. Mentre invece, qualora l'ente operante in Italia - come succursale -, che si trovi in stato d'insolvenza, abbia ottenuto l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in altro Stato membro, potrà essere formalmente dichiarato decotto solo dall'autorità individuata come competente dalla legge del Paese d'origine nel quale si radica anche la giurisdizione. È in ogni caso evidente come in entrambe le ipotesi prospettate sia essenziale che venga assicurato un proficuo scambio informativo tra le diverse autorità degli Stati membri, sul quale insiste anche la stessa Direttiva in commento, *sub* art. 9, comma 2, ai sensi del

quale le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine sono tenute a informare *immediatamente e con ogni mezzo* le autorità competenti dello Stato membro ospitante delle proprie decisioni, nonché degli effetti concreti che le stesse producono, possibilmente in via anticipata oppure subito dopo. La succinta, ma incisiva disciplina in tema di collaborazione tra autorità è peraltro nei medesimi termini riprodotta dall'art. 95-*quater* del T.U. Non resta dunque che verificare in concreto quale sia l'autorità chiamata a garantire il flusso informativo nel caso *de quo*, dato che la norma predetta non contempla espressamente l'ipotesi del provvedimento dichiarativo di insolvenza, declinando anzi la generale terminologia comunitaria nelle differenti e uniche ipotesi di procedure a cui una banca in Italia è sottoponibile – individuate in amministrazione straordinaria, gestione provvisoria e liquidazione coatta amministrativa –, nonché prevedendo nei confronti di una banca comunitaria operante in Italia la sola procedura di risanamento con apparente esclusione di soluzioni liquidatorie.

Secondo l'opinione di chi scrive spetterebbe sempre alla Banca d'Italia provvedere alle comunicazioni previste e non solo, e non tanto, perché così depone espressamente il testo di legge per le ipotesi *expressis verbis* previste. Piuttosto, perché la pronuncia dichiarativa dell'insolvenza non vale a fondare l'apertura del fallimento della banca sotto il controllo

del giudice competente, ponendosi invero come provvedimento (in un qual senso) ancillare alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, sia che intervenga prima o dopo l'avvio di questa. Come già osservato, infatti, l'interdipendenza tra dichiarazione di insolvenza e procedura amministrativa opera a senso unico, a discapito dell'autonomia dei fini del provvedimento giudiziale, nel senso che può aversi la seconda senza la prima, ma non la prima senza la seconda. Tant'è che - si ripete - il comma quarto dell'art. 195 l.f., di sicura valenza anche nel contesto bancario, statuisce che la sentenza con cui si accerta lo stato di insolvenza è comunicata, entro tre giorni, all'autorità competente, *i.e.* la Banca d'Italia nel caso *de quo*, affinché disponga la liquidazione dell'ente decotto. Sarebbe dunque, *in primis*, proprio la suddetta mancanza di autonomia rispetto alla procedura di liquidazione coatta governata dall'autorità amministrativa a far propendere per l'individuazione della competenza funzionale della Banca d'Italia a informare le corrispondenti autorità degli Stati membri interessati. In secondo luogo, a sostegno del medesimo argomento, deporrebbe anche una maggiore semplicità di procedura, già testata in materia di vigilanza, posto che un *network* di autorità nazionali, con i medesimi poteri ed esercenti le medesime funzioni, varrebbe a garantire una cooperazione efficiente.

Da tale conclusione discende altresì, quale corollario, che qualora il tribunale sia erroneamente adito per

L'accertamento dell'insolvenza di una succursale di banca comunitaria, il ricorso sarà dichiarato inammissibile con chiusura in rito del processo per difetto di giurisdizione. Tuttavia il giudice non sarà tenuto ad indicare l'autorità *lato sensu* competente per la declaratoria *de qua*, bensì provvederà a trasmettere tempestivamente idonea comunicazione alla Banca d'Italia, potendo all'uopo soccorrere, quale base giuridica, il disposto di cui al comma 8 dell'art. 7 del T.U., in accordo al quale l'Organismo di vigilanza può scambiare informazioni (anche) con autorità giudiziarie nell'ambito di procedimenti di liquidazione o di fallimento, in Italia o all'estero, relativi a banche, succursali di banche italiane all'estero o (ecco il caso) di banche comunitarie o extra-comunitarie in Italia. Posto infatti che di «fallimento» non può parlarsi nel caso di *banche* - intendendo per esse imprese *autorizzate* all'attività bancaria⁶⁰ -, il termine (forse un po' maldestramente) impiegato potrebbe ben riferirsi al procedimento per la dichiarazione di insolvenza, confermando dunque la soluzione proposta. Sarà perciò la Banca d'Italia, in ossequio al comma 6 dell'ultimo articolo citato, a trasmettere le informazioni rilevanti, affinché la competente autorità dello Stato comunitario interessato provveda, in base alla legge d'origine, ad accertare lo stato di decozione della succursale

⁶⁰ Fermo comunque il fallimento di enti svolgenti attività bancaria non autorizzata, in ossequio alle classiche previsioni della legge fallimentare.

comunitaria operante in Italia o, comunque, ad adottare i provvedimenti opportuni⁶¹. Il riconoscimento della procedura straniera (implicito e necessitato dalla legge) comporterà inoltre anche il prodursi automatico degli effetti previsti dalla disciplina d'origine operante – con le uniche eccezioni contemplate dalla Direttiva CE 24/2001 –, non trovando qui spazio la questione se il suddetto riconoscimento possa far *presumere* che l'ente operante in Italia sia insolvente in base al diritto interno⁶².

Manca, da ultimo, da considerare il caso d'insolvenza transfrontaliera nell'ipotesi di banche extra-comunitarie, risultando la relativa disciplina – come già anticipato – differente rispetto all'ipotesi in cui la crisi dell'ente creditizio multinazionale si risolve esclusivamente entro i confini dell'Unione Europea. Lo

⁶¹ L'art. 7, comma 6, T.U. stabilisce infatti che la Banca d'Italia collabora, anche mediante scambio di informazioni, con le autorità competenti degli Stati comunitari, al fine di agevolare le rispettive funzioni. Previsione poi dettagliata, per via del recepimento della Direttiva CE 24/2001, dall'art. 95-*quater* T.U., in particolare al comma 2. Anche se, è bene evidenziarlo nuovamente, appare più che limitante la circoscrizione normativa della comunicazione all'autorità di vigilanza dello Stato d'origine nei (soli) casi in cui la Banca d'Italia ritenga necessaria l'applicazione (in Italia) di una «procedura di risanamento» nei confronti della banca comunitaria.

⁶² In tal senso si esprime l'UNICITRAL *Model Law on Cross-border Insolvency* del 1997. All'art. 31 si legge infatti: «*[I]n the absence of evidence to the contrary, recognition of a foreign main proceeding is proof [...] that the debtor is insolvent*», al chiaro fine – in codesto caso, ma impossibile nel contesto bancario per il principio dell'universalità – di aprire la corrispondente procedura secondo il diritto interno con conseguente applicazione degli effetti ivi previsti.

scenario è affrontato dall'art. 19 della Direttiva CE 24/2001, il quale prende appunto in esame la circostanza in cui uno Stato membro ospiti la succursale di una banca di un Paese terzo. Innanzitutto pare potersi evidenziare la discrasia – quantomeno terminologica – tra i criteri adottati dal legislatore comunitario, nel momento in cui considera succursali comunitarie, ospitate in uno Stato membro diverso dal Paese di origine, quelle facenti capo a un ente autorizzato a svolgere attività bancaria in un diverso Stato membro, mentre invece si riferisce a succursali extracomunitarie, stabilite nel territorio dell'Unione, per indicare quelle di un ente creditizio avente sede legale al di fuori della Comunità. Si diceva discrasia eminentemente terminologica, da un lato, volendo semplicisticamente presumersi – universalmente – che lo Stato in cui la banca ha ricevuto autorizzazione è il medesimo ove la stessa ha stabilito la propria sede legale⁶³ e, dall'altro, posto che non è affatto indiscutibile che anche per le banche extracomunitarie sia necessaria un'autorizzazione – ferma l'indispensabilità di essa per le relative succursali operanti nell'Unione –, è logico che prevalga, come criterio identificativo della natura extracomunitaria, lo stabilimento della sede in territorio non europeo. Ad ogni modo, la Direttiva, *sub* articolo citato, prescrive che le autorità competenti dello Stato membro in cui è stabilita la succursale di un ente

⁶³ Come del resto previsto dalla normativa armonizzata italiana di cui all'art. 14, comma 1, lett. *a-bis*), T.U.

creditizio extracomunitario sono tenute a informare, immediatamente – come al solito – e con ogni mezzo, non già le corrispondenti autorità del Paese terzo, bensì gli organismi competenti degli altri (eventuali) Stati membri UE ospitanti, nei quali il medesimo ente abbia istituito ulteriori succursali, circa la propria decisione di aprire una procedura di liquidazione a carico della succursale predetta, con specificazione altresì degli effetti concreti che tale apertura produce nel territorio *comunitario* interessato. Da qui, pertanto, il radicamento della competenza (e quindi della giurisdizione) ad aprire la procedura di liquidazione coatta, ma anche a dichiarare lo stato di insolvenza, a carico della succursale di banca extracomunitaria, in capo alle autorità dello Stato comunitario in cui la succursale stessa è stabilita. Per meglio esplicitare, fermo l'obbligo di coordinamento e comunicazioni tra le autorità dei Paesi membri interessati, qualora diverse succursali della banca extracomunitaria siano sottoposte a procedure (anche di accertamento d'insolvenza) da parte di più autorità in differenti Stati comunitari, varrà il modello della *territorial insolvency*. In altri termini, se nei vari Stati membri operano succursali facenti capo a una banca extracomunitaria, l'autorità competente in ogni Stato membro sarà legittimata a sottoporre a procedura locale le succursali presenti nel proprio territorio, senza che possa subire condizionamenti da

iniziative analoghe intraprese in altri Stati membri con riguardo alle succursali ivi localizzate⁶⁴.

La soluzione è confermata, in particolare, dall'art. 95 del T.U., il quale dispone l'applicazione, previa verifica – invero non comprensibile – di compatibilità, delle norme, contenute nella sezione III del titolo IV del Testo Unico, relative alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa⁶⁵, tra le quali è compreso – sia consentito il rilievo superfluo – anche, e proprio ai fini *de quibus*, l'art. 82 relativo all'accertamento dello stato di insolvenza.

Indi per cui sarà il tribunale del luogo in cui la succursale di banca extracomunitaria ha sede legale italiana ad essere munito di giurisdizione e competenza per la declaratoria dello stato di decozione, con conseguente apertura, in Italia e secondo la legge italiana, della procedura di liquidazione coatta amministrativa a carico della succursale medesima, qualora – ovviamente – tale procedura amministrativa non sia stata già avviata. A riguardo si osserva, peraltro, che, nell'ipotesi di compresenza in Italia di una pluralità di succursali della medesima banca extracomunitaria, il

⁶⁴ Nel medesimo senso chiariscono: P. De Cesari, G. Montella, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, cit., p. 36.

⁶⁵ La medesima disposizione al comma 2 richiama inoltre l'operatività anche dell'art. 77, comma 1-*bis*, T.U., riprodotto il dovere informativo, già sancito a livello comunitario, della Banca d'Italia nei confronti delle autorità di vigilanza degli altri Stati membri che ospitano succursali della banca extracomunitaria.

tribunale territorialmente competente sarà quello della sede principale, mentre invece la verifica del presupposto dell'insolvenza dovrà necessariamente riferirsi all'insieme delle succursali medesime⁶⁶. I rilievi risultano condivisibili se e in quanto si accetti il presupposto che più sedi di attività facenti capo allo stesso ente creditizio, con sede legale ubicata in territorio extracomunitario, e stabilite in un unico Stato (membro dell'Unione) formino una sola succursale, alla stregua di quanto previsto dal già menzionato art. 3, punto 1), della Direttiva CE 12/2000 per le succursali di banche comunitarie. Conclusione che non mi pare appieno convincente, non dovendo neppure stupire che la sua disattesa implichi una diversità di trattamento tra banche di origine comunitaria ed extracomunitaria, essendo proprio su tale diversità incentrata la disciplina rilevante del Testo Unico. La conclusione, si diceva, non convince poiché – semplicemente – non si ritrova alcun fondamento normativo in tal senso. In più, guardando alle definizioni offerte dall'art. 1 del T.U., si può notare un'equiparazione formale (che cela invero la sostanza) tra le banche italiane e le succursali in Italia di banche extracomunitarie, accomunate, per voce della lettera d), dalla medesima qualificazione di «banche autorizzate in Italia», lasciandosi così propendere per l'intendimento delle succursali suddette quali imprese autonome

⁶⁶ Così: V. Tusini Cottafavi, S. Montemaggi, *Commento all'art. 95*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, IV, 2012, pp. 1141.

(seppur sprovviste di personalità giuridica) preordinate, perché a ciò singolarmente autorizzate⁶⁷, a svolgere attività bancaria.

Il corretto intendimento della disciplina riservata al caso di insolvenza bancaria transfrontaliera coinvolgente Paesi extra-UE, consente di comprendere altresì il trattamento previsto per i gruppi di banche multinazionali, per la cui disquisizione si rinvia al paragrafo che segue.

3.1.2 Ancora sugli stessi presupposti processuali nell'ipotesi di gruppo bancario domestico e multinazionale

Deve ora svilupparsi l'ipotesi di accertamento giudiziale dell'insolvenza di un ente appartenente a un gruppo bancario, sempre con riguardo ai profili determinativi di giurisdizione e competenza, avvertendosi fin da subito l'unicità della disciplina offerta dal legislatore nazionale, per nulla influenzato da dettami comunitari. La Direttiva CE 24/2001, di cui sopra tanto si è parlato, – come del resto anche il Regolamento CE 1346/2000 – nulla infatti dispone in merito al gruppo bancario, dando così àdito a giustificate critiche di fronte alla mancata previsione di una gestione unitaria della crisi del gruppo transfrontaliero. Di talché, nella trattazione a seguire,

⁶⁷ Il comma 4 dell'art. 15 T.U. è infatti chiaro nello stabilire che le banche extracomunitarie, già operanti in Italia, possono ivi stabilire altre succursali «previa autorizzazione della Banca d'Italia».

non avrà significato operare alcun *distinguo* tra ambiente comunitario ed extracomunitario, dovendosi far riferimento alle medesime disposizioni dettate in generale dal Testo Unico, *in primis*, per il gruppo domestico. Tuttavia, non essendovi limitazioni di sorta, meglio sarebbe parlare in senso neutro di gruppo bancario, a prescindere dalla nazionalità dei singoli enti componenti. L'unica distinzione imprescindibile concerne invece la capogruppo dalle altre società.

Innanzitutto, l'art. 99 del T.U. è esplicito nel proclamare l'applicabilità alla capogruppo delle norme contenute nella sezione III del capo I sotto il titolo IV. Varrà quindi pienamente l'art. 82 del T.U., implicante, ai fini *de quibus*, il radicamento della competenza del tribunale del luogo ove la banca «madre» ha la sede legale, naturalmente sia che l'accertamento giudiziale dell'insolvenza avvenga prima dell'apertura della liquidazione coatta amministrativa, sia che intervenga successivamente alla stessa. Fin qui *nulla quaestio*. Più interessante è invece scoprire quali effetti provochi la dichiarazione dell'insolvenza della capogruppo, ulteriori rispetto a quelli richiamati dall'ultimo comma del medesimo art. 82. L'art. 99, comma 5, del T.U. stabilisce infatti che, qualora sia accertato il predetto stato, diviene possibile, da parte del commissario liquidatore e dinnanzi al tribunale nella cui circoscrizione ha sede legale la capogruppo (in virtù del disposto di cui all'art. 104, comma 1, del T.U.), l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare di cui

all'art. 67 l.f. e, s'interebbe, solo questa, posto che la stessa disposizione null'altro dice se non da quando ha decorrenza il c.d. periodo sospetto, differenziato a seconda che si ricada nelle ipotesi di cui ai numeri da 1) a 3) del primo comma dell'art. 67 l.f., ovvero in quelle contemplate al numero 4) o al comma secondo della medesima norma, anche qui, comunque, non tenendo conto dell'intervenuta novella fallimentare. La previsione suscita quindi più di un commento che però non trova spazio in tale sede e che pertanto si rinvia al capitolo appositamente dedicato⁶⁸.

Mentre, per quel che concerne le singole società appartenenti al gruppo bancario troveranno applicazione, in virtù del disposto di cui all'art. 101 del T.U., le norme della suddetta sezione III alla *condizione necessaria, ma non sufficiente*, che di esse sia stato accertato giudizialmente lo stato di insolvenza. La piena operatività delle disposizioni richiamate sarà infatti garantita qualora, oltre all'insolvenza ufficialmente conclamata dell'ente «figlio», si accompagni altresì - preventivamente o successivamente (la legge non lo precisa, parendo irrilevante) - la sottoposizione ad amministrazione straordinaria ovvero a liquidazione coatta amministrativa della banca «madre». La medesima norma succitata prosegue inoltre con la prescrizione secondo la quale, qualora una delle società del gruppo sia sottoposta a procedura concorsuale - e

⁶⁸ Si veda *infra*, in particolare, cap. III, *sub* § 3.1.

non è da escludere il fallimento, anzi espressamente contemplato⁶⁹ -, questa si converte in liquidazione coatta amministrativa con sentenza dichiarativa pronunciata in camera di consiglio, anche d'ufficio, da parte del «tribunale competente». Il legislatore ha inoltre cura qui di precisare che resta fermo l'accertamento dello stato d'insolvenza già operato.

Alla luce dello scenario così ricostruito sembrerebbe dunque che per le società del gruppo, diverse da quella «madre», l'art. 82 del T.U. non trovi (quantomeno in ogni ipotesi) applicazione. E in effetti così è, posto che la declaratoria dello stato d'insolvenza si colloca, in tale contesto, *sempre* in tempo antecedente rispetto alla (solo *eventuale*) apertura della liquidazione coatta *bancaria* (di cui agli articoli 80 e seguenti del T.U.) a carico della società decotta. Ne consegue pertanto che il tribunale competente di cui parla l'art. 101 del T.U. non sarà quello del luogo ove ha sede la capogruppo - come invece si ebbe a dire con riguardo alle succursali italiane della banca con sede in Italia⁷⁰ -, bensì l'ufficio giudiziario individuato come competente dalla legge "fallimentare" applicabile alla singola società del gruppo. Così, se essa è un'impresa «strumentale»

⁶⁹ Ciò si spiega con la lettura dell'art. 60 T.U., ai sensi del quale possono far parte del gruppo bancario, oltre alla capogruppo, (unicamente) le «società bancarie, finanziarie e strumentali» dalla prima controllate. È chiaro allora che la possibilità di fallimento si pone con riguardo alle società cc.dd. strumentali di natura diversa da quella bancaria (o finanziaria).

⁷⁰ Cfr. *supra*, *sub* § 3.1.

industriale, pertanto sottoponibile a fallimento, competente a dichiararne l'insolvenza sarà il tribunale del luogo in cui la stessa ha la sede *principale*, ai sensi dell'art. 9 l.f. e secondo l'esegesi di esso. E lo stesso sarà altresì competente a dichiarare, giusta la previsione di cui all'art. 101, comma 2, del T.U., la conversione del fallimento aperto in liquidazione coatta amministrativa bancaria. Qualora invece si tratti di una (altra) banca, varrà sì - per forza - l'art. 82 del T.U. e il giudice competente a pronunciare l'insolvenza sarà quello del luogo ove la stessa ha la *propria* sede legale.

Resta ora da completare il discorso, affrontando il caso dei gruppi bancari *cross-border*, non disciplinato - come sopra spiegato - dalla Direttiva CE 24/2001, che invece applica il modello della *full universal insolvency* solo qualora la banca sia strutturata in forma multi-divisionale, nel senso che si ramifichi in diverse succursali con mantenimento dell'unitarietà del soggetto giuridico esercente attività bancaria transfrontaliera⁷¹. Nell'ipotesi in esame, allora, ciascuna

⁷¹ Si ricorda infatti che secondo la definizione offerta dall'art. 1, comma 2, lett. e), T.U. - di evidente derivazione comunitaria (cfr. *supra*, § 3.1.1) - per «succursale» è da intendersi «una sede che costituisce parte, *sprovvista di personalità giuridica*, di una banca che effettua direttamente, in tutto o in parte, l'attività della banca» (c.vo nostro). La medesima normativa comunitaria è inoltre ritenuta interpretativamente applicabile, in aggiunta alle succursali, anche in caso di rapporti transfrontalieri che un intermediario bancario intrattenga senza stabilire una succursale estera, ma in regime di libera prestazione di servizi: E. Galanti, *Attuazione della direttiva CE sulle crisi bancarie e coordinamento fra legislazione di settore e normativa*

filiazione sarà soggetta a una distinta procedura in base alla legge dello Stato in cui ha sede legale, valendo la regola della individualità⁷². Trova quindi spazio il medesimo principio della *territorial insolvency*, alla stregua di quanto prospettato nel caso di succursali di banche extracomunitarie.

Il regime giuridico applicabile è comunque da meglio definire, alla luce della previsione contenuta nell'art. 60 del T.U., circoscrivente la composizione del «gruppo bancario» ai sensi e per gli effetti di cui al medesimo Testo Unico. È in particolare disposto che il soggetto capogruppo (che può essere unicamente una banca o una società finanziaria) sia necessariamente italiano, nel senso che abbia sede legale in Italia e ricevuto autorizzazione a svolgere la propria attività dall'autorità di vigilanza italiana. Mentre invece nulla è chiarito con riguardo alla nazionalità delle altre società del gruppo (bancarie, finanziarie e strumentali soggette al controllo della capogruppo, secondo la nozione offerta dall'art. 23 del T.U.), con il che lasciandosi intendere che le stesse possono essere anche stabilite al di fuori del territorio della Repubblica. Di talché, in assenza di norme di conflitto regolatrici, sembrerebbe che: a) se la capogruppo italiana è sottoposta ad amministrazione straordinaria o a liquidazione coatta,

sulla responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, pp. 737-738.

⁷² E. Galanti, *La nuova normativa europea sulle crisi bancarie*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, pp. 410-411.

per l'operatività della procedura amministrativa italiana *ex art. 99, comma 1, del T.U.*, nei confronti della società del gruppo avente sede legale all'estero, occorrerebbe il riconoscimento del provvedimento straniero accertativo dell'insolvenza della società medesima, ai sensi degli articoli 64 e seguenti della già citata legge 218/1995; b) inoltre, se a carico di una società straniera del gruppo bancario italiano sia aperta dall'autorità estera competente una procedura concorsuale, sarà necessario il riconoscimento, sempre in ossequio alle medesime norme di diritto internazionale privato, del provvedimento di apertura perché si possa avviare anche in Italia la liquidazione coatta amministrativa. Tuttavia, in tal caso, resta fermo il duplice quesito: 1) se l'accertamento dello stato d'insolvenza debba comunque preesistere all'avvio della procedura amministrativa in Italia, posto che l'art. 99, comma 2, del T.U. si riferisce a un accertamento «già operato»; 2) e se, nel caso, tale accertamento debba essere compiuto necessariamente dall'autorità estera, oppure se, salva la competenza di questa per il proseguo della procedura nazionale prevista e riconosciuta in Italia, il medesimo possa essere effettuato dal giudice italiano, subentrando qui l'ulteriore problema dell'individuazione dell'ufficio giudiziario competente, anche per quel che riguarda, sempre in virtù del comma 2 del medesimo articolo, la pronuncia di sentenza dichiarativa di soggezione della società (estera) del gruppo a liquidazione coatta amministrativa (italiana). Se fosse il tribunale nel cui

circondario si trova la sede legale della capogruppo (come intuitivamente si sarebbe portati a ritenere⁷³), si avrebbe argomento per sostenerne anche la giurisdizione, in ossequio alla norma di chiusura contenuta nell'art. 3 della l. 218/1995, che, come sopra osservato, riconosce la sussistenza della giurisdizione italiana «anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio»⁷⁴.

3.2 Gli altri aspetti processuali espressamente disciplinati

3.2.1 *La legittimazione ad agire e a contraddire*

L'art. 82 del T.U. contempla espressamente lo spettro di soggetti che possono richiedere, nella forma del ricorso - anche se il testo non lo precisa -, l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza dell'impresa bancaria, distinguendo all'uopo l'ipotesi di cui al comma 1 da quella di cui al comma successivo. La *legitimatio ad causam* dei creditori, nonché - in via meramente concorrente - dei commissari straordinari,

⁷³ Quasi interpretando estensivamente il primo comma dell'art. 104 T.U., rubricato proprio «*Competenze giurisdizionali*», fondante, sia per l'azione revocatoria nei confronti delle società del gruppo che per tutte le controversie tra le medesime, proprio la competenza del tribunale nella cui circoscrizione ha sede legale la capogruppo.

⁷⁴ Tale conclusione viene invece giudicata forzata da: P. De Cesari, G. Montella, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, cit., p. 39, i quali sono portati a escludere - seppur sembra in modo non del tutto convinto - la possibilità di assoggettamento a procedura italiana di società estere del gruppo.

nel caso - è chiaro - in cui la banca sia sottoposta ad amministrazione straordinaria, è infatti prevista solo se la pendenza del giudizio *de quo* preceda l'instaurazione della liquidazione coatta amministrativa. Qualora invece si tratti di accertamento postumo rispetto all'emanazione del provvedimento amministrativo, l'iniziativa non potrà che ricadere - in tal caso in via esclusiva - sul commissario liquidatore, qui agente quale detentore delle prerogative poste a tutela dei diritti del ceto creditorio, necessariamente autorizzato, a detta della giurisprudenza, dall'autorità governativa, nonostante possa presentare l'istanza personalmente e senza l'ausilio di un difensore⁷⁵. Comune ad entrambe le fattispecie, di cui ai commi primo e secondo suddetti, è invece la previsione che acconsente sia la proposizione della richiesta di accertamento da parte del pubblico ministero sia la procedibilità d'ufficio per opera del giudice competente.

Naturale sorge, a tal punto, il confronto con la disciplina di cui agli articoli 6 e 7 l.f. Innanzitutto, a differenza di quanto legislativamente dettato per l'attivazione del procedimento volto alla dichiarazione di fallimento, si nota che il pubblico ministero, nella presentazione della richiesta di accertamento dell'insolvenza bancaria, non è affatto condizionato dalla sussistenza di presupposti *ex lege* previsti, potendo al contrario procedere in ossequio a personali

⁷⁵ Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 1992, n. 11085, cit.

valutazioni, frutto dell'attività inquisitoria adempiuta secondo i doveri del proprio ufficio. Peraltro, a riguardo, si è avuta occasione per precisare che il pubblico ministero eserciterebbe nel procedimento per l'accertamento dello stato d'insolvenza bancaria una mera sollecitazione del potere officioso del tribunale e non già un'azione in senso proprio, di talché, la mancata partecipazione di esso al giudizio non costituirebbe motivo di nullità della relativa sentenza, essendo detta partecipazione meramente facoltativa⁷⁶.

In secondo luogo, emerge in tutta la sua dirimpente portata, la possibilità, qui ancora non espunta, che il giudice possa procedere officiosamente e dunque giungere alla declaratoria dell'insolvenza bancaria a prescindere da qualunque iniziativa di parte, pubblica o privata. Come noto, invece, dalla novella del 2006, il fallimento non può più essere dichiarato d'ufficio e, secondo la disciplina generale di cui agli articoli 195 e 202 l.f., la procedibilità officiosa non è contemplata neppure per la declaratoria dell'insolvenza dell'impresa sottoponibile o già sottoposta a liquidazione coatta⁷⁷. Due paiono allora le interpretazioni plausibili.

⁷⁶ Trib. Frosinone, 15 maggio 1998, cit. Nel procedimento volto alla dichiarazione di fallimento, invece, il pubblico ministero, pur non essendo parte necessaria, dovrà obbligatoriamente intervenire ogni qual volta abbia formulato la relativa istanza.

⁷⁷ Da notarsi peraltro come la mancata previsione, qui, sia frutto di una scelta originaria del legislatore del '42 e non esito dell'intervenuta modifica normativa di cui si è scritto nel testo.

La prima, forse semplicistica e di approdo più frettoloso, porta a concludere a favore di un effetto espansivo della modifica fallimentare, implicante la caducazione della previsione di settore corrispondente a quella soppressa nel contesto dell'insolvenza dell'impresa industriale⁷⁸. Cosicché, stante la palese incoerenza del Testo Unico rispetto agli interventi riformatori interessanti la normativa fallimentare, in più occasioni in tale trattazione evidenziata, la procedibilità d'ufficio rappresenterebbe retaggio di una disciplina ormai in disuso, solo apparentemente vigente per effetto di un tanto mancato quanto necessario aggiornamento della normativa speciale.

Diversamente argomentando, e forse preferibilmente, si sarebbe invece spinti a ritenere che il mantenimento della rilevazione officiosa dell'insolvenza bancaria, a dispetto di quanto mosse lo spirito riformatore fallimentare, sia, se non espressione di una scelta precisa - stante la latente superficialità del legislatore *in parte qua* - quantomeno coerente con più di una considerazione. È da rilevarsi infatti che la dichiarazione di fallimento (dell'impresa industriale) è cosa (parzialmente) diversa rispetto alla dichiarazione di insolvenza (dell'impresa bancaria), anche se, ai sensi dell'art. 15, comma 4, l.f., si dice che il (relativo) procedimento è volto all'accertamento (proprio) dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, tra i

⁷⁸ Sposa la soluzione di un'abrogazione implicita della disposizione: G. Boccuzzi, *Commento all'art. 82, cit.*, p. 1010.

quali spicca lo stato d'insolvenza *ex art. 5 l.f.* E, per quel che qui interessa, la suddetta diversità ben si può cogliere, più che con riguardo all'oggetto dell'accertamento – fermo tutto quanto sopra scritto⁷⁹ –, con precipuo riferimento agli effetti che la declaratoria di insolvenza bancaria produce, che non sono quelli dell'apertura di un concorso, ma che si innestano inscindibilmente su una procedura amministrativa, di stampo squisitamente pubblico, che è già in essere o da instaurare in virtù del (solo) provvedimento ministeriale *ex lege* indefettibilmente previsto. Pertanto, quella che si è qualificata natura ancillare del provvedimento dichiarativo dell'insolvenza bancaria, rispetto alla liquidazione coatta amministrativa, scevra di riflessi costitutivi *diretti* in merito all'avvio della procedura concorsuale, unitamente al carattere pubblicistico che la gestione della crisi bancaria indubbiamente riveste, sarebbe tale da rompere quel nesso di analogia tra declaratoria di fallimento, da un lato, e declaratoria di insolvenza della banca, dall'altro, in punto di procedibilità officiosa, con conseguente piena valenza del dettato normativo attualmente vigente, (almeno) fino a espressa scelta contraria del legislatore. Il che sarebbe peraltro affermabile *a fortiori* nell'ipotesi di accertamento dell'insolvenza della banca non (ancora) sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, ove è mancante la presenza pubblica del commissario liquidatore, posto che, in tal caso,

⁷⁹ Si veda *supra*, sub §§ 2 e ss.

proprio l'insolvenza acclamata è idonea a costituire presupposto autonomo della liquidazione coatta amministrativa, al pari di quelli, – si noti – di minor gravità, contemplati dall'art. 80 del T.U., rilevabili tutti *esclusivamente* dalla (sempre pubblica) autorità amministrativa.

Da quanto poc'anzi detto si coglie altresì l'occasione per evidenziare che, alla luce del dettato normativo, non pare ravvisabile una legittimazione ad agire per la dichiarazione giudiziale dell'insolvenza da parte della Banca d'Italia, la quale, invece, riconosciuti gli altri presupposti per la liquidazione coatta amministrativa, presenta la relativa proposta di apertura al Ministro dell'economia e delle finanze. Solo in ossequio all'art. 195 l.f., l'Autorità che ha vigilanza sull'impresa potrebbe agire per ottenere la declaratoria di insolvenza, ma unicamente qualora la liquidazione coatta non sia stata ancora avviata, stante la mancata duplicazione della corrispondente previsione sotto l'art. 202 l.f. Allora, se si accetta il difetto di legittimazione della Banca d'Italia nel caso in esame, non può tuttavia escludersi che l'iniziativa officiosa del giudice possa essere sollecitata, così da stemperarne l'ingombro rispetto alla corrispondente disciplina fallimentare, proprio dall'Autorità di vigilanza che di certo, nell'esercizio della sua attività, ha – o dovrebbe avere – per prima contezza circa lo stato di decozione della banca sottoposta al suo controllo. Ancora una volta il *background* giuridico sarebbe offerto da

un'interpretazione (necessariamente) elastica dell'art. 7, comma 8, del T.U., ove si legge che «[l]a Banca d'Italia può scambiare informazioni con autorità amministrative o giudiziarie nell'ambito di procedimenti di liquidazione o di fallimento». Dunque, la mancanza di legittimazione di detta Autorità e, al contempo, la conoscenza di questa circa la reale situazione della banca in difficoltà, potrebbe essere argomento ulteriore atto a giustificare il permanere dell'iniziativa officiosa del giudice nell'avvio del procedimento di cui all'art. 82 del T.U., in virtù di uno scambio informativo legislativamente ammissibile.

Il discorso suddetto prende chiaramente le mosse dalla considerazione che la legittimazione ad agire per la dichiarazione giudiziale dell'insolvenza bancaria appare tipica, stante l'elencazione tassativamente limitante prospettata dall'art. 82 del T.U., il quale non sembra ammettere *prima facie* l'iniziativa di soggetti diversi rispetto a quelli menzionati espressamente. Identica considerazione potrebbe inoltre essere invocata per scartare l'ipotesi, in effetti non contemplata, in cui a presentare il ricorso per la dichiarazione d'insolvenza sia l'impresa bancaria stessa⁸⁰, chiaramente qualora non

⁸⁰ Favorevoli invece a riconoscere tale ulteriore legittimazione: L. Desiderio, *Commento all'art. 82*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio et al. Milano, 2010, p. 903, il quale suggerisce l'ammissibilità dell'ipotesi anche al fine di scongiurare un'imputazione di bancarotta semplice ai sensi dell'art. 217, comma 1, n. 4), l.f.; S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento all'art. 82*, cit., p. 1351. *Contra*: G. Boccuzzi, *Commento all'art. 82*, cit., p. 1011, per il quale la

sia ancora intervenuta la liquidazione coatta amministrativa, ch , altrimenti, senza divagare troppo sul piano teorico, l’iniziativa verr  senz’altro presa dal commissario liquidatore. Pur scontrandosi con una rigidit  normativa, un’interpretazione di pi  ampio respiro, chiaramente mutuante la disciplina fallimentare, pare comunque da preferire, soprattutto qualora, come in questo caso, consenta di non ritardare gli effetti che dalla dichiarazione di insolvenza derivano. Del resto, l’ipotesi non   sconosciuta neppure alla disciplina sulla liquidazione coatta in generale, posto che l’art. 195 l.f. annovera, tra i soggetti legittimati ad agire per l’accertamento giudiziale dell’insolvenza anteriore alla procedura amministrativa, proprio l’impresa stessa.

Analogamente sar  pertanto a dirsi nel caso, anch’esso non previsto, in cui ad agire per la dichiarazione di insolvenza di una societ  del gruppo bancario siano gli organi della casa madre. A suscitare la formulazione di una simile e tutt’altro che peregrina ipotesi sarebbe invero la previsione di cui all’art. 101, comma 1, del T.U., ove   stabilito che la liquidazione coatta delle singole societ  del gruppo pu  essere richiesta anche dai commissari straordinari e dai

legittimazione della banca a richiedere l’accertamento dello stato d’insolvenza   da ritenersi esclusa in base a una precisa scelta del legislatore che avrebbe voluto lasciare al commissario liquidatore ogni decisione in merito alla richiesta della dichiarazione giudiziale dell’insolvenza.

commissari liquidatori della capogruppo. È pur vero che la norma da ultimo citata non parla espressamente di accertamento dello stato d'insolvenza, facendo invece riferimento a un'iniziativa intrapresa dai soli organi pubblici della capogruppo già in palesato stato di crisi, ma la negazione della suddetta legittimazione, oltre a non trovare appigli diversi dall'assenza del dato testuale, non pare essere confacente proprio con quell'interpretazione estensiva a cui qui si è detto di aderire. E nel medesimo senso si dovrà concludere anche qualora si tratti di accertamento dell'insolvenza di una succursale di banca estera non comunitaria, stante la similitudine di trattamento.

Se nel primo caso, peraltro, non è parso affatto difficile ravvisare l'interesse ad agire dell'impresa stessa, nelle altre ipotesi legislativamente non contemplate eppure immaginate – senza comunque esaurirne il novero – non si può escludere che la legittimazione derivi direttamente dallo *status* di creditore rispettivamente della capogruppo o della banca estera nei confronti della società figlia o della succursale. Semmai potrebbe discutersi circa l'interesse, ma meglio sarebbe – per non confondersi – parlare di mera opportunità, a promuovere l'azione di accertamento, alla luce della conseguenza che la dichiarazione di insolvenza produrrebbe nei confronti dei predetti soggetti agenti, qualora questi si siano resi controparti di atti pregiudizievole e pertanto revocabili con gli strumenti offerti dall'art. 67 l.f.

Per quanto infine concerne la legittimazione a contraddire, qualora ovviamente il ricorso non sia presentato dagli organi rappresentativi della stessa impresa, basti rilevare che, anche qualora la banca versi già in liquidazione coatta amministrativa, in sede di giudizio per la dichiarazione di insolvenza, l'esercizio del diritto di difesa spetterà sempre agli organi rappresentativi della banca stessa eletti prima della liquidazione coatta e non già al commissario liquidatore⁸¹, non potendo infatti esservi commistioni di posizioni processuali. Una tale conclusione implica peraltro una qual forma di adattamento/deroga alle previsioni di cui agli articoli 84, comma 1, e 80, comma 5, del T.U., posto che, contrariamente a quanto statuito nelle predette disposizioni, nel giudizio di accertamento dello stato di insolvenza della banca già sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, da un lato, il commissario liquidatore viene meno al suo ruolo di rappresentante legale della banca medesima, agendo, come visto, a tutela dei creditori e, dall'altro, gli organi rappresentativi della banca permangono nelle loro funzioni, benché ai soli fini di difesa nel processo *de quo*⁸².

⁸¹ Così, App. Milano, 20 ottobre 1981, in *Fall.*, 1982, p. 1215.

⁸² Cfr. sul tema: Cass. civ., sez. I, 10 maggio 1984, n. 2859, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 731, precisante che la cessazione delle relative funzioni non osta a che il legale rappresentante della società sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, secondo lo statuto, resti legittimato all'esercizio del diritto di difesa, al fine di opporsi alla dichiarazione d'insolvenza della rappresentata e, quindi, sia il

3.2.2 *Il rito camerale e le audizioni necessarie*

Come sopra già anticipato, il legislatore non ha voluto dettare una compiuta disciplina per l'istruttoria (in senso lato) volta alla dichiarazione di insolvenza della banca. Cionondimeno ha voluto espressamente optare per un giudizio da svolgersi «in camera di consiglio», secondo quindi le disposizioni dettate dagli articoli 737-742 c.p.c., similmente a quanto previsto dall'art. 15 l.f. per la declaratoria di fallimento e a differenza invece di quanto esplicitato dall'art. 195 l.f., il quale infatti non prende posizione sulla forma del processo adottabile. Precorritrice delle scelte normative in avvenire, la disciplina bancaria adotta dunque un modello cognitorio, notoriamente definito come «contenitore neutro» nel quale far confluire forme di tutela anche non contenziosa di diritti⁸³, idoneo a garantire la speditezza del procedimento temperata al diritto di difesa delle parti nel rispetto del principio del contraddittorio⁸⁴.

L'adesione alla forma camerale del giudizio implica necessariamente, stante la previsione di cui al comma 2

soggetto nei cui confronti debba essere osservato l'obbligo di convocazione nella fase camerale che precede detta dichiarazione.

⁸³ Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3070.

⁸⁴ Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2002, n. 9084, in *Foro it. Rep.*, 2002, voce *Camera consiglio* [1040], n. 13, espressamente affermando che nei procedimenti in camera di consiglio devono essere assicurati l'esercizio del diritto di difesa e la garanzia del contraddittorio, specialmente nella formazione della prova, in quanto detto principio generale è stato enunciato dall'art. 111 Cost.

dell'art. 50-*bis* c.p.c., una decisione in composizione collegiale. Il che, tuttavia, non dovrebbe escludere la possibilità di una trattazione monocratica da parte di un giudice relatore, comunque componente del collegio, a seguito dell'esercizio a suo favore di un potere di delega, alla stregua di quanto verificabile nel procedimento volto alla dichiarazione di fallimento, anche qui per chiare ragioni di celerità dell'esplicarsi dell'istruttoria. Si potrebbe semmai porre la questione circa l'ampiezza della delega, se limitata a quanto reso fattibile dall'esegesi del primo comma dell'art. 738 c.p.c. ovvero più estesa in aderenza alla previsione fallimentaristica di cui al comma 6 dell'art. 15 l.f., per mezzo della quale il giudice relatore ha il potere di ammettere, prima ancora che assumere, la prova costituenda dedotta⁸⁵.

L'attuazione del principio costituzionale suddetto è auspicata dallo stesso art. 82 del T.U., il quale non tralascia di imporre, nella sua scarna disciplina, l'audizione (imprescindibile) della Banca d'Italia e dei rappresentanti legali della banca, ancorché – eventualmente – già cessati dalla carica, nonché dei commissari straordinari, qualora l'istituto di credito sia sottoposto alla procedura amministrativa da essi diretta.

⁸⁵ C. Cavallini, *Commento all'art. 15*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, I, 2010, p. 306, il quale ricorda come, tradizionalmente, nei procedimenti camerale, la fase di ammissione del mezzo di prova sia di competenza esclusiva del collegio, posto che proprio il giudizio di ammissibilità può presentare profili di delibazione anticipata della decisione.

Come sempre, l'uso dell'indicativo presente del verbo «sentire», soggettivamente riferito al giudice del processo, si traduce come un obbligo ad esso imposto, inducendo a concludere che la mancata audizione divenga causa di nullità (derivata) della decisione⁸⁶, comportante, in sede di reclamo, la remissione al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c. Concretamente, si può ritenere che l'audizione predetta sia resa possibile mediante la notifica, ai soggetti interessati, del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza emanato dal giudice a seguito del deposito dell'atto introduttivo, a cura della parte istante o d'ufficio. D'altronde non pare affatto fuori luogo, ma anzi quasi doveroso, riferirsi alla disciplina dettata a riguardo dall'art. 15 l.f., specie per quel che concerne le tempistiche, totalmente omesse dalla normativa settoriale. E infatti, l'art. 82 del T.U., richiama, in entrambe le fattispecie di cui ai commi 1 e 2, la disposizione di cui al comma terzo dell'art. 195 l.f., il quale, nella sua formulazione attuale - anche se sconosciuta al tempo di redazione del Testo Unico - stabilisce, per un verso ribadendo il contenuto del dettame dell'art. 82, che, prima di provvedere, il tribunale deve sentire, oltre che l'Autorità di vigilanza, anche il debitore, proprio con le modalità esplicitate

⁸⁶ In tal senso: L. Desiderio, *Commento all'art. 82*, cit., pp. 903 e ss. Con riguardo alla disciplina generale di cui all'art. 195 l.f., è stato comunque sostenuto che il tribunale possa provvedere anche se l'autorità competente, pur messa in condizione di esprimersi, non si sia pronunciata: G. Bavetta, *La liquidazione coatta amministrativa*. Milano, 1974, p. 225.

dall'art. 15 l.f.⁸⁷, così superando quel passato orientamento disattendente la necessaria comparizione personale delle parti⁸⁸. Ecco dunque che la disciplina

⁸⁷ L'obbligo di audizione del debitore era peraltro già stato affermato da: Corte cost., 27 giugno 1972, n. 110, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 537 (con nota di E. Santi Frascaroli). La questione di costituzionalità era in particolare stata sollevata da: Trib. Bologna, 23 marzo 1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, p. 588 (con nota di A. Di Lauro). Ora, è chiaramente pacifico come la mancata convocazione si traduca in causa di nullità della sentenza. Già: Cass. civ., sez. I, 2 giugno 1978, n. 2763, in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 523.

⁸⁸ Al fine di assicurare la celerità della decisione sullo stato d'insolvenza, anche *in subiecta materia*, come nel giudizio di fallimento ante riforma, si è infatti sostenuto che non occorre l'audizione dell'imprenditore che chieda l'accertamento dello stato di insolvenza, allorché la relativa istanza sia da esso stesso presentata: App. Torino, 14 giugno 1994, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, p. 3 (con nota di Belvedere). In termini non dissimili nella *ratio* ispiratrice, seppur diversi nel risvolto pratico, si è altresì affermato che le garanzie predisposte dalla legge in occasione dell'istruttoria di una procedura per la dichiarazione di insolvenza di una società, sono limitate all'audizione del legale rappresentante e non anche a quella di altri amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori, per quanto anch'essi siano assoggettabili alla disciplina penale relativa a tale dichiarazione: Trib. Cosenza, 24 marzo 1994, cit. *Contra*: C. Bavetta, *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza*, in *Commentario Ragusa Maggiore - Costa*. Torino, II, 2001, p. 628, favorevole ad ampliare il novero dei soggetti legittimati all'audizione ai consiglieri di amministrazione privi del potere di rappresentanza, ai sindaci, ai direttori generali, nonché, in generale, a tutti i soggetti che potrebbero essere pregiudicati, sul piano delle conseguenze penali, dall'accertamento dell'insolvenza. Sul medesimo tema cfr. anche: Trib. Frosinone, 15 maggio 1998, cit., che ha ritenuto ammissibile l'intervento dell'ex direttore generale della banca in liquidazione coatta all'udienza di precisazione delle conclusioni, ricorrendo sia l'interesse all'intervento in relazione alla qualità di indagato rivestita dal medesimo per reati di bancarotta,

sull'istruttoria prefallimentare trova ingresso agevolato nell'interpretazione costruttiva dello svolgersi del giudizio di accertamento dell'insolvenza bancaria. Così, appare giocoforza affermabile che il giudice convochi con decreto, sottoscritto dal presidente del tribunale (o dal delegato alla trattazione) e apposto in calce al ricorso, i rappresentanti legali della banca, la Banca d'Italia ed eventualmente i commissari straordinari, i quali saranno chiamati a partecipare all'udienza all'uopo fissata in un termine non inferiore a quindici giorni dalla ricevuta notificazione del decreto stesso, di modo che non meno di sette giorni prima dalla data di convocazione si possa provvedere alla presentazione di memorie e al deposito di documenti e relazioni tecniche⁸⁹. Anche qui, inoltre, non dovrebbe escludersi, ma anzi ammettersi con favore – alla luce delle gravi implicazioni prodotte dalla crisi bancaria – la possibilità che i termini sopra prospettati siano discrezionalmente, ma motivatamente, abbreviati dal giudice per la ricorrenza di «particolari ragioni di urgenza», cosicché tanto il ricorso, quanto il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza dei destinatari con ogni mezzo idoneo, senza formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi. Posto

sia la tempestività dell'intervento stesso, per essere l'unico limite temporale rappresentato proprio dalla data della predetta udienza.

⁸⁹ Si avverte in aggiunta che, per effetto dell'intervento apportato all'art. 15, comma 3, l.f. dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, l'udienza dovrà fissarsi «non oltre quarantacinque giorni dal deposito del ricorso».

peraltro che in caso di insolvenza bancaria tale eccezione sembra divenire la regola⁹⁰, i termini mutuati

⁹⁰ Da chiarirsi subito, però che qui sono altre, e *in re ipsa* evidenti, le esigenze di celerità rispetto a quelle scaturenti dalla prossimità del decorso del termine annuale previsto dagli artt. 10, 11 e 147 l.f. La Corte costituzionale ha infatti ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 82, comma 2, T.U. e 202 l.f., censurato, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui consente che la dichiarazione giudiziale dello stato d'insolvenza della banca sia pronunciata dopo un anno dalla data di emissione del decreto con il quale questa è stata sottoposta a liquidazione coatta amministrativa. Secondo il pensiero dei giudici delle leggi, infatti, non può essere istituita alcuna valida comparazione, stante la diversità delle situazioni poste a raffronto, tra la disciplina censurata e quella dei limiti temporali per la dichiarazione di fallimento, posto che nella liquidazione coatta amministrativa la sopravvenuta sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza interviene in una procedura concorsuale già aperta e riguarda una società ancora non cancellata dal registro delle imprese. Né, pur aderendo all'interpretazione secondo cui il termine prescrizione delle azioni revocatorie decorrerebbe non dalla data della liquidazione coatta amministrativa, bensì da quella della successiva sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, la scelta del legislatore di consentire, durante la pendenza della procedura di liquidazione coatta amministrativa, l'emissione, di fatto senza limiti di tempo, di una sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, appare irragionevole, proprio perché tale sentenza interviene in una situazione in cui la società in liquidazione coatta non è estinta, né è cancellata dal registro delle imprese e l'accertamento della sussistenza dell'insolvenza al momento del decreto di liquidazione coatta ben può essere basato su indagini effettuate dal commissario liquidatore. La Consulta prosegue inoltre, affermando, quanto alla censurata possibile divaricazione temporale tra momento di realizzazione della condotta materiale dei reati di bancarotta e momento consumativo di tali reati, che la disciplina penale relativa alla liquidazione coatta amministrativa, non solo non differisce significativamente da quella dei corrispondenti reati fallimentari, ma neppure supera i limiti della ragionevolezza e della non arbitrarietà, se si tiene conto dell'intento

dalla disciplina fallimentare possono plausibilmente concepirsi come limite temporale massimo entro cui il meccanismo di avvio del giudizio non può permettersi di eccedere, non valendo peraltro, a deroga, un asseribile tecnicismo di elevata complessità *in subiecta materia*, posto che l'insolvenza bancaria si pone quale scongiurabile epilogo di una crisi già strutturata, di certo non imprevisto e a cui, dunque, non si può non arrivare preparati. L'accorciamento dei termini, pertanto, avrebbe solo il pregio di anticipare la formalizzazione di uno stato già conclamato con la conseguente produzione dei correlati effetti tanto sul piano civile, quanto su quello penale.

Così come immaginata, l'introduzione del giudizio potrebbe all'apparenza indurre a equiparare, dal punto di vista processuale, alla posizione della banca – formalmente resistente – quella della Banca d'Italia e dei commissari straordinari, qualora presenti. Quanto al ruolo dell'Autorità di vigilanza, la giurisprudenza si è dimostrata chiara nell'escluderne il ruolo di parte del processo, posto che la sua attività si esaurisce nel fornire elementi conoscitivi e valutativi sulla base delle informazioni di cui dispone, in ragione delle specifiche competenze tecniche derivanti dall'esercizio della

del legislatore di impedire un tipo di condotta, attribuendo ad essa carattere di illiceità penale solo se e nel momento in cui sia dichiarato il fallimento (o lo stato di insolvenza): Corte cost., 22 luglio 2005, n. 301, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 3, II, p. 269 (con nota di De Vito). La questione era stata sollevata da: Trib. Cosenza, 28 febbraio 2003, in *Fall.*, 2003, p. 786 (con nota di Galanti).

vigilanza sul sistema bancario⁹¹. Di talché, non è da prevedersi l'integrazione necessaria del contraddittorio nei suoi confronti⁹² e la sua audizione potrebbe astrattamente inquadarsi nell'ambito della richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione di cui all'art. 213 c.p.c., ai sensi del quale, si ricorda, il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che è necessario acquisire al processo. Se così fosse, però, bisognerebbe altresì concludere nel senso che la Banca d'Italia non sia comunque obbligata ad adempiere alla richiesta di informazioni, in quanto le sue discrezionali determinazioni a riguardo assumono carattere di atti amministrativi *iure imperii* che, in quanto tali, non sono sindacabili dal giudice ordinario⁹³. Inoltre, un'ulteriore

⁹¹ Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 1992, n. 11085, cit., espressamente affermando che l'autorità governativa che ha la vigilanza sull'impresa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa deve essere sentita ai sensi dell'art. 195, comma 2, l.f. davanti al giudice ordinario che deve dichiarare nel giudizio camerale lo stato d'insolvenza della suddetta impresa, ma non ha la qualità di parte nel relativo giudizio. Analogamente escludono la qualità di parte della Banca d'Italia nel procedimento finalizzato alla dichiarazione d'insolvenza, e finanche nel giudizio di opposizione avverso la relativa sentenza dichiarativa, le pronunce di: Trib. Frosinone, 3 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 297; e ancora, a seguire, Trib. Frosinone, 15 maggio 1998, in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, p. 108 (con nota di Cappelletto).

⁹² Trib. Roma, 7 dicembre 1985, in *Temi rom.*, 1985, p. 941.

⁹³ A. Massari, *Esibizione delle prove*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*. Torino, VI, 1960, p. 849. E proprio in tal senso sembra orientarsi l'esegesi in *subiecta materia*: V. Giorgi, *Commento all'art. 195*, in C.

controindicazione all'esigenza di ricondurre l'audizione in questione entro la disciplina di cui all'art. 213 c.p.c. potrebbe ravvisarsi nell'interpretazione di essa, in accordo alla quale l'esercizio del potere di richiesta da parte del giudice sarebbe discrezionale, potendo attivarsi solo quando sia necessario acquisire informazioni relative ad atti o documenti che la parte sia impossibilitata a fornire in giudizio⁹⁴.

Allora, forse - dalla forma dubitativa non pare possibile distogliersi -, proprio in ragione della funzione svolta dall'Autorità di vigilanza, potrebbe anche non scartarsi *a priori* il riconoscimento di una sua legittimazione passiva, comunque astrattamente giustificabile dalla sussistenza di una qual forma di responsabilità per non aver marginato l'evolversi della crisi della banca in questione con un intervento tempestivo. Non può infatti negarsi, ma piuttosto occorre ribadire, rifacendosi esclusivamente al testo di legge, che l'esplicazione del potere di vigilanza ha riguardo «alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia» (art. 5, comma 1, del T.U.). E tale finalità diviene nel concreto atualizzabile, considerando che le banche sono

Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, IV, 2010, p. 937.

⁹⁴ Così, Cass. civ., sez. II, 10 maggio 2010, n. 11283, in *Foro it. Mass.*, 2010, p. 476.

tenute a comunicare alla Banca d'Italia, in ossequio alle modalità e alle tempistiche da essa stabilite, le segnalazioni periodiche, ogni dato e documento richiesto, nonché i propri bilanci d'esercizio (art. 51, comma 1, del T.U.). In particolare, il soggetto incaricato della revisione legale dei conti deve palesare senza indugio all'Autorità di vigilanza gli atti o i fatti che possono costituire una grave violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria ovvero che possano pregiudicare la continuità dell'impresa o comportare un giudizio non positivo sul bilancio (art. 52, comma 2, del T.U.). Inoltre, anche con riguardo all'adeguatezza patrimoniale, la Banca d'Italia può adottare provvedimenti specifici nei confronti di singole banche (art. 53, comma 3, lett. d), del T.U.). Da notarsi poi che la vigilanza si esplica anche su base consolidata, indirizzandosi, pure nella forma ispettiva, sia nei riguardi di succursali italiane all'estero che nei confronti di succursali estere insediate in Italia. Pertanto, alla luce di quanto ora – seppur sommariamente – ricordato, non sembrerebbe ipoteticamente così fuori luogo ammettersi un ruolo di parte processuale della Banca d'Italia nel giudizio di accertamento dell'insolvenza dell'istituto creditizio sottoposto al suo controllo, non certo per sollecitare nei confronti di essa la cognizione di profili di responsabilità – dovendosi peraltro a riguardo interrogarsi sul corretto riparto giurisdizionale⁹⁵ –, bensì

⁹⁵ Si legga quanto scritto *funditus* sul tema nel cap. X, *sub* § 3 e sottoparagrafi.

perché, in un tale giudizio, detta Autorità sembra in qualche modo perdere quella superiore imparzialità di organo controllore, non essendo riuscita ad evitare ciò che per legge sembra deputata a prevenire.

La tesi formulata - si è consapevoli - risulta comunque di ardua sostenibilità, non solo perché non trova conferme normative e si scontra con l'esegesi giurisprudenziale formatasi in materia, ma anche perché stride con la possibilità, di certo più verosimile, che sia la Banca d'Italia stessa, quale forma ultima di approdo, a sollecitare - se non agendo in proprio - l'accertamento giudiziale dell'insolvenza bancaria, proprio in aderenza ai surriferiti doveri di vigilanza. La prospettiva, pertanto, appare completamente ribaltata.

Similmente sarà a dirsi anche per i commissari straordinari, i quali, dunque, qualora non si attivino quali ricorrenti, non assumeranno la qualità di parte del giudizio, limitandosi ad essere «sentiti», sempre unitamente alla Banca d'Italia e ai (cessati) rappresentanti legali⁹⁶. Sembra solo singolare che,

⁹⁶ Si veda però: T.A.R. Lazio, 25 novembre 1981, cit., che ha ritenuto non necessaria l'audizione degli amministratori della banca, risultando quest'ultima in amministrazione straordinaria ed essendo stato richiesto il provvedimento da parte dei commissari straordinari. Pronuncia che sembra offrire lo spunto a Trib. Salerno, 23 dicembre 1999, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 819 (con nota di Fauceglia), invero con riferimento all'audizione dei cessati organi amministrativi in caso di impresa già sottoposta a liquidazione, con conseguente attribuzione di rappresentanza al commissario liquidatore. Sia un caso che l'altro, tuttavia, risulterebbero

quando il giudizio di accertamento venga instaurato a procedura liquidatoria già aperta, ma non per ricorso del commissario liquidatore, quest'ultimo, per legge, non debba essere sentito⁹⁷. Come a dire che chi ha rivestito un certo ruolo nella prevenzione dell'insolvenza bancaria (ossia i rappresentanti legali della banca, i commissari straordinari e la Banca d'Italia) non può non essere «sentito», mentre invece il commissario liquidatore, chiamato unicamente a rappresentare legalmente la banca in procedura coatta (ma non - pare - nel giudizio *de quo*), nonché a procedere alle operazioni della liquidazione, se da un lato gode di legittimazione attiva nel promuovere l'accertamento dell'insolvenza, dall'altro, ove questa non sia sfruttata, pare possa essere *ex ante* estromesso dal prendere parte al processo in questione⁹⁸, sempre

diversamente regolati dall'art. 82 T.U. che, infatti, non esclude mai l'audizione dei rappresentanti della banca, siano essi cessati o meno dalla carica.

⁹⁷ Ritiene invece che dovrebbe essere sentito anche il commissario liquidatore ove non intervenga nel giudizio in qualità di ricorrente: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, in *Le procedure concorsuali. Le procedure minori*, diretto da G. Ragusa Maggiore, C. Costa. Torino, 2001, p. 1072.

⁹⁸ Del resto, ai sensi del comma 4 dell'art. 84 T.U., il commissario liquidatore si limita a presentare annualmente alla Banca d'Italia una relazione sulla situazione contabile e patrimoniale della banca, oltre che sull'andamento della liquidazione, ma nulla di più, rimettendo quindi all'Autorità di vigilanza ogni decisione in proposito. Laddove invece, giusta la previsione di cui all'art. 72, comma 1, T.U., i commissari straordinari esercitano le funzioni e i poteri di amministrazione della banca, provvedendo ad accertare la

che – ovviamente – non intenda intervenire su base volontaria.

Ad ogni modo, l'audizione dei soggetti pubblici richiamati, sia che essa avvenga nella loro qualità di parte ovvero in una veste – che è seppur impropriamente semplificando – assimilabile a quella dei «consulenti tecnici», svolge indubbiamente la funzione di consentire la formulazione di un giudizio prognostico complessivo sulla situazione di «malattia» finanziaria della banca in questione, specie con riguardo all'irreversibilità dello stato di illiquidità, nucleo del concetto di insolvenza⁹⁹. Giudizio, appunto, agevolato

situazione aziendale, a rimuovere le irregolarità e a promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti.

⁹⁹ Non si è mancato inoltre, in dottrina, di suggerire un'ulteriore funzione che la suddetta audizione, in particolare della Banca d'Italia, sarebbe in grado di esplicitare, da tradursi nella possibilità che, proprio in tale sede, possano essere portate a conoscenza del tribunale le iniziative nel frattempo intraprese volte alla rimozione dei presupposti determinanti l'avvio del procedimento *de quo* ovvero le possibili soluzioni alternative soddisfacenti per i creditori, quali potrebbero essere l'intervento di fondi di garanzia od operazioni di aggregazione: S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento all'art. 82*, cit., p. 1352. Invero, a parer di chi scrive, non sembra possibile sottrarsi alla declaratoria di insolvenza, oggettivamente in essere, potendo le suddette ipotesi semmai valere per prevenire la sola messa in liquidazione dell'impresa bancaria e avendo la legge previsto, come unica alternativa alla stessa – e non all'accertamento dell'insolvenza – il concordato di liquidazione *ex art. 93 T.U.* Ad ogni modo, quand'anche si intendesse aderire all'interpretazione di cui sopra, non potrebbe non riconoscersi come la stessa possa dimostrarsi valevole soltanto con riguardo al caso di accertamento dell'insolvenza preventivo, cioè a liquidazione coatta non ancora intervenuta, posto che, nel caso contrario di dichiarazione postuma,

dalla specificità dei poteri di accertamento di cui i predetti soggetti sono variamente investiti. La stessa giurisprudenza ha tenuto infatti a sottolineare proprio la particolare rilevanza ricoperta dalle verifiche compiute dagli organi ispettivi della Banca d'Italia e dalle relazioni economico-patrimoniali redatte dal commissario straordinario e dal commissario liquidatore¹⁰⁰, i cui accertamenti assumerebbero peraltro una speciale valenza sul piano probatorio, in quanto provenienti da organi tecnici e imparziali, ai quali la legge riconosce la qualifica di pubblici ufficiali¹⁰¹. Con il che, chiaramente, non si vuole comunque sottintendere che le dichiarazioni provenienti dall'organo commissariale in concreto sentito siano dotate di pubblica fede, in quanto – ed è evidente – le medesime non si risolvono in attestazioni di fatti, ma in mere – per quanto rilevanti – valutazioni svolte sulla base di dati contabili¹⁰². Cionondimeno, gli accertamenti compiuti dai suddetti soggetti, che mai possono tradursi in meri pareri¹⁰³, per la qualità degli organi dai quali

la cognizione sullo stato di decozione bancaria deve retroagire al tempo dell'apertura della procedura di liquidazione coatta, non assumendo pertanto rilievo i mutamenti successivi (cfr. *supra*, in questo capitolo, § 2.3).

¹⁰⁰ Trib. Potenza, 13 luglio 2000, cit.

¹⁰¹ Trib. Potenza, 20 ottobre 1997, cit., con peculiare riguardo all'attività accertativa compiuta dal commissario liquidatore.

¹⁰² Lo ricorda bene: G. Terranova, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza delle banche*, cit., sub § 5.

¹⁰³ L. Desiderio, *Commento all'art. 82*, cit., pp. 903 e ss., secondo il quale, in un procedimento preordinato a stabilire un fatto oggettivo, quale è l'insolvenza, sarebbe incongrua la formulazione

provengono e soprattutto per la specificità dei dati evidenziati, presentano un rilevante grado di attendibilità e, quindi, ben possono essere utilizzati ai fini della decisione, senza la necessità di accertamenti ulteriori¹⁰⁴, anche alla luce dell'inammissibilità implicitamente sottesa di prove costituende o di lunga indagine¹⁰⁵. Da altro però discende la vincolatività che può subire la decisione del giudice sulle risultanze probatorie. Quest'ultimo, dunque, se è tenuto a richiedere il riscontro dei soggetti *ex lege* contemplati, rimane però libero di apprezzarne le determinazioni – stante proprio l'assenza di «pubblica fede» di esse – e, pur non potendo disconoscere l'elevato valore probatorio del contenuto offerto¹⁰⁶, manterrà la facoltà

di un parere, in quanto espressione di un giudizio ascrivibile alla sfera dell'opinabile. Di «parere» parlano invece: F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa. In generale, delle assicurazioni e delle banche*. Milano, 1998, p. 431; A. Bonsignori, *Liquidazione coatta amministrativa (artt. 194-215)*, in *Commentario Scialoja – Branca*. Bologna, 1974, p. 53.

¹⁰⁴ Trib. Benevento, 8 gennaio 1992, cit. Peraltro, anche qualora si accedesse alla tesi inquadrante l'audizione *de qua* nell'alveo dell'art. 213 c.p.c., potrebbe ben farsi riferimento a quella dottrina, la quale, partendo dalla constatazione che la richiesta *ex art.* 213 è un mezzo istruttorio specificamente disciplinato dalla legge, appare contraria a ridurre le informazioni fornite dall'amministrazione a meri indizi, ritenendo trattarsi piuttosto di fonti di convincimento idonee a fondare, in talune circostanze, il convincimento del giudice: B. Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 732.

¹⁰⁵ C. Bavetta, *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza*, cit., p. 625.

¹⁰⁶ Ha invece sostenuto che il giudizio tecnico dell'Autorità di vigilanza vincoli il giudice: P. Pallini, *In tema di liquidazione coatta*

di assumere informazioni anche da altre fonti, ai sensi dell'art. 738 c.p.c.

3.3 Il rinvio alla disciplina di cui all'art. 195 l.f.

Con quanto osservato nel paragrafo che precede si esaurisce la regolazione del giudizio di accertamento dello stato d'insolvenza bancaria per voce esclusiva dell'art. 82 del T.U., il quale, per ulteriori profili processuali, senza comunque coprirne complessivamente il novero, si limita a rinviare, come già più volte si è detto, alla normativa dettata in generale dall'art. 195 l.f., ove il legislatore fallimentare ha reputato indispensabile dettare norme *ad hoc* (solo) in tema di provvedimenti conservativi, comunicazione e notificazione della sentenza dichiarativa, reclamo avverso la stessa e decreto di rigetto. Non rimane dunque che esplicitarne il contenuto.

3.3.1 I provvedimenti «conservativi»

Il comma 2 dell'art. 195 l.f., invero non richiamato dall'art. 82 del T.U., ma corrispondente al secondo periodo del comma primo nel testo antecedente la novella fallimentare del 2006, invece puntualmente citato dal comma 1 dell'art. 82 predetto – e pertanto pienamente valevole nell'ipotesi di dichiarazione giudiziale dell'insolvenza bancaria anteriore alla liquidazione coatta amministrativa –, stabilisce che con

amministrativa delle aziende di credito, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1953, I, pp. 252 e ss.

la stessa sentenza accertativa dello stato di decozione della banca, ovvero con successivo decreto, il tribunale adotta *ex officio* i «provvedimenti conservativi» che ritiene «opportuni nell'interesse dei creditori» e i cui effetti si protraggono fino all'inizio della procedura liquidativa. Innanzitutto, la costruzione della norma è tale da fare, giustamente, ritenere che l'emissione dei suddetti provvedimenti si risolva in una semplice facoltà del tribunale¹⁰⁷, anche se, nel caso peculiare che qui interessa, è difficile contemplare una mancata spendita di tale facoltà, non potendo non ravvisarsi un'immutabile immanenza di quell'opportunità di cui parla la disposizione. Nel contesto in esame, dunque, si potrebbe quasi forzare la portata normativa di quest'ultima, nel senso di indurre il giudice, qualora ritenga non opportuno adottare i previsti provvedimenti, di darne congrua motivazione. È facile comunque intuire che, nel disporre le suddette misure «conservative», il tribunale si avvarrà delle informazioni fornitigli dall'Autorità di vigilanza ovvero dall'organo commissariale in carica.

La disposizione non suona affatto nuova, riecheggiando infatti il disposto di cui all'art. 15, comma 8, l.f., il quale, peraltro, non potrebbe neppure reputarsi direttamente qui applicabile, stante l'assenza di alcun testuale richiamo, così risolvendosi a monte possibili problematiche di sovrapposizione o coordinamento tra

¹⁰⁷ V. Giorgi, *Commento all'art. 195*, cit., p. 941.

norme. Ora, se da un lato la casistica sviluppatasi, specie con riguardo all'amministrazione straordinaria – cui comunque deve aggiungersi anche quella fallimentare –, colma possibili vuoti di immaginazione in merito a entro quale tipologia tali provvedimenti, in concreto, possano incanalarsi¹⁰⁸, permane il dubbio sulla natura dei medesimi, stante l'uso dell'aggettivo «conservativi», anziché «cautelari», più ampio e generale, già impiegato, in accompagnamento al primo, dal comma 8 dell'art. 15 succitato. La più recente giurisprudenza tende comunque a qualificare i provvedimenti in questione in misure cautelari e innominate, la cui funzione primaria sarebbe da rinvenirsi nell'impedimento di condotte di distrazione e/o dissipazione da parte dell'imprenditore¹⁰⁹. In generale, gli stessi potranno consistere – per le finalità di instaurazione immediata di un controllo pubblicistico sull'amministrazione dell'impresa in dissesto – in disposizioni di vigilanza sulla gestione ordinaria e straordinaria della società, sino alle nomine di competenza dell'Autorità governativa, allo scopo di garantire l'integrità delle garanzie offerte dal patrimonio ai creditori¹¹⁰.

¹⁰⁸ Si legga sul tema ancora: V. Giorgi, *Commento all'art. 195*, cit., pp. 941-942 e ivi amplii riferimenti.

¹⁰⁹ Trib. Novara, 23 febbraio 2010, inedita. Sull'atipicità dei provvedimenti conservativi, anche: Trib. Torino, 17 novembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 1016.

¹¹⁰ *In terminis*: Trib. Bologna, 21 dicembre 1993, in *Fall.*, 1994, p. 757. Si veda altresì: Trib. Torino, 3 giugno 1995, in *Dir. fall.*, 1995, II, p.

Come osservato, tali provvedimenti potranno essere adottati già con la sentenza dichiarativa dell'insolvenza oppure mediante un decreto successivo¹¹¹, ponendosi allora la questione circa la loro reclamabilità. A riguardo si ritrova una sola pronuncia di legittimità affermante che, poiché il decreto con il quale il tribunale, dopo aver dichiarato l'insolvenza di una impresa soggetta a liquidazione coatta amministrativa, adotta i provvedimenti conservativi che ritenga opportuni ha la funzione di assicurare provvisoriamente la conservazione del patrimonio dell'impresa insolvente ed è sempre revocabile e modificabile, lo stesso dovrà ritenersi sprovvisto dei caratteri della definitività e della decisorietà e, pertanto, non potrà essere impugnato con ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.¹¹². Dovrebbe invece rimaner ferma, una volta chiarita e

668, secondo cui rientra tra le misure cautelari atipiche, adottabili dal tribunale *ex art. 195 l.f.*, la nomina di un custode alla società (già) sottoposta ad amministrazione straordinaria e il divieto di eseguire pagamenti (salvo che per i crediti dei dipendenti, di quelli prededucibili e di quelli specificamente autorizzati) sino alla nomina del commissario governativo; in ottemperanza di tale misura cautelare, il custode potrà in particolare chiedere ed ottenere dal tribunale un decreto che inibisca al creditore della società sottoposta alla procedura di incassare la somma assegnata al creditore dal pretore, in esito ad azione esecutiva mobiliare.

¹¹¹ Si noti peraltro che, secondo un trascorso orientamento dei giudici di merito, spetterebbe sempre al collegio la competenza ad emettere il provvedimento cautelare ove il relativo giudizio di merito sia integralmente collegiale: Trib. Milano, 11 luglio 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 327, ancorché la pronuncia si riferisca al caso di domanda presentata dal commissario di società fiduciaria posta in liquidazione coatta nei confronti di amministratori e sindaci.

¹¹² Cass. civ., sez. I, 11 marzo 1996, n. 1976, in *Fall.*, 1996, p. 1085.

accettata l'essenza sostanzialmente cautelare di tali provvedimenti, l'applicabilità - con gli opportuni adattamenti - degli articoli 669-*decies* e 669-*terdecies* c.p.c., dettati rispettivamente in tema di revoca e modifica, nonché reclamo contro, appunto, i provvedimenti cautelari¹¹³. Ne consegue che, salvo che sia stato proposto reclamo, lo stesso giudice che ha disposto il provvedimento conservativo può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento medesimo, qualora si verifichino mutamenti nelle circostanze¹¹⁴. Inoltre, contro la determinazione giudiziale, sia essa contenuta direttamente nella sentenza ovvero in un successivo decreto, dovrebbe ammettersi reclamo, entro il termine perentorio di quindici giorni, da proporsi ad altro ufficio giudiziario dello stesso tribunale, in ossequio alla corrispondente procedura codicistica. Revoca, modifica e reclamo saranno comunque da ammettersi solo fino all'emissione del decreto di apertura della procedura di liquidazione coatta, indice temporale a decorrere dal quale i provvedimenti conservativi perderanno effetto.

¹¹³ Provvedimenti, questi, cautelari in senso proprio che dovranno comunque ritenersi sempre ammissibili secondo la disciplina generale dettata dal codice di rito, posto che la prevista iniziativa officiosa del giudice deve leggersi quale integrazione dei poteri spendibili dalle parti, tra i quali potrebbe ben rientrare anche la legittimazione a richiedere provvedimenti di cautela, che mai, in tale contesto - come anche nel procedimento per la dichiarazione di fallimento -, viene meno.

¹¹⁴ La determinazione officiosa dei provvedimenti in questione non sembrerebbe invece attribuire rilevanza alla prova del tempo postumo di intervenuta conoscenza della parte di fatti anteriori.

3.3.2 *La pubblicazione della sentenza e il reclamo avverso la stessa*

Per effetto dell'operatività, anche nel contesto che qui occupa, del comma 4 dell'art. 195 l.f., la sentenza dichiarativa dell'insolvenza bancaria dovrà essere comunicata, entro il termine meramente ordinatorio di tre giorni¹¹⁵, alla Banca d'Italia, quale autorità competente, perché, ove non sia ancora aperta la procedura concorsuale amministrativa, disponga senz'altro la liquidazione. Come già si è avuto modo di osservare, infatti, l'apertura della procedura coatta rappresenta un atto dovuto¹¹⁶, attribuendo pertanto all'accertamento compiuto natura costitutiva, idonea a creare il titolo per il processo esecutivo di diritto speciale¹¹⁷. Chiaramente, però, ciò può dirsi valevole solo nel caso in cui l'ente del quale si è dichiarata l'insolvenza sia una banca autorizzata; diversamente, infatti, come detto, la soluzione concorsuale per esso prevista sarà necessariamente offerta dal fallimento, che, tuttavia, ai sensi dell'art. 6 l.f., a dispetto della declaratoria di insolvenza (bancaria), non può essere aperto d'ufficio, cosicché il giudice, rilevati i presupposti per l'avvio del procedimento fallimentare,

¹¹⁵ A. Bonsignori, *Liquidazione coatta amministrativa* (artt. 194-215), cit., p. 53.

¹¹⁶ F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., pp. 136-141; A. Bonsignori, *Liquidazione coatta amministrativa* (artt. 194-215), cit., p. 54.

¹¹⁷ S. Di Marco, *La sentenza dichiarativa dello stato d'insolvenza nella liquidazione coatta*, in *Dir. fall.*, 1954, I, p. 95.

non potrà che sollecitare la relativa istanza di inizio ad opera di parte, essendo egli stesso inibito a dare impulso officiosamente.

Quanto invece alla permanente, ma anacronistica, disposizione contenuta nello stesso comma quarto, relativa ai modi e ai termini di notificazione, affissione e pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'insolvenza, alla stregua di quanto, ante riforma, era previsto per la declaratoria di fallimento, basti dire, rilevato ancora una volta il difetto di coordinamento normativo, che a trovare applicazione sarà l'attuale art. 17 l.f.¹¹⁸. Pertanto, la sentenza che accerta l'insolvenza bancaria, oltre a essere divulgata alla Banca d'Italia, sarà oggetto di comunicazione nei confronti del soggetto istante e, qualora diversi dal ricorrente, nei riguardi dei commissari straordinari ovvero, a seconda dei casi, del commissario liquidatore, nonché, in ogni caso, notificata all'istituto di credito, in persona dei suoi legali rappresentanti, e al pubblico ministero. Naturalmente, stante la peculiarità della sentenza in oggetto, si imporranno necessarie ulteriori forme di pubblicità della stessa, rispetto al solo deposito in cancelleria. A tal fine, in particolare, sembra debba provvedere la Banca d'Italia, la quale sarà tenuta ad assicurare un'adeguata informativa, non soltanto alle corrispondenti autorità estere del Paese comunitario in cui la banca decotta

¹¹⁸ Norma, peraltro, non toccata dalle innovazioni apportate dal recentissimo d.l. 179/2012, già citato, in tema di comunicazioni per via telematica.

detiene succursali, o comunque a quelle dello Stato estero in qualunque modo coinvolte, bensì anche al pubblico indistinto, oltre che per dovere di trasparenza, anche - soprattutto - perché contro la decisione giudiziale predetta, ai sensi del quinto comma dell'art. 195 l.f., espressamente richiamato sia dal comma 1 che dal comma 2 dell'art. 82 del T.U., può essere proposto reclamo «da qualunque interessato» - chiaramente con esclusione del ricorrente vittorioso -, secondo le disposizioni di cui agli articoli 18 e 19 l.f., dettate in tema di impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

La legittimazione a promuovere il giudizio di gravame (nel merito) andrà quindi riconosciuta, in aggiunta a quella dell'istituto di credito accertato insolvente (non ricorrente), anche agli amministratori, ai direttori generali e ai sindaci che potrebbero subire un'imputazione penale direttamente scaturente dall'intervenuta sentenza dichiarativa, nonché a coloro che abbiano posto in essere con la banca atti revocabili o che comunque, in generale, potrebbero essere pregiudicati dagli effetti di cui all'art. 203 l.f., la cui produzione è espressamente prevista dall'ultimo comma dell'art. 82 del T.U. Da notarsi come il richiamo agli articoli 18 e 19 predetti rappresenti invero una novità nel tessuto normativo dell'art. 195 l.f., introdotta con la novella fallimentare del 2006, così come il termine «reclamo» ha sostituito il precedente «appello» per effetto del decreto correttivo del 2007. Il testo originario

disponeva infatti che avverso la sentenza dichiarativa dell'insolvenza poteva essere proposta «opposizione», sempre da parte di qualunque interessato, entro il termine perentorio di trenta giorni, a pena di inammissibilità¹¹⁹, dall'affissione della sentenza stessa, avanti al medesimo tribunale giudicante¹²⁰ e in contraddittorio necessario con il commissario liquidatore¹²¹. La pronuncia era comunque suscettibile

¹¹⁹ Cass. civ., sez. I, 5 marzo 1996, n. 1713, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 87 (con nota di Di Gravio). Nel medesimo senso: Trib. Bari, 15 aprile 1983, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 420 (con nota di Antonucci).

¹²⁰ Sul punto, la Consulta ebbe tra l'altro a pronunciarsi, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 195, comma 4, l.f. per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui prevedeva la decorrenza del termine, per proporre opposizione contro la sentenza dichiarativa dello stato d'insolvenza, anche per l'impresa, dall'affissione invece che dalla notificazione della sentenza, in quanto l'affissione, di per sé, sarebbe risultata compatibile con i diritti di difesa del destinatario solamente quando l'individuazione di questi, con il ricorso di altri mezzi di comunicazione, fosse stato impossibile o particolarmente difficoltoso: Corte cost., 4 luglio 2001, n. 211, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2312. Si veda altresì: Trib. Roma, 25 settembre 1993, in *Società e dir.*, 1994, p. 608, il quale ebbe ad affermare che, nel caso in cui, in luogo della notifica e dell'affissione nei modi e nei termini previsti dall'art. 195 l.f., fosse stato solo comunicato l'estratto della sentenza, si sarebbe applicato analogicamente l'art. 327 c.p.c., computando dunque in un anno il termine massimo per proporre opposizione alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza.

¹²¹ Cfr. in particolare: Trib. Milano, 9 giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 492, che ha ritenuto infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 195, quarto comma, l.f., in relazione all'art. 24 Cost., per l'ipotesi in cui l'autorità governativa non avesse disposto la liquidazione coatta nominando il commissario liquidatore, in contraddittorio con il quale si sarebbe dovuto svolgere il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa dello

anche di impugnazione in appello non oltre però quindici giorni dalla notifica di essa¹²².

stato di insolvenza; a detta del giudice di merito, infatti, il relativo giudizio sarebbe dovuto essere considerato ritualmente instaurato con la proposizione del rimedio nei confronti dei creditori istanti nel termine di trenta giorni dalla affissione della sentenza, salva la successiva integrazione del contraddittorio *ex art.* 331 c.p.c. rispetto al commissario liquidatore nei trenta giorni della sua nomina. Si veda inoltre: Cass. civ., sez. I, 27 novembre 1991, n. 12678, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 727, che ha, a suo tempo, affermato come il principio normativo in base al quale il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza si sarebbe dovuto svolgere in contraddittorio col commissario liquidatore non era tale da escludere la configurabilità del litisconsorzio necessario con tutti i creditori istanti. A detta dei giudici di legittimità, infatti, i ricorrenti, essendo legittimati a richiedere la dichiarazione dello stato d'insolvenza (e a ricevere comunicazione della relativa sentenza), non sarebbero potuti rimanere estromessi da quel giudizio senza violazione del loro diritto di difesa, costituzionalmente garantito. Ancora, sullo stesso tema: Trib. Bari, 5 aprile 1983, cit., che ha avuto cura di precisare che il commissario straordinario dell'impresa in crisi, pur essendo litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione, non doveva essere considerato l'unico contraddittore, ma l'individuazione dei soggetti ai quali notificare, quali eventuali contraddittori, l'opposizione nel termine di trenta giorni dall'affissione, anche qualora non fosse stato già nominato il commissario, era operazione da condursi caso per caso, stante la diversità di situazioni dalle quali scaturisce la pronuncia della sentenza che accerta lo stato d'insolvenza, potendo essere legittimati passivi i creditori istanti, il debitore o il pubblico ministero.

¹²² Sul tema, la giurisprudenza aveva peraltro ritenuto che anche la proposizione dell'appello avverso la sentenza del tribunale che rigetta l'opposizione alla dichiarazione di insolvenza, preliminare all'assoggettamento di una società alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, è soggetta al termine breve di quindici giorni: Cass. civ., sez. I, 4 giugno 1996, n. 5114, in *Fall.*, 1997, p. 245.

La disciplina in commento, per quanto il legislatore del Testo Unico, al tempo in cui ha disposto il rinvio, non ne era consapevole, appare dunque radicalmente mutata. Tenendo tuttavia conto delle stratificazioni giurisprudenziali formatisi con riguardo al testo precedente, si può ora di certo ribadire che contro la sentenza dichiarativa dell'insolvenza bancaria può essere proposto reclamo, oltre che dall'istituto di credito soccombente, anche da parte di ogni interessato – secondo quanto anzidetto – con ricorso da depositarsi nella cancelleria della corte d'appello competente nel termine perentorio di trenta giorni, a pena di inammissibilità, con le indicazioni *ex lege* prescritte, senza che, di regola, gli effetti della sentenza impugnata siano sospesi.

Evitando di trasporre in modo tanto inutile, quanto noioso, le disposizioni procedurali dettate dall'art. 18 l.f., si reputa sul tema sufficiente sottolineare la permanente valenza della necessità del contraddittorio da instaurarsi nei confronti del commissario liquidatore *medio tempore* nominato, considerando che, qualora entro la tempistica fissata dalla legge per proporre reclamo tale soggetto non sia stato ancora designato, il ricorso dovrà notificarsi (solo) agli istanti in primo grado – e non invece alla Banca d'Italia, alla quale comunque, si ripete, non può non essere data comunicazione –, occorrendo poi provvedere, in proseguo, all'integrazione del contraddittorio nei confronti del commissario

liquidatore stesso, successivamente nominato, oppure disporre la sospensione del giudizio ove tale nomina ritardi ulteriormente, proprio in virtù della ritenuta qualità di litisconsorte necessario nel giudizio *de quo* del commissario liquidatore. Diversamente, invece, alla stregua di quanto già affermato con riguardo al giudizio di primo grado, neppure in sede di reclamo dovrebbe ritenersi obbligatorio l'intervento del pubblico ministero¹²³.

Peculiare attenzione merita poi il rapporto tra pendenza del giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa dell'insolvenza e apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa, specie con riguardo alla previsione di cui all'art. 19 l.f., come visto, espressamente richiamato. Si deve in proposito rilevare come, di per sé, l'accoglimento del ricorso da parte della corte d'appello non possa comportare l'annullamento (diretto) del provvedimento amministrativo, quand'anche questo sia stato determinato immediatamente dalla pronuncia giudiziale di insolvenza, *in primis* per essere lo stesso sindacabile unicamente in sede amministrativa e, secondariamente, perché il decreto ministeriale di avvio della liquidazione coatta, ai sensi dell'art. 80 del T.U., può trovare il suo presupposto d'origine in ragioni anche diverse dall'insolvenza bancaria, contemplata quale mera concausa della procedura concorsuale predetta,

¹²³ Così, Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2004, n. 1074, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2280.

cosicché, pure qualora in sede di reclamo fosse riformata in termini negativi la sentenza dichiarativa dell'insolvenza, appare proprio inverosimile (per non dire assolutamente insostenibile) la possibilità che venga meno, seppur con accertamento compiuto nella naturale sede amministrativa, il sostrato fattuale e giuridico da cui il distinto provvedimento ministeriale scaturisce¹²⁴, senza peraltro contare le conseguenze implicate nell'ipotesi in cui la procedura di liquidazione sia già in essere al tempo della dichiarata insolvenza.

Da ciò deriva che, in ossequio al già ricordato disposto di cui al comma terzo dell'art. 18 l.f. - secondo cui il reclamo non sospende gli effetti della sentenza impugnata -, pur in pendenza di giudizio di gravame, la Banca d'Italia, cui è stata tempestivamente comunicata la sentenza stessa, provvederà comunque a formulare la proposta in base alla quale, giusta la previsione del primo comma dell'art. 80 del T.U., il Ministro dell'economia e delle finanze, emana il decreto di apertura della liquidazione coatta amministrativa,

¹²⁴ Secondo R. Bellè, *Commento all'art. 195*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2008, p. 1534, invece, qualora la procedura di liquidazione coatta sia stata aperta sul solo presupposto dell'insolvenza, l'accoglimento del reclamo non potrebbe non avere effetti anche nei confronti dell'autorità che ha disposto la liquidazione. In realtà, sembra quasi di portata equivalente a un fatto notorio la circostanza che, se una procedura di insolvenza è attivata, perlomeno, non possono risultare assenti certe irregolarità nell'amministrazione o perdite, comunque, di eccezionale gravità.

così che il commissario liquidatore, che verrà nominato, prenderà necessariamente parte al giudizio.

Se ciò appare pacifico, risulta per contro più ardua l'interpretazione che si impone dall'applicazione, nel contesto in commento, del comma 15 dell'art. 18 l.f., nonché del comma 1 del successivo art. 19, anch'esso fatto espressamente oggetto di rinvio. In virtù della prima norma citata, in particolare, se il fallimento, *rectius* la dichiarazione di insolvenza, è revocato/a, restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura. È evidente che il primo interrogativo che si pone concerne allora quali siano gli atti compiuti e gli organi della procedura che li hanno posti in essere. A riguardo, occorre avvertire come non si possa confondere gli atti propri espliciti nel corso della procedura coatta amministrativa da quelli che causalmente discendono dalla dichiarazione di insolvenza e a cui, *stricto sensu*, la disposizione sembrerebbe – nel senso che dovrebbe – riferirsi. E tra gli effetti che la relativa sentenza produce non vi è solo l'apertura della liquidazione coatta – qualora questa non sia già in essere –, bensì si ritrova tutto lo spettro di conseguenze che l'art. 203 l.f., reso testualmente operativo anche nel settore che qui occupa dall'ultimo comma dell'art. 82 del T.U., riconnette in misura simile alla dichiarazione di fallimento, con precipuo riferimento alla revocabilità degli atti pregiudizievoli ai creditori. Cionondimeno, la limitazione al principio di retroattività – degli effetti della revoca della

dichiarazione di insolvenza – di cui parla la norma fallimentare, non potendo riferirsi alle iniziative di revocatoria nel frattempo intraprese dall'organo commissariale, qualora queste, ovviamente, non siano già sfociate nella liquidazione coattiva del bene recuperato alla garanzia patrimoniale, potrà solo essere collegata – con avvalorata conferma di quanto sopra espresso – all'impulso della Banca d'Italia in ordine all'apertura della liquidazione coatta.

Resta però il dubbio che lo stesso possa essere stato, già al tempo della proposizione del reclamo, in qualche modo inibito o comunque momentaneamente congelato, per effetto del disposto di cui al primo comma dell'art. 19 l.f., per voce del quale, proposto il ricorso ai sensi dell'art. 18 l.f., la corte d'appello investita del giudizio, su richiesta di parte, può sospendere, anche solo temporaneamente e/o parzialmente, la liquidazione dell'attivo qualora ricorrano «gravi motivi». È piuttosto chiaro come la disposizione ricordata mal si adatti al contesto in commento, ove, invero, sarebbe chiamata ad operare. E ciò, sempre, per l'autonomia ravvisata tra il procedimento giudiziale di accertamento dell'insolvenza e il corso della liquidazione coatta amministrativa. Quest'ultimo, infatti, se dall'epilogo positivo del primo può trovare il suo inizio, non pare che dall'assenza di insolvenza – eventualmente dichiarata da un susseguente provvedimento di riforma – possa trovare la sua fine. Indi per cui, condizionamenti diversi da quelli incidenti sulla sua

attivazione, ad ogni modo scaturenti dall'attività del giudice ordinario, non sembrano essere consentiti¹²⁵. Eppure, a voler attribuire un qualche effetto alla richiamata disposizione di cui all'art. 19 l.f., lasciandosi forse un po' (troppo) confondere dal suo tenore letterale, si sarebbe quasi naturalmente portati a ritenere che, in pendenza di giudizio di reclamo, di fronte alla presenza - tutta da verificare - di gravi motivi - tutti da individuare - sollevati a istanza di parte, rientri tra le facoltà del giudice proprio quella di sospendere il corso della liquidazione (coatta amministrativa). Al che, parrebbe doveroso distinguersi il caso in cui l'insolvenza sia stata dichiarata con sentenza preventiva rispetto all'origine della procedura concorsuale propria bancaria, ovvero con provvedimento postumo. Nella seconda ipotesi, infatti, per quanto anzidetto, deve recisamente escludersi che il giudice ordinario possa, solo in virtù dell'impugnazione della pronuncia accertativa dell'insolvenza, arrestare l'evolversi della procedura amministrativa già in precedenza avviata per motivi diversi dall'insolvenza. La relativa dichiarazione, infatti, altro non svolge che la funzione di attivare gli effetti di cui all'art. 203 l.f., senza in alcun modo provocare mutamenti sulle operazioni di liquidazione che, quand'anche l'insolvenza non fosse stata giudizialmente proclamata, sarebbero *de plano*

¹²⁵ Sulla difficoltà di ipotizzare un intervento dell'autorità giudiziaria che possa influire su una procedura disposta e condotta dall'autorità amministrativa, anche: V. Giorgi, *Commento all'art. 195*, cit., p. 946.

proseguite. Nella prima ipotesi, invece, per l'art. 19 l.f. potrebbe residuare un limitato margine di astratta applicabilità nella misura in cui la sentenza dell'A.g.o. sullo stato d'insolvenza è idonea a determinare, inibendo la stessa discrezionalità amministrativa, l'apertura della liquidazione coatta. Cosicché, con adattamento forzato del testo normativo dell'art. 19, in specie comma 1, l.f., proposto il reclamo, la corte d'appello potrà sospendere, ma solo per gravi motivi, non già la liquidazione dell'attivo - la cui sola prospettiva, peraltro, in uno stadio così pregresso risulterebbe prematura - bensì gli effetti immediati che la sentenza impugnata origina e che, diversamente, troverebbero sicura e pronta produzione¹²⁶. In particolare, in tale fase, l'unica conseguenza rilevante, della quale si potrebbe auspicare il fermo temporale, viene a coincidere con l'attività propositiva della Banca d'Italia - a cui, comunque, la sentenza dichiarativa

¹²⁶ Alla stregua di quando riporta l'esegesi di cui all'art. 283 c.p.c., come noto concernente i provvedimenti sull'esecuzione provvisoria in appello, vanno considerati sussistenti i gravi motivi, che consentono di sospendere l'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, qualora l'appello (*rectius*, l'istanza presentata con il reclamo) riveli, seppure ad una delibazione sommaria, un alto grado di fondatezza, dovendosi in tal caso ritenere imminente il *periculum in mora*, consistente nell'ingiusta anticipata esecuzione della decisione appellata (*rectius*, reclamata): App. Bari, 7 luglio 2004, in *Foro it.*, 2005, c. 241. La valutazione globale di opportunità cui è chiamato il giudice attiene dunque al merito della decisione, dovendo quest'ultimo apprezzarsi sulla base delle censure dotate di fondatezza: App. Milano, 14 ottobre 2008, in *Giur. merito*, 2009, I, p. 1561.

dell'insolvenza non può non essere comunicata nel termine prescritto -, affinché quest'ultima aspetti - per mutuare il linguaggio dell'art. 195, comma 4, l.f. - a disporre la liquidazione, nei termini operativi ovviamente previsti dall'art. 80 del T.U.

Senonché, rileggendo un non più recente pensiero giurisprudenziale, l'interpretazione che si è immaginata, e reputato dunque di sostenere, sembra non poco vacillare. È stato infatti affermato che nel giudizio di opposizione avverso l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza di impresa in liquidazione coatta amministrativa, le deduzioni di ragioni d'illegittimità del decreto di messa in liquidazione, al fine di un'eventuale disapplicazione del provvedimento, integrano eccezioni non rilevabili d'ufficio e, pertanto, nel procedimento di gravame, deve escludersi la possibilità, con la comparsa conclusionale, di contestare detta legittimità sulla base di elementi di fatto e valutazioni giuridiche che siano nuove, rispetto a quelle fatte valere in precedenza¹²⁷. I giudici di legittimità, quindi, qualificando espressamente i motivi di illegittimità del decreto amministrativo di avvio della liquidazione coatta amministrativa come eccezioni in senso stretto, soggette come tali alle preclusioni del rito, ne ammettono - neppure troppo implicitamente - l'ammissibilità nel giudizio di gravame avverso la sentenza dichiarativa dell'insolvenza. Il che implica,

¹²⁷ Cass. civ., 17 marzo 1989, n. 1321, cit.

qualora venissero accolte, che l'epilogo del giudizio *de quo* è in grado di condizionare non solo l'inizio, ma altresì l'interruzione della procedura amministrativa. Ora, non si disconosce in generale il potere dell'A.g.o. di disapplicare, ancorché non annullare, l'atto amministrativo ritenuto illegittimo. Cionondimeno, in aderenza a quanto sopra esposto, sembrerebbe non ammissibile per la corte d'appello, che giudica sulla sentenza accertativa dell'insolvenza bancaria, conoscere di (nuove) questioni di illegittimità del decreto di apertura della liquidazione coatta amministrativa, non solo perché le stesse originano da un atto successivo - intervenuto solo in pendenza dei termini per impugnare la sentenza predetta, se non addirittura in *litispendenza*¹²⁸ -, ma anche perché non pertinenti all'oggetto del giudizio che rimane una revisione dell'operato di prime cure in punto di sussistenza dei presupposti della dichiarata insolvenza. Che poi il provvedimento amministrativo susseguente sia, per qualunque motivo viziato, poco importa nella conduzione e definizione del processo davanti all'A.g.o., la cui funzione, come visto, si limita, in tale fase, a una cognizione sullo stato patrimoniale-

¹²⁸ Da precisarsi, a riguardo, che non è tanto la novità della questione a determinare una preclusione della cognizione di essa, quanto piuttosto la sua sopravvenienza rispetto al giudizio di primo grado. Infatti, a differenza dell'appello tendenzialmente chiuso ai *nova*, lo strumento del reclamo, secondo un'interpretazione tradizionalmente accolta, risulta aperto anche a nuovi fatti e mezzi di prova, purché non sopravvenuti (al provvedimento reclamato), né in precedenza ignorati.

finanziario della banca e non già a una supervisione dell'evolversi della procedura *medio tempore* attivata. A voler comunque riportare in auge il pensiero giurisprudenziale anzidetto, incastonandolo nell'ambiente normativo attuale, potrebbero anche non mancare spazi adatti per una rivalutazione dell'interpretazione suesposta. E lo spunto deriverebbe proprio dall'operatività, astrattamente prevista, dell'art. 19 l.f., con particolare riguardo alla possibilità accordata all'autorità giudiziaria di sospendere la liquidazione, una volta proposto il reclamo contro l'accertamento giudiziale dell'insolvenza. Il giudice d'appello, infatti, che non conosce - per oggetto di causa - circa l'esistenza/la validità/l'efficacia del provvedimento amministrativo di apertura della liquidazione coatta amministrativa, potrebbe, in virtù dell'art. 19 l.f. - e quindi solo perché vi è una disposizione di legge che appositamente ne accorda la possibilità -, sospendere il corso della procedura coatta amministrativa, qualora, su istanza di parte, vengano dedotte in giudizio ragioni di illegittimità del decreto che il giudice stesso riconosca integrare gravi motivi ostativi alla prosecuzione della liquidazione. Va da sé che, se di gravi motivi deve trattarsi, tanto da provocare il potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario - in attesa di un eventuale annullamento per opera del giudice amministrativo -, il tutto sembra far confluire nel senso che le ragioni di illegittimità del decreto atterranno alla carenza dei presupposti fattuali

ex lege previsti per l'attivazione della liquidazione coatta amministrativa, ossia, *in primis*, l'inesistenza dell'insolvenza – il cui accertamento è infatti contestato in sede di reclamo –, nonché l'insussistenza *anche* degli altri requisiti di cui all'art. 80 del T.U., in un certo qual modo inclusi nel riconoscimento dell'insolvenza, ma al contempo non esclusi dalla negazione della stessa. Con particolare riguardo alle ragioni di illegittimità del decreto per mancato riscontro dell'insolvenza, quando quest'ultima sia l'unica causa determinativa del provvedimento di apertura della procedura amministrativa, appare peraltro abbastanza chiaro come la valutazione della corte d'appello, ai fini della concessione della sospensione dalla legge prevista, si risolva sostanzialmente in un giudizio in ordine al *fumus bonis iuris* e al *periculum in mora*, posto che l'accertamento dell'insolvenza attiene al merito del giudizio di gravame e il ricorrere del pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile dà sostanza ai gravi motivi richiesti dall'art. 19 l.f. Il potere accordato al giudice si traduce allora in una declinazione della possibilità di procedere in via cautelare d'urgenza con anticipazione provvisoria degli effetti della sentenza di merito, alla condizione, però, è bene ribadirlo, che oltre alla mancata insolvenza – da ultimo accertata con sentenza in sede di gravame –, sia riscontrata altresì l'assenza degli altri presupposti fattuali da cui la liquidazione coatta può originare, (anche e solo) sulla

base di un giudizio di verosimiglianza compiuto dal giudice a seguito di istanza di sospensione di parte¹²⁹.

La conclusione cui si è da ultimo giunti diverge non poco, anche nelle implicazioni che genera, dalla tesi che in prima battuta si è ritenuto di sostenere. Là, infatti, nell'unica ipotesi di inibitoria che si è inteso ammettere, si è sostanzialmente avvicinato il potere di sospensione del giudice *ex art. 19 l.f.* a quello previsto dall'art. 283 c.p.c., ai sensi del quale il giudice d'appello, su istanza di parte, quando sussistono gravi e fondati motivi, sospende (nel contesto *de quo* solo in parte) l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata. Qui, invece, il suddetto potere è stato – a torto o a ragione – ricondotto nell'alveo delle misure cautelari. Le conseguenze, niente affatto trascurabili, sono, in particolare (ma non solo), ravvisabili nella circostanza che, mentre nel primo caso non sarà – per tradizione giurisprudenziale¹³⁰ – consentito reclamo avverso il provvedimento di sospensione, nel secondo dovranno

¹²⁹ Del resto, sono considerati ammissibili, sempreché ricorrano le condizioni generali, i provvedimenti d'urgenza nei confronti della P.A., allorché questa agisca in base ad atti che esorbitino dai limiti materiali del potere amministrativo in concreto esercitato ovvero quando la P.A. abbia agito *sine titulo*: Trib. Milano, 4 ottobre 1979, in *Giur. merito*, 1980, III, p. 1237.

¹³⁰ Si legga, ad esempio: App. Catania, 4 marzo 2009, in *Giur. merito*, 2009, p. 2455 (con nota di Giordano), affermando che l'ordinanza del giudice collegiale che, ai sensi degli artt. 283 e 351 c.p.c., abbia provveduto sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza appellata, non è soggetta ad impugnazione, né è reclamabile ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c.

riconoscersi applicabili le disposizioni dettate sul procedimento cautelare uniforme, con precipuo riferimento alla revocabilità e alla reclamabilità della misura disposta, previste, rispettivamente, dagli articoli 669-*decies* e 669-*terdecies* c.p.c.

3.3.3 *Il decreto di rigetto*

Già nella versione originaria dell'art. 195 l.f., si leggeva, al comma 6, che il tribunale, il quale ritenga di respingere il ricorso per la dichiarazione d'insolvenza, provvede motivatamente nella forma del decreto, contro cui è proponibile reclamo ai sensi dell'art. 22 l.f. La disposizione, nella sua tutt'ora immutata portata normativa, è testualmente richiamata dai commi 1 e 2 dell'art. 82 del T.U., indi per cui la revisione del primo giudizio è assicurata nel caso di ricorso per l'accertamento dell'insolvenza sia preventivo rispetto all'apertura della procedura di liquidazione coatta che postumo rispetto a questa. A essere mutato, ma non nella sostanza, è invero l'art. 22 citato, oggi pienamente applicabile, nella sua attuale formulazione, anche al giudizio di accertamento dell'insolvenza bancaria per effetto del doppio rinvio.

Pertanto, l'esito opposto alla sentenza dichiarativa dell'insolvenza dell'istituto di credito in crisi consiste in un decreto di rigetto, necessariamente motivato, che si presenta ontologicamente connotato da caratteristiche strutturali di revocabilità e modificabilità in ogni tempo, risultando pertanto inidoneo ad acquistare la forza

preclusiva propria della *res iudicata*. Ne consegue dunque la riproponibilità dell'istanza dinnanzi allo stesso tribunale da parte anche del medesimo ricorrente, purché, al pari della riproposizione della domanda di fallimento, stante una (interpretativamente ravvisabile) preclusione del dedotto, il nuovo ricorso si basi su elementi sopravvenuti ovvero preesistenti, ma non introdotti, o anche su un diverso apprezzamento degli elementi già noti, così da attivare *ex novo* una seconda istruttoria¹³¹.

L'operatività dell'art. 22 l.f., studiato in combinato disposto con l'esegesi che di esso viene proposta, comporta dunque che, contro il decreto respingente il ricorso per l'accertamento giudiziale dell'insolvenza bancaria può essere proposto reclamo, con effetto «illimitatamente» devolutivo, alla corte d'appello competente, nel termine (ora) di trenta giorni dalla comunicazione del medesimo provvedimento a cura della cancelleria del tribunale. Al collegio di secondo grado viene quindi direttamente sottoposta un'integrale cognizione dei presupposti per la dichiarazione di insolvenza, con una forte apertura ai *nova* (fattuali e istruttori) che la corte d'appello stessa ammetterà con la medesima libertà di indagine propria dell'attività del giudice di prima istanza. In altri termini, come nel fallimento, si assiste a una devoluzione piena e

¹³¹ Sia consentito sul tema di rinviare a quanto già riportato da chi scrive in *Commento all'art. 22*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, I, 2010, pp. 412 e ss.

automatica – in assenza della vincolatività dei motivi – dell'intero *thema decidendum* oggetto del procedimento del quale il reclamo costituisce una sorta di prosecuzione davanti a un giudice superiore, ma dotato dei medesimi poteri di quelli conferiti all'organo giudicante di prime cure. Anche qui, poi, il legittimato al reclamo sarà il ricorrente *ex art. 82 del T.U.* risultato soccombente, essendo anche la domanda di cui all'art. 22 l.f. inscindibilmente legata al concreto esercizio del potere di azione in primo grado. A riguardo, la norma da ultimo citata menziona, peraltro, soltanto il creditore e il pubblico ministero eventualmente richiedente, a cui, comunque, dovrà aggiungersi, in via interpretativa, anche il soggetto debitore, la cui *legitimatio ad causam* è espressamente contemplata dall'art. 6 l.f. Ma non solo. In tale contesto, infatti, la legittimazione a presentare reclamo avverso il decreto di rigetto sarà da riconoscersi anche ai commissari straordinari, nonché al commissario liquidatore, nonostante l'istanza di accertamento giudiziale dell'insolvenza sia stata presentata in tempo antecedente alla sua nomina. Pare infatti che anche coloro nei cui confronti sia stato integrato il contraddittorio – e il pensiero si rivolge naturale proprio al commissario liquidatore solo *medio tempore* nominato –, pur non ricorrenti in primo grado, possano, in quanto per essi ne sia riconosciuto attuale l'interesse, proporre la rinnovazione *in toto* del procedimento di accertamento dello stato di decozione bancaria.

Se dalle poche righe di cui sopra è apparso *de plano* trasponibile, anche nel caso che qui occupa, il contenuto normativo dell'art. 22 l.f., per quel che in particolare concerne l'ossatura del giudizio di gravame alla luce dei connotati propri del decreto di rigetto della prima istanza, alla stregua di quanto prospettato nell'alveo fallimentare, risulta per contro di più difficoltosa comprensibilità il duplicarsi, nella disciplina bancaria, dello sviluppo del giudizio *de quo*, dalla legge previsto, nel caso di accoglimento del reclamo. Come noto, infatti, qualora la corte d'appello ritenga fondato il ricorso promosso contro il decreto reiettivo del tribunale, la stessa è inibita dall'emanare una sentenza dichiarativa di fallimento, dovendo invece procedere d'ufficio, per disposizione normativa espressa, alla rimessione degli atti al tribunale, affinché sia quest'ultimo, in quanto inderogabilmente competente, a provvedere ai sensi dell'art. 16 l.f. È tuttavia altrettanto noto come la giustificazione di una simile deviazione dal generale principio per il quale, nei giudizi di merito, il giudice superiore, quando accoglie il gravame, emette un provvedimento che è sostitutivo di quello impugnato, stia tutta nel fatto che la sentenza di fallimento, di contenuto complesso, contiene statuizioni anche di carattere ordinatorio che devono essere necessariamente adottate dal tribunale quale organo funzionalmente investito dell'intera procedura ai sensi dell'art. 23 l.f. Ora, sembra piuttosto evidente come tale esigenza non sia altrettanto ravvisabile nel caso di accertamento

giudiziale dell'insolvenza bancaria, posto che qui il tribunale si pone quale organo estraneo alla procedura a cui l'istituto di credito è o sarà soggetto e la pronuncia positiva sull'istanza proposta (sempre che il giudice non abbia a procedere d'ufficio) altro non contiene che il dispositivo dichiarativo dell'insolvenza accertata. L'unico profilo costitutivo, come visto, attiene, nel caso di sentenza preventiva *ex* comma 1 dell'art. 82 del T.U., alla determinazione dell'apertura della procedura di liquidazione coatta, comunque mediata dall'intervento della Banca d'Italia, alla quale è sottratta solo la discrezionalità nella valutazione dei presupposti di avvio del concorso, e non anche la funzione propositiva di attivazione dello stesso. Cosicché, qualora l'insolvenza venga accertata in sede di gravame, la sola differenza si ritrova nel fatto che a provvedere alla relativa comunicazione alla predetta Autorità sarà la cancelleria della corte d'appello, anziché quella del tribunale. E neppure vale a configurare un'eccezione al principio summenzionato, al pari di quanto avviene nel fallimento, la previsione di cui al comma 2 dell'art. 195 l.f., riferentesi al potere del tribunale di adottare, con la stessa sentenza dichiarativa o con decreto successivo, i provvedimenti conservativi opportuni nell'interesse dei creditori fin tanto che la procedura di liquidazione non abbia inizio. Un tale potere infatti - in virtù dell'evidenziato carattere di riesame, e al contempo di prosecuzione del giudizio di prime cure, del procedimento di cui all'art. 22 l.f. - non può

disconoscersi pure alla corte d'appello, la quale, riformando il decreto di rigetto del tribunale, decida nel senso affermativo dell'insolvenza bancaria. Non si deve infatti reputare il tribunale l'unico organo funzionalmente competente in tal senso, quanto piuttosto occorre leggere la previsione normativa come attuazione di un'esigenza sottesa in via immediata alla pronuncia dichiarativa dell'insolvenza, provenga essa dal tribunale ovvero dalla corte d'appello in sede di gravame. Di talché, non resta che condividere in pieno le perplessità già espresse in passato con riguardo alla rimessione d'ufficio al tribunale ai fini della dichiarazione di fallimento, *rectius* insolvenza, anche nella liquidazione coatta amministrativa¹³².

Un'ultima nota attiene al caso in cui il reclamo sia rigettato. È infatti risaputo come l'art. 22 l.f. non disciplini espressamente l'ipotesi. Varranno allora le medesime considerazioni svolte con riguardo al decreto negativo del tribunale, posto che il decreto con cui la corte d'appello rigetta il ricorso, all'esito del procedimento camerale, è idoneo a sostituire in tutto e per tutto il provvedimento del giudice di prima istanza. Chiaro è, inoltre, che l'inattitudine (anche) del decreto di rigetto del reclamo ad acquistare l'autorità formale di

¹³² A. Bonsignori, *Liquidazione coatta amministrativa (artt. 194-215)*, cit., p. 62, a parer del quale la suddetta rimessione appare eccessiva. *Contra*, nel senso che, se la corte d'appello accoglie il reclamo, la stessa rimetterà d'ufficio gli atti al tribunale per la dichiarazione di insolvenza: G. Boccuzzi, *Commento all'art. 82*, cit., p. 1014.

cosa giudicata comporta l'impossibilità di ricorrere, avverso lo stesso, dinanzi alla Corte di Cassazione in via straordinaria, ai sensi dell'art. 111 Cost., eccezion fatta per le statuizioni in tema di spese e di eventuale risarcimento del danno, alle quali si sono riconosciuti i caratteri della decisorietà e della definitività che rendono ammissibile il riesame di legittimità, nonché, similmente, per i vizi intrinseci allo svolgimento del procedimento di secondo grado¹³³.

4. Gli effetti prodotti dalla dichiarazione giudiziale di insolvenza bancaria. L'esercizio delle revocatorie in particolare: rinvio

L'accertamento dello stato d'insolvenza della banca - a prescindere dalla circostanza che lo stesso intervenga prima o sia susseguente al provvedimento di liquidazione coatta amministrativa - determina *ipso iure* gli effetti contemplati dall'art. 203 l.f. In virtù del relativo richiamo compiuto espressamente dall'ultimo comma dell'art. 82 del T.U., dunque, troveranno applicazione le norme dettate in materia di effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori contenute negli articoli da 64 a 70 l.f., attinenti, come noto, all'esercizio delle revocatorie fallimentari, qui demandato, come chiarisce la legge stessa, al commissario liquidatore, il quale, sempre in

¹³³ Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, si può ancora consultare, se si vuole, B. Armeli, *Commento all'art. 22*, cit., p. 440.

conseguenza della dichiarata insolvenza, sarà inoltre chiamato a redigere una relazione sulle cause del dissesto, sulle responsabilità, nonché sui profili di rilievo penalistico, in conformità alla previsione di cui all'art. 33 l.f., da presentare al procuratore della Repubblica. E infatti, l'accertamento giudiziale dell'insolvenza provoca l'applicabilità, ancorché non ricordata dalla disciplina settoriale, delle disposizioni penali, previste dal titolo VI della legge fallimentare, in virtù dell'esplicita equiparazione operata dall'art. 237 l.f., proprio ai fini *de quibus*, tra l'accertamento predetto e la dichiarazione di fallimento.

In aderenza all'oggetto della presente trattazione, lo studio degli effetti scaturenti dall'insolvenza giudizialmente proclamata - da porre peraltro a confronto con quelli unicamente discendenti dall'apertura della liquidazione coatta amministrativa - sarà comunque limitato all'analisi dell'esercizio delle azioni revocatorie, alla quale, stante la densità del tema, si vuole dedicare un apposito capitolo¹³⁴.

¹³⁴ In particolare, cap. III.

Tesi di dottorato "La liquidazione coatta bancaria. Aspetti processuali tra diritto interno e comunitario"
di ARMELI BEATRICE

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

CAPITOLO III

L'esercizio delle azioni revocatorie

1. Introduzione – 2. Il sistema revocatorio nella liquidazione coatta amministrativa tra disciplina fallimentare e disciplina bancaria – 2.1 La legittimazione attiva e passiva – 2.2 L'interesse ad agire del commissario liquidatore – 2.3 I termini entro cui l'azione può essere esercitata – 2.4 Il giudice competente – 2.5 Il giudizio di revoca: cenni e rinvii – 2.5.1 L'articolazione temporale del presupposto oggettivo del periodo sospetto – 2.5.2 La prova della conoscenza dello stato d'insolvenza – 2.5.3 Lo svolgersi del processo – 3. L'azione revocatoria infragruppo – 3.1 L'applicazione dell'art. 99, comma 5, del T.U. – 3.2. L'applicazione dell'art. 101, commi 1 e 3, del T.U. – 4. Alcuni esempi di esclusione o limitazione della revocatoria (fallimentare) – 4.1 Ipotesi comuni di esenzione – 4.1.1 La previsione di cui all'art. 67, comma 4, l.f. – 4.1.2 Le previsioni di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) e b) – 4.2 Ipotesi speciali di esenzione – 4.2.1 Nella disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa – 4.2.2 Nella disciplina sulla cartolarizzazione dei crediti – 4.2.3 Nella disciplina sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli – 4.2.4 Nella disciplina sulle garanzie finanziarie – 4.3 Ipotesi eccezionali di esenzione – 5. Profili scelti dell'azione revocatoria in un contesto di insolvenza bancaria transnazionale – 5.1 Premessa – 5.2 La giurisdizione – 5.2.1 L'omissione normativa e le sue conseguenze – 5.2.2 La ricerca di un criterio di giurisdizione comunitario – 5.2.3 Lo spazio residuale dei criteri domestici: la disciplina italiana – 5.3 La legge applicabile – 5.3.1 La regola e l'eccezione secondo la disciplina comunitaria – 5.3.2 Analisi dell'eccezione: il contenuto delle condizioni richieste – 5.3.3 (*segue*) e l'atteggiarsi nel processo –

5.3.4 Di nuovo, lo spazio residuale dei criteri domestici - 5.4 Il riconoscimento e l'esecuzione della decisione

1. Introduzione

La revocabilità degli atti pregiudizievoli ai creditori, nel contesto di crisi dell'intermediario bancario, è prevista dal Testo Unico in più occasioni. Innanzitutto, l'art. 83, comma 2, prevede, tra gli effetti (già) del (solo) provvedimento che dispone la liquidazione coatta amministrativa, l'applicabilità dell'art. 66 l.f., introducendo dunque la possibilità di agire in revocatoria ordinaria contro gli atti compiuti dall'istituto di credito a danno del proprio ceto creditorio, secondo le disposizioni del codice civile di cui agli articoli 2901 e seguenti. Il terzo comma dell'art. 82 del T.U. estende inoltre alla dichiarazione giudiziale di insolvenza bancaria le conseguenze contemplate dall'art. 203 l.f., tra le quali - come già osservato nel capitolo precedente - si annovera testualmente l'operatività delle norme dalla stessa legge dettate nel titolo II, capo III, sezione III. Trova dunque spazio, ma solo se della banca è (in qualunque momento) accertato lo stato di insolvenza, l'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare di cui all'art. 67 l.f. Invero - ed è subito da notarsi, nonostante sul tema la presente trattazione si soffermerà altrove - tra le disposizioni in blocco richiamate si annovera, oltre all'art. 64 e all'art. 65 (rispettivamente dedicati all'inefficacia automatica degli atti a titolo gratuito e dei pagamenti anticipati), ancora l'art. 66 che risulta pertanto due volte

menzionato, l'una direttamente, l'altra per via indiretta, seppur indubitabile. Infine, a completamento delle ipotesi in cui l'istituto della revocatoria è preso *in parte qua* in considerazione, sono da citarsi, da un lato, l'art. 99, comma 5, del T.U. e, dall'altro, il successivo art. 101, commi 1 e 3, quali disposizioni entrambe inserite tra quelle normanti la disciplina del gruppo bancario in stato di crisi. La prima, in particolare, stabilisce che, qualora la capogruppo sia dichiarata insolvente, diviene possibile l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare di cui all'art. 67 l.f. – il solo infatti a essere espressamente menzionato – nei confronti delle altre società del gruppo per quegli atti rilevanti secondo la disciplina fallimentare posti in essere, però, nel periodo sospetto indicato dallo stesso legislatore di settore che si discosta – e di molto – dalla normativa conosciuta, rivelando a riguardo una maggiore severità. Quanto alle previsioni di cui all'art. 101 succitato, invece, ferma l'applicabilità dei predetti articoli 82 e 83 del T.U. – e delle loro previsioni in tema di revocatoria – alle banche del gruppo, tutte le società appartenenti al gruppo bancario, quand'anche aventi natura non bancaria, saranno soggette alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa *bancaria* – riguardante anche l'esercizio delle azioni revocatorie di cui ai soliti articoli 82 e 83 – qualora la capogruppo sia sottoposta ad amministrazione straordinaria o a liquidazione coatta amministrativa. Inoltre, anche qualora ad essere sottoposta a procedura concorsuale – che le è propria –

sia una società del gruppo, troveranno applicazione le medesime disposizioni dettate dal titolo IV, capo I, sezione III del Testo Unico, stante la conversione della procedura concorsuale in essere in liquidazione coatta amministrativa *bancaria*, con la conseguenza, esplicitata dal comma 3 dell'art. 101 del T.U., che al commissario liquidatore *medio tempore* nominato, saranno attribuiti i poteri previsti dall'art. 99, comma 5, del T.U., *ergo* la legittimazione ad esperire l'azione revocatoria prevista dall'art. 67 l.f., ma «aggravata» dalla dilatazione del periodo sospetto legale, nei confronti di altre società del gruppo, *solo se* – si deve ritenere, anche se la legge, con una poco felice formulazione, rimane silente sul punto – della società in convertita liquidazione coatta amministrativa *bancaria* sia stato giudizialmente accertato lo stato di insolvenza¹.

La molteplicità dei problemi operativi che le suddette previsioni sono destinate a creare appare piuttosto evidente. Di seguito si cercheranno di esplicitare i profili valutati maggiormente rilevanti.

¹ Il comma 3 dell'art. 101 T.U., infatti, recita che «[a]i commissari liquidatori sono attribuiti i poteri previsti dall'art. 99, comma 5», senza però assicurarsi, neppure in virtù del dato testuale del comma precedente, che l'attribuzione di detti poteri sia condizionata, come in effetti prevede il comma 5 dell'art. 99 richiamato, alla dichiarazione giudiziale di insolvenza. Meglio allora sarebbe stato richiamare *in toto* l'operatività della norma in questione, seppur per pura forma, data l'inopportunità (se non l'oggettiva impossibilità, salvo ipotetica previsione di legge contraria) a procedere a revocatoria fallimentare in assenza di una dichiarazione di insolvenza sottostante.

2. Il sistema revocatorio nella liquidazione coatta amministrativa tra disciplina fallimentare e disciplina bancaria

Il punto di partenza per l'esegesi dell'istituto della revocatoria, applicato in caso di liquidazione coatta amministrativa bancaria, appare essere l'art. 203 l.f., dal quale infatti emerge l'esigenza di apprestare il rimedio revocatorio, anche al di fuori del contesto fallimentare, tutte le volte in cui un soggetto, sottoponibile alla predetta procedura amministrativa e per il quale il fallimento non trovi spazio operativo, sia, comunque, giudizialmente dichiarato insolvente. Invero, come noto, l'azione revocatoria ordinaria, di cui agli articoli 2901 e seguenti del codice civile (di seguito, c.c.), è esercitabile anche a prescindere dalla dichiarazione di insolvenza, ma - è da notarsi - solo quella ordinaria di cui all'art. 66 l.f. è esperibile per effetto dell'apertura della liquidazione coatta. Sia l'art. 201, comma 1, l.f. che, come sopra visto, l'art. 83, comma 2, del T.U. prevedono infatti, dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione, l'applicabilità del suddetto art. 66 l.f. Il richiamo espresso a tale ultima disposizione, e non già alle previsioni normative civilistiche - che in ogni caso ne rappresentano il contenuto -, sembra in particolare suscitare una sottigliezza interpretativa con riguardo ai profili che si andranno di seguito ad esaminare per l'ipotetico scostamento (come si avrà modo di appurare) rispetto a quanto desumibile dalla disciplina codicistica.

2.1 La legittimazione attiva e passiva

Per qualunque tipo di revocatoria si opti nell'ambito della procedura di liquidazione coatta amministrativa, la *legitimatio ad causam* spetta al commissario liquidatore. Ciò è espressamente previsto dall'art. 203, comma 2, l.f., con riguardo alle azioni instaurate per effetto dell'accertamento giudiziale di insolvenza, nonché implicitamente desumibile dal richiamo operato all'art. 66 l.f., per l'azione ordinaria esperita a seguito dell'apertura della procedura amministrativa. È pacifico, infatti, che il riferimento al curatore fallimentare andrà qui adattato con riguardo alla figura commissariale.

Pertanto, in ogni ipotesi, unico legittimato a proporre azione di revoca degli atti pregiudizievoli ai creditori è il commissario liquidatore, il quale, come il curatore nel fallimento, si pone quale «terzo» e non già come rappresentante del soggetto in liquidazione o della massa. Infatti, per quanto proceda nell'interesse di quest'ultima, il commissario agisce come titolare *iure proprio*, non necessitando neppure – e qui si colloca la differenza rispetto al curatore fallimentare – di autorizzazione alcuna. Non è infatti rinvenibile una prescrizione imponente, quale condizione di procedibilità della domanda, la preventiva autorizzazione del commissario liquidatore da parte della Banca d'Italia, quale Autorità cui compete la

direzione del procedimento². Invero, specie nei casi più delicati, come ad esempio le revocatorie infragruppo, la suddetta Autorità potrebbe ben arrogarsi il potere di subordinare l'esercizio dell'azione da parte del commissario liquidatore ad un suo provvedimento conforme, posto che la formulazione dell'art. 84, comma 3, del T.U., nel momento in cui prevede la possibilità per la Banca d'Italia di stabilire che talune categorie di atti debbano essere da essa autorizzate, non ne esclude l'ipotizzabilità.

Sulla legittimazione ad agire in revocatoria sembrerebbe che non vi sia altro da aggiungere, se non la riproposizione delle medesime tematiche sviluppatesi nell'elaborazione interpretativa della disciplina fallimentare. In particolare, se da un lato, l'esercizio delle azioni di revoca sembra spettare, in via esclusiva, al commissario liquidatore, dall'altro, non si può escludere che il creditore - nel cui interesse la revocatoria è preordinata - possa, se non agire in via principale, quantomeno intervenire nel giudizio promosso dall'organo commissariale in via adesiva, fondandosi infatti la sua legittimazione su un rapporto

² Nel senso che le revocatorie possono essere attivate dal commissario liquidatore senza necessità di autorizzazione da parte dell'Autorità di vigilanza: Cass. civ., sez. I, 22 aprile 1994, in *Fall.*, 1994, p. 1245. Come noto, invece, nel fallimento, il curatore che presenta domanda di revoca necessita dell'autorizzazione del giudice delegato, il quale provvede con decreto motivato in base al combinato disposto degli artt. 31, comma 2, e 25, comma 1, n. 6), e comma 3, l.f.

giuridico dipendente da quello oggetto del processo e, dunque, risultando lo stesso soggetto all'efficacia riflessa della sentenza, posto che il credito di cui risulta titolare sarà soddisfatto in una misura che dipende anche dall'esito delle azioni di massa proposte (qui) dal commissario, precipuamente finalizzate al reintegro della garanzia patrimoniale³.

In realtà deve avvertirsi che le limitazioni riconducibili a una posizione processuale adesiva dipendente dovrebbero, in linea di principio, cadere qualora il creditore si ritrovi parte del processo di revocatoria ordinaria da esso stesso instaurato prima dell'avvio della procedura concorsuale liquidatoria, ovvero prima che una qualsiasi legittimazione ad agire possa sorgere in capo al curatore, *rectius* commissario liquidatore. Anche in tal caso, volendo far propria la soluzione adottata in campo fallimentare⁴, dovrebbe concludersi, essendo le situazioni comparate perfettamente omogenee, che, così come il sopravvenuto fallimento del debitore non determina l'improcedibilità dell'azione revocatoria ordinaria promossa da un creditore, quando il curatore non manifesti la volontà di subentrare in detta azione, né abbia intrapreso altra analoga azione ai sensi dell'art. 66 l.f., parimenti sarà a dirsi nel caso in cui un soggetto

³ Con riguardo alla disciplina fallimentare: Cass., civ., sez. I, 18 febbraio 2009, n. 3906, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 231.

⁴ Si veda in proposito: Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2008, n. 29421, in *Fall.*, 2009, p. 540.

creditore abbia attivato il giudizio di revocatoria ordinaria e sia successivamente intervenuta l'apertura della liquidazione coatta amministrativa, in specie, bancaria. E ancora, posto che, proposta un'azione revocatoria ordinaria da parte del singolo creditore, il mancato subingresso del curatore non comporta il venir meno della legittimazione del predetto creditore a proseguire l'azione da esso intrapresa *quoad tempus*, analogamente si dovrà ammettere nell'ipotesi in cui sia mancato il subingresso del commissario liquidatore *medio tempore* nominato a seguito dell'avvio della liquidazione coatta. La teoria adottata dai giudici di legittimità, infatti, viene giustificata, da un lato, sulla base della compatibilità dei principi regolatori del concorso con la prosecuzione dell'azione revocatoria (ordinaria) da parte del singolo creditore - qualora (ovviamente) non entri in concorrenza con un'analogha iniziativa del curatore, sì che l'azione del singolo non interferisca con lo svolgimento della procedura - e, dall'altro lato, in virtù della considerazione che l'azione revocatoria, per sé stessa, non può considerarsi un'azione esecutiva, essendo volta a ottenere null'altro che una pronuncia sull'inopponibilità al creditore dell'atto dispositivo compiuto dal debitore. Ne consegue, quale corollario - seppur non esplicitato dalla Suprema Corte -, che proprio la natura non esecutiva dell'azione in questione farebbe sì che la stessa esuli dalla portata applicativa del divieto di cui all'art. 51 l.f., ai sensi del quale dal giorno della dichiarazione di

fallimento nessuna azione esecutiva può essere, neanche, proseguita sui beni compresi nel fallimento. A ciò, in più, si aggiunge che l'azione revocatoria avrebbe, comunque, ad oggetto un bene che certo non può dirsi compreso nel patrimonio del debitore, e dunque nel fallimento, per essere stato ad altri trasferito. E neppure tornerebbe a esserne compreso per effetto dell'accoglimento della revocatoria medesima, poiché con esso non viene intaccata la validità dell'atto di trasferimento e - a detta delle Sezioni Unite - neppure, in assoluto, la sua efficacia, determinandosi piuttosto l'inopponibilità dell'atto medesimo nei confronti del creditore che ha esperito l'azione. Pertanto, lungi dal pregiudicare gli interessi della massa, la prosecuzione da parte del singolo creditore dell'iniziativa da esso stesso intrapresa potrebbe anche portare alla medesima giovamento, nella misura in cui, consentendo in tutto o in parte il soddisfacimento delle ragioni dell'attore in revocatoria, ne escluda o ne riduca la partecipazione al concorso sui beni acquisiti all'attivo fallimentare. Le medesime considerazioni, qualora si ritenesse di dividerle in astratto, potrebbero trovare fondamento anche nel contesto che qui occupa, posto che, giusta la previsione di cui al comma 3 dell'art. 83 del T.U., non può essere proseguito - con dizione peraltro più stringente rispetto alla corrispondente previsione fallimentaristica - (solo) alcun atto di esecuzione forzata. Né, *ad argumentum*, varrebbe la generale inibizione a promuovere o proseguire qualunque tipo di

azione contro la banca in liquidazione, posto che legittimato passivo nel giudizio di revoca non è la banca, bensì il terzo beneficiario dell'atto revocando⁵. Invero, ad un'analisi più attenta, proprio tale circostanza (*i.e.* il generale divieto di promuovere e proseguire azioni) potrebbe portare al ribaltamento della predetta conclusione. Non può infatti disconoscersi come, astrattamente, al fallito sarebbe riconducibile una posizione di litisconsorte necessario passivo nel processo attivato per la revocatoria dell'atto da questi posto in essere con il terzo convenuto, solo che la perdita della capacità processuale dallo stesso subita in base al disposto di cui al comma 2 dell'art. 43 l.f. è di ostacolo al suo intervento in giudizio, eccezion fatta per le questioni dalle quali possa dipendere un'imputazione per bancarotta a suo carico e per i casi in cui la sua partecipazione sia espressamente prevista dalla legge, non ricorrendo però in tale ipotesi il caso. Tale prospettiva (di partecipazione al giudizio), da ritenersi astratta per il fallito, diviene invece concreta nel caso della banca in liquidazione coatta amministrativa, per il semplice presupposto che ad essa non è applicabile, né direttamente, né in via analogica, l'art. 43 predetto. Infatti, il comma 2 dell'art. 83 del T.U., espressamente

⁵ Per inciso si rileva che incorre in responsabilità extracontrattuale, ed è quindi tenuto al risarcimento del danno, il soggetto che, convenuto in revocatoria, eccepisca la propria legittimazione passiva dopo aver ingenerato nella parte attrice un incolpevole affidamento sulla titolarità del rapporto da cui è scaturita la domanda di revoca: Trib. Milano, 28 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2006, p. 2312.

indicante gli effetti producibili dalla data di insediamento degli organi liquidatori, e comunque dal terzo giorno successivo alla data di adozione del provvedimento che dispone la liquidazione coatta, richiama puntualmente gli articoli 42, 44 e 45, quali uniche disposizioni applicabili idonee a normare gli effetti per la banca della procedura concorsuale aperta a suo carico. L'esclusione dell'art. 43 l.f. importa dunque la non applicazione, nel contesto *de quo*, della regola che inibisce, quando non limita, la partecipazione in giudizio del soggetto sottoposto a procedura liquidatoria. Indi per cui, se è vero – come è vero – che il debitore è litisconsorte necessario passivo nel giudizio di revoca promosso contro il terzo beneficiario⁶, e come tale è chiamato a intervenire nel processo per l'integrazione necessaria del contraddittorio, è altresì vero che, qualora il debitore sia una banca in liquidazione coatta, il processo pendente deve arrestarsi, stante il divieto espresso dal comma 3 dell'art. 83 del T.U. di (anche solo) proseguire qualunque tipo di azione (non vigendo qui il limite della natura esecutiva o cautelare) nei confronti della banca medesima. Se così è, allora, potrà essere solo il commissario liquidatore (non potendo per esso valere il divieto⁷) a portare avanti l'azione *ab origine* intrapresa

⁶ Così, con riguardo all'azione *ex art.* 2901 c.c.: Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2000, n. 8952, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Intervento in causa e litisconsorzio* [3680], n. 16.

⁷ In caso contrario, infatti, neppure l'azione revocatoria fallimentare potrebbe essere esperibile. Sicché le eccezioni tipiche al divieto non

dal creditore singolo, venendo di questo - di fatto - caducata (o meglio congelata) la legittimazione a proseguire il giudizio.

Resta comunque fermo che, in pendenza di revocatoria ordinaria già proposta, il commissario liquidatore, così come il curatore, qualora decida di subentrarvi in quanto ritenga l'azione fondata e utile nell'interesse della massa, si sostituisce al creditore agente, permanendo invece in capo a quest'ultimo, come anzidetto, i medesimi poteri dell'interventore adesivo dipendente.

2.2 L'interesse ad agire del commissario liquidatore

Stante la finalità liquidatoria della procedura concorsuale in esame - l'unica cui la banca può essere sottoposta -, la quale si pone come obiettivo primario il soddisfacimento dei creditori e quale fine ultimo l'estinzione dell'istituto di credito in crisi, il reintegro della garanzia patrimoniale, a cui per definizione tende l'azione revocatoria, pare momento indefettibile per il massimo recupero dell'attivo liquidabile. Cosicché il

possono, nella prospettiva tracciata, ritenersi strettamente limitate a quelle espressamente previste (riconducibili, ai sensi del comma 3 dell'art. 83 T.U., alle previsioni di cui agli artt. 87, 88, 89 e 92, comma 3), non mancando casi, come quello in esame, in cui la banca risulti legittimata passiva, eppure il giudizio (anche) nei suoi confronti non possa non essere iniziato o proseguito. Semmai la sua presenza in giudizio importerà un mutamento della legittimazione attiva, ove possibile, a favore del commissario liquidatore. E l'unico caso per il quale sovviene tale postulato sembra proprio essere il giudizio di revoca nei termini suesposti.

commissario liquidatore, preposto alle operazioni di liquidazione, già legittimato dalla legge stessa ad agire in revocatoria, avrà tutto l'interesse (astratto) a procedere giudizialmente contro gli atti pregiudizievoli ai creditori, in modo da arricchire il compendio da sottoporre a liquidazione, salvo poi verificare la concretezza e l'attualità di detto interesse nel singolo caso di specie ai sensi dell'art. 100 c.p.c. Fin qui, si conviene, nulla di nuovo.

Senonché - nel tentativo di attribuire a tale paragrafo un qual senso di utilità - si potrebbe focalizzare l'attenzione, con riguardo al tema in oggetto, alla tipologia di impresa sottoposta a liquidazione coatta, qui individuata in quella bancaria, e, conseguentemente, alle peculiarità caratterizzanti la stessa, con particolare riguardo all'attività che, per definizione di legge, le è propria, ovverosia «la raccolta di risparmio tra il pubblico» e «l'esercizio del credito» (art. 10 del T.U.). Data infatti l'innegabile, e ancor prima indubbia, preminente rilevanza rivestita dall'attività bancaria nel tessuto sociale, non è difficile immaginare il grave effetto moltiplicatore che un uso indiscriminato dell'azione revocatoria potrebbe avere proprio sul pubblico (sembra superfluo citare *in primis* famiglie e imprese) nei cui confronti l'attività predetta si rivolge⁸.

⁸ Pare infatti abbastanza evidente l'ambivalente portata dell'azione revocatoria nei confronti del pubblico interlocutore con cui la banca svolge la propria attività. Se da un lato, infatti, il rimedio processuale si pone quale mezzo preordinato alla tutela di quel

Ora, senza voler fare politica legislativa, ma ponendosi comunque in una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbero ipotizzare soluzioni (quanto mai elastiche) per arginare le immanenti esternalità negative sulla collettività che l'azione revocatoria può produrre a seconda della categoria di atti che mira a colpire. Un'opzione consigliabile, oltre che facilmente spendibile, potrebbe intuitivamente essere rappresentata dalla previsione di ipotesi di esenzione, sulla quale si sceglie di soffermarsi nel proseguo. Qui, invece, si intende riferirsi al possibile atteggiarsi dell'interesse ad agire del commissario liquidatore, proprio con riguardo ai casi più problematici, creando margini in cui tale interesse possa *ex lege* cadere e così apprestando una forma di tutela posticipata rispetto all'operare delle ipotesi di esenzione, tutte le volte in cui questo sia per qualsiasi motivo inibito, tramite la replica della medesima *ratio* generale sottostante. Lo spunto, in proposito, viene offerto dalla disciplina contenuta nella c.d. Legge Marzano per le «imprese di grandissime dimensioni»⁹. Con previsione unica nel suo genere, si

pubblico, composto da soggetti titolari di diritti di credito verso l'istituto decotto, dall'altro lato, le regole che governano l'uso del predetto strumento sono tali da chiamare in causa proprio il medesimo pubblico, il quale ha continuato ad esercitare, pur in prossimità dell'epilogo della crisi in insolvenza, i diritti ad esso spettanti in virtù del rapporto intercorrente con la banca. Il caso più eclatante è quello dei prelievi dal conto corrente. Si veda *infra, sub* § 4.1.

⁹ Il riferimento è al d.l. 23 dicembre 2003, n. 247, convertito nella l. 18 febbraio 2004, n. 39, richiamante la c.d. Prodi-*bis* (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270). La relativa disciplina è stata in particolare occasionata

ammette infatti la possibilità per il commissario liquidatore di esercitare l'azione revocatoria *solo* in quanto la stessa appaia *funzionale*, nell'interesse dei creditori, al raggiungimento degli obiettivi del programma prescelto, sia esso di cessione o di ristrutturazione aziendale. In altri termini, pare che lo strumento revocatorio debba qui intendersi unicamente quale mezzo in grado di ampliare il patrimonio utile al soddisfacimento dei creditori *solo* qualora l'attivo risulti insufficiente. Viceversa, in caso di sufficienza del compendio liquidabile, al commissario verrebbe a mancare proprio una condizione dell'azione, il che comporterebbe, dal punto di vista processuale, un rigetto della domanda di revoca per inammissibilità. Trasponendo dunque, in via ipotetica e astratta, la previsione speciale – di per sé insuscettibile di applicazione analogica¹⁰ – nel contesto in esame, si dovrebbe concludere nel medesimo senso, tale per cui se l'attivo della banca supera la soglia entro la quale l'intero ceto creditorio può trovare soddisfacimento, il commissario liquidatore, pur avendo la potestà di esercitare l'azione revocatoria, non vi procederà per carenza di interesse ad agire, *a fortiori*, qualora l'oggetto di revoca sia un atto posto in essere da (o nei riguardi di) un pubblico non istituzionale.

dalla crisi Parmalat e poi rivista per la vicenda Alitalia (con modifiche introdotte dal d.l. 28 agosto 2008, n. 134, convertito nella l. 28 ottobre 2008, n. 166).

¹⁰ Nonché, come osservato nel cap. I, § 3.1, mai applicabile all'istituto bancario, anche di grandissime dimensioni.

2.3 I termini entro cui l'azione può essere esercitata

L'art. 203 l.f. richiama *in toto* la sezione III del capo III inserito nel titolo II della stessa legge, nella quale è ora compreso, per effetto della novella fallimentare del 2006, l'art. 69-*bis*, sconosciuto tanto al legislatore redigente il Testo Unico, quanto a quello congeniante il richiamo predetto. Ma tant'è che oggi, alla luce del primo comma della disposizione introdotta, le azioni revocatorie disciplinate dalla stessa sezione III possono proporsi solo entro tre anni dalla dichiarazione di fallimento e, comunque, non oltre cinque anni dal compimento dell'atto revocando. L'esercizio dell'azione revocatoria viene pertanto subordinato a un duplice termine decadenziale. Tuttavia, il richiamo a tutte le tipologie di azioni revocatorie contemplate dalla legge fallimentare appare fin da subito improprio, posto che l'azione esercitata *ex* articoli 64 e 65 l.f., volta a ottenere una mera declaratoria di inefficacia, già automaticamente prodottasi, non sembra doversi condizionare – come in effetti accade – al rispetto di limiti di tempo. Ferma dunque l'indubbia applicabilità dei termini di decadenza per l'esercizio della revocatoria fallimentare – proprio nei riguardi del quale l'art. 69-*bis* è stato concepito –, il quesito interpretativo si sposta con attinenza al regime temporale cui è soggetta l'iniziativa di revocatoria ordinaria, posto che, ai sensi dell'art. 2903 c.c., la relativa azione soggiace al termine prescrizione di cinque anni dalla data dell'atto che si intende impugnare. Sennonché, il successivo art. 2904

c.c. fa espressamente salve le disposizioni sull'azione revocatoria in materia fallimentare, tra le quali non può non ricomprendersi anche il predetto art. 69-bis e, dunque, la previsione sui termini decadenziali ivi contenuta.

A complicare il tema *in parte qua* si aggiunge inoltre la considerazione che l'esperibilità delle azioni revocatorie (tutte), in virtù dell'ultimo comma dell'art. 82 del T.U., trova inscindibilmente causa unicamente nella dichiarazione giudiziale di insolvenza bancaria. Cionondimeno l'art. 203 l.f., per intero richiamato dal primo, fa retroagire l'operatività delle disposizioni fallimentaristiche sugli atti pregiudizievoli ai creditori alla data del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa. Si deve pertanto verificare se il momento genetico dell'azione revocatoria coincida o meno con quello a partire dal quale la stessa può essere esperita. Da notarsi, ancora, come l'esercizio della sola revocatoria ordinaria contemplata dall'art. 66 l.f. possa ben derivare, giusta la previsione di cui all'art. 83, comma 2, del T.U., *anche* (unicamente) dalla messa in liquidazione coatta della banca, a prescindere, dunque, da una declaratoria giudiziale di insolvenza. Resta comunque fermo che un'azione di revoca ordinaria potrebbe già essere stata proposta, nel rispetto del termine di prescrizione quinquennale, ai sensi dell'art. 2901 c.c., prima ancora dell'adozione del provvedimento amministrativo, con subentro successivo del commissario liquidatore, il quale,

dunque, accettando la causa nello stato in cui si trova, potrà giovarsi dell'effetto interruttivo della prescrizione ad opera del creditore precedente.

Dagli scenari prospettati, emerge chiaro il problema in ordine all'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di decadenza triennale imposto dall'art. 69-*bis*, comma 1, l.f., nonché del residuo (ed eventuale) spazio applicativo del termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 2903 c.c. nel contesto della liquidazione coatta amministrativa bancaria.

Innanzitutto si rileva come gli orientamenti sviluppatisi precedentemente l'introduzione dell'art. 69-*bis* l.f. – che è andato di fatto a sostituire la regola generale di decorrenza del termine prescrizionale di cinque anni – non abbiano ancora perso di attualità, posto che con la novella fallimentare predetta si è purtroppo trascurata l'opportunità di chiarire la problematica suesposta. A riguardo, è stato in particolare sostenuto che, qualora l'accertamento giudiziale di insolvenza preceda il decreto di messa in liquidazione, il *dies a quo* di decorrenza sia da individuarsi nella data di emanazione di quest'ultimo, posto che è soltanto con la nomina del commissario liquidatore che l'azione revocatoria, tanto fallimentare *ex art. 67* quanto ordinaria *ex art. 66 l.f.*, può essere esercitata¹¹. Nel caso invece opposto, ovvero sia quando

¹¹ Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2000, n. 437, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2724 (con nota di Fabiani).

l'accertamento giudiziale dell'insolvenza susseguiva all'apertura della procedura amministrativa, si distinguono due soluzioni interpretative. In base alla prima, l'inizio della decorrenza del termine sarebbe da individuarsi, in ossequio al disposto dell'art. 203 l.f., ancora una volta, nel momento di avvio della liquidazione coatta. In virtù di una seconda opzione ermeneutica, invece, occorrerebbe riferirsi alla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'insolvenza¹², quale momento genetico di avvio per l'esercizio della revocatoria fallimentare¹³.

¹² Potrebbe peraltro – per inciso e per pura teoria – sorgere il quesito se la pubblicazione di cui si parla è quella prevista dall'art. 133, comma 1, c.p.c., risolvendosi nel deposito della sentenza nella cancelleria del tribunale (momento a decorrere dal quale la sentenza produce *ex se* i suoi effetti), ovvero coincide con l'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese (momento a decorrere dal quale il provvedimento in questione produce effetti nei riguardi dei terzi). Entrambe le forme di pubblicità sono infatti previste dall'ultimo comma dell'art. 16 l.f., a cui l'art. 195, comma 4, l.f. – testualmente richiamato dai commi 1 e 2 dell'art. 82 T.U. – implicitamente rinvia, stabilendo che la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza è resa pubblica nei modi e nei termini stabiliti per la sentenza dichiarativa di fallimento. *In parte qua* sembrerebbe consono riferirsi alla data di iscrizione nel registro delle imprese, posto che si tratta di far valere un effetto della sentenza predetta proprio con riguardo ai terzi.

¹³ F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa. In generale, delle assicurazioni e delle banche*. Milano, 1998, p. 203. Soluzione, quest'ultima, che è stata successivamente condivisa anche dalla Consulta, la quale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 202 e 203, commi 1 e 2, l.f., in riferimento all'art. 3 Cost., perché, stabilendo che il termine di prescrizione delle azioni revocatorie decorre dalla data della sentenza di accertamento dello stato di insolvenza

Ad avviso di chi scrive, non è proficuo operare una generalizzazione, né discostarsi – a seconda dell’opportunità – dalla lettera di legge, essendo semmai da questa che debbono derivare cambi univoci in merito a soluzioni diverse. Ora, per l’ottenimento della declaratoria di inefficacia ai sensi degli articoli 64 e 65 l.f., non soggetta a vincoli né decadenziali, né prescrizionali – potendo infatti la revocatoria *ex lege* essere fatta valere senza limiti di tempo –, nonché per la revocatoria fallimentare *ex art. 67 l.f.*, il cui esercizio risulta invece condizionato al duplice termine di decadenza di cui all’art. 69-*bis*, comma 1, l.f., il momento iniziale di esperibilità dell’azione è da individuarsi, in caso di accertamento giudiziale d’insolvenza preventivo, dalla data di apertura della liquidazione coatta amministrativa¹⁴. È opportuno peraltro

dell’impresa già in liquidazione coatta amministrativa, determinerebbe una disciplina ingiustificatamente diversa da quella dettata per il fallimento, nel quale detto termine decorre dalla data della sentenza, nonché intrinsecamente irragionevole, in quanto richiederebbe un accertamento giudiziario dello stato di insolvenza dell’impresa, nonostante sia contenuto nel decreto amministrativo di apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa: Corte cost., 31 ottobre 2007, n. 362, in *Fall.*, 2008, p. 17.

¹⁴ Occorre a riguardo comunque precisare come, se è pur vero che, di fatto, sia l’inefficacia automatica *ex art. 64 e 65 l.f.*, sia l’astratta revocabilità degli atti di cui all’art. 67 l.f. si produrranno proprio al tempo di apertura della procedura amministrativa, per contro, l’esperibilità concreta dell’azione di mero accertamento ovvero costitutiva di efficacia si possa riscontrare solo con la nomina commissariale. Ciò, però, non vale a posticipare il *dies a quo* predetto alla data di insediamento del commissario liquidatore,

sottolineare che tale conclusione non discende dal fatto, come in passato sostenuto, che è solo con la nomina del commissario liquidatore (conseguente all'apertura della procedura amministrativa) che l'azione revocatoria può essere esercitata, in quanto – si riafferma ciò che si è scritto nell'ultima nota – si è ora di fronte a un termine non già (e non più) di prescrizione, bensì di decadenza, tale per cui non ha rilievo l'impossibilità legale di esercizio del diritto. La congruità della conclusione è invece da motivarsi sulla base dell'intendimento che la dichiarazione giudiziale d'insolvenza (nella specie preventiva), a differenza della sentenza dichiarativa di fallimento, manca di propria autonomia, nel senso che, da sola, non è in grado di attivare la procedura concorsuale applicabile alla banca insolvente, ma fonda esclusivamente il presupposto oggettivo affinché la Banca d'Italia sia (eccezionalmente) vincolata nel proporre l'apertura di liquidazione coatta amministrativa al Ministro competente e questo vi provveda con decreto. In tal senso, come visto nel capitolo all'uopo dedicato¹⁵, la dichiarazione di

nonostante costui risulti essere il solo legittimato ad agire per le revocatorie suddette. E questo per il semplice motivo che si è di fronte a un termine, non già di prescrizione, bensì di decadenza, con la sostanziale differenza che per essa la legge, a dispetto di quanto prevede in tema di prescrizione, non ha riguardo alla possibilità legale dell'esercizio del diritto, non trovando infatti applicazione gli istituti della sospensione e della interruzione, alla cui base stanno situazioni di carattere soggettivo. Il presupposto della decadenza risiede infatti nel (solo) dato oggettivo del mancato esercizio del diritto nel tempo stabilito.

¹⁵ Si veda *supra*, cap. II, in particolare § 2.2.

insolvenza si pone quale (con)causa della procedura amministrativa, con la sola differenza, rispetto agli altri requisiti di cui all'art. 80 del T.U., che, in quanto proveniente da un organo giurisdizionale, non consente all'Autorità di vigilanza, con scostamento dalla discrezionalità amministrativa che le è propria, di assumere determinazioni diverse da quella della sottoposizione della banca dichiarata insolvente a liquidazione coatta. Solo dunque leggendo l'accertamento giudiziale d'insolvenza bancaria senza soluzione di continuità rispetto all'apertura della procedura coatta amministrativa si può accettare che le norme fallimentari richiamate in tema di atti pregiudizievoli ai creditori prendano effetto con l'inizio della liquidazione coatta, fermo restando come le stesse trovino ontologicamente origine solo nel provvedimento giudiziale di accertamento. Di talché, ma solo per la revocatoria fallimentare *ex art. 67 l.f.*, sarà da tale momento (corrispondente - ma qui per coincidenza - con quello a partire dal quale può essere esercitata l'azione) che inizierà a decorrere il termine di decadenza di tre anni previsto dall'art. 69-*bis* l.f. Ne consegue che solo entro tale lasso temporale il commissario liquidatore potrà revocare l'atto che contravviene al principio della garanzia patrimoniale, sempre che non siano decorsi cinque anni dal suo compimento, in ossequio al disposto dell'ultima parte del suddetto articolo.

Qualora invece l'accertamento giudiziale dell'insolvenza bancaria intervenga in pendenza di procedura coatta amministrativa, sembrerebbe sì giusto, come del resto già autorevolmente sostenuto, che il termine decadenziale di tre anni e, ancor prima, la stessa esperibilità delle azioni revocatorie di cui agli articoli 64, 65 e 67 l.f., trovino avvio dalla pubblicazione della sentenza dichiarativa, ovverosia da quando la stessa è idonea a produrre i suoi effetti nei confronti dei terzi, tra i quali, appunto, è da ricondurre la possibilità di attivare il giudizio revocatorio fallimentare. Tant'è che l'art. 82, comma 3, del T.U. è chiaro nel stabilire come sia la dichiarazione giudiziale di insolvenza a produrre gli effetti indicati nell'art. 203 l.f. Tuttavia - ed è qui che pare risiedere la *vexata quaestio* -, i suddetti effetti sembrerebbero di diritto riconducibili, sempre e comunque, alla data di apertura della procedura amministrativa¹⁶. A conferma di ciò deporrebbero, da

¹⁶ Che poi, invero, nel caso di specie, tale data sarebbe da posticipare a quella di insediamento degli organi liquidatori o al più, dal terzo giorno successivo alla data di adozione del provvedimento che dispone la liquidazione, richiamandosi all'uopo - quasi in via analogica - la previsione di cui al primo comma dell'art. 83 T.U., specificatamente disciplinante la decorrenza degli effetti del provvedimento amministrativo di messa in liquidazione, il quale, peraltro risulta (già) *direttamente* valevole per la revocatoria ordinaria ex art. 66 l.f. Si veda *infra* nel testo. Lo spostamento in avanti del *dies a quo*, qui interpretativamente prospettato, consentirebbe in più di porre un temperamento alla situazione di fatto per cui il commissario liquidatore può procedere all'esercizio della revocatoria solo a decorrere da un momento in cui è già pendente il termine decadenziale, essendo, come visto (cfr. nota precedente), del tutto irrilevante l'impossibilità oggettiva di

un lato, il già speso tenore letterale dell'art. 203 l.f., il quale, appunto, sancisce l'applicazione delle norme sugli atti pregiudizievoli ai creditori «con effetto dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione», e, dall'altro, il comma 2 dell'art. 82 del T.U., il quale introduce la previsione dell'accertamento postumo dell'insolvenza bancaria con riferimento però all'ipotesi in cui la banca *già* si trovi in detto stato al momento dell'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa e l'insolvenza non sia stata (a quel tempo) dichiarata. Da qui, allora, l'apparente coerenza a riportare gli effetti della sentenza dichiarativa all'inizio della procedura di liquidazione coatta quando, *di fatto*, la banca già versava in stato di insolvenza. Aderendo a tale soluzione, si dovrebbe comunque constatare una dissociazione tra il tempo in cui il commissario liquidatore diviene abilitato ad esercitare l'azione revocatoria e il *dies a quo* di decorrenza del termine di decadenza entro cui l'azione stessa deve essere esercitata (comunque - come già rilevato - astrattamente ammissibile, trattandosi, appunto, di decadenza e non già di prescrizione). E infatti, il commissario liquidatore, nonostante la latente insolvenza, essendo questa una mera situazione di fatto, non potrà agire in revocatoria fintanto che il giudice, anche su ricorso del primo, non abbia provveduto all'accertamento giudiziale, elevando la conclamata

esercizio del diritto ai fini della sospensione (cosa inammissa per legge, salvo espresse eccezioni) del corso del termine di decadenza.

insolvenza da stato di fatto a stato di diritto. Allora, sulla base dell'opzione interpretativa in questione, il termine di tre anni avrà già iniziato a decorrere dal tempo in cui la banca, *di fatto* insolvente, sia stata sottoposta a liquidazione coatta amministrativa. La grave conseguenza, di certo non trascurabile, che risulta dall'accoglimento di una simile impostazione è in particolare da rinvenirsi nella circostanza che, a seconda dell'intervallo temporale intercorso tra l'avvio della procedura amministrativa e la dichiarazione giudiziale di insolvenza, potrebbe essere inibito al commissario liquidatore di procedere alla revocatoria fallimentare programmata per intervenuta decadenza: o perché tra la data di messa in liquidazione e l'accertamento giudiziale d'insolvenza siano decorsi più di tre anni (ipotesi invero più remota), o perché il predetto accertamento sia intervenuto più di cinque anni dalla data di compimento dell'atto revocando (concretamente più probabile). È qui allora che si avverte necessario l'intervento del legislatore, al quale, al fine di chiarire l'imbroglione normativo, si imporrà la scelta se privilegiare la certezza dei rapporti giuridici in essere e, dunque, la stabilità degli atti, ovvero prediligere l'effettiva spendibilità dell'azione revocatoria fallimentare, rendendo quindi il richiamo normativo alla disciplina degli atti pregiudizievoli ai creditori non meramente un'ipotesi astratta, qualora – è da ritenere, a tal punto, per opportunità – si sia *optato* – perché non pare verosimile non accorgersi fin da subito dello stato

di decozione in essere – per una declaratoria di insolvenza successiva all’apertura della procedura di liquidazione coatta. È infatti evidente come l’operare del termine decadenziale di tre anni possa condizionare il tempo in cui l’insolvenza bancaria venga giudizialmente proclamata. Meglio allora sarebbe rimaner ancorati alla previsione di cui al comma terzo dell’art. 82 del T.U., per voce del quale – si ribadisce – gli effetti indicati dall’art. 203 l.f. sono prodotti dalla dichiarazione giudiziale di insolvenza. Letto così, sembrerebbe infatti che il richiamo all’art. 203 l.f. valga solo a individuare la tipologia di effetti in questione, che il Testo Unico preferisce non replicare, adottando la tecnica del rinvio, quasi a voler sottolineare la completa equiparazione, in punto di effetti, tra la dichiarazione di insolvenza dell’impresa (qualsiasi) soggetta alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa (in generale) e quella dell’impresa bancaria, nel senso che la natura speciale di quest’ultima non è tale da sottrarla al regime della revocabilità degli atti pregiudizievoli ai creditori. Dunque, il fatto che la disposizione menzionata non deponga nel senso che «si applica l’art. 203 l.f.», bensì che è l’accertamento giudiziale dell’insolvenza bancaria a produrre i medesimi effetti ivi previsti, potrebbe essere usato per concludere che è e rimane dalla pubblicazione della sentenza dichiarativa che le norme sulla revocatoria prendono effetto. Del resto, il legislatore, potendolo, avrebbe potuto essere più chiaro, così evitando di fornire spunti per

interpretazioni discordanti. Anche se poi, l'inevitabile richiamo al compimento dell'atto quale momento di inizio del secondo termine decadenziale imposto dall'art. 69-bis, comma 1, l.f., pare rendere vano ogni buon tentativo di favorire, anziché scoraggiare, l'impiego della revocatoria fallimentare nei confronti della banca in liquidazione solo successivamente accertata insolvente.

Quanto invece all'azione revocatoria ordinaria pare doversi operare un opportuno *distinguo*, premettendosi a riguardo che, a parer di chi scrive, la dizione di cui al primo comma dell'art. 69-bis l.f., riferentesi alle «azioni revocatorie» disciplinate dalla stessa sezione del testo normativo (con declinazione dunque delle parole al plurale), è tale da ricomprendere anche l'iniziativa attivata, qui dal commissario liquidatore, ai sensi dell'art. 66 l.f.¹⁷. Solo che, proprio con riguardo alla revocatoria ordinaria ex art. 66, il regime temporale prescritto dalla predetta norma potrebbe anche non essere destinato sempre ad operare. E questo perché, come a inizio paragrafo osservato, l'art. 66 l.f. è

¹⁷ *Contra*, nel senso che i termini di decadenza, nonostante la formulazione della norma (giudicata «imprecisa»), riguarderebbero solo la revocatoria fallimentare e non anche quella ordinaria, in quanto sarebbe irragionevole che la stessa azione prevista dal codice civile sia sottoposta a un termine di prescrizione quinquennale dal compimento dell'atto di frode, qualora proposta in via ordinaria dai creditori, mentre invece in sede fallimentare debba soggiacere a un termine di decadenza peraltro più breve: V. Vitalone, *L'azione revocatoria fallimentare*, in V. Vitalone, S. Chimenti, R. Riedi, *Il diritto processuale del fallimento*. Torino, 2010, p. 173.

richiamato dal Testo Unico due volte, similmente peraltro a quanto avviene anche nella normativa fallimentare. La sua operatività, infatti, è conseguenza – così come quella delle altre revocatorie – dell'accertamento giudiziale dell'insolvenza, in virtù dell'art. 82, comma 3, del T.U. e dell'art. 203 l.f., nonché (anche solo) del provvedimento che dispone la liquidazione coatta, ai sensi dell'art. 83, comma 2, del T.U. e, con riguardo alla disciplina generale, dell'art. 201 l.f. In particolare, la revocabilità ordinaria degli atti pregiudizievoli ai creditori acquista effetto, secondo la normativa fallimentare suppletiva, dalla data del provvedimento che ordina la procedura amministrativa, mentre, in ossequio alle prescrizioni (qui ovviamente prevalenti) del Testo Unico – con scarto minimo, ma comunque evidenziabile –, dalla data di insediamento degli organi liquidatori e, in ogni caso, dal terzo giorno successivo alla data di adozione del provvedimento ministeriale di apertura della liquidazione. La diversità del *dies a quo* di decorrenza dell'operatività dell'art. 66 l.f., o meglio, il duplice momento di avvio di essa importa inevitabilmente riflessi sul regime temporale entro cui il diritto potestativo di revoca, di cui il commissario liquidatore è titolare, può esercitarsi. Infatti, qualora non intervenisse alcuna dichiarazione di insolvenza, la sola messa in liquidazione coatta amministrativa della banca determinerebbe la possibilità per il commissario liquidatore di domandare, dalla data del suo insediamento, che siano dichiarati

inefficaci gli atti compiuti dalla banca in liquidazione in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile. Si può allora qui porre fondatamente la questione se l'art. 69-bis l.f., in tale contesto non richiamato, possa dirsi applicabile. Se così fosse, è pacifico che il commissario liquidatore potrà presentare la predetta domanda purché non siano decorsi tre anni dalla data del suo insediamento ovvero, se questa è successiva, dal terzo giorno dall'adozione del provvedimento amministrativo e, comunque, purché non siano passati più di cinque anni dal compimento dell'atto revocando. Cionondimeno, il comma 2 dell'art. 83 del T.U., su cui poggia l'azione in esame, menziona il solo art. 66 l.f. e non già – a differenza dell'art. 203 l.f. – l'intera sezione III a cui lo stesso art. 66 appartiene e nella quale è compreso pure l'art. 69-bis in questione. Innanzitutto il legislatore del Testo Unico ha giustamente scelto di richiamare l'art. 66 l.f., e non invece le norme civilistiche, a cui comunque il primo si rifà, per indicare che spetterà al commissario liquidatore – al pari del curatore – l'esercizio dell'azione e per correttamente individuare – come meglio si espliciterà nel proseguo della presente trattazione – il giudice competente a conoscere della domanda revocatoria proposta. Tuttavia, la circostanza che, insieme all'art. 66 l.f., non richiami altresì la disciplina dei termini cui la revocatoria ordinaria nel fallimento è soggetta, potrebbe far indurre a ritenere applicabile il regime temporale generale previsto dall'art. 2903 c.c., soprattutto da parte

di coloro che già dubitano dell'applicabilità dell'art. 69-*bis* l.f. alla revocatoria ordinaria esercitabile dal curatore (qui commissario liquidatore). Se dunque così fosse, in alternativa rispetto a quanto anzidetto, il commissario liquidatore potrebbe esercitare l'azione revocatoria ordinaria nel termine di prescrizione di cinque anni dal compimento dell'atto. Termine che però, proprio in quanto prescrizione, sarebbe sospeso fino alla data di insediamento del commissario medesimo, posto che è solo da tale momento che lo stesso è in grado di azionare in giudizio il diritto di revoca. La soluzione sembra attrarre, e non poco, nella misura in cui si voglia favorire l'esperibilità dell'azione. Ciononostante, l'art. 69-*bis* l.f., sembra rientrare in gioco per altra via, diversa da quella del richiamo diretto o indiretto, invero per essere la sua operatività implicitamente accettata dalla stessa disciplina civilistica, la quale, come sopra già ricordato, fa salve, per voce espressa dell'art. 2904 c.c., le disposizioni sull'azione revocatoria in materia fallimentare. Ecco dunque riapparire, tra queste, proprio l'art. 69-*bis*, in specie, comma 1.

Lo stesso, poi, sarà a dirsi anche nel caso di accertamento giudiziale preventivo, stante la perfetta sovrapposibilità con la fattispecie sopra esaminata, in cui la revocatoria ordinaria è esercitabile dalla messa in liquidazione coatta della banca¹⁸ - sempre che si

¹⁸ Salvo eventualmente evidenziare che in un caso sarebbe possibile far riferimento alla data del provvedimento che dispone la liquidazione e nell'altro, come visto, più propriamente, alla data di

aderisca all'idea che, nell'ipotesi di dichiarazione d'insolvenza anteriore alla messa in liquidazione, gli effetti che dalla stessa traggono origine siano posticipati all'apertura della procedura amministrativa¹⁹ -. Se però l'accertamento giudiziale dell'insolvenza avviene successivamente all'apertura della liquidazione coatta amministrativa, la possibilità del commissario liquidatore a intervenire con la revocatoria ordinaria pare rinnovarsi, quand'anche fosse già spirato il termine di decadenza, decorso a partire dall'avvio della procedura amministrativa. E questo perché la rinnovata esperibilità dell'azione *ex art. 66 l.f.* si aggancia, al pari di quella fallimentare, alla declaratoria di insolvenza - anche qui, sempre, ovviamente, qualora se ne sposi la teoria²⁰ -. In altre parole, per gioco del duplice richiamo all'art. 66 l.f., sembra che l'accertamento giudiziale postumo dell'insolvenza faccia decorrere un nuovo termine di decadenza per l'esercizio della revocatoria ordinaria, ponendosi invece lo stesso quale primo per quello della revocatoria fallimentare. Cosicché il commissario liquidatore, quand'anche non fosse più in termini per agire ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 66 l.f. e 83, comma 2, del T.U., potrà, a

insediamento degli organi liquidatori ovvero al terzo giorno successivo all'apertura della procedura amministrativa. Cfr. in proposito quanto scritto in nota 16, in cui si tende a mirare a un'equiparazione del momento di decorrenza degli effetti in entrambi i casi.

¹⁹ Si veda *supra* nel testo.

²⁰ Si porta nuovamente l'attenzione a quanto precedentemente scritto nel testo.

seguito dell'intervenuto accertamento giudiziale, proporre domanda di revocatoria ordinaria - magari, come accade, in via subordinata rispetto a quella di revocatoria fallimentare - in base al combinato disposto di cui agli articoli 66 l.f. e 82, comma 3, del T.U., se dalla pubblicazione della sentenza dichiarativa della sentenza non siano decorsi più di tre anni e comunque non sia già spirato il termine di cinque anni dal compimento dell'atto.

2.4 Il giudice competente

Un altro e non meno rilevante profilo ampiamente dibattuto, con particolare riguardo alla disciplina generale della liquidazione coatta amministrativa, attiene alla corretta identificazione della competenza giudiziale a conoscere del merito della causa di revocatoria. In proposito, si è ritenuto consono affermare che la competenza dovrebbe radicarsi presso il tribunale del luogo ove ha sede principale l'impresa soggetta a liquidazione coatta amministrativa²¹. E ciò varrebbe, non solo per l'esercizio delle revocatorie tipicamente fallimentari di cui agli articoli 64, 65 e 67 l.f., bensì anche qualora si proponga domanda di revocatoria ordinaria ai sensi dell'art. 66 l.f., senza che la stessa sia sorretta da un accertamento giudiziale di insolvenza, ma per il solo fatto che la procedura di

²¹ In tal senso: A. Bonsignori, *La liquidazione coatta amministrativa (artt. 194-215)*, in *Commentario Scialoja - Branca*. Bologna, 1974, p. 181. In giurisprudenza: Trib. Lucca, 9 aprile 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1116.

liquidazione coatta amministrativa risulta aperta. Tesi che, peraltro, ben si giustificerebbe sul presupposto che a essere richiamato – proprio ai fini dell’esperibilità della revocatoria ordinaria in assenza di insolvenza – è l’art. 66 l.f. nel (suo complesso), qualificante la competenza a decidere sulla predetta azione alla stregua di quella *ex lege* radicata in ipotesi di revocatoria fallimentare. Il rinvio, dunque, non va alle disposizioni civilistiche generali, con conseguente strumentale applicazione delle regole processualistiche ordinarie determinative della competenza. Tuttavia, appare a tutt’oggi preferita (ancorché non preferibile) la tesi per la quale, in mancanza di un espresso richiamo all’art. 24 l.f., non opererebbe la *vis attractiva* da esso prevista²², con la necessaria implicazione che la competenza del giudice a decidere di tutte le azioni revocatorie sarebbe da determinarsi in base alle predette regole ordinarie per territorio e valore²³.

²² Cass. civ., sez. I, 15 febbraio 1996, n. 1145, in *Fall.*, 1996, p. 565; Cass. civ., 23 dicembre 1982, n. 7111, in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 356.

²³ Recentemente in dottrina: E. Stasi, *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia, L. Panzani. Torino, 2009, III, pp. 1889-1890, il quale contribuisce a rilevare come la competenza del tribunale che ha dichiarato l’insolvenza – e che coincide con quello del luogo in cui ha sede principale l’impresa in liquidazione coatta – potrebbe comunque essere recuperata tramite il criterio di collegamento di cui all’art. 20 c.p.c., in relazione al *forum destinatae solutionis* ex art. 1182, comma 3, c.c., equivalente al domicilio del creditore che, nel caso di specie, corrisponderebbe a quello della sede del liquidatore. In termini identici si era già espressa: Cass. civ., sez. I, 7 aprile 2004, n. 6893, in *Fall.*, 2005, p. 278 (con nota di Signorelli). Cfr. anche:

Il pensiero riportato, comunque sostenuto con riguardo alla disciplina di cui agli articoli 201 e 203 l.f., non può in ogni caso valere nell'ipotesi di revocatoria esercitata nell'ambito della liquidazione coatta bancaria. Qui, infatti, la *vis attractiva* introdotta dall'art. 24 l.f., per le azioni originanti dal fallimento, viene sostanzialmente replicata nel terzo comma dell'art. 83 del T.U., il quale, in modo limpido, stabilisce che «[p]er le azioni civili di *qualsiasi* natura *derivanti* dalla liquidazione è competente *esclusivamente* il tribunale del luogo dove la banca ha la sede legale» (c.vo nostro). Il passo allora è breve per affermare che, poiché l'azione revocatoria scaturisce dalla procedura coatta amministrativa (direttamente²⁴ o dall'evolversi di essa²⁵), il giudice competente - il solo - sarà quello dalla stessa legge individuato che, non stupisce, coincide con quello che, ai sensi dell'art. 82, commi 1 e 2, del T.U., è competente a dichiarare l'insolvenza della banca. In

Trib. Firenze, 28 luglio 1980, in *Fall.*, 1981, p. 118. Non si può poi tacere: Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2001, n. 8745, in *Fall.*, 2002, p. 174 (con nota di Lamanna), affermando che, esperita azione revocatoria nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria nei confronti di società straniera, deve escludersi l'applicabilità della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, e deve ritenersi la giurisdizione italiana in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio *ex artt.* 20 c.p.c. e 24 l.f.

²⁴ Per le azioni *ex artt.* da 64 a 67 l.f., in caso di accertamento giudiziale d'insolvenza preventivo, o solo per l'azione *ex art.* 66 l.f., nell'ipotesi di liquidazione senza insolvenza.

²⁵ Ancora per le azioni *ex artt.* da 64 a 67 l.f., in caso di accertamento giudiziale d'insolvenza intervenuto in corso di liquidazione coatta amministrativa.

entrambi i casi si tratterà di competenza funzionale e, come tale, inderogabile. L'unica differenza è rinvenibile nel fatto che, nel caso di giudizio accertativo dell'insolvenza, il tribunale giudicherà in composizione collegiale, seguendo infatti un procedimento in camera di consiglio, mentre invece, di fronte a una causa di revoca, lo stesso sarà chiamato a giudicare in composizione monocratica, ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 50-*bis* e 50-*ter* c.p.c.

Particolari questioni di competenza si riscontrano piuttosto nel caso in cui il convenuto in revocatoria sia a sua volta sottoposto a procedura concorsuale²⁶. La regola semplice e generale applicabile al caso - nel tempo consolidatasi senza tuttavia trovare riscontro normativo - prevede la competenza del tribunale del luogo in cui è stata aperta la procedura concorsuale di parte attrice²⁷ e la possibilità di far valere i conseguenti

²⁶ In particolare, il conflitto potrebbe sorgere, per rimanere in ambito fallimentare, tra l'art. 24 l.f., secondo cui il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere delle azioni che ne derivano, e l'art. 52 l.f., per il quale, aperto il fallimento, ogni credito deve essere accertato secondo le norme previste per l'insinuazione e la verifica dello stato passivo. Regole comunque conosciute anche nel caso di liquidazione coatta amministrativa bancaria, per effetto della, già rilevata, *vis attractiva* posta dall'art. 83, comma 3, T.U., nonché del richiamo compiuto, seppur indirettamente, dal comma 2 della stessa disposizione all'art. 52 l.f. Viene infatti fatto rinvio al titolo II, capo III, sezione II della legge fallimentare, disciplinante, come noto, gli effetti del fallimento per i creditori, tra i quali sono ricompresi pure quelli previsti dal predetto art. 52 l.f.

²⁷ Trib. Milano, 4 luglio 1985, in *Fall.*, 1986, p. 204.

effetti patrimoniali della revoca mediante insinuazione di credito nel fallimento del soggetto convenuto²⁸.

Passando in rassegna la giurisprudenza sul tema, con riguardo all'ipotesi in cui risulti, in qualunque modo, coinvolto un istituto bancario, si ritrovano più frequentemente fattispecie in cui quest'ultimo sia in realtà il soggetto convenuto. In proposito, abbastanza recentemente, è stato sostenuto che qualora il convenuto in revocatoria sia una banca, «fallita» a sua volta, il potenziale conflitto tra la competenza del tribunale fallimentare, ai sensi dell'art. 24 l.f., che ha dichiarato il fallimento dell'attore e quella prevista dall'art. 83 del T.U. che ha dichiarato il «fallimento» del convenuto, deve essere risolto nel senso che il primo resta competente a decidere circa l'inefficacia dell'atto, mentre le pronunzie consequenziali alla dichiarazione d'inefficacia competono al secondo tribunale, in base alle modalità stabilite per l'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi²⁹. E fin qui *nulla quaestio*,

²⁸ Trib. Torino, 19 marzo 1992, in *Fall.*1993, p. 183 (con nota di Colombo).

²⁹ Cass. civ., sez. I, 22 agosto 2011, n. 17443, in *Foro it. Mass.*, 2011, p. 720. In un altro caso, poi, la giurisprudenza, questa volta di merito, traendo occasione dalla peculiare fattispecie esaminata, ha ritenuto che nell'ipotesi di successione di un istituto di credito ad altro e di esercizio di azione revocatoria contro l'istituto succeduto determinata da fatti anteriori all'evento successorio, se l'istituto che ha dato causa alla successione è sottoposto a liquidazione coatta amministrativa, con conseguente competenza di un giudice diverso, resta ferma la competenza del giudice dinanzi al quale è stata introdotta l'azione revocatoria discendente dal rapporto tra

traducendosi la risoluzione affermata nella mera specificazione della regola generale anzidetta³⁰.

l'istituto dante causa e un suo cliente anteriore alla verificatasi successione. Da ciò si deduce che legittimata passiva è solo la banca succeduta al rapporto (non essendo però chiaro se la successione sia intervenuta *ante causam* o in pendenza di lite) e che la procedura concorsuale aperta nei confronti della banca dante causa è irrilevante ai fini di un possibile spostamento di competenza del giudice chiamato a conoscere dell'azione revocatoria instaurata contro il succeduto istituto, ancorché relativa a un atto intercorso con la precedente banca. A conferma della predetta legittimazione passiva, si veda altresì: App. Catania, 20 ottobre 2000, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 1259, affermando che la cessione ad altro istituto di credito delle attività e passività di una banca posta in liquidazione coatta amministrativa non può assimilarsi ad un trasferimento d'azienda cui vada applicata la norma dell'art. 2560 c.c. e pertanto, tranne espressa esclusione, l'istituto cessionario risponde dei debiti derivanti dai rapporti in corso al momento della cessione e, tra essi, anche quelli dipendenti dall'esercizio di una revocatoria fallimentare introdotta contro l'istituto cedente, ancorché il debito scaturente dall'esercizio della revocatoria non sia stato considerato nei libri contabili obbligatori del cedente stesso.

³⁰ Del resto, la soluzione era stata in passato già accolta da: Cass. civ., sez. I, 30 agosto 1994, n. 7583, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2752. Cfr. anche: Trib. Grosseto, 27 novembre 1996, in *Toscana giur.*, 1997, p. 434, per il quale il tribunale fallimentare rimane competente a decidere se la revoca di un atto debba essere o meno pronunciata qualora il convenuto in revocatoria venga sottoposto, nel corso del giudizio, ad una procedura concorsuale; cionondimeno la sentenza non potrà che essere limitata all'affermazione del diritto del fallimento attoreo alla restituzione del bene compravenduto revocato, in quanto le conseguenti disposizioni potranno essere prese unicamente in base alle norme sulla liquidazione coatta amministrativa della convenuta; App. Roma, 5 dicembre 1989, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 453. *Contra*: Trib. Verona, 9 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, p. 427, secondo cui a conoscere dell'azione revocatoria proposta da un fallimento nei confronti di un soggetto in liquidazione coatta amministrativa o nei confronti di altro

Ciò che invece si fatica a comprendere è la conclusione del pensiero dei giudici di legittimità, posto che i medesimi ritengono di giustificare il percorso argomentativo in virtù della considerazione che la separazione, ai fini della competenza, tra le pronunzie di accertamento e quelle di condanna pecuniaria sarebbe frutto del principio per il quale la temporanea improponibilità o improseguibilità afferisce solo alle azioni di condanna. Invero, l'art. 83, comma 3, del T.U., richiamato dalla stessa pronuncia in commento, stabilisce che «contro la banca in liquidazione non può essere promossa né proseguita alcuna azione» (c.vo ancora nostro). Di talché, sembrerebbe che, poiché il divieto imposto ha riguardo alla totalità delle azioni promuovibili nei confronti dell'istituto bancario sottoposto a procedura concorsuale amministrativa, il caso suesposto dovrebbe essere in altro modo regolato. Vi sarebbe cioè la base normativa per affermare che il fallimento (qualora di questo si tratti) non potrebbe instaurare nei confronti della banca in liquidazione, pur ricorrendone i presupposti, un giudizio di revoca. Qualora questo sia invece pendente al momento in cui interviene l'apertura, a carico dell'istituto di credito, della procedura amministrativa, si dovrebbe avere una chiusura in rito del processo, anche considerando che la liquidazione coatta amministrativa è volta all'estinzione

fallimento sarebbe competente il giudice della procedura convenuta per consentire allo stesso un controllo più penetrante. La posizione risulta comunque isolata.

del soggetto bancario. Risulterebbe così vanificata la possibilità per il curatore fallimentare di attivarsi per la ricostituzione della garanzia patrimoniale a favore della procedura da esso amministrata, di fronte all'immunità, rispetto a qualunque tipo di giudizio, di cui la banca in liquidazione è dalla legge stessa rivestita.

Se la conclusione, seppur motivata da un non trascurabile dato letterale, lascia - giustamente - perplessi, si può scegliere, allora, o di aderire all'interpretazione data dai giudici di legittimità, che si è scritto, *prima facie*, di non comprendere, in ossequio alla quale, a dispetto dello stretto tenore normativo, il divieto di promuovere o proseguire azioni contro la banca in liquidazione è da riferirsi (solo) alle domande di condanna; oppure si può giungere a trovare spiragli per il superamento del divieto per altra via. Il che, qui, si suggerisce. Il divieto predetto, infatti, è totale, dato che la legge, come visto, nega «alcuna» azione, ma non assoluto, posto che lo stesso testo normativo fa espressamente salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3, del medesimo T.U., i quali - è facile anche da prevedere - si riferiscono alla possibilità di esperire opposizione avverso lo stato passivo, nonché appello e ricorso per Cassazione, oltre che alla possibilità di presentare domanda di insinuazione tardiva e di contestare con ricorso al tribunale il contenuto degli adempimenti finali del commissario liquidatore. Per quel che *in parte qua* interessa, a venire prioritariamente in rilievo sono comunque le

disposizioni di cui agli articoli 87 e 89. Orbene, se, per regola generale, gli effetti restitutori conseguenti alla pronuncia di revoca, in caso di azione promossa contro altra procedura concorsuale, sono perseguibili tramite l'insinuazione al passivo di detta procedura e se, qualora il soggetto passivo dell'azione revocatoria sia una banca in liquidazione coatta, il divieto di promuovere o proseguire azioni non opera proprio con riguardo alla verifica giudiziale del passivo – ossia, letto a contrario, dei crediti vantati nei confronti della banca –, vuol dire che, sulla premessa per cui nel giudizio di accertamento possano confluire tutte le questioni inerenti anche alla stessa esistenza del credito³¹, il curatore del fallimento attore in revocatoria potrà, a seconda dello stadio temporale in essere, adire il tribunale competente³², o presentando opposizione allo stato passivo (in quanto la sua posizione non è – perché ancora non può – essere stata ammessa negli elenchi redatti dal commissario liquidatore) del credito (necessariamente) pecuniario, oppure proponendo domanda di insinuazione tardiva dello stesso, in entrambi i casi con la richiesta, in via preliminare, dell'accertamento del titolo del suo credito che, nella specie, nasce da una declaratoria o costituzione

³¹ Si leggano a riguardo le considerazioni svolte nel cap. V, § 3 e sottoparagrafi.

³² Che è quello del luogo in cui la banca ha sede legale, giusta la previsione di cui all'art. 87, comma 2, T.U.

(dipende dai tipi) di revoca³³. Il tribunale così adito provvederà allora a sospendere il giudizio per la definizione della questione (divenuta causa) pregiudiziale di merito³⁴, ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 34 e 295 c.p.c. Da qui il problema di consentire o meno la trattazione e decisione (con efficacia di giudicato) nel medesimo processo pendente della causa logicamente pregiudiziale di revoca, anche alla luce della suesposta regola per la quale la competenza a conoscere dell'azione revocatoria contro un'altra procedura concorsuale permarrebbe in capo al giudice funzionalmente deputato a conoscere delle cause che derivano dalla procedura attrice in revocatoria. Il problema appare peraltro complicato dal

³³ Del resto, l'instaurazione di un micro-procedimento di revoca nel giudizio di verifica del passivo è tutt'altro che nuova. Il riferimento va chiaramente alla c.d. «revocatoria in via breve». Solo che, di solito, la stessa scaturisce da un'eccezione, mentre qui si prospetta la sua introduzione in giudizio mediante espressa domanda.

³⁴ Secondo un orientamento consolidato l'accertamento con efficacia di giudicato si estende automaticamente alla soluzione di tutte le questioni che costituiscono la premessa o il presupposto logico necessario della decisione. Si veda ad esempio: Cass. civ., 7 settembre 1999, n. 9491. Rientrerebbero dunque nell'ambito di applicazione dell'art. 34 c.p.c. non solo le questioni pregiudiziali in senso tecnico, relative all'esistenza di un'autonoma situazione soggettiva che costituisce elemento della fattispecie costitutiva del diritto (o dell'obbligo) fatto valere con la domanda giudiziale, ma altresì quelle pregiudiziali in senso logico (a cui pare appartenere la questione in esame), aventi ad oggetto l'esistenza o il modo di essere del rapporto giuridico complesso o della situazione reale, nel cui quadro si inserisce l'effetto giuridico semplice fatto valere dall'attore con il *petitum* della domanda introduttiva.

fatto che il meccanismo di deroga ai criteri di competenza, in ragione della connessione per pregiudizialità-dipendenza che lega i due oggetti dell'accertamento, predisposto dall'art. 34 c.p.c., ha riguardo alla competenza per materia o per valore, non invece a quella per territorio, qui rilevante, rientrando la cognizione della causa pregiudiziale nella competenza funzionale, territoriale e inderogabile, di un giudice diverso da quello adito. Ad ogni modo, seguendo il pensiero dominante sul punto, si dovrebbe concludere che, anche nel caso *de quo*, la deroga dovrebbe essere rispettata, per cui la competenza territoriale prevista per la causa dipendente (di ammissione del credito) - principalmente proposta - attragga a sé anche la competenza prevista dalla legge per la causa pregiudiziale (di revocatoria)³⁵.

Si conviene certo come la tesi possa apparire eccessivamente forzata e non trovare neppure risposte univoche in merito all'ammissibilità di una domanda di insinuazione per credito futuro - che comunque non vuol dire, nel caso di specie, ammissione del credito futuro al passivo, posto che, se di ammissione potrà

³⁵ Si è applicato il pensiero di: L. Montesano, G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*. Padova, I, 2001, p. 397. Nella specie, troverebbe allora spazio per una positiva rivalutazione l'idea espressa, seppur isolatamente, da quel giudice di merito che, a dispetto della regola base consolidatasi nello stesso ambiente giurisprudenziale, ha ritenuto di riconoscere la competenza a conoscere del giudizio di revoca il giudice della procedura convenuta per consentire allo stesso un controllo più penetrante: Trib. Verona, 9 novembre 1990, cit. (si veda *supra*, nota 30).

parlarsi, questa riguarderà un credito attuale, sorto dall'esito positivo del giudizio (pregiudizialmente instaurato) di revoca³⁶. E ancora, il punto di maggior debolezza è ravvisabile nel fatto che, a seguito di revocatoria, non sempre si determina un credito di restituzione. Detto altrimenti, il principio sancito in via generale dall'art. 70 l.f. non riesce a trovare sempre applicazione³⁷, non coprendo, infatti – ad esempio –, le ipotesi di revoca di atti gratuiti o di costituzione di garanzie, ponendosi altresì dubbi qualora oggetto di revocatoria sia un atto traslativo di diritto reale. I possibili e accettabili dubbi non tolgono tuttavia che

³⁶ Si può peraltro aggiungere che, se da un lato, è stata ritenuta legittima l'ammissione in via condizionale del credito del coobbligato subordinata all'evento futuro ed incerto che intervenga il pagamento in favore del creditore originario, dall'altro, *a fortiori*, non si può escludere la possibilità di sottoporre al giudice una richiesta di ammissione di un credito che, al tempo della domanda è solo potenziale, ma che al tempo della decisione, può diventare – quando non disconosciuto per rigetto della domanda di revoca – attuale, ai fini dell'inserimento di esso nello stato passivo bancario, a nulla qui valendo, dunque, la tematica dell'ammissione con riserva, posto che, proprio alla luce della configurazione processuale del giudizio di cui all'art. 87 T.U., quella che andrebbe a rappresentare una riserva si chiede che venga direttamente sciolta nell'ambito dello stesso processo (più probabilmente che eventualmente) con rimessione della causa pregiudiziale al giudice funzionalmente competente.

³⁷ Tant'è che il comma 2 della disposizione citata parla di ammissione al passivo di un credito solo «eventuale», riferendosi – sembra – precipuamente al caso della revocatoria fallimentare dei pagamenti, da cui sorge certamente l'obbligo di pagare una somma di denaro: M. Porzio, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore, A. Bassi. Padova, II, 2010, p. 374.

l'ampia portata dell'oggetto cognitorio del processo (ordinario) di accertamento dello stato passivo nella liquidazione coatta bancaria possa agevolare il superamento del tenore di legge, imponente un divieto pregiudicante (forse ingiustificatamente) lo svolgersi di altra procedura concorsuale.

La motivazione della Corte, appieno non compresa, pare invece assumere valenza nel caso opposto, ovverosia quando a esercitare l'azione di revoca sia l'organo legittimato della procedura cui la banca è soggetta e il terzo convenuto sia, anche nelle more, sottoposto a fallimento, posto che, qui sì, il divieto di azioni è (già legislativamente) circoscritto a quelle di natura esecutiva (o cautelare), giusta la previsione di cui all'art. 51 l.f., e, inoltre, la regola base sulla quale si è fondata la ripartizione della competenza in caso di giudizio di revoca promosso contro un soggetto in liquidazione coatta amministrativa – stante l'identità del latente conflitto positivo che la stessa è preordinata a risolvere – non muta³⁸.

³⁸ Con riguardo invero all'ipotesi in cui l'impresa sia sottoposta ad amministrazione straordinaria: App. Roma, 8 aprile 1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, II, p. 280 (con nota di Rescio), secondo cui competente a conoscere dell'azione revocatoria, esercitata dal commissario di impresa posta in amministrazione straordinaria, è il tribunale che ha accertato lo stato di insolvenza di questa, anche se il convenuto sia sottoposto a procedura concorsuale; in tal caso, dichiarata l'inefficacia del pagamento, il credito che ne consegue deve essere fatto poi valere mediante insinuazione al passivo della seconda procedura. La soluzione interpretativa offerta, ancorché

2.5 Il giudizio di revoca: cenni e rinvii

Non è nuova l'attribuzione alla revocatoria (anche fallimentare) di una portata pienamente processuale, posto che la stessa non procura ai creditori direttamente quanto dovuto, bensì fornisce loro il mezzo per ottenerlo³⁹. Detto altrimenti, il fine dell'azione revocatoria non è il riconoscimento di un diritto sostanziale sul bene oggetto del negozio, bensì (un po' semplificando) l'esclusiva riconduzione di tale bene nel patrimonio dell'insolvente, per il tramite di una pronuncia di inefficacia del negozio stesso nei confronti dei creditori concorrenti. Di talché, sembra opportuno spendere (seppur poche) parole in merito al processo di revoca, altro comunque non facendo che richiamando quanto sul tema affermatosi con particolare riguardo alla revocatoria fallimentare, suscettibile (forse) di creare qualche problematica in più rispetto a quella ordinaria, ponendosi la prima quale *species* del *genus* disciplinato nel codice civile e caratterizzandosi per una

con riguardo all'amministrazione straordinaria, deve ritenersi pienamente valevole anche nel contesto *de quo*, alla luce della considerazione che, poiché la procedura di amministrazione straordinaria è disciplinata dagli artt. 195 e ss. l.f. e poiché il provvedimento che dispone detta procedura è equiparato al decreto che ordina la liquidazione coatta amministrativa, pure nel caso in cui sia stata autorizzata la continuazione dell'esercizio dell'impresa, trova applicazione la norma dell'art. 203 l.f.: Cass. pen., sez. V, 19 novembre 1982, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 763.

³⁹ A sostegno della tesi processualistica, si ricorda il pensiero di Satta, Pajardi e Carnelutti.

minore ristrettezza sul piano probatorio, nonché per una maggiore portata degli effetti per il terzo soccombente.

Come noto, la differenza tra le due azioni – anche cumulativamente esercitabili, ma mai interscambiabili per non incorrere in mutamento della domanda – risiede sia sotto il profilo oggettivo dell'*eventus damni*, che sotto quello soggettivo del *consilium fraudis*. Quanto al primo, la Suprema Corte, a sezioni unite⁴⁰, con riaffermazione del carattere distributivo e non indennitario dell'azione revocatoria fallimentare, ha chiarito che il presupposto oggettivo dell'inefficacia degli atti di disposizione compiuti nel periodo sospetto anteriori alla dichiarazione di fallimento – da rapportarsi *in parte qua* alla declaratoria giudiziale di insolvenza bancaria – si correla non già alla nozione di danno quale emerge dagli istituti ordinari dell'ordinamento, bensì alla specialità del sistema fallimentare, quest'ultimo ispirato all'attuazione del principio della *par condicio creditorum*. Ne consegue che il pregiudizio è ravvisabile nel puro e semplice fatto della lesione di detto principio, ricollegata, con presunzione legale assoluta, al compimento dell'atto vietato nel tempo indicato dal legislatore, ovverosia quando il debitore si trova in una situazione di insolvenza già (presuntivamente) avveratasi (anche se non giudizialmente acclamata). Mentre invece, agli

⁴⁰ Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Fall.*, 2006, p. 1133 (con nota di Patti).

effetti della revocatoria ordinaria, l'atto di disposizione viene in rilievo unicamente in relazione a un'insolvenza solo potenziale, tanto che si richiede la dimostrazione di un pregiudizio concreto alle ragioni creditorie, rappresentato dall'insufficienza dei beni residui ad offrire la garanzia patrimoniale prevista dall'art. 2740 c.c. Similmente a quanto conclusosi con riguardo al concetto di danno, poi, deve intendersi pure il *consilium fraudis*, quale secondo elemento di discriminazione tra le due azioni. Anch'esso, infatti, risulta, nella revocatoria fallimentare, presunto *iuris et de iure*, rendendo quindi irrilevante, al fine del vittorioso esercizio dell'azione, la situazione soggettiva del debitore. A differenza di quanto previsto per la revocatoria ordinaria, dunque, il predetto requisito dovrà intendersi *in re ipsa*, in virtù - si ripete - dell'esistenza di uno stato d'insolvenza già (per legge) in essere.

Senza voler camminare nuovamente su strade già percorse, si reputa a tal punto più proficuo soffermarsi solo su quegli aspetti tipici della revocatoria capaci di suscitare, nel contesto che qui occupa, una peculiare attenzione, a cominciare dai presupposti comuni alle fattispecie revocabili di cui all'art. 67 l.f., quali il compimento dell'atto nel periodo sospetto legale e la *scientia decoctionis* del terzo convenuto, entrambi da verificare nel processo di revoca, rinviando invece, per tutte le tematiche non espressamente affrontate, allo

stato dell'arte delle teorie sviluppatesi nell'ambiente fallimentare⁴¹.

2.5.1 *L'articolazione temporale del presupposto oggettivo del periodo sospetto*

Similmente a quanto si ebbe a dire con riguardo all'individuazione del *dies a quo* di decorrenza dei termini di decadenza per l'esercizio delle azioni revocatorie, il problema qui si ripropone in merito alla corretta identificazione del *dies ad quem* per il conteggio del periodo sospetto legale, il quale, come noto, caratterizza oggettivamente la revocabilità degli atti pregiudizievoli traente origine dalla dichiarazione giudiziale di fallimento, *rectius*, insolvenza (per quel che riguarda, naturalmente, la liquidazione coatta amministrativa). È infatti sempre stato tema controverso il quesito in ordine alla decorrenza, a ritroso, dei periodi sospetti *ex lege* stabiliti, se dalla (pubblicazione della) sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza⁴² oppure dalla emanazione del decreto di apertura della procedura amministrativa.

⁴¹ Si può in particolare consultare la disamina svolta, con specifico riguardo alla revocatoria fallimentare, in C. Cavallini, *Commento all'art. 67*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, II, 2010, pp. 123 e ss.

⁴² Qui sembrerebbe doversi far riferimento – necessariamente solo – alla pubblicazione ai sensi dell'art. 133, comma 1, c.p.c., ovvero sia al deposito della sentenza nella cancelleria del tribunale, posto che è da tale data che la sentenza stessa produce i suoi effetti. Cfr. invece quanto scritto *supra*, in nota 12.

Ricostruendo gli orientamenti sviluppatesi sul punto, sembra possibile notare una convergenza di opinioni sul fatto che, in caso di accertamento preventivo dello stato di insolvenza, il termine del periodo sospetto dovrebbe decorrere dalla data in cui la sentenza dichiarativa produce i propri effetti, ovvero sia dal giorno della sua pubblicazione con il deposito in cancelleria⁴³. Nell'ipotesi invece in cui l'insolvenza venga giudizialmente dichiarata solo successivamente all'apertura della liquidazione coatta amministrativa, la soluzione interpretativa non appare univoca, distinguendosi a riguardo la tesi per la quale sarebbe sempre la pubblicazione della sentenza accertativa dell'insolvenza a individuare il momento da cui far partire il computo a ritroso del periodo sospetto⁴⁴, dalla contro-tesi secondo cui diverrebbe la data di emanazione del provvedimento amministrativo ad assumere rilievo ai fini dell'individuazione del *dies ad quem*, posto che sarebbe in relazione a tale momento che viene accertato, anche se solo con sentenza successiva, lo stato d'insolvenza⁴⁵.

⁴³ Cass. civ., sez. I, 14 giugno 1999, n. 5858, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2515.

⁴⁴ Si veda ancora: Cass. civ., sez. I, 14 giugno 1999, n. 5858, in *Fall.*, 2000, p. 835 (con nota di Colombini); Trib. Monza, 24 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1999, p. 117; Trib. Milano, 7 maggio 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, II, p. 668.

⁴⁵ Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2002, n. 14012, in *Fall.*, 2003, p. 633 (con nota di Rago); Cass. civ., sez. I, 10 luglio 1999, n. 7275, in *Giur. it.*, 1999, p. 2315. Tra le pronunce di merito: App. Genova, 12 febbraio 2005, in *Fall.*, 2005, p. 1279; Trib. Torino, 4 maggio 2006, in

Una linea guida per la composizione del dibattito interpretativo può essere oggi offerta da una pronuncia della Corte Costituzionale, la quale, se pur non strettamente pertinente al caso in questione, consente di evincere la congruità, rispetto all'impianto normativo di riferimento, di far decorrere il periodo sospetto per l'esercizio delle azioni revocatorie dal decreto ministeriale, anziché dalla sentenza dichiarativa di insolvenza, posto che la procedura di liquidazione inizia proprio con l'adozione di detto decreto e non già con la sentenza predetta⁴⁶. Tale direttiva interpretativa diviene peraltro ancora più rilevante se letta alla luce dell'orientamento, dato pressoché per pacifico, secondo il quale - come visto - in caso di sentenza d'insolvenza preventiva, il periodo sospetto inizierebbe a conteggiarsi retroattivamente proprio da tale sentenza. Orientamento, dunque, che verrebbe di fatto a cadere proprio in ossequio ad una portata espansiva del

Giur. it., 2007, p. 1178 (con nota di Fortina); Trib. Milano, 7 febbraio 2005, in *Fall.*, 2005, p. 832.

⁴⁶ Corte cost., 28 dicembre 2006, n. 456, in *Foro it.*, 2007, I, c. 661, la quale, a fronte della specifica questione sottoposta al suo esame, ha ritenuto la stessa manifestamente infondata, in riferimento all'art. 3 Cost., con riguardo all'art. 6, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni nella l. 18 febbraio 2004, n. 39, così come successivamente modificato, nella parte in cui stabilisce che il periodo sospetto per l'esercizio delle azioni revocatorie previste dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 decorra dal decreto ministeriale, posto che, mentre la procedura di cui al predetto d.lgs. 270/1999 inizia con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, detta sentenza, invece, nella procedura *ex* d.l. 347/2003, segue il decreto ministeriale di ammissione.

pensiero formulato dalla Consulta, da impiegarsi anche per la risoluzione di controversi casi analoghi. E, per contro, assumerebbe pregio quella statuizione giurisprudenziale fuori coro, già da sola affermate che il periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria decorrerebbe a ritroso dal decreto di liquidazione *in ogni caso*, sia quando tale decreto preceda sia quando lo stesso segua la dichiarazione dello stato di insolvenza⁴⁷.

La risoluzione prospettata, seppur apprezzabile, tuttavia non convince appieno. Innanzitutto, sembra doversi/potersi superare la tentazione di rapportare il *dies ad quem* per il decorso del periodo sospetto al *dies a quo* di decorrenza dei termini di decadenza cui soggiace l'azione revocatoria, nonostante nel fallimento si faccia in entrambi i casi riferimento alla relativa sentenza *ex art. 16 l.f.* Lo scostamento si ritiene possibile perché, come più volte ribadito, l'accertamento giudiziale d'insolvenza qui si pone come accessorio alla procedura di liquidazione coatta, pur non perdendo autonomia nella produzione degli effetti. Quindi, se l'esercizio dell'azione revocatoria, che può avere luogo solo nell'ambito della liquidazione amministrativa, non può svincolarsi dall'inizio di essa, per contro, i relativi presupposti risultano inscindibilmente ancorati alla fonte prima da cui la revocatoria stessa nasce, ovverosia la sentenza dichiarativa di insolvenza depositata in cancelleria. Cosicché, a mio - seppur modesto - parere,

⁴⁷ Cass. civ., sez. I, 20 giugno 2006, n. 14279, in *Fall.*, 2007, p. 307 (con nota di Barbieri).

anche sulla scia dell'intento (condivisibile o meno) di trovare maggiori spazi di esperibilità della revocatoria⁴⁸, in caso di accertamento preventivo dell'insolvenza, il periodo *ex lege* previsto può dirsi sospetto solo a partire (a ritroso) dalla sentenza che lo contiene e non già posticiparsi al decreto di apertura della liquidazione coatta. Che poi gli atti eventualmente compiuti nel lasso di tempo necessariamente intercorrente tra la pronuncia giudiziale d'insolvenza e l'inizio della procedura amministrativa siano comunque revocabili, anziché *ipso iure* inefficaci (alla stregua di quanto dettato dall'art. 44 l.f.), è altra questione e comunque giocoforza affermare, sulla base della considerazione che ai sensi del comma 3 dell'art. 82 del T.U. la dichiarazione giudiziale di insolvenza produce *solo* quei medesimi effetti che la disciplina fallimentare riconnette agli atti pregiudizievole ai creditori. È invece il comma 2 dell'art. 83 del T.U. che ricollega all'avvio della liquidazione coatta, anzi - più propriamente - alla data di insediamento degli organi liquidatori e comunque dal terzo giorno successivo al decreto ministeriale *ex art.* 80 del T.U., gli effetti previsti dagli articoli 44 e 45 l.f. Pertanto, sarà solo da tale momento che gli atti compiuti dalla banca in liquidazione, nonché i pagamenti da essa ricevuti, divengono per legge inefficaci. Da qui, allora, la possibilità di sfruttare il rimedio revocatorio per

⁴⁸ Ritenendo piuttosto che se vi siano - come giusto - delle fattispecie da esentare queste siano espressamente previste e non frutto di una manipolazione interpretativa agevolata da una poco accorta normativa.

quegli atti, eventuali, che si ponessero nel limbo temporale predetto. Il che, però, è diverso dal reputare sospetto solo il periodo immediatamente precedente la liquidazione coatta, con compressione ingiustificata dello stesso, alla luce della *ratio* dell'istituto.

Nel caso invece in cui l'insolvenza sia giudizialmente accertata solo successivamente, in pendenza di liquidazione coatta amministrativa, è giusto che il periodo sospetto decorra dalla data di apertura della procedura (non invece da quella specificatamente individuata dall'art. 83, comma 1, del T.U., qui non pertinente), posto che, da un lato, non avrebbe senso parlare di periodo sospetto durante lo svolgersi della stessa liquidazione, ove tutto è rimesso in mano al commissario liquidatore⁴⁹ – di talché significherebbe escludere in radice qualsiasi ipotesi di revoca –; dall'altro, è lo stesso art. 82, comma 2, del T.U. che induce a ricondurre la decorrenza del periodo sospetto «al momento dell'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa», affermando che (solo) se in tale tempo la banca si trovava in stato d'insolvenza, senza che questo sia stato preventivamente dichiarato per via giudiziale, si procederà ad accertamento postumo, così formalizzando, *rectius* pubblicizzando, una situazione già in essere e aprendo, di conseguenza, le porte

⁴⁹ Si ricorda, infatti, che ai sensi dell'art. 80, comma 5, del T.U., dalla data di emanazione del decreto cessano le funzioni di ogni organo della banca.

all'esperibilità della revocatoria fallimentare, proprio contro quegli atti che in un periodo necessariamente sospetto sono stati compiuti⁵⁰.

Un ultimo profilo che si reputa interessante evidenziare attiene al caso della consecuzione delle procedure, con annessa applicazione del criterio della «retrodatazione», al fine del computo a ritroso del lasso temporale equivalente al periodo sospetto. In virtù della definizione offerta dalla Corte di Cassazione, qualificante la consecuzione come fenomeno di unificazione delle procedure concorsuali sulla base degli stessi presupposti soggettivi e oggettivi – da non escludersi peraltro per il mero fraporsi di un intervallo di tempo tra le stesse, quando la seconda procedura sia comunque espressione della medesima crisi economica della prima –, ben si può ritenere che il fenomeno suddetto possa verificarsi anche nel caso di dissesto bancario, qualora l'istituto di credito, prima in amministrazione straordinaria, per l'aggravarsi della crisi, venga successivamente posto in liquidazione

⁵⁰ La disciplina in esame sembra quindi escludere la possibilità (comunque non rifiutabile in linea astratta) di uno stato di insolvenza (anche di fatto) sopravvenuto all'inizio della liquidazione. Limitazione che è parsa (seppur discutibilmente) spiegabile dal tentativo di riparare, *in primis* il commissario liquidatore, nonché l'Autorità di vigilanza, dalle conseguenze di una gestione liquidatoria che, prima del termine, degradi in uno stato di insolvenza difficile dal giustificare: C. Bavetta, *Il provvedimento di apertura della liquidazione coatta amministrativa*, in *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, a cura di G. Ragusa Maggiore, C. Costa. Torino, 2001, p. 672.

coatta. Facendo dunque proprio il principio della retrodatazione, applicato - ora, per l'abrogazione dell'amministrazione controllata - principalmente all'ipotesi di consecuzione tra concordato preventivo e fallimento, si potrebbe affermare che il periodo sospetto per l'applicazione della revocatoria fallimentare decorra dall'apertura, a carico della banca, dell'amministrazione straordinaria - sempre che se ne riconosca la qualificazione di procedura concorsuale⁵¹ - ex art. 70 del T.U. e non già dal susseguente provvedimento ministeriale di avvio della liquidazione coatta ai sensi dell'art. 80 del medesimo T.U.⁵². Conclusione che, seppur coerente con l'impostazione sopra sposata, è fortemente criticabile - come del resto lo è in campo fallimentare - in quanto crea una dilatazione abnorme del periodo sospetto. Ma tant'è che il legislatore, in piena consapevolezza, anche se solo in tempi molto recenti, ne ha dato legittimazione, consacrando, di

⁵¹ Dissente da tale qualificazione: S. Fortunato, *La liquidazione coatta delle banche dopo il Testo Unico: lineamenti generali e finalità*, in U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*. Milano, III, 1996, p. 42.

⁵² In tal senso lascerebbe propendere, ancorché non più attuale: Cass. civ., sez. I, 1° ottobre 1997, n. 9581, in *Foro it. Rep.*, 1997, voce *Fallimento* [2880], n. 486, la quale ha ritenuto che nella consecuzione delle procedure concorsuali, delle quali la prima sia un'amministrazione controllata e l'ultima della serie una procedura, quale l'amministrazione straordinaria, il cui presupposto oggettivo sia costituito dallo stato d'insolvenza, il computo a ritroso del periodo sospetto di cui all'art. 67, comma 1, l.f. ha inizio dalla data del decreto di ammissione all'amministrazione controllata.

diritto, il principio della retrodatazione. È infatti con il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che si è introdotto il comma secondo all'art. 69-*bis* l.f., ai sensi del quale, nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini del periodo sospetto, variamente contemplati dagli articoli da 64 a 69 l.f., decorrono (a ritroso) dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese. Dispiace soltanto che nulla si sia detto in proposito delle altre procedure, alle quali, pertanto, il suddetto principio continuerà ad applicarsi in via analogica.

Ciò che è certo, comunque, è la mancanza di equilibrio che le opzioni ermeneutiche, in punto di partenza del periodo sospetto, sono capaci di produrre, rinvenendosi talvolta soluzioni troppo stringenti ai fini del concreto esercizio dell'azione revocatoria, tal'altra scelte connotate da un *favor* accentuato per l'istituto che – in termini assoluti – non è da prediligere nel momento in cui pone in ombra la certezza dei traffici giuridici.

2.5.2 *La prova della conoscenza dello stato d'insolvenza*

Quanto invece alla prova della *scientia decoctionis* del terzo, presupposto della revocatoria fallimentare *ex art. 67 l.f.* – assolutamente trascurabile invece nelle azioni di cui agli articoli 64 e 65 l.f. –, quale momento di emersione del danno (di per sé confinato in una dimensione invisibile nel giudizio di revoca), capace di

rivelare, come un nesso causale, la presenza di frode a svantaggio del ceto creditorio, valgono, di norma, le regole generali. A riguardo, si ricorda, dunque, come tale presupposto possa essere desunto anche dalla mera conoscibilità dello stato di insolvenza, giovando – al fine del suo accertamento – le presunzioni evincibili da obiettive circostanze esterne, tali da indurre ragionevolmente una persona di ordinaria prudenza ed avvedutezza a ritenere che la controparte del rapporto si sia trovata in stato di dissesto.

In un caso rilevante proprio nel contesto in esame, sembra peraltro interessante riportare come i giudici di legittimità – sulla premessa che l’effettiva conoscenza da parte del terzo circa lo stato di insolvenza del debitore, in quanto elemento positivo dell’azione revocatoria, non può essere ravvisata per il fatto che l’ignoranza di tale insolvenza sia colpevole – abbiano confermato la decisione di merito che – chiamata a decidere sull’appello avverso la sentenza del tribunale che aveva respinto la domanda di revocatoria fallimentare proposta dal commissario liquidatore di un istituto finanziario, il quale si era dapprima impegnato a trasferire ad una banca dieci milioni di azioni ordinarie di una società partecipata, garantendo le sue obbligazioni con la costituzione in pegno di due milioni di azioni, e poi, dopo circa un anno, aveva stipulato con detta banca il contratto definitivo – aveva escluso la sussistenza della *scientia decotionis* da parte della banca, in base al rilievo che questa aveva acquistato, con

notevole esborso, azioni rivelatesi prive di valore, avendo la società partecipata dall'istituto, poi posto in liquidazione coatta amministrativa, perduto il capitale sociale; tale circostanza ha indotto peraltro alla totale svalutazione di altri elementi, di per sé già ritenuti fragili dalla stessa corte d'appello, ai fini dell'accertamento della consapevolezza del dissesto del venditore, quali i rapporti intrattenuti dalla banca con l'istituto finanziario e l'ispezione amministrativa straordinaria di una società controllata dall'istituto stesso⁵³.

Al di là delle regole generali surriferite, nonché della specificità del caso riportato, sembra comunque (quantomeno) opportuno qui sottolineare l'attuale potenzialità mediatica che potrebbe avere uno stato di crisi bancaria, in qualunque modo pubblicamente emerso, non mancando di assumere in proposito un ruolo decisivo anche le diffuse valutazioni delle "famigerate" agenzie di *rating*. Cosicché, una fuga di notizie potrebbe espandersi a macchia d'olio e l'imminenza del tracollo dell'istituto bancario in questione acquisterebbe addirittura la valenza processuale del «fatto notorio», con ripercussioni non indifferenti proprio in tema di prova della *scientia decoctionis* fondante la domanda di revocatoria fallimentare, così agevolandone l'accoglimento. In altri termini, proprio per la rilevanza pubblica dell'attività

⁵³ Cass. civ., sez. I, 28 agosto 2001, n. 11289, in *Fall.*, 2002, p. 514 (con nota di Bosticco).

bancaria è difficile che passi in ombra il progredire di uno stato di illiquidità dell'istituto creditizio, ancorché si possano ritrovare molteplici interessi a sopire i crescenti *rumors*. Il che comporterebbe, da un lato, l'incrementarsi della conclusione di atti revocabili e, dall'altro, una sorta di ulteriore ipotesi non scritta di presunzione di conoscenza dello stato d'insolvenza, con sollevamento del commissario liquidatore dal relativo onere di prova, in virtù della (sola) natura del soggetto debitore, nella specie un istituto bancario.

2.5.3 *Lo svolgersi del processo*

Il giudizio *de quo* si apre con la notifica della domanda avente forma di citazione, si sviluppa con rito ordinario, in ossequio alle previsioni contenute nel libro secondo del codice di rito – potendo eventualmente trovare applicazione le regole del procedimento sommario di cognizione dettate dagli articoli 702-*bis* e seguenti c.p.c. –, e si conclude con una sentenza costitutiva di revoca – salvo si tratti di impugnativa *ex* articoli 64 e 65 l.f., per cui la pronuncia sarà meramente dichiarativa –, con conseguente (eventuale) condanna alla restituzione del bene oggetto del negozio inefficace.

Non pare in proposito si debbano segnalare problematiche particolari – dipendenti dal fatto che attore in revocatoria sia il commissario liquidatore, agente nell'interesse della procedura di liquidazione coatta amministrativa a carico della banca –, se non i riflessi che potrebbe avere, proprio nel contesto di cui si

tratta, l'ultimo orientamento della Cassazione che ammette la capacità del fallito a testimoniare nel giudizio di revocatoria fallimentare⁵⁴. I giudici di legittimità hanno in particolare ritenuto di giustificare l'assunto sulla base della duplice considerazione che il fallito non sarebbe titolare di un interesse pubblico, personale e attuale che lo abiliti a partecipare al giudizio ai sensi dell'art. 246 c.p.c. e che l'incapacità a testimoniare non rientrerebbe tra quelle personali cui soggiace il fallito medesimo, non trovando altresì la testimonianza impedimento nell'art. 43 l.f. La stessa, anzi, sarebbe da ammettersi proprio in quanto il debitore non è abilitato a intervenire in giudizio. Ora, la tesi della Suprema Corte, già discutibile nell'alveo fallimentare - non potendo infatti escludersi *a priori* la possibilità che il fallito intervenga in causa tutte le volte che l'azione revocatoria miri a rendere inefficaci atti da lui stesso posti in essere per distrarre od occultare beni, ovvero a colpire pagamenti o titoli di prelazione simulati da cui può dipendere un'imputazione di bancarotta fraudolenta a suo carico - diviene ancora più contestabile con riguardo alla posizione della banca in liquidazione coatta amministrativa, per la quale, come visto, il predetto art. 43 l.f. non trova applicazione. Inoltre, si è già osservato, come la banca, in quanto soggetto debitore, godrebbe di una legittimazione passiva, quale litisconsorte necessario del terzo

⁵⁴ Con netto superamento della preadottata soluzione negativa: Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11083, in *Fall.*, 2005, p. 417.

convenuto nel giudizio di revocatoria (ordinaria⁵⁵), cosicché varrebbe proprio la previsione di cui i giudici di legittimità hanno inteso escludere l'applicabilità, contenuta nell'art. 246 c.p.c., in ossequio alla quale non possono essere assunti come testimoni i soggetti aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio. Esclusa dunque la terzietà della banca in liquidazione rispetto all'oggetto di un giudizio di revoca, è giocoforza afferabile la sua incapacità a rendere testimonianza nel relativo processo.

Sempre sul tema, è da segnalare poi, data la peculiarità degli interessi coinvolti, la possibilità – qui forse ancora più accentuata che nel fallimento – di chiedere e ottenere una tutela cautelare funzionale all'esercizio dell'azione revocatoria. Non stupisce come lo strumento che meglio si attaglia al caso di specie sia il sequestro⁵⁶, rinvenendosi invece ancora posizioni

⁵⁵ Si veda *supra*, § 2.1. Tuttavia, mutuando il passato orientamento, lo stesso sarebbe a dirsi anche nella revocatoria fallimentare, stante la qualità di parte in senso sostanziale del soggetto debitore. Per gli opportuni riferimenti si rinvia a: G. Rago, *Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*. Padova, 2006, p. 323.

⁵⁶ Ora, il pericolo di perdere la garanzia patrimoniale al quale il ritardo può esporre il diritto è immanente e non sembra necessitare di troppe spiegazioni. Quanto invece l'approssimativa verosimiglianza circa l'esistenza del diritto alla consegna o al rilascio del bene oggetto dell'atto revocato (strettamente legato all'effetto restitutorio della pronuncia di revoca, solo latamente – ma pur sempre – definibile come diritto di credito), è possibile prender spunto da quella giurisprudenza che, pur nel contesto *de quo*, ma in un caso non pertinente a quello in esame, ha ritenuto che

discordanti in merito all'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza.

Infine, si ricorda che il giudizio di revoca attivabile dal commissario liquidatore può ben variamente intrecciarsi con il procedimento giudiziale di verifica dello stato passivo della banca in liquidazione, instaurato a seguito di opposizione, nel quale il commissario stesso, quale legittimato passivo, potrà proporre eccezione di revocatoria. Sull'argomento si è scelto di soffermarsi altrove e pertanto qui si rinvia alla sede all'uopo dedicata⁵⁷.

3. L'azione revocatoria infragruppo

Nel paragrafo introduttivo del presente capitolo si è già tentato di esplicitare l'ingarbugliato tessuto normativo, da cui è possibile desumere la spendibilità dell'istituto della revocatoria nei riguardi di società appartenenti a un gruppo bancario in crisi, che,

gli accertamenti e i verbali ispettivi della Banca d'Italia, nonché gli accertamenti del commissario liquidatore – che ha veste di pubblico ufficiale e che, pertanto, agisce quale titolare di un irrinunciabile *munus publicum* – su cui si fonda la pretesa al risarcimento del danno vantata nei confronti dei cessati organi di una banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, risultano particolarmente attendibili e quindi ben valgono a costituire il *fumus bonis iuris* del vantato credito risarcitorio sufficiente all'adozione, anche *inaudita altera parte*, della misura cautelare conservativa (nella specie, un sequestro), in presenza di atti di dismissione patrimoniale: Trib. Frosinone, 6 novembre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1151 (con nota di Stingone); *Ibidem*, 19 aprile 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2515.

⁵⁷ Si veda cap. V, sub § 3.3.6.

pertanto, qui, non si ripete, preferendo piuttosto focalizzare l'attenzione sui riflessi operativi delle disposizioni *in parte qua* rilevanti.

3.1 L'applicazione dell'art. 99, comma 5, del T.U.

Partendo dalla disciplina della liquidazione coatta amministrativa dell'ente a capo del gruppo bancario (banca o società finanziaria), qualora di questo sia stato accertato giudizialmente lo stato d'insolvenza, si osserva come il legislatore abbia scelto di adottare la previsione della revocatoria c.d. «aggravata», così definita in ragione della maggiore estensione temporale del periodo sospetto, rispetto al dettame dell'art. 67 l.f., comunque richiamato per l'individuazione delle fattispecie revocabili. In proposito, si ricorda che l'allungamento dei termini, entro i quali vanno ricercati gli atti sottoponibili all'azione revocatoria fallimentare, è stato inizialmente introdotto con la c.d. Legge Prodi⁵⁸ e poi mantenuto – seppur con l'apporto di alcune modifiche – con la successiva Prodi-bis⁵⁹, sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, nonché – già dapprima – riproposto nella normativa sulla liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie⁶⁰. Di talché, la problematicità di taluni profili non appare nuova.

⁵⁸ L. 3 aprile 1979, n. 95, in particolare *sub* art. 3, comma 3.

⁵⁹ D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, sotto l'art. 91, comma 1.

⁶⁰ Il riferimento è alla l. 1° agosto 1986, n. 430.

Occorre innanzitutto precisare come l'«aggravamento» del periodo sospetto ricorra esclusivamente qualora i destinatari degli atti astrattamente revocabili dal commissario liquidatore della capogruppo insolvente – per il tramite del (solo) mezzo offerto dall'art. 67 l.f. – siano soggetti appartenenti al gruppo, in virtù della definizione offerta dall'art. 60 del T.U.⁶¹, nel senso che il collegamento al gruppo deve sussistere nel momento del compimento dell'atto ritenuto pregiudizievole, a nulla invece rilevando la fuoriuscita dal gruppo da parte della società, nei cui confronti l'azione venga esercitata, in un tempo successivo⁶². La *ratio* di una simile scelta appare piuttosto comprensibile, sull'evidenza che la rete di operazioni infragruppo ben si può prestare a coprire atti pregiudizievoli per i creditori delle singole società, cosicché proprio l'esistenza di una direzione unitaria e la concertazione dell'agire, caratterizzanti la filosofia del gruppo, giustificerebbero un'attenuazione del principio di certezza dei rapporti giuridici, a tutto vantaggio del ceto creditorio esterno⁶³.

⁶¹ Deve dunque trattarsi di società bancarie, finanziarie o strumentali, così come qualificate dall'art. 59 T.U., *controllate* dalla capogruppo (banca o società finanziaria italiana).

⁶² L. Desiderio, *La crisi del gruppo bancario*, in P. Ferro-Luzzi, G. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria*. Milano, II, 1996, p. 1568.

⁶³ U. Patroni Griffi, *Commento all'art. 99*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli *et al.* Bologna, 2003, p. 1713.

Si è già notato inoltre come la norma in commento richiami espressamente il solo art. 67 l.f., con ciò escludendo implicitamente l'aggravamento dell'operare della revocatoria con riguardo agli atti a titolo gratuito, nonché ai pagamenti di crediti con scadenza successiva al *discrimen* temporale *ex lege* individuato, la cui revocatoria automatica è rispettivamente prevista dagli articoli 64 e 65 l.f. Il fondamento posto alla base della sanzione di inefficacia delle predette categorie di atti parrebbe dunque non valere nel contesto del gruppo. Come giustamente rilevato, infatti, gli atti a titolo gratuito rappresentano, non solo uno dei principali strumenti di cui la capogruppo si avvale al fine di riallocare in modo efficiente i mezzi finanziari tra le società dalla stessa controllate, ma altresì non determinano necessariamente (anzi quasi mai) un reale depauperamento del patrimonio del soggetto debitore⁶⁴. Potrebbe allora – semmai – sorgere il dubbio se il mancato richiamo alle altre norme sugli atti pregiudizievoli ai creditori (diverse dall'art. 67 l.f.) – la cui operatività è comunque anch'essa direttamente originante dall'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza della capogruppo – valga ad escluderne l'applicazione con riguardo ai rapporti giuridici posti in essere all'interno del gruppo bancario. La prospettiva invero risulterebbe insostenibile, perché, nonostante la dizione letterale non univoca, l'unica esclusione (seppur implicita) posta dall'art. 99, comma 5, è da riferirsi non

⁶⁴ Ancora, U. Patroni Griffi, *Commento all'art. 99*, cit., p. 1716.

già all'istituto della revocatoria *ex se* considerato dal testo fallimentare (con l'unica eccezione dell'art. 67), bensì solo con riguardo all'aggravamento imposto nel calcolo del periodo sospetto, con la conseguenza che, per la dichiarazione di inefficacia delle fattispecie di cui agli articoli 64 e 65 l.f., dovrà continuare a farsi riferimento al termine di due anni decorrente a ritroso dal momento *ex lege* individuato. Se la conclusione, da un lato, potrebbe peraltro essere avallata dalla previsione di cui al comma 1 dell'art. 99 del T.U., il quale applica *in toto*, alla capogruppo, la disciplina della liquidazione coatta bancaria e dunque anche quella in essa contenuta in merito all'esperibilità di ogni azione revocatoria (per il combinato disposto di cui agli articoli 82, comma 3, del T.U. e 203 l.f.), dall'altro, la stessa è in grado di suscitare un duplice problema. Il primo risiede nella differenza di trattamento degli atti a titolo gratuito e di quelli a titolo oneroso, totalmente ribaltata rispetto alla scelta compiuta dal legislatore fallimentare, qualora gli stessi vengano posti in essere tra la società a capo del gruppo bancario e una delle sue controllate (e solo in detta ipotesi). In tal caso, infatti, il periodo sospetto, a dispetto di quanto optato per l'ipotesi di fallimento, sarebbe ben più lungo nel caso di atti onerosi (diversi dai pagamenti anticipati di debiti non ancora esigibili), apparendo questi - secondo la normativa del Testo Unico in commento - connotati da un maggior grado di disvalore. La seconda questione controversa attiene invece all'individuazione del *dies ad quem* per il

conteggio del periodo qualificato dalla legge come sospetto. Solo infatti per l'esercizio della revocatoria *ex art. 67 l.f.*, l'art. 99, comma 5, del T.U. precisa che il momento all'uopo determinante coincide con la data del provvedimento di liquidazione coatta – a prescindere dal tempo in cui l'accertamento giudiziale intervenga, data l'assenza di alcun *distinguo* –, lasciando invece permanere il dubbio qualora si intenda procedere con altri, eppur simili, strumenti processuali. In tal caso, infatti, sembrerebbe potersi far valere le conclusioni cui si è giunti disquisendo in termini generali, ovverosia quando l'azione revocatoria (anche *ex art. 67 l.f.*) si indirizza a terzi estranei al gruppo bancario⁶⁵. Per meglio esplicitare, allora, ne consegue che: a) l'azione *ex art. 67 l.f.* nei confronti delle società del gruppo bancario può essere esperita per gli atti di cui ai numeri 1), 2) e 3) che siano stati posti in essere nei *cinque anni anteriori al provvedimento di liquidazione coatta* e per gli atti indicati al numero 4), nonché al secondo comma della medesima disposizione che siano stati compiuti nei *tre anni anteriori*; b) l'azione *ex art. 67 l.f.* nei confronti di soggetti estranei al gruppo può essere esperita: 1) per gli atti di cui ai numeri 1), 2) e 3) che siano stati posti in essere

⁶⁵ Si veda quanto sopra scritto, *sub* § 2.5.1. In sintesi, si è creduto di ritenere che, se la dichiarazione di insolvenza cade prima dell'apertura della procedura amministrativa, sarebbe dalla pubblicazione della relativa sentenza che inizierebbe a decorrere a ritroso il periodo sospetto rilevante. Viceversa, in caso di accertamento giudiziale postumo, il predetto arco temporale sarebbe da conteggiarsi a partire dall'apertura della liquidazione coatta.

nell'anno anteriore: i) alla pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'insolvenza della capogruppo, se precedente all'apertura della procedura amministrativa a carico di essa, ii) oppure, al provvedimento di liquidazione coatta, in caso di accertamento postumo; II) e per gli atti indicati al numero 4), nonché al secondo comma della medesima disposizione che siano stati compiuti nei sei mesi anteriori: i) alla pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'insolvenza della capogruppo, se precedente all'apertura della procedura amministrativa a carico di essa, ii) oppure, al provvedimento di liquidazione coatta, in caso di accertamento postumo; c) le azioni ex articoli 64 e 65 l.f., sia nei confronti delle società del gruppo bancario, sia nei confronti di soggetti estranei al gruppo, possono essere esperite per gli atti che siano stati posti in essere nei due anni anteriori: i) alla pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'insolvenza della capogruppo, se precedente all'apertura della procedura amministrativa a carico di essa, ii) oppure, al provvedimento di liquidazione coatta, in caso di accertamento postumo. Nonostante si auspicherebbe a una maggiore omogeneità del quadro così prospettato, il disegno appare formalmente coerente con le considerazioni in separata sede svolte e che qui non possono disattendere un dato letterale chiaro, seppur limitante. Peraltro, avendo ora contezza esatta dei termini, un ulteriore interrogativo potrebbe sorgere spontaneo. Infatti, il suddetto aggravamento del periodo sospetto è stato dal legislatore di settore commisurato sulla base del lasso temporale preso in considerazione dalla legge fallimentare ante-riforma,

dunque più ampio rispetto a quello attualmente vigente. Ecco il quesito, se non è forse ipotizzabile un accorciamento del tempo sospetto aggravato, in virtù della medesima operazione di restringimento posta in essere con la novella del 2006 che il Testo Unico sembra avere scelto – e non solo sotto questo profilo – di trascurare. Senza neppure azzardare possibili previsioni che tengano conto di una certa proporzionalità tra i termini di cui alla disciplina bancaria e fallimentare, chiaro è che il testo dell'art. 99, comma 5, del T.U., in punto di determinazione quantitativa del periodo sospetto, non lascia scelte interpretative differenti da quella letterale. Cosicché l'aggravamento imposto potrebbe, alla luce della normativa fallimentare in vigore, apparire abnorme.

Per inciso, si fa notare come rimarrebbe invece immutato il problema (e il conseguente suo superamento) in merito all'individuazione del *dies a quo* per il calcolo del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare e ordinaria (nei riguardi sia di società del gruppo, sia di soggetti estranei), come visto, non necessariamente coincidente – nello speciale contesto che qui occupa – con quello da cui prende avvio, in direzione opposta, il decorso del periodo sospetto. Senza ripetere pertanto quanto già si è avuto modo di affermare nel presente capitolo, si

richiamano *in toto* le soluzioni adottate nel relativo paragrafo⁶⁶.

Il discorso, invero, ancora non si conclude. Stante infatti la severità della previsione di cui all'art. 99, comma 5, del T.U., che aggredisce, estendendone un presupposto di revocabilità, gli atti a titolo oneroso, senza invece colpire quelli a titolo gratuito (si accetti qui di estromettere dalla considerazione la previsione di cui all'art. 65 l.f., anch'essa comunque non toccata dall'aggravamento del periodo sospetto), è giocoforza evidente come, proprio ai fini della revocatoria fallimentare nei confronti di società del gruppo bancario, assuma ancor più importanza – rispetto al contesto fallimentare – il corretto *distinguo* tra fattispecie di natura onerosa (potenzialmente – almeno a livello quantitativo – più revocabili) e quelle di natura gratuita. Facilmente, il pensiero si rivolge in particolare alla prestazione di garanzie di ogni genere e tipo ovvero all'erogazione di finanziamenti a tassi poco o per nulla remunerativi in favore delle società partecipanti al gruppo. A riguardo, quanto alle peculiarità riscontrabili nell'esplicarsi dell'azione revocatoria in un contesto di «gruppo», si deve accettare la permanente valenza, anche per quello bancario, delle posizioni assunte dalla giurisprudenza relativamente al gruppo «industriale»⁶⁷.

⁶⁶ Si veda *supra*, § 2.3.

⁶⁷ Come nel testo anticipato, tra i temi reputati frequentemente più ricorribili anche nell'ambiente bancario, si sceglie qui di menzionare la costituzione di garanzie a favore di una società del

gruppo, con particolare attenzione alla qualificazione della natura gratuita od onerosa dell'atto. In proposito, si segnala come gli ultimi orientamenti tendano a favore del riconoscimento della gratuità. Infatti, è stata considerata gratuita la prestazione di una garanzia, da parte di società del gruppo, per debiti preesistenti, anche quando il motivo della prestazione sia stato quello di evitare la revoca dei finanziamenti e l'escussione del debitore: Cass. civ., sez. I, 4 settembre 2009, n. 19234, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 373 (con nota di Benedetti), con riguardo alla revocatoria ordinaria. Cfr. anche: Trib. Genova, 27 maggio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460, ove, con riferimento alla revocatoria fallimentare, si ribadisce la gratuità dell'atto, salvo che l'onerosità discenda dal collegamento della prestazione con un interesse effettivo, diretto e specifico dell'impresa che funzioni da «cassa sociale». L'equiparazione delle conclusioni, sia per la revocatoria ordinaria che per quella fallimentare, circa la natura gratuita dell'atto in questione, non è comunque scontata. È stato infatti sostenuto che, con riguardo agli atti costitutivi di garanzia per debito altrui (nella specie, costituzione di pegno su titoli da parte di una società a garanzia delle obbligazioni contestualmente assunte da altra società del medesimo gruppo in dipendenza di contratti di *leasing*), la presunzione (qua) di onerosità prevista per l'azione revocatoria ordinaria dall'art. 2901, comma 2, c.c. - in forza del quale le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso quando sono contestuali al sorgere del credito garantito - si applica anche alla revocatoria fallimentare, considerate, da un lato, l'identità della natura e del fondamento giuridico delle due azioni; e, dall'altro, la circostanza che il carattere oneroso della prestazione di garanzia va apprezzato, non nella sola prospettiva del fallito garante, ma anche in quella del creditore, rispetto al quale la costituzione della garanzia, ove contestuale all'erogazione del credito, si pone in naturale relazione di corrispettività con quest'ultima; né la presunzione in parola può ritenersi logicamente incompatibile con l'inclusione fra gli atti soggetti a revocatoria fallimentare, in base all'art. 67 l.f., sia di prestazioni di garanzia non contestuali (comma 1, nn. 3 e 4) che contestuali (comma 2), e la separata previsione nell'art. 64 l.f. dell'inefficacia degli atti a titolo gratuito. Per contro, se da un lato l'art. 2901, comma 2, c.c. fissa una presunzione di onerosità per le prestazioni di garanzia contestuali, dall'altro non stabilisce affatto

Da osservarsi, in più, che, se per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, il danno non assume rilievo in punto di allegazione dei fatti e corredo probatorio, non così per l'esperibilità dell'azione ordinaria, ove il pregiudizio concreto rimane una condizione indefettibile. Da qui allora il necessario richiamo alla famosa teoria dei «vantaggi compensativi», in applicazione della quale deve riconoscersi come la dinamica del gruppo implichi che determinate operazioni, astrattamente valutabili pregiudizievoli per una società del gruppo, siano poi tali da riacquistare,

una presunzione di gratuità per le prestazioni non contestuali, la cui onerosità o meno deve dunque apprezzarsi caso per caso: Cass. civ., sez. I, 8 luglio 2005, n. 14376, in *Fall.*, 2006, p. 398 (con nota di Lamanna). In applicazione dell'enunciato principio, la Suprema Corte ha quindi escluso che atti del genere di quello impugnato potessero ritenersi inefficaci a norma dell'art. 64 l.f., quali atti a titolo gratuito, salva la loro eventuale revocabilità a norma dell'art. 67, comma 2, della stessa legge. In un altro caso, si è invece presunta la gratuità della garanzia prestata dalla controllante a favore della controllata - affermandosi peraltro l'estraneità della stessa garanzia rispetto all'oggetto sociale della controllante fideiubente, pur se formalmente in esso rientrante -, quando le condizioni patrimoniali e finanziarie della società controllata erano tali da non rendere prospettabile un vantaggio compensativo per la controllante fideiubente: Trib. Rovigo, 31 gennaio 2005, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 98 (con nota di Marchesi), nella specie, è stata ritenuta gratuita la natura della garanzia prestata dalla controllante a favore della controllata sulla base di una serie di elementi accertati dal giudice, costituiti dalla crisi di liquidità della controllata garantita, desumibile dalla differenza negativa tra crediti «a breve» e debiti «a breve» risultante dai bilanci, dalla svalutazione effettuata nel bilancio della controllante della partecipazione nella controllata e dai rilievi svolti dai sindaci della controllante in ordine al rischio di realizzo dei crediti verso le società partecipate.

proprio in quanto connesse alla politica di direzione e coordinamento del gruppo, ragioni di equità, in grado di indennizzare il soggetto apparentemente pregiudicato. È pertanto evidente come risulterà non poco arduo dar prova se dall'atto compiuto con altra società del gruppo alla capogruppo sia derivato o meno un pregiudizio, tanto da poter annoverare una simile dimostrazione nell'alveo della categoria della *probatio diabolica*⁶⁸.

Se comunque, nella revocatoria ordinaria, il requisito del danno appare difficile da provare nelle operazioni

⁶⁸ Anche qualora si tratti di provare il pregiudizio in sede di revocatoria ordinaria nei confronti di soggetti estranei al gruppo, occorrerà adottare una qualche accortezza, proprio in virtù del fatto che la società per la quale si agisce appartiene a un gruppo. Sulla premessa infatti che le società appartenenti a un medesimo gruppo rimangono soggetti giuridici distinti, così come distinti rimangono i loro rispettivi patrimoni – anche quando assoggettati alla medesima procedura –, si è ritenuto che il commissario non possa esperire un'azione revocatoria, articolando la domanda in maniera tale che dalla revoca dell'atto verrebbe a fruire un ipotetico patrimonio unitario del gruppo, invece che i patrimoni delle singole società sottoposte alla procedura concorsuale nella misura a ciascuna di esse spettante: Trib. Napoli, 13 giugno 1987, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 238, seppur con riferimento alla procedura di amministrazione straordinaria (nella specie, l'azione revocatoria aveva ad oggetto una transazione stipulata con un terzo da soci e amministratori di società del gruppo). Leggendo allora il pensiero giurisprudenziale da un'altra prospettiva (qui rilevante), si può concludere nel senso che un patrimonio di gruppo non potrà essere invocato neppure quale oggetto del pregiudizio subito dall'atto impugnato, dovendosi invece dar prova del concreto danno arrecato al singolo patrimonio della società del gruppo sottoposta a procedura e per la quale il commissario liquidatore si trova ad agire in revocatoria nei confronti del terzo.

infragruppo, dall'altro, nella revocatoria fallimentare, il commissario liquidatore potrà di gran lunga essere agevolato nella prova della *scientia decoctionis*, desumibile dalla circostanza della crisi del gruppo, quale indizio idoneo a fondarla – da solo o con altri – se rispondente a gravità, precisione e (eventualmente) concordanza, secondo il noto disposto di legge⁶⁹. Si è infatti ritenuto che la prova della conoscenza dello stato di insolvenza possa essere ricavato in via *presuntiva* dalla dimostrazione (anche) degli effettivi rapporti tra le società del gruppo, sia sul piano decisionale, sia su quello operativo⁷⁰, senza comunque che il collegamento tra le stesse società in lite, appartenenti al medesimo gruppo, e la coincidenza di taluni membri dei rispettivi consigli di amministrazione comportino una presunzione *legale* di conoscenza dello stato di dissesto⁷¹. Si tratterà dunque di elementi di semplice presunzione al fine dianzi precisato.

Resta in ogni caso fermo che qualora il commissario agisca, ai sensi dell'art. 67, comma 2, l.f., per la revoca dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili effettuati dalla società in favore di un soggetto estraneo al gruppo, la prova della *scientia decoctionis* potrà essere

⁶⁹ Cass. civ., sez. I, 27 maggio 1995, n. 5900, in *Società*, 1995, p. 1552 (con nota di Terrenghi); Trib. Milano, 22 settembre 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, II, p. 103.

⁷⁰ App. Bari, 31 dicembre 2001, in *Fall.*, 2002, p. 1207. Più recentemente: Cass. civ., sez. I, 2 maggio 2006, n. 10115, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 846.

⁷¹ Trib. Roma, 24 gennaio 1985, in *Fall.*, 1985, p. 1252.

desunta, in via presuntiva, anche dallo stato d'insolvenza in cui versava l'intero gruppo, purché risulti provato che l'*accipiens* era a conoscenza non solo del predetto stato di decozione, il quale si riflette sulla solvibilità dell'impresa collegata, ma anche dell'appartenenza della società al gruppo. Inoltre, è da ritenersi qui valevole quell'osservazione già espressa in passato, secondo la quale, ai fini dell'azione revocatoria fallimentare, la prova della *scientia decoctionis* del debitore non potrà ritenersi raggiunta sulla base di notizie di stampa episodiche e sporadiche, specialmente se riferite ad un intero gruppo di imprese e non specificatamente alla società cui va imputato l'atto che si intende revocare⁷². E, ancora, il fatto notorio, attinente al gruppo, non potrà essere *tout court* considerato «notorio» anche se riferito a tutti i soggetti dello stesso, né potrà essere dedotto quale fatto utile per la presunzione semplice di cui all'art. 2729 c.c.⁷³. L'atteggiarsi differente degli elementi concorrenti nel fondare la prova della *scientia decoctionis*, a seconda del convenuto in revocatoria (società del gruppo o soggetto estraneo), è chiaramente comprensibile e non necessita di delucidazioni ulteriori.

⁷² Trib. Napoli, 29 maggio 1985, in *Fall.*, 1986, p. 759.

⁷³ Trib. Napoli, 26 settembre 1984, in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 608. Cfr. però anche: Trib. Roma, 25 marzo 1985, in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 581, secondo cui il collegamento tra società dello stesso gruppo non costituisce di per sé prova della *scientia decoctionis* ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, ma può essere assunto come presunzione semplice circa la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo subacquirente di una garanzia.

Un ultimo, ma non meno importante, profilo, in tema di azione revocatoria azionata dal commissario liquidatore della capogruppo insolvente, attiene alla competenza del giudice chiamato a giudicare. La stessa risulta facilmente individuabile in quella del tribunale nella cui circoscrizione ha sede legale la capogruppo. La soluzione, in coerenza con le altre previsioni determinative della competenza rintracciabili nello stesso Testo Unico, è espressamente sancita dall'art. 104⁷⁴, il quale radica inoltre, presso lo stesso tribunale, anche la competenza a decidere su tutte le controversie insorte tra le società del medesimo gruppo. L'argomento non pare suscitare particolari commenti, se non l'osservazione per cui la competenza *ex lege* individuata deve (senza condizionale) rimaner ferma anche quando l'azione si rivolga a una società del gruppo a sua volta sottoposta a procedura concorsuale. Con stralcio dunque di tutta la problematica surriferita sul problema in oggetto, pare proprio che il legislatore di settore, nel prevedere la competenza esclusiva e funzionale del "tribunale della capogruppo", abbia inteso risolvere a monte ogni difficoltà, mettendo a tacere gli orientamenti - seppur sostanzialmente concordanti - formati a riguardo in giurisprudenza, ché, altrimenti, la stessa previsione poco si

⁷⁴ Soluzione peraltro similmente adottata anche dalla giurisprudenza con riguardo alla procedura di amministrazione straordinaria: Trib. Torino, 5 marzo 1990, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1204, facente in particolare riferimento al tribunale che ha dichiarato lo stato d'insolvenza della capogruppo.

giustificherebbe, riproducendo nei termini quella generale di cui all'art. 83, ultimo comma, del T.U., pienamente applicabile nel contesto *de quo*⁷⁵. Infatti, come anticipato, l'azione revocatoria introdotta dal commissario liquidatore *ex art. 99*, comma 5, del T.U. – ma invero sarebbe meglio dirsi *qualunque* azione revocatoria esercitata dal commissario della capogruppo in liquidazione –, anche qualora rivolta all'interno del gruppo, ben si può indirizzare nei confronti di una società sottoposta a procedura concorsuale. E il caso è tutt'altro che peregrino.

Si richiami peraltro a mente l'esplicita previsione di legge di cui all'art. 101, comma 1, del T.U., ove chiaramente si stabilisce che qualora la capogruppo sia sottoposta a liquidazione coatta amministrativa (o addirittura anche solo ad amministrazione straordinaria), le società del gruppo *insolventi* saranno anch'esse sottoposte alla medesima procedura concorsuale amministrativa. Risulta dunque la questione della competenza, il problema che si pone è semmai un altro, potendo infatti riguardare un possibile conflitto di interessi in capo al commissario liquidatore agente per la capogruppo, nel momento in cui lo stesso si ritrovi nella medesima veste dalla parte di una delle

⁷⁵ In realtà, l'art. 104 T.U. si riferisce espressamente *solo* all'azione revocatoria fallimentare «aggravata» di cui al precedente art. 99, comma 5. La limitazione letterale, però, non appare corretta (o meglio, poco si comprende), posto che una soluzione diversa non è ravvisabile neppure con riferimento all'esercizio delle altre azioni revocatorie (la cui possibilità è innegabile).

società dalla prima controllate. A riguardo, la giurisprudenza ha comunque ritenuto di risolvere il nodo, affermando che, ove due distinte società appartenenti al medesimo gruppo siano entrambe sottoposte a procedura concorsuale e affidate alle cure del medesimo commissario, gli organi della prima società ben possono proporre nei confronti della seconda un'azione revocatoria, senza ricorrere alla nomina di un curatore speciale ai sensi degli articoli 78 e 79, c.p.c.⁷⁶: ciò in quanto l'eventuale conflitto di interessi, se non tempestivamente rilevato dai soggetti a ciò legittimati, non impedisce la normale prosecuzione del giudizio⁷⁷.

3.2 L'applicazione dell'art. 101, commi 1 e 3, del T.U.

La previsione di cui all'art. 99, comma 5, del T.U., commentata nel paragrafo precedente, trova ingresso anche nella disposizione in esame, in tema di liquidazione coatta amministrativa delle società appartenenti al gruppo bancario, diverse dalla

⁷⁶ Per completezza, si ricorda che, ai sensi delle due norme processuali citate, si procede alla nomina di un curatore speciale al rappresentato quando vi è un conflitto d'interesse con il rappresentante. La nomina potrà in particolare essere chiesta, oltre che - in ogni caso - dal pubblico ministero, nonché da qualunque parte in causa vi abbia interesse, dal soggetto che deve essere rappresentato e, proprio in caso di conflitto di interessi, dallo stesso rappresentante.

⁷⁷ Così si è espresso: Trib. Roma, 24 gennaio 1985, cit., con riguardo all'ipotesi in cui le società del gruppo fossero sottoposte ad amministrazione straordinaria.

capogruppo. Invero, nell'introduzione, già si è osservata la formulazione scelta dal legislatore, il quale, anziché richiamare pianamente l'applicabilità, anche nel diverso contesto, della disposizione citata, preferisce ricondurre ai commissari liquidatori delle società del gruppo (solo) i poteri che l'art. 99, comma 5, attribuisce al medesimo organo commissariale della capogruppo. Senza voler eccedere in formalismi (nella consapevolezza che la sostanza non muti), la sottigliezza rileva per il semplice fatto che, nell'*incipit* dell'ultima disposizione citata, si condiziona l'esercizio della revocatoria aggravata alla dichiarazione d'insolvenza della capogruppo. Requisito, invece, che potrebbe anche – alla lettera – non ritrovarsi per l'operare della norma di cui all'art. 101 in esame. Solo infatti una visione d'insieme dell'istituto della revocatoria fallimentare è in grado di escludere ogni ipotesi non sorretta da un preventivo accertamento giudiziale d'insolvenza. Di talché, pur nel non chiaro tenore normativo, i commissari liquidatori delle società del gruppo bancario in crisi procederanno ad azionare (qualunque tipo di) revocatoria fallimentare (specie se aggravata ai sensi dell'art. 99, comma 5), solo se delle società in questione sia stato in qualunque modo accertato lo stato di insolvenza.

Una breve digressione in merito al tempo in cui tale stato viene riconosciuto pare importante anche al fine del miglior intendimento delle tematiche che si andranno a menzionare, con riguardo specificamente all'azione revocatoria. All'uopo, occorre innanzitutto

distinguere tra componenti del gruppo bancari e società non bancarie. Per i primi resta ferma la disciplina di cui agli articoli 80 e seguenti del T.U. e, quindi, anche quella relativa all'accertamento giudiziale d'insolvenza di cui all'art. 82. Per le seconde, invece, la medesima disciplina troverà applicazione alla duplice condizione che delle stesse sia stato dichiarato lo stato d'insolvenza e a carico della capogruppo sia aperta una procedura di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta. Ad avviso di chi scrive, la predetta dichiarazione potrà avvenire indifferentemente – posto che il primo comma dell'art. 101 del T.U. non pone alcuna precisazione né limitazione a riguardo – o in sede di propria procedura concorsuale a cui la società è stata autonomamente sottoposta (prima che la capogruppo fosse assoggettata a una procedura amministrativa), oppure per espressa iniziativa del commissario (straordinario o liquidatore) della capogruppo in procedura, giusta la previsione di cui all'art. 98, comma 5, del T.U., testualmente richiamato dal successivo art. 99, comma 4⁷⁸, ai sensi del quale l'organo suddetto ha il potere di richiedere l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza delle società appartenenti al gruppo, a prescindere dalla natura bancaria o meno di esse, – parrebbe – al tribunale del luogo in cui ciascuna società ha la propria sede⁷⁹. La differenza risiederà solo nel fatto che, nel primo caso, la

⁷⁸ Questa, peraltro, sarebbe l'unica strada percorribile secondo: M. Sandulli, *Commento all'art. 101*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli et al. Bologna, 2003, p. 1745.

⁷⁹ Così: U. Patroni Griffi, *Commento all'art. 99*, cit., p. 1709.

procedura concorsuale cui la società del gruppo è stata sottoposta in ossequio alla normativa che le è propria – anche qualora fosse mancata la dichiarazione di insolvenza – non è destinata a proseguire, convertendosi infatti (sempre) in liquidazione coatta bancaria, ai sensi del comma 2 dell’art. 101 del T.U.; mentre, nel secondo caso, che può benissimo svincolarsi dalla circostanza che la società sia già stata – di per sé – sottoposta a procedura concorsuale, la suddetta conversione può anche non sussistere, aprendosi dunque la procedura di liquidazione coatta bancaria fin dall’origine.

Da ciò deriva quanto segue. 1) In caso di società del gruppo di natura bancaria, l’esercizio dell’azione revocatoria potrà conseguire, secondo regole di cui agli articoli 82, comma 3, 83, comma 2, nonché 99, comma 5, del T.U.: a) o perché tale banca si è trovata da sola nei presupposti per l’apertura a suo carico della liquidazione coatta amministrativa con dichiarazione preventiva o postuma di insolvenza; b) o perché la sua capogruppo è stata posta in amministrazione straordinaria o liquidazione coatta e il commissario liquidatore di questa ha agito per l’accertamento giudiziale d’insolvenza della stessa società dalla prima controllata, con il che dando avvio, anche per la società figlia, alla procedura di liquidazione coatta. 2) Nel caso invece di società del gruppo di natura non bancaria, l’esercizio dell’azione revocatoria potrà conseguire: a) secondo le regole proprie della procedura concorsuale

cui la società è stata sottoposta, ferma la conversione di questa in liquidazione coatta bancaria e il conseguente subentro del commissario liquidatore nelle cause di revoca già pendenti; b) secondo regole di cui agli articoli 82, comma 3, 83, comma 2, nonché 99, comma 5, del T.U., qualora la capogruppo sia stata sottoposta ad amministrazione straordinaria o a liquidazione coatta amministrativa e a carico della società stessa sia stata aperta – anche su richiesta dei commissari straordinari o liquidatori della capogruppo – liquidazione coatta amministrativa necessariamente in conseguenza di un'avvenuta dichiarazione d'insolvenza della medesima società⁸⁰: i) o già nella procedura concorsuale eventualmente posta in precedenza a suo carico⁸¹; ii) o

⁸⁰ Cfr. però: M. Sandulli, *Commento all'art. 101*, cit., p. 1744, secondo il quale, al ricorrere del duplice presupposto suddetto, il richiamo alla sezione III del capo I, sotto il titolo IV del T.U. sarebbe invero da riferirsi non già alla disciplina della liquidazione bancaria nel suo complesso, comprendente dunque anche quella relativa all'azione revocatoria, bensì solo con riferimento ai presupposti per l'apertura della procedura ai sensi dell'art. 80 T.U. La tesi non mi pare, tuttavia, giustificata, semplicemente alla luce del chiaro tenore letterale dell'art. 101, comma 1, in commento, per voce del quale, al ricorre dei predetti requisiti «si applicano» anche alle società del gruppo «le norme del presente titolo, capo I, sezione III». Il riferimento alle «norme» (al plurale) è infatti incontestabile.

⁸¹ Il che potrebbe avvenire – senza esaurire le ipotesi – nel caso di fallimento *ex art. 15 l.f.*, di liquidazione coatta amministrativa *ex art. 195 l.f.*, o ancora di amministrazione straordinaria *ex art. 3, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*. Non potrebbe invece valere una forma indiretta di accertamento dello stato di insolvenza, ricorribile ipoteticamente quando, ad esempio, venga proposto da parte della società un concordato preventivo proprio su un asserito stato di insolvenza (e non solo di crisi ai sensi dell'art. 160 l.f.). Con il che si vuole

per effetto della domanda appositamente proposta dal commissario liquidatore della capogruppo.

Dalla diversa origine - non tanto qualitativa, quanto piuttosto - temporale dell'azione revocatoria variamente esercitabile (o perseguibile) dal commissario liquidatore della società appartenente al gruppo bancario, discende inevitabilmente lo scorrimento dei termini, sia ai fini della decadenza dall'azione che per il calcolo del periodo sospetto. Il problema invero riguarderebbe solo le società del gruppo non bancarie, posto che per gli istituti di credito controllati le soluzioni sono già note. In particolare, per tali società si potrebbe affermare che, qualora le medesime siano state sottoposte a procedura concorsuale poi convertita in liquidazione coatta bancaria, varrebbe la regola della consecuzione delle procedure con l'annesso principio della retrodatazione del periodo sospetto⁸², dovendosi però considerare (sempre), quale *dies a quo* di decorrenza del termine di decadenza per le azioni previste dal Testo Unico (revocatoria ordinaria, fallimentare⁸³ e fallimentare aggravata), il provvedimento di apertura della procedura di

sottolineare la necessità che l'insolvenza venga in ogni caso *giudizialmente* accertata.

⁸² Di principio anche per la revocatoria fallimentare aggravata, nonostante l'ulteriore allungamento del termine, essendo semmai la regola della retrodatazione a essere *ex se* criticabile.

⁸³ La cui esperibilità si rinnova qualora le stesse azioni revocatorie (ordinaria e fallimentare) fossero già previste dalla disciplina della procedura concorsuale cui la società è stata eventualmente *ab origine* sottoposta.

liquidazione coatta amministrativa a carico della società stessa, essendo qui l'accertamento giudiziale dell'insolvenza necessariamente preventivo⁸⁴.

In ogni caso, per le revocatorie infragruppo, rimarrebbe inoltre competente a decidere il tribunale nella cui circoscrizione ha sede legale la capogruppo, quand'anche, dunque, l'azione venisse esercitata dal commissario liquidatore di una società del gruppo nei confronti di un'altra, risultando entrambe diverse dalla capogruppo. La conclusione si trae ragionevolmente e con un elevato grado di certezza, ancora una volta, dall'art. 104 del T.U., il quale fissa la competenza predetta non solo per l'azione revocatoria prevista dall'art. 99, comma 5, ma altresì «per tutte le controversie fra le società del gruppo», tra le quali, quindi, ben possono annoverarsi quelle nascenti da azione revocatoria.

Per ogni altra questione varranno le considerazioni svolte in generale nel presente capitolo.

4. Alcuni esempi di esclusione o limitazione della revocatoria (fallimentare)

È noto che l'art. 67 l.f. elenchi, al comma terzo, circoscritte ipotesi di fattispecie non revocabili in ragione di un tentativo volto, da un lato, a favorire la

⁸⁴ Per il ragionamento sottostante si richiama quanto scritto nel § 2.3. Risolve invece in modo differente: M. Sandulli, *Commento all'art. 101*, cit., p. 1759.

conservazione dell'attività produttiva e, dall'altro, a incentivare la regolazione della crisi attraverso accordi con i creditori. Trattasi dunque di «esenzioni» incidenti profondamente (e in modo inevitabile) sul principio della *par condicio creditorum*, posto che i creditori dell'impresa insolvente risultano essere trattati «per classi» (anche) agli effetti della revocatoria.

Non è qui certo utile ripercorrere il significato di ogni esclusione contemplata, bastando invero rilevare che, a parer di chi scrive (ma non solo⁸⁵), gli atti menzionati nelle corrispondenti previsioni non sarebbero in alcun modo aggredibili, tant'è che pure l'inefficacia *ex lege* e la revocatoria ordinaria risulterebbero – quantomeno per ragioni di coerenza – di diritto inibite. La portata generale dell'ambito applicativo dei limiti imposti dall'art. 67 l.f. all'operare di qualsiasi revocatoria dovrebbe peraltro essere in grado di coinvolgere anche quelle azioni di revoca speciali, in quanto disciplinate al di fuori della legge fallimentare.

L'esonero legislativamente contemplato, fortemente ridimensionante l'istituto in commento, è stato introdotto con la riforma del 2005⁸⁶, la quale, al pari delle modifiche successive, è rimasta sconosciuta al

⁸⁵ Si confronti anche il pensiero di: S. Bonfatti, *Atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia, L. Panzani. Torino, 2009, p. 607.

⁸⁶ Intervenuta con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella l. 14 marzo 2005, n. 80.

Testo Unico. Quest'ultimo, infatti, rinviando alle norme sugli atti pregiudizievoli ai creditori non ebbe inteso riferirsi anche ai casi di esenzione, seppur da essi, attualmente, non si possa proprio prescindere – *a fortiori* alla luce della loro portata “ultrafallimentare” -. Diverso discorso è invece a farsi con riguardo alle ipotesi di non applicazione del mezzo revocatorio previste dal comma quarto dell'art. 67 l.f., presente fin dal concepimento della norma stessa e, pertanto, ben conosciuto anche dal legislatore di settore in sede di redazione del Testo Unico. In merito, la limitazione delle esenzioni relative all'«istituto di emissione» e alle «operazioni di credito su pegno e di credito fondiario» alla sola revocatoria fallimentare (di cui ai primi due commi dell'art. 67 citato) è qui insuperabile. Tuttavia, la “salvezza” dell'operatività delle disposizioni speciali, riservata dal medesimo comma 4, denota una trascuratezza di valutazione delle eventuali interrelazioni tra le pregresse e le nuove esenzioni, rendendo quindi possibile una parziale sovrapposizione dei rispettivi ambiti di applicazione.

Proprio nel contesto bancario, la previsione di cui al comma 4 dell'art. 67 l.f. assume primario rilievo, ancorché, alla medesima, devono ora aggiungersi – salvo poi verificarne la concreta applicazione – le disposizioni di cui al comma 3, lett. a) e b) dello stesso articolo. Oltre a tali casi di esenzione definibili *comuni*, occorre in più menzionare anche quelli espressamente contemplati da talune leggi *speciali* all'uopo rilevanti,

nonché (nuove e nuovissime) fattispecie di esclusione o limitazione di revocatoria ben qualificabili come *eccezionali*, per essere la loro operatività occasionata e, pare, circoscritta, dall'evolversi dell'attuale crisi finanziaria. Di ciascuna ipotesi si renderà quindi necessario analizzare i contorni, spesso già legislativamente definiti.

Non resta dunque che meglio esplicitare i casi di arresto dell'azione revocatoria potenzialmente più attinenti all'ambiente bancario.

4.1 Ipotesi comuni di esenzione

4.1.1 *La previsione di cui all'art. 67, comma 4, l.f.*

La prima fattispecie che si ritiene di commentare è proprio quella individuata dal predetto comma 4 dell'art. 67 l.f., il quale, come sopra già si anticipava, esclude l'applicazione della revocatoria fallimentare per gli atti posti in essere dalla Banca d'Italia, nell'ambito della sua attività istituzionale, qualora il soggetto, sul cui patrimonio i medesimi atti hanno avuto incidenza, versi in stato di insolvenza⁸⁷. L'attenzione non può che focalizzarsi, dunque, sulle operazioni creditizie poste in essere dal predetto Istituto quale «prestatore di ultima

⁸⁷ L'Istituto risultava peraltro già esonerato dalla revocatoria sulla base della l. 7 marzo 1938, n. 141, dettante disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia, per cui l'art. 67 l.f. altro non avrebbe fatto che recepirne la relativa previsione.

istanza» nei confronti delle banche in difficoltà, potendo l'esenzione ben giustificarsi quale contributo alla salvaguardia del valore della stabilità del sistema creditizio. Cosicché, qualora delle banche beneficiarie sia dichiarato lo stato di insolvenza, la revocatoria degli atti astrattamente pregiudizievoli (come ad esempio la remunerazione da parte della banca del finanziamento ricevuto), risulterebbe *in toto* sterilizzata. La norma non pare aver avuto (controversa) applicazione, non riuscendosi a rintracciare precedenti giurisprudenziali sul tema. Eppure, la sua portata è tutt'altro che secondaria e di attualità rinnovata, ponendosi quale fondamento generale a cui - come si vedrà - anche le recenti previsioni di esenzioni eccezionali debbono tuttora rifarsi.

L'unico profilo non convincente della normativa in esame è la (letteralmente) insuperabilità della limitazione all'operare dell'esenzione, posto che, come sopra già osservato, la stessa si assocerebbe esclusivamente alla sola revocatoria fallimentare. Tuttavia la *ratio* dell'esclusione è tale da far opportunamente concludere per una universalità del suo campo operativo, potendo solo immaginarsi quali effetti sarebbe in grado di produrre l'esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria, peraltro agevolata, nella specie, da una maggiore facilità di prova, ben conoscendo la Banca d'Italia - che interviene proprio per il riscontro di una situazione di difficoltà - lo stato debitorio dei soggetti sottoposti alla sua vigilanza.

L'argomento letterale, dunque, deve (in quanto può) trovare margini di superamento, anche se poi stupisce – come si avrà occasione di appurare⁸⁸ – che le applicazioni eccezionali di tale esenzione rimangano oltremodo fedeli all'impostazione *de qua*.

La seconda fattispecie esentata dalla revocatoria fallimentare, in virtù del summenzionato comma 4 dell'art. 67 in commento, attiene invece a una duplice categoria di operazioni: quelle di credito su pegno e quelle di credito fondiario. Invero, la previsione normativa riguardante la prima tipologia non pare si presti a essere applicata nel contesto qui in esame, risultando chiaramente preordinata a tutelare le banche quali soggetti creditori di fronte al fallimento del loro debitore. Basti infatti osservare come l'ambito applicativo risulti circoscritto solo alle operazioni di piccolo prestito pignoratorio, aventi natura di vendita del bene alla banca con patto di riacquisto, previa restituzione del prestito, pena la (ri)vendita del bene pignorato, con il consolidamento della causa di prelazione e la sottrazione alle regole della revocatoria fallimentare⁸⁹. Quanto invece all'irrevocabilità delle operazioni di credito fondiario, riconosciuta peraltro

⁸⁸ Si legga di seguito, § 4.3.

⁸⁹ Del resto, l'allargamento indiscriminato dell'esenzione a qualsivoglia operazione di credito su pegno non sarebbe giustificabile rispetto alle operazioni creditizie assistite da altro genere di prelazione o addirittura prive garanzia, per le quali l'esenzione non troverebbe spazio: B. Meoli, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 211.

anche dal combinato disposto di cui agli articoli 38, comma 1, e 39, comma 4, del T.U., pare potersi affermare, chiaramente in termini astratti, che, qualora concessionario del finanziamento a medio o lungo termine garantito da ipoteca di primo grado su immobili sia un'altra banca (ovvero, in termini forse più concreti, un'altra società del gruppo cui appartiene l'istituto di credito concedente), tanto l'ipoteca a garanzia del finanziamento – purché iscritta dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza (qui) dichiarativa dell'insolvenza (o, a seconda dei casi sopra prospettati, del provvedimento di apertura della liquidazione coatta amministrativa) –, quanto i pagamenti effettuati dalla banca (o società del gruppo) debitrice a fronte del credito fondiario, non saranno soggetti ad azione di revoca. L'ipotesi «di partenza» pare comunque (e solo) prospettabile, come scritto, secondo una visione astratta del tema, non necessitando pertanto di ulteriori approfondimenti, i quali, in ogni caso, non possono che replicare quanto affermato nel contesto proprio di applicazione dell'esonero in questione⁹⁰. Cionondimeno, l'esonero contemplata dal comma 4 in commento si rinnova di valore, divenendo concretamente spendibile anche in caso di “fallimento” bancario, in ossequio alle previsioni speciali che lo richiamano e che lo stesso, ai fini della sua operatività,

⁹⁰ In proposito, in caso di interesse, per una sintetica, ma completa disamina, si rinvia a: C. Cavallini, *Commento all'art. 67*, cit., pp. 227-231.

fa salve. La non applicazione della revocatoria fallimentare, qui in esame, trova infatti spazio – ad esempio – anche in caso di finanziamenti concessi a società il cui oggetto esclusivo sia l’acquisto di crediti fondiari e ipotecari, di crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni o garantiti dalle medesime, anche individuabili in blocco, nonché di titoli emessi nell’ambito di operazioni di cartolarizzazione relative a crediti della medesima natura, qualora i predetti crediti e titoli siano stati oggetto di cessioni effettuate da banche in favore delle predette società finanziate (anche dalle stesse banche cedenti). Lo stesso sarà poi a dirsi pure per le garanzie prestate dalle medesime società per le obbligazioni emesse dalle stesse banche. Così infatti è quanto dispone l’art. 7-*bis* della legge 30 aprile 1999, n. 130, sulla cartolarizzazione dei crediti, in tema di obbligazioni bancarie garantite. Tale ipotesi, confermando la valenza extrafallimentare del comma quarto dell’art. 67 l.f., non è comunque l’unica, come si avrà modo di appurare⁹¹.

4.1.2 *Le previsioni di cui all’art. 67, comma 3, lett. a) e b)*

Similmente a quanto si è convenuto, in generale, con riguardo alle ultime due esenzioni citate, sembrerebbe infine che anche le ipotesi summenzionate di cui al comma 3, lett. a) e b) della medesima disposizione in commento non possano che riferirsi esclusivamente al

⁹¹ Si veda anche quanto scritto nel prossimo paragrafo.

caso in cui a essere sottoposto a procedura concorsuale sia il soggetto nei cui confronti la banca si colloca in posizione creditoria, non valendo invece, all'apparenza, l'esclusione da revocatoria nell'ipotesi inversa, ovvero sia in quella di "fallimento" bancario. Il richiamo alla norma è imprescindibile e si sceglie di partire dalla lett. b). In ossequio alla disposizione citata, non sono soggette all'azione (di qualunque) revocatoria le rimesse effettuate su conto corrente bancario, sempreché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca. Il dato letterale risulterebbe, senza ombra di dubbio, univoco nel confermare la predetta impostazione. Tuttavia, nel contesto che qui interessa, si può tentare di scrutarne margini anche per una differente applicazione.

Si deve innanzitutto ricordare come, in più di un'occasione, si sia avuto modo di affermare, in passato, che, in caso di liquidazione coatta amministrativa di un'azienda di credito, sarebbero suscettibili di essere revocati, in base all'art. 67, comma 2, l.f., sia le operazioni di bonifico bancario eseguite dalla banca nell'interesse del cliente, sia i prelievi effettuati dal correntista nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento (termine qui usato in modo improprio)⁹², in quanto gli stessi costituirebbero, da parte della banca, pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, come tali

⁹² App. Milano, 25 ottobre 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 452.

assoggettabili all'azione revocatoria fallimentare predetta⁹³. In altre parole, è stato ritenuto che la disponibilità del saldo di conto corrente di cui all'art. 1852 c.c. rappresenti per l'istituto bancario un debito esigibile *ad nutum* dal cliente⁹⁴.

La soluzione, apparsa corretta nella vigenza del vecchio testo dell'art. 67 l.f., sembra ora necessitare di un riesame alla luce della disciplina plasmata dalla riforma del 2005, proprio con particolare riguardo al regime delle eccezioni di cui al comma terzo del predetto articolo, in specie *sub* lett. b). Con riguardo a tale ipotesi di esenzione, potrebbe infatti astrattamente prospettarsi l'idea di una sua operatività anche nel caso succitato. È pur vero che si tratta di una disciplina apprestata chiaramente per i «versamenti» e, quindi, tecnicamente inapplicabile, nel caso opposto dei «prelevamenti»⁹⁵. Cionondimeno, la medesima disciplina potrebbe ora richiamarsi per giustificare, dal punto di vista normativo, un pensiero giurisprudenziale già in passato espressosi favorevolmente nel ravvisare un'esenzione da revocatoria proprio con riguardo al caso *de quo*. È stato in particolare ritenuto non assoggettabile a revocatoria fallimentare il prelievo di somme effettuato da un conto corrente bancario aperto

⁹³ Trib. Milano, 4 giugno 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 74.

⁹⁴ App. Milano, 26 settembre 1983, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1984, II, p. 313 (con nota di Salanitro).

⁹⁵ Così, espressamente: M. Porzio, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, cit., p. 379.

presso una banca, poi sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, qualora il correntista abbia contestualmente depositato le somme medesime in altro conto corrente intrattenuto con lo stesso istituto di credito⁹⁶. Come a dire che: non sono revocabili i *prelievi* effettuati *da* un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria della *banca* nei confronti del *correntista*. Il che può, ad esempio, avvenire – come nel caso di cui sopra – quando il correntista abbia depositato le somme prelevate su un altro conto aperto presso la medesima banca. E questo sarebbe certamente il caso più sicuro e meno controverso, *a fortiori* ove l'ammontare delle somme prelevate corrisponda a quello delle somme – per giunta *contestualmente* – depositate. L'interpretazione correttiva – perché si adatta al contesto *de quo* – della norma in commento porrebbe dunque il caso affrontato dalla giurisprudenza in una botte di ferro, inaggredibile da qualunque azione revocatoria, e, al contempo, lascerebbe sorgere spazi per una maggiore elasticità nell'applicazione dell'esenzione in questione, anche per quei casi che si presentino con caratteri meno rigorosi rispetto al primo, potendo all'uopo non sussistere il requisito della contestualità del deposito successivo al prelievo, nonché quello dell'identità dell'ammontare delle somme prelevate e depositate. Coticché, anche qualora manchi un deposito contestuale a copertura del prelievo effettuato, il

⁹⁶ Trib. Milano, 3 luglio 1996, in *Fall.*, 1987, p. 219.

prelievo stesso non sarà revocabile se, rispetto all'esposizione debitoria bancaria – corrispondente al capitale più gli interessi depositati sul conto – il prelievo è stato (per dirlo in termini semplicistici) di modico valore. Anche qui, dunque, assumeranno rilievo, ai fini dell'applicabilità o meno dell'esenzione, i requisiti di «consistenza» e «durevolezza», la cui esegesi potrebbe, comunque, anche discostarsi da quella consolidatasi con riguardo all'ipotesi classica di esenzione. Dovrà quindi farsi verosimilmente riferimento a un'entità percentuale da rapportarsi – anche qui (ma la soluzione resta discutibile) – non già al singolo prelievo (così come alla singola rimessa), bensì al risultato solutorio finale. Ovviamente le incertezze sul criterio di giudizio quantitativo si replicano sulla scorta dei mancati parametri sicuri riguardanti le rimesse. E ancora, la ricorrenza – ovvero, ai fini dell'esenzione, l'assenza – del requisito della durevolezza andrà a ricercarsi in un lasso temporale plausibilmente compreso tra l'inizio del decorso del periodo sospetto fino all'epilogo del rapporto di conto corrente che potrebbe verificarsi anche prima della messa in liquidazione della banca. Perciò, se al prelievo consistente non sia seguita una rimessa – se non di pari, quantomeno – di avvicinabile importo in un tempo ragionevole secondo le normali logiche di movimentazione del conto corrente, l'esenzione da revocatoria potrebbe essere priva di effetto. Purtroppo il relativismo dell'analisi, sia dell'andamento fisiologico del conto, sia del ritmo

usuale delle operazioni rispetto al periodo di osservazione⁹⁷, è tanto certo, quanto difficile da superare. Tuttavia, data (forse) la maggiore attenzione imposta da un “fallimento” bancario, una più ragguardevole oggettività in merito ai parametri di riferimento – sempre che si accetti di spendere l’esonazione di cui al comma terzo, lett. b) dell’art. 67 l.f. anche nel caso *de quo* – è sicuramente da preferire e, dunque, allo stato attuale, da auspicare. Anche se, più di ogni altra soluzione, si vuole sperare in una normazione *ad hoc* della fattispecie in esame, complice anche il fenomeno noto alla cronaca come «corsa agli sportelli» che lascerebbe pensare come solo una massiccia azione di prelevamento «di massa» in prossimità dell’insolvenza dell’istituto bancario possa far scattare, a tempo debito, la contromossa della revocatoria, restando viceversa tutelato il potestativo diritto del correntista di disporre, «in qualsiasi momento» *ex art.* 1852 c.c., le somme risultanti a suo credito.

Allora, di più piana applicazione, ai fini dell’esentabilità della fattispecie prospettata, potrebbe essere l’ipotesi di cui alla lett. a) della medesima norma in commento, qualificando all’uopo i prelevamenti e le disposizioni sul saldo del conto (proprio) come pagamenti effettuati (dall’istituto di credito)

⁹⁷ Quali classici punti di osservazione per la verifica dei suddetti requisiti di consistenza e durevolezza, assunti rilevanti dalla giurisprudenza di merito ai fini dell’esonazione delle *rimesse* in conto corrente: Trib. Milano, 25 maggio 2009, in *Dir. banc.*, 2009, I, p. 447.

nell'esercizio dell'attività di impresa (bancaria) «nei termini d'uso»⁹⁸. Naturalmente sarà su quest'ultimo sintagma che occorrerà porre l'accento quale *discrimen* tra ipotesi meritevoli di esenzione e casi in cui l'irrevocabilità dei prelievi si dimostri non suscettibile di preminenza⁹⁹. A ben vedere, dunque, stante la discrezionalità con cui risulta possibile interpretare il requisito di esentabilità, il problema, rispetto alla prospettazione precedente, non muta e, forse, si aggrava, spostando il punto d'osservazione dal correntista alla banca, che invero, di per sé, non dovrebbe rilevare. Tuttavia il *distinguo* è sottile, in quanto, ponendosi dal lato della banca, qualsiasi tipo di disposizione ad essa venisse richiesto di compiere, nell'ambito del c.d. servizio di cassa, risulterebbe effettuato nei termini d'uso, non rilevando infatti, ad esempio, che il prelievo effettuato (e dunque "concesso") sia «consistente» e «durevole», in quanto non più ripianato da un susseguente accredito. Con il che, dunque, si dovrebbe concludere per un'astratta e ineludibile esenzione da revocatoria di tutti i "pagamenti" che la banca ha posto in essere in un normale rapporto di conto corrente, con la conseguenza che anche la suddetta corsa agli sportelli verrebbe ben

⁹⁸ L'idea è suggerita dalla lettura di: M. Porzio, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, cit., p. 379.

⁹⁹ Si riporta a riguardo il caso dei cc.dd. *insider*, i quali nella consapevolezza della degenerazione della crisi, si affrettano a svuotare il conto: si veda il riferimento bibliografico riportato nella nota precedente.

legittimata, in quanto tutelata dall'esenzione in questione, posto che rientra nei termini d'uso del contratto di conto corrente la disponibilità – si ripete – «in qualsiasi momento», parte del correntista, delle somme risultanti a suo credito.

4.2 Ipotesi speciali di esenzione

Analogamente a quanto già osservato nel paragrafo che precede, anche le ipotesi di esenzione da revocatoria previste da leggi speciali che, in vario modo toccano l'attività bancaria, rimangono ancora inesplorate (dal diritto scritto e/o vivente) nel caso in cui il “fallimento” colpisca l'istituto di credito, facendo conseguentemente sorgere il dubbio circa loro eventuale persistente applicabilità e – comunque, ove questa sia certa – il modo in cui le stesse operino. Il pensiero si rivolge, in particolare, alle discipline della cessione dei crediti d'impresa (legge 21 febbraio 1991, n. 52), della – già menzionata – cartolarizzazione dei crediti (legge 30 aprile 1999, n. 130), della definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli (decreto legislativo 12 aprile 2001, n. 210), nonché delle garanzie finanziarie (decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170).

4.2.1 *Nella disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa*

Invero, per quel che concerne la normativa sul c.d. *factoring*, la legge 52/1991 non prevede fattispecie esentate da revocatoria, quanto piuttosto delimita la sua

operatività, alla stregua dell'art. 67, commi 1 e 2, l.f., contemplando ipotesi speciali, rispetto a quelle comunemente note, suscettibili di revoca. In particolare, si avverte subito che, dinanzi a un contratto stipulato tra un imprenditore (cedente) e una banca o intermediario finanziario (cessionario), avente ad oggetto la cessione (anche in massa) di crediti sorti da contratti stipulati nell'esercizio dell'impresa verso corrispettivo, la legge sceglie di disciplinare la revocatoria fallimentare (solo) in caso di fallimento del cedente o del debitore ceduto. Nel primo caso, se il cessionario ha pagato in tutto o in parte il corrispettivo, la cessione sarà revocabile qualora l'attore provi che il cessionario conosceva lo stato d'insolvenza del cedente nel momento in cui ha eseguito il pagamento e quest'ultimo sia stato eseguito prima della scadenza del credito ceduto, ma comunque entro l'anno anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento (art. 7). Nel secondo caso, invece, la revocatoria dei pagamenti che il debitore ceduto ha effettuato a favore del cessionario, come regola (art. 6), si indirizzerà (non già nei riguardi del cessionario¹⁰⁰, bensì) nei confronti del cedente, all'unica condizione che il curatore provi che quest'ultimo era a conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore ceduto alla data del pagamento. Ferma restando l'applicazione dei suddetti principi nell'ipotesi in cui, per astratto, fosse la banca a trovarsi nella posizione del cedente ovvero in quella del

¹⁰⁰ Il che potrebbe giustificarsi sulla base dell'art. 4, ai sensi del quale, di norma, il cedente garantisce la solvenza del debitore.

debitore ceduto, qualora si rimanesse ancorati all'ipotesi «base», in cui la banca assume il ruolo di cessionario, si dovrebbe concludere nel senso che, in caso di "fallimento" di essa - ovvero sia tutte le volte in cui il commissario (liquidatore) risulti legittimato all'esercizio della revocatoria fallimentare - quest'ultima avrebbe riguardo al corrispettivo versato dalla banca a favore del cedente, quale debito liquido ed esigibile a carico della banca, scaturente dal contratto di cessione. Cosicché la revocatoria potrà operare, in ossequio al comma 2 dell'art. 67 l.f., alla duplice condizione che il pagamento sia stato effettuato nei sei mesi anteriori al tracollo bancario e il commissario provi la *scientia decoctionis* dell'imprenditore cedente.

4.2.2 *Nella disciplina sulla cartolarizzazione dei crediti*

La legge 130/1999 disciplina invece le operazioni realizzate mediante cessione in blocco e a titolo oneroso, ad opera di banche, intermediari finanziari o altre imprese, di un pluralità di crediti pecuniari, sia esistenti che futuri, a condizione che il cessionario sia una società specializzata, quale è l'intermediario finanziario, e che le somme corrisposte dal(i) debitore(i) ceduto(i) siano destinate in via esclusiva, dalla società cessionaria, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi, dalla stessa o da altra società, per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione. In tal caso l'operatività della revocatoria fallimentare appare maggiormente ristretta

rispetto alla disciplina precedentemente esaminata. Nell'ipotesi di fallimento del cedente, infatti, l'atto di cessione potrà essere revocato solo se posto in essere in un periodo sospetto più corto rispetto a quello previsto in generale dall'art. 67 l.f., ancorché riformato, posto che i termini sono ridotti, rispettivamente, da un anno a sei mesi e da sei mesi a tre (art. 4, comma 4). Inoltre, anche qui la legge esclude, però *in toto*, la revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati dai debitori ceduti (art. 4, comma 3), non rilevando peraltro che si tratti di pagamenti anticipati o eseguiti con mezzi anormali. Si favorisce dunque l'operazione di *securitization*, con tutela assoluta degli investitori. A differenza di quanto concluso nell'ipotesi di cessione di crediti d'impresa, qui la disciplina della revocatoria fallimentare in caso di insolvenza bancaria non pare peraltro da ricostruire, risultando invece pienamente evincibile dalla normativa in esame. Ferma infatti l'esenzione per i pagamenti dei debitori ceduti, la possibilità di revoca degli atti a titolo oneroso compiuti nel più breve periodo sospetto, attiene tanto alle disposizioni del cedente, quanto a quelle del cessionario e, come visto, in virtù della specialità delle operazioni in oggetto, la banca può assumere entrambe le vesti. La diversità di disciplina, rispetto all'ipotesi di fallimento del debitore ceduto, è poi giustificabile, in un caso, perché non si può escludere che, attraverso la cartolarizzazione, il soggetto in crisi provveda alla cessione dei propri crediti al fine di sottrarli alla massa fallimentare e, nell'altro, perché il cessionario, insieme

al cedente, è colui che realizza l'operazione, decidendone modalità e momento più favorevole ai fini dell'attuazione. Cionondimeno, la riduzione a termini così ristretti, specie con riguardo al periodo sospetto di tre mesi, porta a presumere che, di fatto, sarà in generale il tipo di operazione in questione a non essere aggredibile dalla revocatoria fallimentare, a prescindere da quale sia il soggetto insolvente. È infine da aggiungersi che le medesime disposizioni succitate contemplate dall'art. 4 della legge in esame trovano altresì applicazione anche in caso di obbligazioni bancarie garantite. O meglio, ai sensi dell'art. 7-bis, comma 1, della stessa legge, si applicano pure «alle operazioni aventi ad oggetto le cessioni di crediti fondiari e ipotecari, di crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni o garantiti dalle medesime (anche individuabili in blocco), nonché di titoli emessi nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione aventi ad oggetto crediti della medesima natura, effettuate da banche in favore di società il cui oggetto esclusivo sia l'acquisto di tali crediti e titoli, mediante l'assunzione di finanziamenti concessi o garantiti anche dalle banche cedenti, e la prestazione di garanzie per le obbligazioni emesse dalle stesse banche ovvero da altre». In realtà si tratterà di un'applicazione limitata, posto che, per voce del comma 4 del medesimo articolo, i finanziamenti concessi alle predette società, nonché le garanzie prestate dalle medesime saranno soggetti, come in precedenza già rilevato, all'esenzione da revocatoria

fallimentare di cui all'art. 67, comma 4, l.f. Si noti peraltro che, in ossequio al regolamento di attuazione del suddetto art. 7-bis, adottato con decreto dal Ministro dell'economia e delle finanze il 14 dicembre 2006, nell'ambito delle operazioni di emissione di obbligazioni bancarie garantite, possono essere ceduti crediti ipotecari, sia residenziali che commerciali (ove l'importo dei crediti in essere sommato al capitale residuo di eventuali precedenti finanziamenti ipotecari gravanti sull'immobile non ecceda la percentuale legislativamente fissata), solo qualora siano decorsi i termini per la revocatoria della costituzione dell'ipoteca ai sensi dell'art. 67 l.f. (art. 2, comma 2).

4.2.3 *Nella disciplina sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli*

Quanto poi al d.lgs. 210/2001, con il quale il legislatore italiano ha attuato la Direttiva CE 26/1998, c.d. *Settlement Finality* – il cui obiettivo è stato quello di isolare dall'insolvenza dell'intermediario i pagamenti e trasferimenti effettuati tramite sistemi di pagamento e regolamento titoli – basti qui ricordare che gli ordini di trasferimento immessi nel sistema prima del momento di apertura della procedura di insolvenza sono intoccabili¹⁰¹: l'isolamento è completo e non copre solo

¹⁰¹ Per inciso si ricorda che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. m), d.lgs. 210/2001, per «ordine di trasferimento» deve intendersi ogni istruzione nell'ambito di un sistema da parte di un partecipante di mettere a disposizione di un beneficiario un importo in valuta

le revocatorie, ma qualunque altro vizio che comporti invalidità o inefficacia¹⁰². L'art. 2 del predetto decreto stabilisce infatti che gli ordini di trasferimento, la compensazione e i conseguenti pagamenti e trasferimenti sono vincolanti tra i partecipanti a un sistema e, nel caso di apertura di una procedura d'insolvenza nei confronti di un partecipante, sono *opponibili ai terzi, compresi gli organi preposti alla procedura medesima*, se i suddetti ordini sono stati immessi nel sistema prima del momento di apertura della procedura di insolvenza (comma 1, lett. a)¹⁰³. Inoltre è chiarito che

(attraverso una scrittura sui conti – ad esempio – di una banca italiana o comunitaria), ovvero di trasferire la titolarità o altri diritti su uno o più strumenti finanziari.

¹⁰² R. Lener, *Il momento di apertura della procedura di insolvenza e l'irretroattività dei suoi effetti sugli ordini di trasferimento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, II, pp. 137 e ss.

¹⁰³ Il momento di apertura della procedura di insolvenza è in particolare disciplinato dall'art. 3 d.lgs. 210/2001 e, seppur previsto «ai fini del presente decreto» sembra interessante riportarne la regolazione, ben esportabile anche al di fuori dell'ambito applicativo in esame. Si considera dunque «momento di apertura di una procedura di insolvenza in Italia» il giorno, l'ora e il minuto in cui si producono gli effetti di sospensione dei pagamenti delle passività e della restituzione dei beni ai terzi secondo le disposizioni applicabili alle singole procedure. Specificatamente, poi, nel caso di procedure di liquidazione coatta amministrativa, i predetti effetti si producono dal momento dell'insediamento dei commissari liquidatori, e comunque dal terzo giorno successivo alla data del provvedimento che dispone la liquidazione. E il momento dell'insediamento dei commissari liquidatori è rilevato dalla Banca d'Italia sulla base del processo verbale di cui all'art. 85 T.U. Mentre, nell'ipotesi di pronuncia dell'autorità giudiziaria – che, nel caso di specie, potrebbe ricollegarsi alla dichiarazione giudiziale preventiva di insolvenza bancaria – gli effetti sospensivi

nessuna azione, compresa quella di nullità, può pregiudicare nei confronti del sistema la definitività degli ordini di trasferimento, della compensazione e dei conseguenti pagamenti e trasferimenti (comma 3). E ancora, l'apertura di una procedura d'insolvenza *non ha effetto retroattivo* sui diritti e sugli obblighi dei partecipanti connessi con la loro partecipazione a un sistema, sorti prima del momento di apertura della procedura stessa (comma 4). Il che significa proprio escludere l'esperibilità dell'azione revocatoria nei confronti di operazioni poste in essere *nel sistema* prima di quel momento. Dalla disciplina esposta si può per contro ricavare che è *possibile* agire nei confronti dei beneficiari (quali destinatari finali) degli ordini di trasferimento (con gli strumenti ordinari del diritto civile o) con l'azione revocatoria fallimentare, purché l'iniziativa contro i singoli atti inseriti nel sistema abbia effetto *fuori dal sistema* stesso e senza alcun riflesso sulle

si producono dal momento del deposito della sentenza, attestato in calce dal cancelliere con l'indicazione anche dell'ora e del minuto. Inoltre, l'autorità competente comunica immediatamente alla Banca d'Italia, anche per via telematica, l'apertura della procedura d'insolvenza e questa trasmette a sua volta la medesima comunicazione alla Consob e ai sistemi italiani, nonché al CERS (Comitato europeo per il rischio sistemico, istituito con Regolamento UE 1092/2010), alle autorità designate dagli altri Stati membri dell'Unione europea, all'AESFEM (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati, istituita con Regolamento UE 1095/2010) e alla Banca centrale europea.

sue procedure¹⁰⁴. In particolare, chi lo sostiene trova conferma nell'ultimo comma dell'art. 6 del decreto in esame, ove si esclude espressamente la facoltà di agire in revocatoria per un'ipotesi determinata¹⁰⁵. Nel silenzio delle restanti norme, dunque, le regole generali della revocatoria fallimentare dovrebbero considerarsi pienamente applicabili.

4.2.4 *Nella disciplina sulle garanzie finanziarie*

Ultima ipotesi peculiare, che in tale sede si è scelto di esaminare, concerne il contratto di garanzia finanziaria, al quale il d.lgs. 170/2004 - anch'esso di derivazione comunitaria, in quanto scritto in attuazione della Direttiva CE/47/2002 - è applicabile, per semplificare, soltanto se la parte che riceve la garanzia è una banca o comunque un operatore qualificato del mercato finanziario. La fattispecie contrattuale è molto ampia, inglobando qualsiasi contratto di garanzia reale, avente ad oggetto attività finanziarie, volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie. La stessa, inoltre, si qualifica soggettivamente, comprendendo, da un lato, oltre a soggetti pubblici (tra cui anche banche

¹⁰⁴ M. Perassi, *L'attuazione della Direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, pp. 816 e ss.

¹⁰⁵ È infatti previsto che, in caso di parziale esecuzione dell'ordine, le azioni revocatorie da parte degli organi della procedura d'insolvenza, concernenti la somministrazione della provvista e l'adempimento dei debiti connessi con l'esecuzione degli ordini di trasferimento, non possono essere esercitate nei confronti del partecipante.

centrali), un assortito elenco di enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale, e, dall'altro, quale controparte, ogni persona diversa da quella fisica, rimanendo invece incluse le imprese e le associazioni prive di personalità giuridica. Ai fini qui rilevanti, deve sottolinearsi come il contratto *tipico* di garanzia finanziaria¹⁰⁶, nonché la prestazione della medesima, siano equiparati al pegno «agli effetti di cui agli articoli 66 e 67 della legge fallimentare» (art. 9, comma 2). *In ogni caso*, la garanzia prestata e il contratto relativo non possono *in alcun modo* essere dichiarati inefficaci nei confronti dei creditori soltanto in base al fatto che la prestazione della garanzia finanziaria o il sorgere dell'obbligazione finanziaria garantita siano avvenuti il giorno di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione (momento in cui si producono gli effetti della sospensione dei pagamenti delle passività o della restituzione di beni a terzi)¹⁰⁷, ovvero prima del momento di apertura di detta procedura, o anche dopo tale momento, ma – in

¹⁰⁶ Identificato nel contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, compreso il contratto di pronti contro termine (art. 1, lett. d).

¹⁰⁷ In caso di liquidazione coatta amministrativa bancaria tale momento – si ripete quanto già scritto in nota 103 – è individuato nel tempo di insediamento dei commissari liquidatori (così come rilevato dalla Banca d'Italia sulla base del processo verbale di cui all'art. 85 T.U.) e, comunque, dal terzo giorno successivo alla data del provvedimento che dispone la liquidazione. Così infatti è disposto dall'art. 3 del citato d.lgs. 210/2001, espressamente richiamato dalla normativa in commento, e che, di fatto riproduce la previsione di cui al primo comma dell'art. 83 T.U.

quest'ultimo caso – solo qualora il beneficiario della garanzia possa dimostrare di non essere stato (né di aver potuto essere) a conoscenza dell'apertura medesima (art. 9, comma 1). Da ciò sembrerebbe che, ai fini della revocatoria, la garanzia finanziaria sia (per lo meno di fatto) *sempre* fatta salva¹⁰⁸. A me pare in realtà che *l'intentio legis* non sia stato quello di sterilizzare totalmente l'istituto della revocatoria – ch , altrimenti, non si spiegherebbe la previsione «agli effetti di cui agli articoli 66 e 67 della legge fallimentare» –, bens  quello di estromettere il presupposto comune ad ogni fattispecie revocabile, identificato nel periodo sospetto legale. Nel senso che *il solo fatto* che l'atto sia stato compiuto in detto periodo *non vale* ad affermarne l'astratta revocabilit .   pur vero che ci    *vero* (si scusi il gioco di parole) *sempre*, in ossequio alla disciplina di cui all'art. 67 l.f. – dovendosi tener conto anche della *scientia decoctionis* del beneficiario dell'atto – ma   altres  vero che ci  *non   vero* in caso di *atti a titolo gratuito e pagamenti anticipati di crediti*, ai sensi degli articoli 64 e 65 l.f., per la cui revocabilit  (*i.e.* inefficacia), infatti, non rileva lo stato soggettivo, assumendo invece importanza *unicamente* il compimento dell'atto nel tempo legislativamente circoscritto. Ma allora,   come se il legislatore avesse voluto escludere, non gi  l'operare della revocatoria fallimentare, quanto piuttosto (e soltanto) quello della revocatoria automatica, perch  solo quest'ultima funziona sul solo presupposto del

¹⁰⁸ Cos : G. Rago, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 740.

compimento dell'atto nel periodo sospetto legale e, quindi, in altri termini, comporterebbe la dichiarazione di inefficacia della garanzia finanziaria prestata e del contratto relativo alla garanzia stessa, «soltanto in base al fatto che la prestazione della garanzia finanziaria o il sorgere dell'obbligazione finanziaria garantita siano avvenuti il giorno di apertura della procedura medesima (n.d.r. di risanamento o di liquidazione) e prima del momento di apertura di detta procedura». Circostanza, come visto, testualmente esclusa dalla legge. Con quanto affermato non si vuole dire che – dato che l'inefficacia *ex lege* non può operare per il venir meno della rilevanza dell'unico presupposto oggettivo sul quale si basa – gli atti a titolo gratuito e i pagamenti anticipati siano irrevocabili, ma che i medesimi saranno sindacabili alla stregua della disciplina dettata dall'art. 67 l.f. Il che è anche coerente con il principio generale per cui gli atti esclusi dal campo di applicazione degli articoli 64 e 65 l.f. vengono equiparati agli atti a titolo oneroso e al pagamento di debiti esigibili, al fine degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, con la conseguenza che i medesimi risulteranno revocabili ai sensi del comma 2 del predetto art. 67. Del resto, lo stesso art. 9 del d.lgs. 170/2004 si preoccupa di disciplinare talune peculiarità del contratto di garanzia finanziaria proprio e solo «agli effetti di cui agli articoli 66 e 67 della legge fallimentare», così estromettendo di fatto la rilevanza, non contemplandone la disciplina, degli articoli 64 e 65

l.f. Peraltro, tra le predette peculiarità, come già ricordato in nota, è anche menzionata l'equiparazione del contratto in questione al pegno, la quale importa, come conseguenza, l'accoglimento del principio che la garanzia, diretta o indiretta e pure a favore di terzo, contestuale alla concessione del credito, è da qualificare a titolo oneroso¹⁰⁹. Se allora si considera che gli atti costitutivi di diritti di prelazione per debiti propri non sono mai considerati atti a titolo gratuito e quelli per debiti altrui, se contestuali, sarebbero – comunque – revocabili ai sensi dell'art. 67, comma 2, l.f.¹¹⁰, l'unica ipotesi per la quale l'inefficacia *ex lege*, in virtù dell'art. 64 l.f., non verrebbe concretamente ad operare – seppur astrattamente applicabile – è quella degli atti costitutivi di diritti di prelazione per debiti altrui non contestuali, per la cui revocabilità si dovrà fare ancora (e solo) riferimento, nel particolare contesto in esame, alla previsione di cui al comma 2 dell'art. 67 predetto. È qui allora che il compimento dell'atto nel periodo sospetto acquista nuovamente primaria importanza, poiché associata *inscindibilmente* alla dimostrazione della conoscenza dello stato d'insolvenza, non essendo invece *da solo* in grado di fondare l'inefficacia dell'atto astrattamente pregiudizievole.

¹⁰⁹ M. Porzio, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, cit., p. 369.

¹¹⁰ Sul tema: L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*. Torino, 2008, pp. 174 e 175.

Dalla disciplina speciale si desume inoltre che, soltanto qualora la prestazione della garanzia finanziaria o la nascita dell'obbligazione finanziaria garantita si collochino temporalmente nel giorno di apertura della procedura concorsuale o successivamente, le stesse non potranno sfuggire alla declaratoria di inefficacia *ex art. 44 l.f.* (essendo qui – dal punto di vista temporale – la revocatoria inapplicabile), se (e solo se) il beneficiario non riesca a dimostrare la sua mancanza di conoscenza, e finanche di conoscibilità, circa l'apertura della procedura di risanamento o liquidazione. La regola – chiaramente derogante il principio dell'inefficacia degli atti successivi al fallimento – consentirebbe, dunque, di evitare l'applicazione della c.d. «*zero hour rule*», secondo la quale la sentenza dichiarativa di fallimento ha efficacia retroattiva e decorre dall'ora zero del giorno in cui è stata pronunciata. L'esenzione prevista, pertanto, si dice intenda proteggere la stabilità delle negoziazioni e delle garanzie collaterali in un mercato finanziario globalizzato nel quale non è possibile avere esatta consapevolezza della situazione di decozione delle imprese che vi operano¹¹¹.

4.3 Ipotesi eccezionali di esenzione

Mancano infine da considerare i casi più recenti di esenzione dalla revocatoria fallimentare che si sono qui

¹¹¹ Le riflessioni sono di: E. Gabrielli, *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, in *www.judicium.it*.

qualificati come «eccezionali», in quanto, da un lato, le relative previsioni normative sono state occasionate «dall'attuale situazione di crisi dei mercati finanziari internazionali» – così infatti esplicita lo stesso legislatore –, e, dall'altro, (anche come conseguenza) la disciplina derogatoria sembrerebbe risultare – ma solo all'apparenza – temporalmente limitata.

Si deve dunque, innanzitutto, citare il decreto legge 9 ottobre 2008, n. 155, dettante «misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio e la continuità nell'erogazione del credito alle imprese e ai consumatori», convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2008, n. 190. In particolare, l'art. 3 del predetto decreto stabilisce che qualora, al fine di soddisfare esigenze di liquidità, la Banca d'Italia eroghi finanziamenti che siano garantiti mediante pegno o cessione di credito, tali finanziamenti non sono soggetti alla revocatoria fallimentare, in virtù della richiamata applicazione dell'art. 67, comma 4, l.f. Si è già scritto che, sulla base dell'ultima disposizione citata, la Banca d'Italia, quale Istituto di emissione, già gode, di per sé, di un'esenzione generale rispetto all'operare della revocatoria – e si vorrebbe, come scritto, non solo fallimentare -. Ne conseguirebbe, pertanto, che la menzionata previsione “eccezionale” altro non sarebbe che una specificazione, o meglio un'esemplificazione, di quella generalmente contemplata dal comma quarto dell'art. 67 in questione. Se così è – come in effetti risulta –, non si comprende allora la limitazione posta dal

suddetto art. 3, per la quale la disciplina derogatoria si applica(va) ai contratti di garanzia finanziaria a favore della Banca d'Italia (che sono stati) stipulati entro il 31 dicembre 2011. In realtà, come nell'*incipit* avvertito, la disciplina derogatoria, a cui la norma fa riferimento, non è da collegarsi all'esonazione da revocatoria - anche perché non potrebbe, stante la portata generale dell'art. 67, comma 4 -, bensì alle eccezioni testualmente previste, relative solo alla *prestazione di garanzia*. Questa infatti, a dispetto delle regole ordinarie, si intende prestata, con effetto nei confronti del debitore e dei terzi aventi causa, all'atto della sottoscrizione del contratto di garanzia finanziaria e, pertanto, si attegga sempre a garanzia contestuale. L'esonazione da revocatoria trova applicazione, invece, esclusivamente ai *finanziamenti* concessi dalla Banca d'Italia alla duplice condizione che: 1) abbiano come (unica) finalità quella di soddisfare esigenze di liquidità delle banche finanziate; 2) siano garantiti (soltanto) mediante pegno o cessione di credito. Così, può ben valere l'intendimento dell'esonazione contemplata quale mera esemplificazione della previsione generale di cui all'art. 67, comma 4, l.f., il cui richiamo funge solo da rafforzativo per un'ulteriore conferma circa la non applicazione all'Istituto di emissione delle previsioni di cui ai commi 1 e 2 dello stesso art. 67. Quanto invece alla prestazione della garanzia, trattandosi di garanzia finanziaria, varranno senza modifiche le considerazioni svolte sul tema nel paragrafo all'uopo dedicato, a commento del

d.lgs. 170/2004¹¹², *in parte qua* derogato solo con riguardo agli articoli 1, comma 1, lett. q), e 2, comma 1, lett. b), nei termini sopra esplicitati.

Ciò che invero non convince circa la riaffermazione del principio di non applicazione della revocatoria fallimentare ai finanziamenti erogati dalla Banca d'Italia sta nel fatto che la stessa si sia, nella recente normativa, letteralmente circoscritta (solo) ai finanziamenti concessi a norma del comma 1 del suddetto art. 3, in quanto connotati dalle caratteristiche anzidette, e non già a *qualunque* tipologia di finanziamento che, ai sensi del comma terzo della medesima disposizione, venga *discrezionalmente* erogato dalla stessa Autorità di vigilanza, tanto alle banche italiane quanto alle succursali di banche estere in Italia (comunitarie e non), sempre per fronteggiare – qui addirittura – «gravi crisi di liquidità». Nel caso infatti della c.d. «*emergency liquidity assistance*» null'altro è (stato) previsto se non la possibilità per il Ministero dell'economia e delle finanze (ora decaduta) di rilasciare (fino al 31 dicembre 2009) la garanzia statale sui predetti finanziamenti discrezionali. Al di là del dettato normativo – non apprezzato sul piano formalistico –, non si possono nutrire dubbi sulla piena operatività dell'esenzione da revocatoria, direi *a fortiori*, proprio ove il finanziamento miri a fronteggiare crisi di liquidità aggravate, dal momento che il comma 4 dell'art. 67 l.f. trova già rinnovata applicazione nel caso

¹¹² Si veda *supra*, § 4.2.4.

di finanziamenti concessi al fine di soddisfare semplici esigenze di liquidità. Non si tratta qui di un'applicazione analogica del comma 1, per quanto ne ricorrerebbero anche gli estremi, stante la medesima *ratio* sottostante alla fattispecie non regolata – pur essendo in gioco una previsione speciale –, bensì di una mera applicazione del principio generale di cui al comma 4 dell'art. 67 l.f. Semmai, posto che anche la garanzia statale *de qua* ben rientrerebbe tra quelle previste dal d.lgs. 170/2004 (ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. d), n. 1), il quale, come visto, non prevede esenzioni da revocatoria, ma ne pone solo dei limiti, peraltro non interessanti la disciplina dell'art. 67 l.f., sarebbe forse stato opportuno blindare la fattispecie in questione da ogni (anche ipotetica) possibilità di revoca.

La medesima disciplina contemplata dall'art. 3 del d.l. 155/2008, della quale si è dato ora conto, la si ritrova, con qualche dettaglio aggiuntivo, anche nel decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, dettante «disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. È in particolare l'art. 8 a essere deputato a definire le misure per la stabilità del sistema creditizio, qui disegnate in modo molto più articolato rispetto alla normativa precedentemente adottata¹¹³. La peculiarità risiede nel fatto che, sulla base del comma 30, la richiamata

¹¹³ Per una veloce rassegna delle stesse, si può rileggere, nel capitolo introduttivo della presente trattazione, il § 3.2.

applicazione del comma 4 dell'art. 67 l.f. è estesa non solo ai finanziamenti, ma anche alle operazioni *di altra natura*, purché sempre garantite mediante pegno o cessione di credito, effettuate (unicamente) dalla Banca d'Italia, al fine di soddisfare *anche in modo indiretto* esigenze di liquidità. Le maglie della previsione, rispetto a quella sopra esaminata, tendono dunque ad allargarsi in maniera indefinita, giusta l'elasticità introdotta dal legislatore nella formulazione della norma. Pure in tale sede, inoltre, si è scelto di limitare la disciplina derogatoria temporalmente fino al 31 dicembre 2012. Ancora una volta, tuttavia, la stessa è da riferirsi ai soli contratti di garanzia finanziaria. Inoltre, anche per quanto riguarda la previsione sulla *emergency liquidity assistance* nulla cambia, se non la precisazione, introdotta nel comma 34 del suddetto art. 8, che la garanzia statale eventualmente rilasciata debba avvenire nel rispetto della normativa europea in materia di aiuti di Stato. Dunque, similmente a quanto anzidetto, sulla possibilità di revoca (implicitamente accettata) nuovamente tutto tace.

5. Profili scelti dell'azione revocatoria in un contesto di insolvenza bancaria transnazionale¹¹⁴

5.1 Premessa

Nel corso del presente lavoro si è già avuta occasione di citare la Direttiva CE del 4 aprile 2001, n. 24, in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, la cui normativa è stata recepita in Italia con l'introduzione, nel Testo Unico Bancario, della sezione III-*bis* del capo I, sotto il titolo IV dedicato alla disciplina delle crisi¹¹⁵. Sintetizzando le premesse generali già espresse, si sceglie dunque di limitarsi qui a ricordare che, in caso di dissesto bancario connotato da caratteri di transnazionalità, non è applicabile, proprio in favore della predetta Direttiva, il noto Regolamento CE 1346/2000, stante la previsione di cui al suo art. 1, comma 2, il quale dispone in via espressa la non

¹¹⁴ È doveroso esplicitare fin da ora il tributo che si deve allo studio condotto da F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*. Torino, 2010, il quale, pur non incentrando la trattazione sul caso della revocatoria a fronte di un'insolvenza bancaria transfrontaliera, offre comunque spunti interessanti per l'approfondimento del tema, consentendo di apprendere agevolmente le teorie sviluppatesi nell'alveo della disciplina tracciata dal Regolamento CE 29 maggio 2000, n. 1346 sulle procedure d'insolvenza, similare *in parte qua* rispetto alla disciplina bancaria rilevante.

¹¹⁵ Il riferimento è al capitolo precedente, § 3.1.1, inerente alla determinazione della giurisdizione (e della competenza) nell'ipotesi di insolvenza di banche comunitarie (e non) con succursali stabilite in Stati membri diversi.

operatività della normativa comunitaria regolamentare alle procedure di insolvenza riguardanti, tra gli altri, anche gli enti creditizi. Tuttavia, a parte la tutt'altro che trascurabile differenza tra la Direttiva e il Regolamento citati, circa il grado di accoglimento del principio della c.d. *universal insolvency*, in un caso «pieno» e nell'altro «limitato», per quel che in particolare concerne la disciplina dell'azione revocatoria, la Direttiva CE 24/2001 ricalca con generosità le previsioni dettate a riguardo dall'antecedente Regolamento CE 1346/2000, cosicché i molteplici interrogativi interpretativi sorti con l'esegesi del secondo si ritrovano facilmente anche nell'analisi della prima.

Innanzitutto è da richiamarsi, ancora una volta per esplicito, il cardine su cui la Direttiva succitata è costruita, al dichiarato fine di garantire l'uguaglianza dei creditori (considerando n. 16): in virtù del principio di universalità piena, integrato con quello dell'unità della procedura, le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine (*i.e.* quello in cui l'ente creditizio ha ricevuto l'autorizzazione a svolgere attività bancaria), responsabili della liquidazione, sono le sole competenti a decidere dell'apertura di una procedura di liquidazione nei confronti di una banca, incluse le succursali di essa stabilite in altri Stati membri, e la relativa decisione sarà riconosciuta, senza ulteriori formalità, nel territorio di tutti gli Stati dell'Unione, ivi producendo effetti non appena questi si realizzano nello Stato membro in cui è stata aperta la procedura (art. 9).

Coerentemente, dunque, l'ente creditizio sarà liquidato, come regola e salvo eccezioni, secondo le leggi, i regolamenti e le procedure applicabili nel suo Stato membro d'origine (art. 10, comma 1). Spetterà pertanto sempre alla legge di detto Stato determinare, in particolare, «le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori» (art. 10, comma 2, lett. 1), ossia - in altri termini - quelle riguardanti la revocatoria fallimentare. Ed è fuor di dubbio che proprio di quelle si tratti, nonostante manchi - invero in tutto il testo della Direttiva *de qua* - alcun riferimento *ex professo* al predetto istituto. Curiosamente, per inciso, si fa peraltro notare che le corrispondenti norme di attuazione del Testo Unico, introdotte dal decreto legislativo 9 luglio 2004, n. 197, se da un lato confermano linearmente l'applicabilità della normativa dello Stato d'origine in merito alla disciplina e alla produzione di effetti dei provvedimenti e delle procedure di liquidazione delle banche comunitarie (art. 95-*bis*), dall'altro non esplicitano (forse per ritenuta superfluità) la medesima applicabilità - invece ben specificata nella Direttiva CE 24/2001 - con riguardo ai profili di revocabilità degli atti pregiudizievoli, limitandosi piuttosto a contemplare la sola eccezione alla regola (art. 95-*ter*, comma 4). Tale mancanza, tuttavia, è certo priva di rilievi pratici, di talché può benissimo essere superata. È invece da segnalare, ma senza necessità di approfondimento nel proseguo, la

sintesi operata dalla nostra legge di attuazione – poi riversata nel Testo Unico – degli articoli 21, 22 e 23 della predetta Direttiva, in virtù della quale l'applicazione della *lex concursus* alle azioni di nullità, annullamento o inopponibilità degli atti pregiudizievoli ai creditori non impedisce che i diritti reali, la riserva di proprietà e la compensazione siano regolati da una legge differente, qualora ricorrano le condizioni normativamente previste (art. 95-ter, comma 3).

Ad ogni modo, prodromica all'intendimento della legge applicabile all'istituto revocatorio nel caso di insolvenza bancaria «comunitaria», si ritiene essere la corretta individuazione della giurisdizione presso cui radicare la causa stessa di revoca, sull'intendimento che una cosa è la legge sostanziale, ai sensi della quale si deve giudicare la nullità, l'annullamento o l'inopponibilità alla massa degli atti pregiudizievoli per i creditori, e altra cosa è la legge processuale da impiegare al fine di determinare la giurisdizione per decidere dell'azione revocatoria fallimentare. Nell'ordine anzidetto, dunque, si devono affrontare entrambi gli aspetti.

5.2 La giurisdizione

5.2.1 *L'omissione normativa e le sue conseguenze*

È di lampante evidenza la totale mancanza nella Direttiva CE 24/2001 di alcun criterio (anche inespresso) attributivo di giurisdizione per le azioni

scaturenti da una procedura di liquidazione dell'ente creditizio¹¹⁶, così come peraltro accade – per ammissione della stessa Cassazione¹¹⁷ – pure nel Regolamento CE 1346/2000, con riguardo alle cause derivanti dal fallimento. Si è visto, infatti, come la normativa comunitaria che qui interessa si limiti ad affermare unicamente l'esclusiva competenza (eventualmente giurisdizionale) dell'autorità dello Stato d'origine in ordine alla «decisione di apertura» della procedura di liquidazione, occupandosi invece della revocatoria – senza neppure menzionarla testualmente – per quel che riguarda la disciplina ad essa applicabile. Pare conseguentemente necessario indagare se il ricercato criterio possa desumersi da altre fonti forgiate sempre nell'ambiente comunitario.

Il pensiero si rivolge naturale al Regolamento CE del 22 dicembre 2000, n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il quale, come risaputo, ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 nei rapporti tra tutti gli Stati membri

¹¹⁶ Cfr. anche: J.P. Deguée, *The Winding-up Directive finally establishes Uniform Private International Law for Banking Insolvency Proceedings*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 106, il quale conferma che «[t]he Directive limits itself to laying down a general rule of international jurisdiction».

¹¹⁷ Cass. civ., sez. un, 14 aprile 2008, n. 9745, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2008, p. 1094.

dell'Unione Europea (ora anche con la Danimarca¹¹⁸). Tuttavia, la delusione si rinnova, stante l'esclusione dall'ambito applicativo del predetto Regolamento (art. 1, comma 2, lett. b) - e prima ancora da quello della precedente Convenzione - dei fallimenti, dei concordati e delle procedure affini, tra cui può (anzi deve) annoverarsi anche la procedura di liquidazione qui in rilievo. Ora, è pur vero che la revocatoria fallimentare si pone meramente come azione ancillare alla procedura concorsuale esclusa dal campo di applicazione del Regolamento CE 44/2001. Cionondimeno, è altresì vero che, in ossequio all'interpretazione offerta in merito a tale esclusione, risultano altresì estromesse dalla portata normativa regolamentare tutte quelle controversie che *direttamente* derivino dal fallimento o dalla procedura affine, trovando in questi il *proprio fondamento* e, dunque, con i medesimi determinando una *stretta inerenza*¹¹⁹. In altre parole, non risultano comprese nella portata del predetto Regolamento tutte quelle azioni che non sarebbero state proponibili qualora la procedura di insolvenza non fosse stata aperta. Posto allora che sia fuor di dubbio che l'azione revocatoria *fallimentare* sorga

¹¹⁸ In seguito all'accordo parallelo tra Comunità Europea e Danimarca del 1° luglio 2007, il Regolamento CE 44/2001 si estende infatti anche a detto Stato.

¹¹⁹ A riguardo, seppur con specifico riferimento alla corrispondente previsione limitativa contenuta nella precedente Convenzione di Bruxelles, si vedano la Relazione illustrativa di P. Jenard e la pronuncia della Corte di Giustizia, 22 febbraio 1979, causa C-133/1978, *Gourdain c. Nadler*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1979, p. 572.

in via diretta per effetto della procedura concorsuale aperta (che sia fallimento o liquidazione coatta amministrativa) – da assumersi qui come assioma che non necessita di dimostrazione¹²⁰ –, è giocoforza affermabile la sua esclusione dal campo di operatività del Regolamento CE 44/2001. Nemmeno, quindi, sulla base delle previsioni di questo diviene possibile individuare con certezza la competenza giurisdizionale a conoscere della causa revocatoria impregnata di profili di transnazionalità. Ritengo, peraltro, che lo stesso sarebbe a dirsi (chiaramente prendendo ad esempio la normativa italiana) anche con riguardo alla revocatoria *ordinaria*, quando questa sia esercitata dall'organo legittimato della procedura, nell'alveo della procedura stessa e secondo la disciplina di questa all'uopo dettata¹²¹.

¹²⁰ Ciò penso infatti possa darsi, se non per scontato, quanto meno per pacifico, almeno con riguardo alle procedure summenzionate. La questione sarebbe semmai da rivalutare con riguardo alla disciplina italiana delle «grandissime» imprese in stato di insolvenza, la quale consente l'esercizio delle azioni revocatorie anche nel caso di un programma di ristrutturazione (art. 6, comma 1, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347). Il discorso, al fine di valutare la (non) applicabilità delle norme del Regolamento CE 44/2001, dovrebbe qui incentrarsi sull'*affinità* del predetto programma rispetto alle procedure concorsuali menzionate dallo stesso Regolamento. Il tema, seppur di scarso rilievo rispetto all'oggetto del presente paragrafo, potrebbe in realtà acquistare un'insospettata importanza nel momento in cui si consideri la concretizzazione di una revocatoria infragruppo bancario transfrontaliera.

¹²¹ In tal caso, infatti, non sarebbero i presupposti sostanziali a mutare, bensì quelli processuali, idonei dunque a costruire

Se nemmeno al Regolamento CE 44/2001 è possibile far riferimento, occorrerà allora guardare altrove e, specificatamente, alle norme domestiche dei singoli Stati membri, nell'acquisita consapevolezza che, nella materia qui in esame, sarà oltremodo improbabile imbattersi in un criterio attributivo di giurisdizione elaborato da fonti comunitarie, sull'evidenza della dimostrata (in più occasioni) resistenza da parte degli Stati membri a rinunciare, in tale contesto, a una porzione della propria sovranità. Del resto, così come è stata abbandonata ogni aspirazione ad introdurre una normativa sostanziale unitaria per regolare i vari aspetti del fallimento (nonché delle altre procedure concorsuali), parimenti si sono erosi i margini per la creazione di regole processuali uniformi¹²². E ancora

un'azione *processualmente diversa* da quella civilistica comune. Similmente: C. Consolo, *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 394. Giunge invece a conclusione opposta rispetto a quanto sostenuto nel testo: F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., pp. 19-20, nota 65, per il quale la giurisdizione per conoscere un'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore fallimentare debba essere radicata sulla base del Regolamento CE 44/2001, utilizzando in particolare il criterio del domicilio del convenuto ai sensi dell'art. 2. A riguardo, peraltro, si deve (e basti) notare che, in caso di revocatoria ordinaria esercitata dal curatore italiano nei confronti di un convenuto domiciliato fuori dall'Italia, in applicazione del suddetto criterio, verrebbe meno la *vis attractiva concursus*.

¹²² La riflessione è di: F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., pp. 22-24, il quale peraltro ricorda che nell'art. 17 del Progetto preliminare di Convenzione relativa al fallimento, ai concordati e ai procedimenti affini, adottato il 16 febbraio 1970 (in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1970, p. 693), era

non fa eccezione, con peculiare riguardo alla crisi bancaria transfrontaliera, la c.d. «tabella di marcia verso l'Unione bancaria» elaborata dalla Commissione europea e presentata al Parlamento Europeo e al Consiglio – direi in contemporanea al tempo in cui si scrive – il 12 settembre 2012, la quale, pur avendo il pregio di accelerare l'iter di approvazione in merito – tra le altre questioni – a un quadro normativo in materia di risanamento e risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento, è ancora lontano dal tracciare il cammino per la definizione di regole processuali uniformi.

5.2.2 *La ricerca di un criterio di giurisdizione comunitario*

Cionondimeno, l'obbligo richiamo ai criteri attributivi di giurisdizione, per decidere delle azioni derivanti dalla procedura concorsuale aperta, previsti dalla normativa nazionale di ciascuno Stato membro ancora non convince, o perlomeno si reputa non accettabile in una prospettiva *de iure condendo*, tanto che

contenuto un elenco analitico delle azioni derivanti dal fallimento che sarebbero dovute rientrare nella competenza «esclusiva» dei giudici dello Stato di apertura della procedura. E tra queste si annoveravano espressamente le «azioni revocatorie degli atti compiuti dal debitore a danno dei creditori, anche se previste da norme non contenute nella legge sul fallimento». Il Progetto, inoltre, si dimostrava sensibile ai problemi relativi all'azione revocatoria, dettando in particolare una disciplina uniforme in tema di periodo sospetto e prevedendo puntualmente gli atti revocabili. Ma tant'è, le relative previsioni sono state abbandonate strada facendo.

si è indotti, anche in vista dell'emananda disciplina comunitaria suaccennata, a ricercare spazi di manovra diversi. E tal fine soccorre, come è naturale che sia, la conclusione cui si è giunti con riguardo al Regolamento CE 1346/2000, il quale - si è visto - non si discosta *in parte qua* dalla normativa in esame. Invero, una differenza vi è e non è da sottovalutare. Infatti, l'art. 25, comma 1, di tale Regolamento estende le modalità di riconoscimento delle sentenze previste dal Regolamento CE 44/2001 (ossia l'automatismo della ricognizione senza alcuna formalità), non solo al provvedimento di apertura della procedura di insolvenza, ma altresì a tutte le «decisioni che derivano direttamente» da essa e le sono strettamente connesse (ancorché prese da altro giudice). L'art. 9 della Direttiva CE 24/2001, invece, limita tale riconoscimento automatico alla sola decisione di apertura della procedura di liquidazione, tacendo in ordine alla sorte delle statuizioni prese consequenzialmente. La differenza - si scriveva - non può passare in secondo piano, laddove si ponga a mente che proprio la circostanza per cui il Regolamento CE 1346/2000 contempra il riconoscimento automatico anche delle decisioni inerenti alla procedura (tra cui implicitamente quella sulla revocatoria fallimentare) è stata assunta a base giustificativa per il radicamento della giurisdizione in caso di processo di revoca¹²³. E ciò

¹²³ Nel senso che l'autorità dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura è giurisdizionalmente competente a pronunciarsi sulle azioni che da tale procedura derivino.

per il fatto che la disciplina della giurisdizione e quella del riconoscimento dovrebbero procedere parallelamente, per consentire alle procedure di insolvenza transfrontaliere di operare in modo effettivo ed efficiente¹²⁴. Nel contesto dell'insolvenza transfrontaliera *bancaria*, tuttavia, l'assunto sembrerebbe perdere di sostanza – almeno per il momento –, proprio in virtù dell'evidenziata omissione.

Ancora però non si vuole desistere dal rintracciare una qual possibilità di comunanza (purché fondata) tra le due normative comunitarie a confronto in punto di criterio attributivo di giurisdizione per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare. In aiuto sovviene la decisione assunta, neanche troppo tempo addietro, dalla Corte di Giustizia nel caso *Deko Marty*, con la quale si è stabilito che l'art. 3, comma 1, del Regolamento CE 1346/2000 deve essere interpretato nel senso che i giudici dello Stato membro, sul cui territorio la procedura di insolvenza è stata avviata, sono competenti a statuire su un'azione revocatoria fondata sull'insolvenza e diretta contro il convenuto avente la sua sede statutaria in un altro Stato membro¹²⁵. Così statuendo, la Corte di Giustizia ha in linea di massima accolto l'invito interpretativo formulato dall'Avvocato

¹²⁴ Così: M. Virgós Soriano, F. Garcimartín, F.J. Garcimartín Alférez, *The European Insolvency Regulation. Law and Practice*. The Hague, 2004, p. 63.

¹²⁵ Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, causa C-339/07, *Seagon (Frick Teppichboden Supermärkte GmbH) c. Deko Marty Belgium NV*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2009, p. 493.

generale, le cui conclusioni sono in particolare da ricordare nella parte ove qualificano la predetta competenza giurisdizionale come «relativamente esclusiva», da intendersi quale privilegio per il curatore che, garante della *par condicio creditorum*, e in conformità alle decisioni strategiche da assumere, potrà essere libero di scegliere tra fori diversi al fine dell'esercizio delle azioni giudiziarie a tutela della massa. E tra tali fori andrà, *comunque e sempre*, annoverato anche quello dello Stato membro nel quale è stata aperta la procedura di insolvenza. In specie, la Corte di Giustizia giunge alla conclusione suddetta – per la quale le azioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e vi ineriscono strettamente debbono (poter) essere conosciute (anche) dai giudici dello Stato membro nel cui territorio è avviata tale procedura –, tenendo precipuamente conto del canone interpretativo c.d. «dell'effetto utile», in base a cui le norme debbono essere interpretate in maniera funzionale al perseguimento degli obiettivi inerenti l'integrazione comunitaria¹²⁶. Ad ogni modo, come precisa la stessa Corte, la competenza giurisdizionale ravvisata fonderebbe una *vis attractiva* solo parziale, posto che è

¹²⁶ Viene in tal modo superata la valutazione fornita nel *Virgós-Schimt Report* del 3 maggio 1996 – elaborato invero per illustrare il contenuto della Convenzione del 1995 sulle procedure di insolvenza (progenitrice del Regolamento CE 1346/2000 e *in toto* già rispecchiantene il testo) –, in cui espressamente veniva affermata l'assenza di alcuna previsione risolutoria del problema dell'attribuzione della giurisdizione per la decisione delle cause derivanti dalla procedura di insolvenza.

rivolta sì a favore dei giudici dello Stato membro ove è aperta la procedura d'insolvenza, ma saranno poi le norme interne di detto Stato a determinare quale, in concreto, sia l'organo competente per materia e territorio. Di principio, dunque, potrebbe anche non esservi coincidenza tra il giudice presso cui pende la procedura e quello competente a conoscere le azioni da questa derivanti (come la revocatoria). Tale sovrapposizione potrà ad esempio verificarsi nel caso di procedura d'insolvenza aperta in Italia, per il principio di cui all'art. 24 l.f. Non altrettanto, invece, sarà a dirsi con riguardo alla normativa tedesca o inglese, mancando in entrambe il principio della *vis attractiva*. Ciò che comunque importa è che entrambi gli uffici giudiziari competenti (per l'apertura della procedura e per la decisione delle cause strettamente connesse) appartengano al medesimo Stato membro.

Orbene, se questi sono i presupposti e i risultati a cui è giunta la Corte di Giustizia, non si trovano ragioni perché i medesimi non possano avere spazio anche nel contesto che qui occupa, non essendo infatti sotteso (alla summenzionata decisione) alcun profilo scriminante il Regolamento CE 1346/2000 rispetto alla Direttiva CE 24/2001. Le innegabili differenze tra le due discipline, infatti, non assumono *in parte qua* alcun rilievo, assurgendo invece preminenza proprio gli aspetti

comuni¹²⁷: l'*home country* è considerato in ambedue le normative quale criterio determinativo della competenza (giurisdizionale) per l'apertura della procedura e, pertanto, la conseguente individuazione della competenza (giurisdizionale) per la decisione delle cause da essa derivanti si baserebbe sul medesimo sostrato. A ciò si aggiunga che, in motivazione, la Corte di Giustizia, nel caso anzidetto, non ha mancato di sottolineare la necessità di evitare fenomeni di *forum shopping* in grado di dissuadere le parti dal trasferire beni o procedimenti giudiziari da uno Stato membro all'altro, al fine di ottenere una migliore situazione giuridica. Di più: il chiaro e univoco riferimento alla *lex concursus* consente di elidere ogni incertezza per il potenziale convenuto, il quale, pur in presenza di una fattispecie collegata con una pluralità di giurisdizioni, è già posto nella condizione di sapere quale sia lo Stato membro presso i cui tribunali può essere chiamato a presentarsi. È evidente che entrambe le esternalità positive prodotte da una (interpretativamente) costruita norma sulla giurisdizione non possono essere estranee neppure al caso di esercizio di azione revocatoria fallimentare derivante da un'insolvenza transfrontaliera bancaria. Inoltre, non può tacersi la particolare forza

¹²⁷ Da chiarirsi, peraltro, che, nella specie, la Corte di Giustizia si è riferita alla procedura d'insolvenza c.d. principale (non considerando invece le - ipotetiche - procedure locali), la quale perfettamente può combaciare con la procedura di liquidazione (non ponendosi infatti qui alcun *distinguo* tra procedura principale e procedure locali, per il principio di universalità piena).

giuridica di cui i principi elaborati dalla Corte di Giustizia CE sono dotati, avendo le sentenze, in cui detti principi sono consacrati, effetti *erga omnes*, ossia capaci di vincolare formalmente tutti i giudici nazionali.

Alla stesse conclusioni si sarebbe potuti giungere, comunque, anche per altra via. Come è stato infatti suggerito¹²⁸, sempre in merito al Regolamento CE 1346/2000, il suddetto «effetto utile» avrebbe potuto essere ricavato, non già dall'art. 3 – come invece fatto dalla Corte –, bensì dall'art. 4, lett. m), indicante, quale legge applicabile alle azioni relative alla nullità, all'annullamento e all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli ai creditori, quella dello Stato membro in cui è aperta la procedura d'insolvenza. Proprio da tale regola, dunque, si sarebbe potuto interpretativamente chiarire che è sempre la *lex concursus* a disciplinare i criteri per individuare il giudice dotato di competenza giurisdizionale per decidere su tali azioni. Ricostruzione, questa, che, se traslata sull'impianto normativo della Direttiva CE 24/2001, sembra peraltro maggiormente avvicinarsi a quella già sfruttata nella presente trattazione (ancorché, forse, con maggiore forzatura), con riguardo al radicamento della competenza giurisdizionale dell'organo chiamato a pronunciare la declaratoria di insolvenza bancaria¹²⁹. Si era infatti scritto che, poiché la

¹²⁸ F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., p. 44.

¹²⁹ Si richiama ancora, al capitolo precedente, il § 3.1.1.

legge applicabile alla procedura di liquidazione è, salvo espresse eccezioni, la medesima individuata per determinare le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento e all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli alla massa dei creditori, ai sensi dell'art. 10, comma 2, lett. 1), della suddetta Direttiva, «per induzione», allora, anche il momento giudiziale produttivo di tali effetti (in sostanza ricollegabili alla revocabilità degli atti pregiudizievoli) dovrà essere regolato in base alla legge qualificata dal testo comunitario come applicabile. Ciò non significa confondere legge sostanziale e legge processuale che, come nell'*incipit* avvertito, sono da tener ben distinte, bensì piega la normativa esistente proprio all'invocato «effetto utile», laddove questo possa realizzarsi senza alterare né il dato letterale, né il principio ispiratore sotteso.

Sposando quindi - secondo l'interpretazione che si preferisce - la tesi che dà rilievo alla *lex concursus* per la determinazione della competenza giurisdizionale dell'organo cui rivolgersi al fine di esperire un'azione revocatoria fallimentare, si risolve il radicamento della causa relativa, tutte le volte in cui l'ente creditizio e le sue succursali siano stabiliti in uno o più Stati membri dell'Unione ovvero siano presenti in almeno due Stati comunitari le succursali di un ente creditizio con sede legale al di fuori della Comunità, e il convenuto in revocatoria abbia (sempre) sede o domicilio in un diverso Stato membro. La prima condizione, infatti,

soddisfa la necessità che il criterio determinativo della giurisdizione, individuato per via interpretativa, trovi applicazione unicamente per le fattispecie rientranti nel campo di applicazione della Direttiva CE 24/2001, in ossequio a quanto disposto dall'art. 1. La seconda condizione, invece, qui si introduce per ragioni di coerenza sistematica. A dispetto di quanto afferribile con riguardo al Regolamento CE 1346/2000, infatti, nel contesto in esame manca una riscrittura della normativa rilevante ad opera della Corte di Giustizia, cosicché – ancora – non è possibile trovare un appiglio (diverso dalla mera ipotesi interpretativa) per fondare, *con valenza giuridica*, l'incardinamento dell'azione revocatoria nel territorio dello Stato membro ove è iniziata la procedura di liquidazione. In altri termini, *in parte qua* tutt'ora manca un criterio di giurisdizione esclusivo a livello europeo. Cosicché appare troppo sostenere la permanenza del suddetto criterio attributivo anche per i convenuti aventi sede o domiciliati al di fuori dello spazio giudiziario europeo, anche perché l'acclamato canone esegetico dell'«effetto utile», impiegato per l'individuazione del criterio attributivo di giurisdizione, si dimostra funzionale – come detto – al solo fine dell'integrazione comunitaria. Fine che, a ben vedere senza molti sforzi, viene meno nel caso in cui la dialettica processuale coinvolga Stati terzi. In tal caso, dunque, come del resto quello in cui non si volesse aderire alla soluzione qui propugnata per il contesto comunitario, si dovrà ricorrere alle norme

domestiche dei singoli Stati membri, le quali – senza stupire – potrebbero anche individuare (quale organo giurisdizionalmente competente a decidere sull'azione revocatoria) un giudice diverso da quello appartenente allo Stato membro nel quale è stata aperta la procedura di liquidazione.

5.2.3 *Lo spazio residuale dei criteri domestici: la disciplina italiana*

In particolare, guardando alla normativa italiana, per tutti i casi in cui non si possa o non si voglia sfruttare il criterio di giurisdizione desunto (ancorché forse non propriamente desumibile) dalla Direttiva CE 24/2001, è possibile affermare la competenza giurisdizionale del giudice nazionale a decidere dell'azione revocatoria (invero non solo in ambito extracomunitario) sulla base della legge 31 maggio 1995, n. 218, di «riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato», la quale, pur non dedicando – a dispetto di altre legislazioni nazionali di Paesi comunitari – alcuna disposizione specifica al fallimento, si ritiene abbia una portata omnicomprensiva e risulti pertanto applicabile anche alla materia fallimentare¹³⁰. È pertanto ai criteri generali da quest'ultima fissati che occorre rivolgere lo sguardo. Il primo di questi (scisso in

¹³⁰ In tal senso, tra gli altri, si ricordano i pensieri di: F. Salerno, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1998, p. 3; V. Proto, *La riforma del sistema del diritto internazionale privato e le procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1997, p. 17.

tre sottocriteri alternativi) è rappresentato, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della predetta legge, dal domicilio (alla stregua della nozione di cui all'art. 43 c.c., quale luogo della sede principale dei propri affari e interessi), dalla residenza in Italia del convenuto o ancora dalla presenza nel territorio dello Stato di un suo rappresentante autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 c.p.c. Il comma 2, ultima parte, del medesimo articolo stabilisce inoltre, quale criterio aggiuntivo – concorrente e alternativo al primo (inteso nelle sue tre declinazioni) –, che, nelle fattispecie escluse dalla portata della Convenzione di Bruxelles del 1968 (ora – come visto – Regolamento CE 44/2001), la giurisdizione italiana «sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio». E pare pacifico che richiamabili, in virtù di detta disposizione, siano (oltre alle disposizioni contenute nel codice di rito) anche le norme di leggi speciali contenenti regole di competenza per territorio. A voler adottare dunque quest'ultimo criterio – che nel caso di specie sembra più consono –, ne consegue pertanto che, stante il principio della *vis attractiva* sancito dal comma terzo dell'art. 83 del T.U., il quale prevede la competenza esclusiva del «tribunale del luogo dove la banca ha la sede legale» con riguardo alle «azioni civili di qualsiasi natura derivanti dalla liquidazione» dell'ente creditizio (tra le quali è ben compresa quella revocatoria), sarà presso tale foro che l'azione revocatoria (fallimentare od ordinaria che sia)

dovrà - potendolo - esercitarsi¹³¹. Ovviamente, il richiamo all'art. 83, comma 3, del T.U. è da ritenersi possibile, ai sensi del predetto art. 3, comma 2, ultima parte, della legge 218/1995, nella misura in cui si qualifichi la disposizione richiamata come norma di competenza *territoriale*. Ma del resto - e nella sostanza - così è, sotto il velo dell'etichetta di regola di competenza *funzionale*, altro non essendo quest'ultima che sinonimo

¹³¹ Da ricordarsi peraltro, che la *vis attractiva concursus* è un principio applicabile alla sola liquidazione coatta bancaria, non ravvisandosi infatti traccia di esso nella disciplina generale sulla liquidazione coatta amministrativa di cui agli artt. 194 e ss. l.f. Lo conferma anche, tra le altre: Cass. civ., sez. I, 11 maggio 2001, n. 6544, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2517. Ne consegue pertanto che la competenza per territorio relativamente all'esercizio di un'azione revocatoria fallimentare, esperita nell'ambito di una procedura di liquidazione coatta amministrativa soggetta alla disciplina generale, potrà individuarsi tramite l'applicazione del criterio del luogo ove deve essere adempiuta l'obbligazione restitutoria: così, Trib. Milano, 22 luglio 1996, in *Fall.*, 1997, p. 317, statuente espressamente che in materia di azione revocatoria fallimentare fatta valere nei confronti dello straniero, anche se promossa in via riconvenzionale, sussiste la giurisdizione del giudice italiano del luogo dove deve essere eseguita l'obbligazione restitutoria. Anche se, forse, la conclusione potrebbe essere eccessivamente semplicistica ove non tenga in debita considerazione l'esatta natura dell'azione, posto che il soccombente in revocatoria ha soltanto l'obbligo di porre a disposizione il bene ai fini esecutivi, ma non di restituirlo - essendo bandita anche solo l'idea di un ritorno di proprietà del bene in capo al debitore -, cosicché al terzo potrà essergli consentito di liberarsi pure con la corresponsione in denaro del bene stabilito giudizialmente: G. Ragusa Maggiore, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da G. Ragusa Maggiore, C. Costa. Torino, I, 1997, pp. 211-212. Tuttavia, trattandosi di questione che esula dal tema della presente trattazione, si preferisce non approfondire.

di *competenza territoriale inderogabile*¹³². Resta in ogni caso ferma, da un lato, la possibilità che la giurisdizione c.d. internazionale del giudice italiano – quand’anche non sussistente in base all’art. 3 della legge 218/1995 (eventualmente in combinato disposto con l’art. 83, comma 3, del T.U.) – possa affermarsi pure in caso di accettazione espressa delle parti, che hanno in tal senso convenuto per iscritto, ovvero di accettazione implicita da parte del convenuto che compare in giudizio senza eccipire il difetto di giurisdizione del giudice italiano nel primo atto difensivo. E, dall’altro, rimane impregiudicata la possibilità di ricorrere a una giurisdizione diversa da quella italiana, qualora, in relazione a questa, la fattispecie controversa presenti un collegamento (più) stretto. In particolare, i dubbi, a quest’ultimo riguardo, potrebbero sorgere nel caso si intendano revocare atti dispositivi di immobili situati all’estero, posto che l’art. 5 della legge 218/1995 nega la sussistenza della giurisdizione italiana rispetto «ad azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all’estero». Ora, proprio facendo perno su tale norma, non è mancato chi ha declinato la giurisdizione italiana,

¹³² In questo senso, già: S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*. Milano, I, 1959, p. 133. Si coglie peraltro l’occasione per ricordare che l’elaborazione del criterio attributivo di competenza funzionale trova le proprie origini nella dottrina del Chiovenda, per il quale tale competenza poteva reputarsi integrata (anche, ma non solo) quando «una causa è affidata a un giudice di un determinato territorio pel fatto che la sua funzione sarà ivi più facile o più efficace»: G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*. Napoli, 1923, p. 525.

a favore di quella straniera, per il caso di revocatoria di beni immobili situati nel territorio estero¹³³. Invero, contro una tale interpretazione militano almeno due argomenti. Il primo, più forte, è che l'azione revocatoria non può qualificarsi come azione reale, posto che essa non è affatto recuperatoria con riguardo al bene oggetto dell'atto dispositivo colpito da inefficacia¹³⁴, cosicché per la medesima non può trovare applicazione il disposto di cui all'art. 5 citato. Il secondo, rafforzativo del primo, è che, quand'anche si concepisse (erroneamente) l'azione revocatoria come reale (anziché personale), il comma terzo dell'art. 83 del T.U. fonda la *vis attractiva concursus* per tutte le azioni di qualsiasi natura, risolvendo, astrattamente, a monte il problema¹³⁵.

Si deve pertanto concludere che in tutti i casi in cui non si adotti (per impossibilità dettata dall'oltrepasso dei limiti del relativo campo applicativo oppure per semplice volontà di non aderire all'impostazione qui fornita) il criterio attributivo di giurisdizione costruito in via interpretativa – sulla base dell'art. 9, comma 1, della Direttiva CE 24/2001, riletto alla luce del caso *Deko*

¹³³ C. Carrara, *Giurisdizione italiana in materia fallimentare ed effetti del fallimento dichiarato all'estero*, in *Dir. fall.*, 2002, III, pp. 518-519; M. Pernazza, *Revocatoria fallimentare nei confronti dello straniero*, in *Fall.*, 1997, p. 321.

¹³⁴ Non si ripetono le considerazioni espresse *supra* in nota 131, a cui pertanto si rinvia.

¹³⁵ Ma lo stesso vale anche nel fallimento, ove l'art. 24 l.f. più non contempla le azioni reali immobiliari come eccezione all'operatività della *vis attractiva*.

Marty innovante normativamente (sul medesimo punto) il Regolamento CE 1346/2000, ovvero dell'art. 10, comma 2, lett. l) della stessa Direttiva, nella sua ampia portata -, in applicazione dei criteri domestici di giurisdizione, il commissario liquidatore che intenda promuovere un'azione revocatoria, direttamente scaturente da una liquidazione coatta amministrativa bancaria italiana, presentante - sotto un *qualunque* profilo - un carattere di internazionalità, *potrà* sempre rivolgersi al tribunale del luogo in cui l'ente creditizio (banca italiana o succursale italiana di banca extracomunitaria) ha la propria sede legale, in ossequio al combinato disposto di cui agli articoli 3, comma 2, ultima parte, della legge 218/1995 e dell'art. 83, comma 3, del T.U.

Qualora invece sia l'organo competente di una procedura straniera che intenda instaurare un'azione revocatoria in Italia, non potrà certo applicarsi la regola della *vis attractiva concursus*, posto che in Italia non è stata aperta alcuna procedura concorsuale. Pertanto, il radicamento della giurisdizione italiana, in tal caso, sarà possibile solo se ricorre almeno uno degli altri criteri generali individuati dalla legge 218/1995, sopra indicati come concorrenti. Esplicitando, dunque, la giurisdizione italiana per conoscere un'azione revocatoria esercitata dall'organo competente della procedura concorsuale bancaria straniera potrà sussistere quando il convenuto sia domiciliato o residente in Italia oppure qui vi abbia un rappresentante autorizzato a stare in giudizio, o

ancora, - qualora sia mancata l'accettazione espressa delle parti - il convenuto medesimo sia comparso senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo.

La conclusione cui si è giunti necessita tuttavia di un riscontro. In tal caso, infatti, non pare proprio possibile scindere la questione della sussistenza della giurisdizione italiana da quella del riconoscimento della procedura aperta all'estero. In altri termini, potrà parlarsi di criterio attributivo della giurisdizione italiana nel caso *de quo*, solo se, a monte, sia possibile ammettersi il riconoscimento degli effetti attribuiti dalla *lex concursus* straniera al provvedimento estero di liquidazione. Due, peraltro, sono i possibili fraintendimenti da scongiurare. Da un lato, si tratta di non conferire alla decisione straniera gli effetti che la legge italiana riconnette all'apertura della liquidazione coatta amministrativa bancaria (con insolvenza). Dall'altro - e proprio per questo - oggetto precipuo di riconoscimento in Italia, ai fini dell'esercizio di un'azione revocatoria davanti a un tribunale italiano, non è (solo) il provvedimento straniero di apertura della procedura concorsuale posta a carico della banca, bensì sono, come scritto, gli *effetti* che la legge che governa la procedura riconnette al sorgere di essa, tra i quali si pensa di ricomprendere quelli relativi agli atti pregiudizievoli ai creditori. Ora, è a dirsi che, in virtù del secondo comma dell'art. 9 della Direttiva CE 24/2001, recepito nel Testo Unico dall'art. 95-bis (in

particolare - con riguardo al caso proposto - il riferimento è al comma 2), la decisione relativa all'apertura della procedura di liquidazione presa dalle autorità competenti dello Stato membro d'origine è riconosciuta, senza ulteriori formalità, nel territorio di tutti gli altri Stati membri e vi produce effetti non appena questi si realizzano nello Stato membro d'origine. Da ciò, quindi, consegue che il titolare di una procedura di liquidazione aperta in uno Stato comunitario, nel caso in cui la *lex concursus* (in applicazione del criterio di giurisdizione europeo - sopra elaborato nel contesto che qui occupa -) o le regole di giurisdizione domestiche rinviassero al territorio italiano per l'instaurazione di un'azione revocatoria nascente dalla procedura aperta, non si porrebbe alcun problema circa l'anzidetto (preventivo) riconoscimento, posto che gli effetti della procedura - dando per pacifico che tra essi rientri anche la revocabilità degli atti pregiudizievoli ai creditori - si producono *automaticamente* pure in Italia, in quanto Stato membro dell'Unione, in ossequio alla normativa di origine comunitaria summenzionata¹³⁶.

La prospettiva, pertanto, deve essere analizzata solo con riguardo al caso in cui la procedura straniera abbia luogo in territorio extracomunitario. Posto allora - come sopra già rilevato, ma del resto appare anche di

¹³⁶ Il che è diverso dall'affermare il riconoscimento automatico della *decisione* di revoca eventualmente adottata nello Stato membro d'origine.

immediata intuizione – che il soggetto straniero potrà esercitare un’azione revocatoria in Italia solo se ivi può essere riconosciuto il provvedimento su cui l’azione medesima si fonda, sarà al titolo IV della legge 218/1995 (dedicato all’«efficacia di sentenze ed atti stranieri») che dovrà farsi riferimento, con l’avvertenza – si ripete – che gli effetti conseguenti al riconoscimento del provvedimento adottato all’estero saranno quelli ad esso attribuiti nello Stato in cui è stato pronunciato¹³⁷. Perciò, la revocatoria (quale effetto del riconoscimento) sarà esperita non già ai sensi della normativa (sostanziale) italiana di cui agli articoli 64 e seguenti l.f., bensì in ossequio alle disposizioni straniere applicabili alla fattispecie, fermo restando che la *lex processus* sarà imprescindibilmente quella del foro presso cui l’azione viene promossa e, quindi, non potrà che seguire le norme processuali italiane¹³⁸. Fermo quanto ulteriormente si dirà nel paragrafo successivo con riguardo alla legge applicabile al merito della

¹³⁷ In tal senso: F. Corsini, *Profili transnazionali dell’azione revocatoria fallimentare*, cit., pp. 148-149, il quale esplicita che, «una volta che si permetta alle sentenze straniere di produrre effetti in Italia senza controlli preventivi circa la loro concreta idoneità allo scopo, è coerente ritenere che esse spieghino i medesimi effetti previsti dalle norme del luogo in cui sono state emanate, a prescindere dal fatto che la portata di tali effetti corrisponda a quella prevista dal diritto italiano». Sul tema anche: D. Volpino, *Aspetti di complessità oggettiva nel riconoscimento del giudicato straniero*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 417.

¹³⁸ *Contra*: S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., IV, p. 125, secondo cui il curatore straniero che voglia recuperare un bene del fallito in Italia non può che farlo secondo la legge sostanziale e processuale italiana.

controversia (sia che questo derivi da una procedura comunitaria, sia che scaturisca da una procedura aperta al di fuori dello spazio giuridico europeo), ciò che in tale contesto rileva è l'individuazione del mezzo normativo che consenta all'organo straniero di esercitare l'azione revocatoria in Italia. In particolare, con riguardo al gruppo di disposizioni sopra circoscritto, pare fondato invocare, qualora ne ricorrano i presupposti, l'art. 64 della legge 218/1995, disciplinante il riconoscimento (automatico) delle sentenze straniere, senza che si renda necessario instaurare un giudizio ai sensi dell'art. 67 della stessa legge, invece prodromico all'attuazione (esecutiva) di sentenze e provvedimenti di provenienza estera, nonché attivabile nell'ipotesi di contestazione del predetto riconoscimento. L'accertamento dei requisiti di quest'ultimo, dunque, giusta la previsione di cui all'art. 67 della legge 218/1995, potrà essere richiesto alla corte d'appello (del luogo di attuazione del provvedimento straniero) unicamente qualora si debba procedere ad esecuzione forzata per recuperare i beni situati in Italia, ma rientranti nell'alveo della procedura aperta all'estero, oppure nel caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della decisione straniera con la quale è stata avviata la procedura concorsuale sui cui la revocatoria è fondata¹³⁹.

¹³⁹ Il principio per il quale, in mancanza di contestazioni, vige, ai sensi della l. 218/1995, il criterio dell'efficacia automatica della sentenza straniera in Italia è stato affermato anche da: Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2001, n. 283, in *Foro it. Rep.*, 2001, voce *Delibazione*, n. 17, con riferimento ad una sentenza della Suprema Corte di

Diversamente, se il provvedimento di cui si tratta rispecchia le soglie minime di garanzie imposte dall'art. 64 della legge 218/1995, lo stesso sarà riconosciuto in Italia senza necessità di ricorrere *ad alcun* procedimento e la revocatoria potrà essere *de plano* instaurata. In quanto scritto, vi è comunque un'imprecisione latente che si è finora trascinata, ma che adesso urge chiarire. Si è infatti sempre fatto riferimento al riconoscimento del provvedimento di apertura della procedura straniera, quale presupposto logico-giuridico ineludibile al fine dell'esercizio dell'azione revocatoria in Italia. E, in particolare, si è inteso radicare tale riconoscimento sulla base dell'art. 64 della legge 218/1995, il quale, però, ha (o sembra avere) propriamente riguardo alle «sentenze straniere». Ora, la procedura, il cui provvedimento di apertura si intende riconoscere, è quella (o meglio, una) concorsuale di liquidazione, alla quale è sottoposto l'ente creditizio in crisi, e che può essere stata avviata, a seconda di quanto prevede la *lex concursus*, da autorità giudiziarie o amministrative, al fine della realizzazione dell'attivo sotto la vigilanza di dette autorità¹⁴⁰. Indi per cui il provvedimento di cui si parla potrebbe anche non essere giudiziale e, cionondimeno, produrre effetti pari alla revocabilità degli atti pregiudizievoli ai creditori,

Hong Kong con la quale la società resistente risultava in stato di *winding up by order of the court*, ovvero sia – il caso ha voluto che si fosse trattato proprio di – liquidazione coatta conseguente ad una situazione di insolvenza.

¹⁴⁰ I margini dell'ipotizzata definizione sono mutuati dal significato attribuito all'espressione «procedure di liquidazione» dalla Direttiva CE 24/2001 (cfr. art. 2).

come del resto avviene ai sensi della disciplina italiana, a norma della quale, anche il solo provvedimento di liquidazione coatta bancaria è in grado di consentire al commissario liquidatore, secondo la previsione di cui all'art. 83, comma 2, del T.U., l'esperibilità dell'azione revocatoria *ex art. 66 l.f.* Dunque, la revocatoria diviene esercitabile non solo in ossequio a una sentenza giudiziale di insolvenza. Di talché, se ciò si verificasse anche in altri ordinamenti (e l'ipotesi deve essere presa in considerazione, non potendosi escludere *a priori*), potrebbe alimentarsi fondatamente il dubbio sulla modalità - e a monte - sulla stessa possibilità di riconoscimento del provvedimento *amministrativo* straniero, capace di innescare una qual forma di revocabilità degli atti pregiudizievoli. Fermo restando che l'istituto corrispondente alla nostra revocatoria *fallimentare* non può che discendere da una pronuncia *giudiziale* di insolvenza e, allora, in detto caso, varrà in pieno il riconoscimento automatico - sempreché ne sussistano i requisiti - previsto dall'art. 64 della legge 218/1995. È dunque evidente che se si vuole applicare detta norma anche al provvedimento straniero di origine non giudiziale¹⁴¹, occorre un'interpretazione

¹⁴¹ Tale applicazione sembra peraltro la sola auspicabile qualora si voglia dare ingresso al provvedimento straniero emanato da un organo non giudiziale, posto che la l. 218/1995 non contempla altre forme di riconoscimento di provvedimenti stranieri, diversi dalla sentenze, che non siano relativi alla capacità delle persone, all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità. In tali casi sarà l'art. 65 a essere invocato, mentre nulla si ritrova nell'ipotesi in cui si intendesse procedere al riconoscimento dei

evolutiva della stessa, già comunque da concepirsi capace di indirizzarsi non solo alle «sentenze», ma a qualunque provvedimento definitivo pronunciato da un organo giudiziario al termine di un procedimento svoltosi con le garanzie espressamente previste¹⁴². In particolare, ai fini qui proposti, è interessante rileggere la Relazione al disegno di legge n. 1192 di «riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato»¹⁴³, ove si chiarisce, con grande sollievo per la risoluzione del caso *de quo*, che tra le sentenze considerate dall'art. 64 in esame rientrerebbe anche la decisione amministrativa o di pubblica autorità, non identificabile con quella giudiziaria, anche se – precisa la Relazione – ciò varrebbe nelle materie che in Italia sono trattate e decise con sentenza. L'aggiunta, comunque, appare di poco momento, nonostante sembri imporsi per dare un certo senso ai requisiti normativamente previsti, nella misura in cui questi determinino un confronto con una pronuncia giudiziale o – quantomeno – un processo italiani. In realtà, a me pare che le garanzie sottese all'automaticità del riconoscimento, con indispensabili e sofisticati adattamenti, possano in un certo modo mutarsi anche in ambienti diversi da quelli processual-civilistici e, nella specie, valere anche con riguardo a un

provvedimenti non giudiziali adottati nelle materie appartenenti all'insieme complementare dei casi non previsti.

¹⁴² F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., p. 96.

¹⁴³ Riportata in F. Pocar, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*. Milano, 2003, pp. 153 e ss.

procedimento di stampo squisitamente amministrativo¹⁴⁴, come nella specie, culminante in un provvedimento di liquidazione coatta bancaria. E ciò è tanto possibile da accettare quanto si riesca a cogliere che ciò che si vuole riconoscere non è l'atto amministrativo in sé considerato, ma piuttosto i suoi effetti. Quel che dunque transita entro i confini nazionali non è il provvedimento straniero, quale manifestazione autoritativa inattaccabile degli organi di altro Stato, bensì la posizione soggettiva (qui di vantaggio) che esso accorda (nel caso) al soggetto straniero competente di iniziare un'azione (revocatoria) dinnanzi ai giudici di uno Stato diverso da quello in cui il provvedimento amministrativo è stato preso¹⁴⁵. L'unica certezza è che il solo requisito a rimanere invariato sarà la non contrarietà all'ordine pubblico italiano degli effetti prodotti (che si vogliono riconoscere). E, come regola nota, la valutazione di un eventuale contrasto con i principi fondamentali e

¹⁴⁴ Del resto, una sorta di deformalizzazione dei requisiti a favore di una maggiore elasticità di intendimento di essi la si ritrova anche in campo fallimentare. Si veda a riguardo: L. Baccaglioni, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*. Trento, 2008, p. 45, secondo la quale, ai fini della circolazione in Italia di una pronuncia straniera (di fallimento), sarebbe sufficiente che essa contenga l'accertamento con forza di giudicato dei requisiti richiesti dallo Stato *a quo* per l'apertura di un procedimento di insolvenza.

¹⁴⁵ Lo spunto per tali considerazioni è offerto dalla lettura di: N. Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*. Milano, 2008, p. 82.

indefettibili del nostro sistema giuridico avrà ad oggetto non le norme applicabili dal giudice straniero, bensì il (solo) regolamento intersoggettivo concreto che esse hanno determinato.

Ottenuto quindi quel riscontro di cui a inizio tema si necessitava, circa la mancanza - o quantomeno la superabilità - di ostacoli a che sia proposta in Italia un'azione revocatoria nascente da una procedura di liquidazione bancaria extra-comunitaria (anche non sorretta da una dichiarazione giudiziale di insolvenza) per effetto del riconoscimento di questa, non si può a tal punto che ribadire la medesima conclusione sul radicamento della giurisdizione italiana in ossequio a uno dei criteri generali dettati dalla legge 218/1995, eccezion fatta per quello contenuto nell'ultima parte dell'art. 3, comma 2, stante l'impossibilità di configurare una competenza territoriale (derivante dalla *vis attractiva concursus*) del giudice italiano per la causa *de qua*, posto che in Italia non verrà aperta alcuna procedura, bastando il riconoscimento di quella straniera.

5.3 La legge applicabile

Chiarito, seppur nel breve spazio acconsentito in codesta sede, il criterio di giurisdizione invocabile a seconda dei casi, si pone ora la risoluzione della questione di quale sia in concreto la legge applicabile alla revocabilità degli atti pregiudizievoli ai creditori connotati da elementi di internazionalità, ponendosi

all'uopo due alternative di fondo: da un lato, la *lex concursus*, ovvero la legge disciplinante la procedura concorsuale nel cui ambito la revocatoria si vuole far valere, e, dall'altro, la *lex causae* (o *lex contractus*), regolatrice dell'atto che si intende impugnare. Se l'operatività della prima sembra garantire certezza e uniformità a beneficio tanto della procedura quanto dei creditori (i quali risulterebbero infatti sottoposti a un trattamento uguale), l'applicazione della seconda appare maggiormente idonea a tutelare l'affidamento riposto nella conclusione dell'atto da parte dei potenziali convenuti.

Riconoscendo che il problema della legge applicabile all'istituto della revocatoria rappresenta uno dei più importanti della disciplina internazionale del fallimento (e in generale di tutte le procedure concorsuali che ne prevedono l'azionabilità)¹⁴⁶, il legislatore comunitario, questa volta - come già visto -, non si è sottratto nel prendere posizione, adottando, nella Direttiva CE 24/2001, la medesima soluzione fatta propria dal Regolamento CE 1346/2000, la quale, nel tentativo di offrire un equo contemperamento dei diversi interessi coinvolti, si risolve in una combinazione dei predetti criteri.

¹⁴⁶ G.A. Micheli, *I problemi internazionali del fallimento nel mercato comune*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1963, p. 561.

5.3.1 *La regola e l'eccezione secondo la disciplina comunitaria*

L'art. 10, comma 2, lett. l), della Direttiva in esame stabilisce, in modo inequivocabile, la generale applicabilità dello Stato membro d'origine - quale soluzione di *second best* rispetto all'alternativa rappresentata dall'adozione di un diritto uniforme a livello europeo¹⁴⁷ - (anche) in merito alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori, ovverosia in merito ai presupposti ai quali è subordinata la revoca di un atto¹⁴⁸. Principio che trova però eccezione in quanto disposto dal successivo art. 30 (trovante piena corrispondenza nel comma 4 dell'art. 95-*bis* del T.U.), il quale espressamente ammette una deroga alla precedente previsione *se e solo se* il beneficiario dell'atto asseritamente pregiudizievole *prova* che: 1) l'atto stesso è soggetto alla legge di uno Stato membro diverso da quello di origine; 2) e tale legge non consente, nel caso concreto, di impugnare l'atto con alcun mezzo. Dunque, come regola, varrà la *lex concursus*, nei cui confronti l'istituto della revocatoria presenta la connessione più

¹⁴⁷ A. Benocci, *Commento agli artt. 95-bis-95-septies*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio et al. Milano, 2010, p. 751.

¹⁴⁸ Le categorie di azioni contemplate deve infatti essere concepita come un *unicum*, finalizzato a ricomprendere tutte le iniziative giudiziali, comunque denominate nelle diverse legislazioni degli Stati membri, volte alla caducazione dell'atto pregiudizievole: R. Cercone, *European Community Directive on Reorganization and Winding-up of Credit Institutions*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 696.

stretta, essendo la legge dello Stato membro d'origine (anche) la sola applicabile alla liquidazione dell'ente creditizio¹⁴⁹. Cionondimeno, lungi dalla previsione di una sua operatività assoluta, sarà ben possibile invocare l'applicazione della *lex causae*, con il chiaro e unico scopo di inibire *totalmente* quella della *lex concursus*, al ricorrere della duplice condizione normativamente imposta. Pertanto non vi può essere un impiego concorrente delle due discipline, nel senso che, delle due, l'una. In particolare, spetterà al convenuto in revocatoria sfruttare strategicamente lo strumento di difesa accordatogli, compiendo la scelta se accettare *de plano* l'applicazione della legge del concorso oppure, qualora ciò si dimostri più vantaggioso, domandare l'applicazione della legge regolatrice del contratto, dimostrando la circostanza *impeditiva* al conseguimento del risultato che il commissario agente in revocatoria mira ad ottenere. È evidente, dunque, come, in tal caso, il beneficiario dell'atto convenuto sia gravato di un

¹⁴⁹ Peraltro, se fosse certa la competenza giurisdizionale (a decidere della revocatoria) del giudice dello Stato membro d'origine, potrebbe parlarsi, in relazione all'individuazione del diritto materiale *interno* applicabile, di una chiara applicazione del c.d. *jurisdictional approach*, in virtù del quale, proprio sulla base del radicamento della competenza dei tribunali del foro, l'applicazione della *lex fori* (qui coincidente come regola con la *lex concursus*), in via tendenzialmente esclusiva, discenderebbe come necessitata conseguenza, indipendentemente dalla circostanza che la fattispecie da regolare presenti o meno elementi di estraneità: P. Picone, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in AA.VV., *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*. Padova, 2004, p. 505.

onere di prova non indifferente che, qualora non soddisfatto, implicherà unicamente l'applicazione della legge dello Stato membro nel quale è stata aperta la procedura di liquidazione. In caso contrario, invece, l'assolvimento della doppia prova funzionerà alla stregua di una causa di esenzione da revocatoria¹⁵⁰. A tal fine, dunque, occorre meglio precisare, innanzitutto, il contenuto delle due condizioni *ex lege* fissate, nonché, poi, l'atteggiarsi processuale che le stesse possono avere.

5.3.2 *Analisi dell'eccezione: il contenuto delle condizioni richieste*

Il primo requisito richiesto per scongiurare l'applicazione della *lex concursus*, risiede nel fatto che l'atto impugnato in revocatoria sia soggetto alla legge di uno Stato membro diverso da quello d'origine. In altri termini, occorrerà individuare la *lex causae* e verificare che la stessa non coincida con quella del concorso. E quindi, *in primis*, si dovranno individuare le norme di conflitto applicabili per individuare quale sia la legge regolatrice dell'atto in questione. A riguardo, si ritiene che si debba far riferimento alle norme in vigore nell'ordinamento del giudice adito¹⁵¹, che, peraltro, nel

¹⁵⁰ Parla di ulteriore caso di esenzione: M. Fabiani, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in *Fall.*, 2004, p. 381.

¹⁵¹ L. Fumagalli, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 701.

caso che qui occupa - e a differenza di quanto prospettabile in una revocatoria transnazionale ai sensi del Regolamento CE 1346/2000 - non è così scontato - seppur più che auspicabile in ragione dell'elaborato criterio di giurisdizione - che sia quello dello Stato membro d'origine al quale si riconduce invece la *lex concursus*. Meglio, allora, sembrerebbe che, nell'ipotesi in questione, si parli di riferimento alle norme di conflitto del medesimo ordinamento della legge del concorso, quale prima - e tendenzialmente - unica disciplina applicabile alla revocatoria attivata nel corso di un procedimento di liquidazione bancaria transfrontaliera. Ad ogni modo, qualora l'atto impugnato sia un contratto, e non contenga - ma è davvero difficile da immaginare nel caso di specie - una clausola indicante la legge applicabile, le norme di conflitto (pressoché uniformi in tutto lo spazio giudiziario europeo) saranno individuate dal Regolamento CE del 17 giugno 2008, n. 593, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), per i contratti conclusi dopo il 17 dicembre 2009¹⁵², il quale individua quale criterio residuale, quello del Paese con cui il contratto presenta il collegamento più stretto (art. 4). Maggiori problematiche potrebbero invece ravvisarsi per quelle fattispecie non ricomprese nell'ambito applicativo di detto Regolamento, come è il caso dei titoli di credito, dell'ambivalente istituto del *trust* o

¹⁵² Come noto, il Regolamento comunitario ha sostituito la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980.

ancora del conferimento di beni in una società straniera¹⁵³.

Una volta individuata, in ossequio alle norme di conflitto applicabili, la legge regolatrice dell'atto impugnato, il secondo requisito, inibente l'operatività della *lex concursus* (che condurrebbe alla revocatoria) e – al contempo – escludente la caducazione dell'atto impugnato, è soddisfatto qualora il convenuto dimostri che la suddetta legge regolatrice non consenta *nella fattispecie* di impugnare l'atto *con alcun mezzo*. In tal caso, dunque, oggetto di prova è che in base alle norme dell'ordinamento della *lex contractus*, che si occupano degli effetti dell'apertura della procedura di liquidazione bancaria (con o senza insolvenza) sugli atti

¹⁵³ Si veda a riguardo: App. Milano, 27 ottobre 2009, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2010, p. 722, ove – a conferma di quanto sopra affermato in tema di giurisdizione – chiarisce che i giudici dello Stato membro nel cui territorio una società ha sede (nel caso di specie, il Lussemburgo) non hanno competenza esclusiva, ai sensi dell'art. 22, n. 2), Regolamento CE 44/2001, riguardo a un'azione volta a far dichiarare inefficace nei confronti dei creditori, e conseguentemente revocare, gli atti con i quali i soci di detta società le hanno conferito la proprietà di beni immobili situati in Italia, poiché tale causa non verte in materia di validità, nullità o scioglimento della società; sussiste pertanto la giurisdizione italiana quando i soci convenuti sono domiciliati in Italia. Secondariamente – per quanto qui interessa – i giudici di merito hanno statuito che la legge applicabile alla suddetta azione revocatoria non deve individuarsi, ai sensi dell'art. 25 l. 218/1995, nella legge in conformità alla quale è stata costituita la società, bensì nella legge regolatrice del contratto traslativo della proprietà dei beni immobili che si intende revocare, ossia, in base all'art. 4, par. 3, della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, nella legge del Paese in cui gli immobili sono situati (nel caso di specie, l'Italia).

pregiudizievole ai creditori, non risulta possibile far venir meno l'atto impugnato, alla luce del caso concreto in considerazione. Il restringimento alla sola normativa fallimentare rilevante sembra doveroso, nonostante la maggior parte della dottrina, non solo italiana, nella corrispondente e identica ipotesi contemplata dall'art. 13 del Regolamento CE 1346/2000, in ragione dello stretto tenore letterale, si è dimostrata favorevole a un'interpretazione estremamente (ma direi eccessivamente) ampia dell'espressione «con alcun mezzo», estesa a tutti i rimedi previsti dalla legge applicabile potenzialmente esperibili contro l'atto in questione¹⁵⁴. La prova che l'atto non possa essere, secondo la sua legge regolatrice, oggetto di qualsiasi impugnativa negoziale, per qualunque causa, appare francamente abnorme e neppure corrispondente al significato sotteso alla normativa comunitaria che ha introdotto il requisito, posto che ad essere dalla medesima considerati, giusta la previsione di cui all'art. 10 della Direttiva CE 24/2001, a cui l'art. 30 della stessa deroga, sono le sole azioni di impugnativa «degli atti

¹⁵⁴ G. Moss, I.F. Flercher, S. Isaacs, *The EC Regulation on insolvency proceedings. A commentary and annotated guide*. Oxford, 2009, p. 191; M. Virgós Soriano, F. Garcimartín, F.J. Garcimartín Alférez, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 136; P. De Cesari, G. Montella, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria - Commentario articolo per articolo del regolamento CE n. 1346/2000*. Milano, 2004, p. 169; S. Di Amato, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, in *Fall.*, 2002, p. 609; L. Fumagalli, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, cit., p. 701.

pregiudizievoli per la massa dei creditori». Di talché appare inverosimile che la circostanza fondante l'eccezione debba essere più ampia di quella che dà contenuto alla regola, bastando invece che la prima sia di portata uguale, ma di segno contrario, rispetto alla seconda. Sarà dunque ai soli (ma tutti) rimedi processuali previsti dalla legge sulle procedure concorsuali in vigore nell'ordinamento della *lex causae* che occorrerà (e basterà) fare riferimento¹⁵⁵. È invece scorretto pensare che il convenuto possa limitarsi a provare che, in base alla *lex causae*, non esiste un rimedio contro gli atti pregiudizievoli ai creditori esattamente corrispondente a quello attivato dal commissario in revocatoria. Ma questo, altro non è che un precipitato della c.d. «teoria della doppia qualificazione», per cui, una volta individuata la norma di conflitto applicabile e, dunque, il sistema giuridico straniero al quale questa fa richiamo (prima qualificazione), sarà nell'ambito di tale sistema che andranno ricercate le disposizioni nel cui campo applicativo il rapporto in esame si colloca (seconda qualificazione), senza cadere nella tentazione di intendere il significato e la comprensività dell'istituto giuridico in questione (nella specie la revocatoria) alla luce dell'ordinamento cui appartengono le norme di conflitto applicabili, anziché alla stregua

¹⁵⁵ Nel medesimo senso restrittivo anche: F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., p. 210; D. Galletti, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, V, pp. 546 e ss.

dell'ordinamento straniero cui si fa rinvio. Pertanto, una volta richiamata la *lex causae*, bisognerà riferirsi a tutte le norme del sistema giuridico cui questa appartiene, capaci nella specie di contribuire a delineare i contorni dei rimedi previsti dalla legge fallimentare (da intendersi qui in senso lato) sugli atti pregiudizievoli ai creditori, a prescindere anche dalla loro natura, sostanziale o processuale.

Si è scritto inoltre che la prova che la *lex causae* non consenta di impugnare, nei termini anzidetti, l'atto asseritamente pregiudizievole ai creditori deve essere data con esclusivo riguardo al caso concreto e non invece ragionando in termini astratti e assoluti. Può dunque verificarsi che la legge invocata preveda sì, come la *lex concursus*, la revocabilità dell'atto, ma questa, nella fattispecie, non possa operare perché, in ossequio sempre alla legge regolatrice, ad esempio: l'atto è stato concluso al di fuori del periodo sospetto; non è riscontrabile lo stato psicologico richiesto per la revoca; è prevista un'esenzione invece non contemplata dalla *lex concursus*; o ancora sono scaduti i termini per impugnare l'atto medesimo, fermo restando che, al fine di verificare se l'azione revocatoria sia stata proposta entro i tempi di prescrizione e decadenza, previsti dalla *lex causae*, dovrà guardarsi alla *lex fori*. Ciò che conta, dunque, non è (tanto) che la *lex causae* non preveda in astratto - a differenza della *lex concursus* - la revocabilità dell'atto, ma (piuttosto) che questa (quand'anche prevista) non sia in concreto, per

qualunque ragione, operativa. Il che pertanto comporta, necessariamente, uno specifico onere di prova per il convenuto, il quale sarà chiamato a dimostrare l'insussistenza degli elementi della fattispecie legale che, (anche) secondo la *lex causae*, consentirebbero la revocatoria dell'atto in questione. Conseguentemente, si potrebbe anche assistere - e d'altronde diversamente non si riesce a immaginare - a un'inversione dell'onere probatorio rispetto a come questo viene spartito dalla *lex causae* invocata¹⁵⁶.

5.3.3 (segue) e l'atteggiarsi nel processo

Non resta ora che porre l'attenzione sul *quomodo* la prova richiesta per la disapplicazione dell'art. 10 della Direttiva CE 24/2001 possa essere data dal beneficiario dell'atto asseritamente pregiudizievole nel processo di revoca nei suoi confronti instaurato. Pare innanzitutto pacifico che il giudizio *de quo* sia regolato dalla *lex fori*, la quale, dunque, disciplinerà anche tutti gli aspetti probatori preordinati alla formazione del

¹⁵⁶ Così, ad esempio, se la *lex causae* fosse la legge italiana e la disposizione invocata l'art. 67, comma 2, l.f., che pone a carico dell'organo agente in revocatoria la prova della *scientia decoctionis* del convenuto, sarebbe proprio quest'ultimo, al fine di beneficiare dell'"esenzione" speciale da revocatoria ex art. 30 Direttiva CE 24/2001, a dover dimostrare la propria mancata conoscenza circa lo stato di decozione della banca in liquidazione. In tal senso, con riguardo alla disciplina del Regolamento CE 1346/2000: M. Frigessi di Rattalma, *Verso la soluzione di un rebus normativo: l'art. 13 del regolamento n. 1346/2000*, in AA. VV., *La tutela transnazionale del credito*. Torino, 2007, p. 122. *Contra*: F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., pp. 213-214.

convincimento del giudice e, specificatamente, l'ammissibilità, l'esperimento, nonché gli effetti dei mezzi di prova adottati dalle parti. Ipotizzando allora che si tratti di un giudizio di revoca attivato in Italia, qualora il convenuto intenda avvalersi della previsione di cui all'art. 30 della Direttiva CE 24/2001, è tenuto a sollevare un'eccezione che è *approssimativamente* qualificabile come «eccezione (di merito) in senso stretto»¹⁵⁷ e, in quanto tale – non essendo rilevabile d'ufficio da parte del giudice – dovrà essere necessariamente dedotta, a pena di decadenza, nella comparsa di costituzione e risposta, così come espressamente previsto dall'art. 167, comma 2, c.p.c. Si è comunque – come intuito – di fronte a un'eccezione di natura ibrida, non potendo qualificare *propriamente* la *lex causae* come un «fatto impeditivo». A riguardo sembrano infatti condivisibili le perplessità espresse da chi¹⁵⁸ ritiene che la legge straniera, «se non a prezzo di artificiose forzature» non può essere parificata a un fatto, nonostante abbia una funzione paralizzatrice nei confronti della pretesa attorea. Peraltro, il medesimo Autore fa notare che, qualificando la *lex contractus* come un fatto, si giungerebbe all'assurdo di imporre al soggetto agente in revocatoria, in virtù del principio di

¹⁵⁷ In tal senso: M. Frigessi di Rattalma, *Verso la soluzione di un rebus normativo*, cit., p. 121; M. Fabiani, *La revocatoria fallimentare fra lex concursus e lex contractus nel reg. CE 1346/2000*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1323; P. De Cesari, G. Montella, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 168.

¹⁵⁸ F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., pp. 200-201.

non contestazione, di prendere specifica posizione sulle norme straniere invocate dal convenuto, indicando puntualmente le ragioni per le quali queste non escluderebbero la revocabilità dell'atto. Il che, da un lato, obbligherebbe l'attore a ricercare il diritto straniero applicabile e, dall'altro, in caso di sua mancata *specifica* contestazione, vincolerebbe il giudice, nel senso che a questi sarebbe sottratto il margine per esprimere una differente valutazione del fatto non contestato. Diversamente, invece, l'insussistenza di un'assimilazione della legge straniera al fatto impeditivo - alla stregua di un'eccezione di merito - consentirebbe il ricorso in Cassazione, in caso di sua violazione o falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3), c.p.c. Il che, peraltro, è ben coerente con l'insegnamento offerto dal nostro diritto internazionale privato, con riguardo al quale si concorda nel ritenere che le norme straniere (qui si dovrebbe aggiungere «in qualunque modo») richiamate debbono essere considerate norme giuridiche a tutti gli effetti. Da qui, allora, la ricorribilità in Cassazione per *error in iudicando*, ma anche il riconoscimento - pure per le norme straniere - del principio *iura novit curia*, tale per cui, anche in mancanza di indicazione delle parti, spetta al giudice reperire la norma giuridica applicabile al caso concreto, pure se proveniente da un ordinamento diverso. Del resto, una tale impostazione ha ricevuto consacrazione legislativa con l'art. 14 della legge 218/1995, prescrivente che l'accertamento del contenuto

della legge straniera individuata come applicabile al caso di specie spetta al giudice, come dovere d'ufficio¹⁵⁹. In particolare, allo scopo di garantire effettività al suddetto principio, all'organo decidente è accordata la facoltà di rivolgersi ad esperti o istituzioni specializzate, anche perché, come precisa l'art. 15 della medesima legge, il diritto straniero dovrà essere inteso alla luce dei criteri interpretativi che gli sono propri, tenendo dunque anche conto degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in relazione ad esso affermatasi¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Curiosa appare a riguardo l'interpretazione offerta da: G. Crapanzano, *Commento all'art. 95-ter*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, II, 2012, p. 1168, il quale - invero disquisendo in termini generali e non già con riguardo all'azione revocatoria - conferma l'applicabilità dell'art. 14 succitato anche nel contesto delle procedure di risoluzione delle crisi *cross-border* contemplate dal Testo Unico, precisando però che l'autorità cui spetta l'onere ricognitivo della disciplina straniera, e dunque di attivare i possibili strumenti all'uopo previsti, sarebbe, in primo luogo, la Banca d'Italia, in quanto vigilante sull'intera procedura, e, solo in seconda battuta, l'A.g.o.

¹⁶⁰ È nota sul tema la pronuncia espressa da: Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 2002, n. 2791, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1712, precisante che l'art. 15 l. 218/1995 non comporta un obbligo per il giudice italiano di acquisire fonti giurisprudenziali e/o dottrinarie che corroborino l'una o l'altra delle letture possibili del testo normativo, ma solo quello di avvalersi di tutti gli strumenti interpretativi posti dall'ordinamento straniero come se fosse un giudice dello Stato cui la legge stessa appartiene, facendo applicazione dei canoni interpretativi generali esistenti in detto ordinamento e, in particolare, dei criteri ermeneutici, delle norme sulla gerarchia delle fonti e sull'efficacia della legge nel tempo dettati dalla legislazione straniera.

Alla luce di quanto scritto, allora, è apparso ragionevole ritenere che il convenuto, per non incorrere in decadenze, debba allegare, già in comparsa di risposta, - sicuramente - i fatti idonei a creare il collegamento tra la fattispecie in esame e la *lex causae* invocata (primo requisito), nonché precisare gli estremi e il contenuto delle norme straniere rilevanti - così come interpretate secondo i propri canoni esegetici - ai fini dell'esclusione della revocatoria dell'atto nel caso concreto (secondo requisito), riservandosi poi di darne prova nel corso dell'istruttoria, coerentemente al normale andamento processuale che posticipa l'ultima barriera per le deduzioni istruttorie (del convenuto) entro i termini di cui all'art. 183, comma 6, (in particolare n. 2) c.p.c. È qui che sembra entrare in gioco, imprescindibilmente, l'intervento *ex officio* da parte del giudice, quale concreta attuazione del principio *iura novit curia*. In particolare, tra gli strumenti che si sono reputati in tal contesto spendibili rientrerebbe la consulenza tecnica d'ufficio, da impiegarsi come potenziale fonte oggettiva di prova dinnanzi alla necessità di accertamento di situazioni rilevabili solo con il concorso di determinate cognizioni tecniche. Indi per cui, l'onere della parte si ridurrà all'allegazione, spettando poi al giudice stabilire se sussistono o meno le condizioni per ammettere la consulenza¹⁶¹.

¹⁶¹ *Ex multis*: Cass. civ., 26 novembre 2007, n. 24620, in *Foro it. Rep.*, 2007, voce *Consulente tecnico*, n. 9; Cass. civ., 22 giugno 2005, n. 13401, in *Dir. e giust.*, 2005, 32, p. 34.

5.3.4 *Di nuovo, lo spazio residuale dei criteri domestici*

Da ultimo, non si può non ricordare come il gioco della regola e dell'eccezione all'applicazione della *lex concursus*, ai sensi del combinato disposto degli articoli 10, comma 2, lett. 1), e 30 della Direttiva 24/2001, non possa trovare applicazione nel caso in cui la procedura di liquidazione sia aperta in uno Stato non appartenente all'Unione europea¹⁶² ovvero si tratti di far valere la revocatoria dell'atto asseritamente pregiudizievole nei confronti di un soggetto collocato stabilmente al di fuori dello spazio giudiziario comunitario. In tali ipotesi, allora, la *lex concursus* non rappresenterà la regola, potendo concorrere paritariamente con la *lex contractus* o anche con la *lex fori* (qualora diversa dalle altre), secondo quanto stabilito dalle norme di conflitto domestiche. Ciò non toglie la possibilità di esprimere una preferenza sulla legge applicabile in aderenza a ragioni di ordine sistematico, prodromica, soprattutto, a colmare il vuoto normativo lasciato da taluni sistemi giuridici nazionali, come quello italiano¹⁶³.

¹⁶² Nell'ipotesi *non* rientra peraltro il caso in cui in almeno due Stati membri della Comunità si trovino succursali di un ente creditizio avente sede legale al di fuori dell'Unione europea, potendo infatti trovare spazio operativo le previsioni sulla legge applicabile alla revocatoria dettate dalla Direttiva CE 24/2001, a norma del suo art. 1, comma 2, posto che a carico della succursale comunitaria della banca extracomunitaria può ben aprirsi una procedura di liquidazione secondo il dettame di cui all'art. 19 della medesima Direttiva.

¹⁶³ In proposito delude un po' l'UNCITRAL *Model Law on Cross-Border Insolvency*, elaborata nel 1997, la quale, pur prevedendo, *sub*

Quest'ultimo, infatti, a differenza di quanto accade, ad esempio, in Svizzera, Germania o Spagna, si rifiuta di fissare espressamente un criterio determinativo della legge applicabile all'azione revocatoria. Tuttavia le soluzioni interpretative adottate convergono - giustamente - a favore dell'applicazione della *lex concursus*¹⁶⁴, posto che con l'esercizio dell'azione revocatoria si mira alla ricostituzione della garanzia patrimoniale su cui i creditori concorsuali possono soddisfarsi, mediante l'ottenimento dell'inefficacia dell'atto pregiudizievole, in quanto lesivo della *par condicio creditorum*¹⁶⁵. Da un lato, dunque, non

art. 23, che a seguito del riconoscimento di un procedimento straniero di insolvenza diviene possibile iniziare un'azione revocatoria nello Stato in cui il riconoscimento è ottenuto, non affronta affatto il tema della legge applicabile alla revocatoria, come del resto conferma la stessa guida esplicativa al paragrafo 166: «*The Model Law expressly provides that a foreign representative has "standing" [...] to initiate actions to avoid or otherwise render ineffective legal acts detrimental to creditors. The provision is drafted narrowly in that it does not create any substantive right regarding such actions and also does not provide any solution involving conflict of laws. The effect of the provision is that a foreign representative is not prevented from initiating such actions by the sole fact that the foreign representative is not the insolvency administrator appointed in the enacting State*».

¹⁶⁴ Cass. civ., sez. I, 4 agosto 2006, n. 17706, in *Fall.*, 2007, p. 632 (con nota di Catalozzi); Trib. Milano, 27 marzo 2007, in *Fall.*, 2007, p. 931 (con nota di Sangiovanni).

¹⁶⁵ Cass. civ., sez. un., 7 febbraio 2007, n. 2692, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2815 (con nota di Montella), affermando che l'azione revocatoria fallimentare, quantunque disciplinata (anche) da norme di diritto sostanziale, è essenzialmente destinata a svolgere una funzione servente nella procedura esecutiva concorsuale, donde la imprescindibile necessità di applicare ad essa la medesima legge in base alla quale la procedura concorsuale si svolge, giacché si

assumono rilievo le vicende del rapporto contrattuale, tali da far propendere per l'applicazione della *lex causae*¹⁶⁶, e, dall'altro risulta impossibile – o quantomeno non consono – considerare l'azione revocatoria in modo avulso rispetto al contesto in cui si colloca¹⁶⁷. Pertanto, solo la *lex concursus* – la cui applicazione astrattamente non altera il regime giuridico dei diritti sui beni dell'intermediario in crisi che siano sottoposti a legislazione estera, né le condizioni di validità ed efficacia dei rapporti contrattuali sottoposti alla disciplina di un ordinamento straniero¹⁶⁸ – è in grado di assicurare il massimo grado di uniformità di trattamento, dal quale è possibile discostarsi solo di fronte a una precisa scelta legislativa, capace di tutelare anche eventuali diversi interessi tramite un'operazione di equo contemperamento, così come compiuta dall'art.

rischierebbe altrimenti di determinare disparità di trattamento tra creditori diversi e, pertanto, di compromettere proprio una delle finalità salienti del procedimento esecutivo concorsuale stesso. In passato, invece, si è inteso giustificare l'applicazione della *lex (fori) concursus*, muovendo dal presupposto che l'effetto dell'azione revocatoria di rendere inefficaci gli atti pregiudizievoli avesse carattere *processuale*: G. Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*. Padova, 1954, pp. 45-46.

¹⁶⁶ *Contra*: Trib. Bari, 14 giugno 2007, in *Guida al dir. – Dir. comunitario e internaz.*, 2007, 5, p. 92 (con nota di Alò), secondo cui, in materia di azione revocatoria fallimentare, non si applica la legge italiana, quale *lex concursus*, se il contratto è stato concluso ed eseguito all'estero con persona giuridica straniera e la domanda, così proposta, deve essere dichiarata inammissibile.

¹⁶⁷ F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., p. 240.

¹⁶⁸ Così: G. Crapanzano, *Commento all'art. 95-ter*, cit., p. 1163.

30 della Direttiva CE 24/2001 o dall'art. 13 del Regolamento CE 1346/2000.

5.4 Il riconoscimento e l'esecuzione della decisione

Vale la pena, infine, spendere qualche parola in merito alle modalità di riconoscimento ed esecuzione della sentenza di revoca, anche alla luce dell'evidente discrasia normativa tra la Direttiva CE 24/2001 e il Regolamento CE 1346/2000. Quest'ultimo, infatti, prevede - come già si è avuto modo di notare nella presente trattazione - il riconoscimento senza formalità, in tutti gli Stati membri, non solo delle pronunce relative allo svolgimento di una procedura di insolvenza, ma anche delle decisioni che derivano direttamente da tale procedura e le sono strettamente connesse (art. 25), tra le quali è indubbio che possa annoverarsi anche la sentenza di revoca. La previsione si presenta chiaramente come naturale corollario del principio dell'automatico riconoscimento, in tutto il territorio comunitario, della decisione di avvio della procedura di insolvenza, la quale è in grado di produrre anche al di fuori dei confini nazionali, sempre senza formalità, i medesimi effetti espliciti in virtù della legge dello Stato membro ove la procedura si è aperta (art. 16). Principio, invero, fatto proprio, tal quale, anche dalla disciplina attualmente in vigore sulla crisi bancaria transfrontaliera con riguardo alla decisione di apertura della procedura di liquidazione. Sennonché, a corredo, manca il predetto corollario, la cui assenza non può

giustificarsi se non quale testimonianza ulteriore della resistenza manifestata dagli Stati membri, nella materia in esame, a concedersi fiducia reciproca. Stante infatti la comunanza (addirittura letterale) di molte disposizioni della Direttiva con il Regolamento predetto, la mancanza di un'estensione del principio del riconoscimento automatico anche alle decisioni derivanti dalla procedura concorsuale aperta appare come una scelta consapevolmente voluta che diviene causa di un grave *vulnus* normativo, provocante un'accentuata difficoltà di circolazione proprio, *in primis*, delle pronunce revocatorie. Infatti, non potendo trovare applicazione il già summenzionato Regolamento CE 44/2001, espressamente escludente dal suo ambito applicativo la materia fallimentare, sarà ancora una volta necessario far esclusivo riferimento alla disciplina domestica, quanto per il riconoscimento e tanto più per l'esecuzione delle pronunce *de quibus*, così determinandosi un'ulteriore differenza rispetto al trattamento riservato alle sentenze di revoca pronunciate nell'ambito delle procedure di insolvenza disciplinate dal Regolamento CE 1346/2000. Queste, infatti, proprio in quanto connesse alla procedura concorsuale aperta, oltre a essere automaticamente riconosciute in tutto il territorio comunitario, troveranno esecuzione in conformità al procedimento delineato dagli articoli 38 e seguenti del Regolamento CE 44/2001, il quale, eccezionalmente, viene a trovare *in*

parte qua applicazione, in quanto espressamente richiamato dal Regolamento CE 1346/2000¹⁶⁹.

Focalizzandosi allora sulle norme di conflitto italiane, non potrà che concludersi nel senso che la pronuncia straniera di revoca troverà ingresso nel nostro ordinamento unicamente ai sensi degli articoli 64 e seguenti della legge 218/1995. Pertanto, la sentenza potrà essere riconosciuta in Italia automaticamente solo in presenza dei requisiti stabiliti dall'art. 64 di detta legge, i quali diverranno oggetto di accertamento giudiziale, anche in via incidentale, ai sensi del successivo art. 67, su sollecitazione di chiunque vi abbia interesse, in caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della decisione straniera, o ancora quando si debba procedere ad esecuzione forzata. In particolare, un ulteriore elemento scriminante rispetto alla disciplina prevista dal Regolamento CE 1346/2000 è ravvisabile nella circostanza che, tra i requisiti previsti dall'art. 64 citato, rientri anche la necessità che le disposizioni della sentenza straniera non producano «effetti contrari

¹⁶⁹ Invero ad essere richiamate sono le disposizioni di cui agli artt. 31 e ss. della precedente Convenzione di Bruxelles che, però, come già ricordato, è stata sostituita dal Regolamento CE 44/2001, a cui pertanto deve farsi rinvio. Ne consegue che, ai fini dell'esecuzione della sentenza di revoca, il curatore avvierà un giudizio *inaudita altera parte* nello Stato membro ove è sito il domicilio della parte contro cui è chiesta l'esecuzione stessa o nel quale deve avvenire l'attuazione della sentenza.

all'ordine pubblico»¹⁷⁰. Laddove invece, ai sensi dell'art. 26 del Regolamento, l'unica condizione ostativa all'esecuzione e finanche al riconoscimento è l'esplicazione da parte della decisione straniera di «effetti *palesemente* contrari all'ordine pubblico» (c.vo nostro), in presenza dei quali – peraltro – il riconoscimento *può* e non necessariamente *deve* essere rifiutato, risultando dunque rimesso alla discrezionalità dell'organo decidente. L'avverbio «palesemente», lungi dall'essere superfluo, sembra infatti svolgere una funzione specifica, dando rilevanza non già alla mera contrarietà all'ordine pubblico, ma solo a quella manifesta ed evidente, cosicché il riconoscimento può essere negato solo in casi eccezionali di inequivocabile contrarietà¹⁷¹. Allora, seppur relazionandosi con la sola normativa italiana, appare veramente improprio, dal punto di vista giuridico, che due sentenze di revoca pronunciate dagli organi giurisdizionalmente competenti di uno Stato comunitario possano trovare ingresso nel nostro ordinamento in misura differente per il sol fatto di derivare direttamente da diverse procedure concorsuali, in un caso, una procedura di

¹⁷⁰ Nel quale – per inciso – si ricorda che è incluso anche quello processuale, per cui può ben sussistere un legittimo ostacolo alla circolazione della decisione quando questa sia stata pronunciata al termine di un procedimento irrispettoso dei principi del giusto processo, secondo, naturalmente, una valutazione da compiersi in concreto.

¹⁷¹ F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., p. 322; G. Moss, I.F. Flercher, S. Isaacs, *The EC Regulation on insolvency proceedings*, cit., p. 212.

insolvenza disciplinata dal Regolamento CE 1346/2000 e, nell'altro, una procedura di liquidazione bancaria disciplinata dalla Direttiva CE 24/2001¹⁷².

¹⁷² Qui si dissente dunque apertamente con quanto scritto da: G. Crapanzano, *Commento all'art. 95-ter, cit.*, p. 1169, il quale interpreta in maniera completamente opposta la mancata replica, nella Direttiva CE 24/2001, del principio consacrato nel Regolamento CE 1346/2000, in base al quale uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere o di eseguire una decisione presa nell'ambito di una procedura d'insolvenza aperta in un altro Stato membro, qualora gli effetti del riconoscimento o dell'esecuzione risultino palesemente contrari all'ordine pubblico. Secondo il citato Autore, infatti, la scelta del legislatore europeo di non applicare detto principio si giustificherebbe perché in un contesto come quello delle crisi bancarie *cross-border* è assai improbabile che i provvedimenti adottati dalle autorità di vigilanza confliggano con i valori fondamentali dell'ordinamento di uno Stato membro. Pertanto, proprio in virtù di tale scelta, conseguirebbe - addirittura - l'impossibilità per gli ordinamenti nazionali di reintrodurre mediante una norma interna il filtro dell'ordine pubblico nazionale. È evidente come tale impostazione - già di per sé discutibile - non tenga affatto conto delle possibili decisioni (giudiziali) direttamente scaturenti dalla procedura di liquidazione, quale può appunto essere la sentenza di revoca.

Tesi di dottorato "La liquidazione coatta bancaria. Aspetti processuali tra diritto interno e comunitario"
di ARMELI BEATRICE

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

CAPITOLO IV

Gli effetti «processuali» del provvedimento che dispone la liquidazione coatta della banca

1. Gli effetti afferenti alla figura del commissario liquidatore - 1.1 L'organo commissariale: inquadramento generale - 1.2 La rappresentanza legale della banca in liquidazione coatta - 1.3 La legittimazione processuale - 2. Gli effetti tipici giustificati dal carattere universale e concorsuale della procedura - 2.1 La decorrenza degli effetti - 2.2 Il richiamo alle norme fallimentari - 2.3 Il divieto di proseguire o promuovere ogni tipo di azione individuale nei confronti della banca in liquidazione - 3. L'extra-territorialità degli effetti in caso di crisi bancaria transfrontaliera

1. Gli effetti afferenti alla figura del commissario liquidatore

Come è stato ben definito, il commissario liquidatore è «l'organo attivo» della liquidazione coatta amministrativa bancaria¹, cui compete di porre in essere, con efficacia esterna, gli atti e le azioni spettanti sia alla banca sottoposta a procedura, sia alla procedura

¹ V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, in G. Boccuzzi, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*. Milano, 1998, p. 252.

medesima². Qualificazione, questa, che trova infatti piena corrispondenza nel primo comma dell'art. 84 del T.U., il quale è chiaro nel fissare i tre poteri che indefettibilmente connaturano l'ufficio dell'organo liquidatore: di rappresentanza legale della banca, di esercizio di tutte le azioni (giudiziali) alla medesima spettanti e di svolgimento delle operazioni di liquidazione.

Ferme le molteplici funzioni che, in virtù di quest'ultimo potere riconosciuto, si ricollegano alla figura in commento³, ai fini del presente lavoro sembra più conveniente concentrarsi sullo *status* di rappresentante legale della banca, visto dalla prospettiva del processo, e sulla legittimazione (attiva, ma non solo) del commissario liquidatore, l'uno e l'altra - come detto - espressamente attribuitigli dalla stessa legge. Non prima, però, di aver delineato il contesto (normativo) entro cui l'attività commissariale viene ad esplicarsi.

² A. Pisani Massamormile, *Poteri e funzionamento degli organi liquidatori*, in P. Ferro-Luzzi, G. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria*. Milano, II, 1996, p. 1317.

³ Categoria che peraltro abbraccia non solo i compiti "tipizzati" del commissario liquidatore (riconducibili all'accertamento del passivo e alla realizzazione, con conseguente ripartizione, dell'attivo), ma anche tutti quegli atti e quelle azioni inerenti alla medesima procedura che si rendessero doverosi od opportuni a seconda delle circostanze, compresi quelli relativi alla pendenza di rapporti giuridici di cui la banca è a capo.

1.1 L'organo commissariale: inquadramento generale

Con l'apertura della liquidazione coatta amministrativa, la Banca d'Italia provvede – immediatamente⁴ – alla nomina degli organi della procedura, che l'art. 81 del T.U. individua proprio nell'organo liquidatore, costituito a scelta da uno o più commissari, e in un comitato di sorveglianza, a fianco del primo con un numero di membri variabile da tre a cinque, più il presidente designato a maggioranza. Al potere-dovere di nomina da parte dell'Autorità di vigilanza corrisponde altresì la facoltà di revocare o sostituire i soggetti incaricati. Il che è coerente con il ruolo direttivo ricoperto dalla Banca d'Italia, che, a sua volta, si giustifica in relazione alla funzione da essa svolta, quale sovrintendente del settore bancario. Il commissario liquidatore risulta pertanto soggetto alle direttive dell'Istituto di controllo specificatamente emanate per lo svolgimento della procedura, nonché agli altri atti dallo stesso adottati, volti, in particolare, a subordinare il compimento di talune operazioni commissariali ad una previa autorizzazione amministrativa. La vincolatività di tali provvedimenti è peraltro contrassegnata dall'art. 84, comma 4, del T.U., il

⁴ Manca invero un limite temporale entro il quale la Banca d'Italia è chiamata necessariamente a provvedere. Tuttavia è, non solo intuitivo, ma anche doveroso, ritenere che il provvedimento di nomina – da pubblicarsi per estratto in Gazzetta Ufficiale – debba essere il più tempestivo possibile, seguendo, astrattamente senza soluzione di continuità, il decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa a norma dell'art. 80 T.U.

quale, senza deroghe, sancisce la responsabilità *personale* dei membri dell'organo liquidatore in caso di inosservanza di qualunque prescrizione promanata dalla Banca d'Italia⁵.

La ricostruzione del rapporto tra commissario liquidatore e Autorità di vigilanza, da cui discende la nomina relativa, non può comunque intendersi in termini di assimilazione organica del primo nella seconda⁶, ma – correttamente – si qualifica di carattere «fiduciario», rivelatore di una *sostanziale* convergenza

⁵ La dizione letterale si riferisce in realtà all'inosservanza delle sole direttive, ma è chiaro che la responsabilità del commissario deve estendersi a qualunque contravvenzione, naturalmente graduandosi a seconda della gravità, che certo sarà maggiore in caso di mancato ottenimento di una preventiva autorizzazione espressamente prescritta dalle istruzioni dell'Autorità di controllo. Palese è, inoltre, che, qualora il commissario liquidatore compia un atto in violazione dei limiti che alla sua capacità negoziale abbia imposto la stessa legge, prescrivendo in modo esplicito la preventiva autorizzazione della Banca d'Italia, l'atto medesimo sarà inficiato da nullità assoluta. Tuttavia, si ritiene – con tesi però discutibile, alla luce sia dei generali principi civilistici che del regime di invalidità dell'atto amministrativo – che lo stesso, ancorché viziato, non solo produrrà i suoi effetti fintanto che non ne venga eccepita l'illegittimità, ma, altresì, l'eccezione, oltre a non travolgere gli effetti già realizzati, non potrà pregiudicare la possibilità di una regolarizzazione attraverso l'intervento postumo dell'Autorità di vigilanza: L. Desiderio, *Commento agli artt. 83-85*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio et al. Milano, 2010, pp. 712-713.

⁶ Per quanto il commissario liquidatore sia assoggettato al potere di direzione della Banca d'Italia, è recisamente da negare che ne sia parte in veste di funzionario *pro tempore*: L. Desiderio, *Commento agli artt. 83-85*, cit., p. 711.

tra gli obiettivi rispettivamente perseguiti⁷. Pertanto, si può affermare che la direzione della procedura viene esercitata dalla Banca d'Italia *ab externo*, lasciando al commissario liquidatore un margine irrinunciabile di *autonomia* e dunque di *responsabilità* per quel che concerne le scelte da compiersi nel corso della procedura⁸, più o meno ampio, a seconda dei casi, ma sicuramente maggiore di quello di cui gode il curatore fallimentare. Quest'ultimo infatti, per legge, necessita sempre - a differenza del commissario liquidatore - di una preventiva autorizzazione, che è vera e propria integrazione dei poteri accordatigli, per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione, menzionati nell'art. 35 l.f.

Parimenti, di autonomia commissariale può parlarsi anche nei riguardi della banca in liquidazione. Infatti, ancorché questa sia legalmente rappresentata (sempre e solo) dal commissario liquidatore - giusta la previsione di cui all'art. 84, comma 1, del T.U. sopra menzionata -, quest'ultimo, lungi dal porsi quale organo dell'ente in procedura, si eleva a soggetto investito di un *munus publicum* che si sostanzia nelle finalità proprie della liquidazione coatta amministrativa. Non stupisce, allora, che la medesima disposizione citata chiarisca espressamente la qualifica di pubblico ufficiale del commissario liquidatore nell'adempimento di tutte funzioni ad esso spettanti, compresa dunque - per

⁷ V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 254.

⁸ Cass. civ., sez. I, 27 luglio 1973, n. 2189, in *Dir. fall.*, 1974, II, p. 310.

coerenza – anche quella di rappresentanza legale della banca in procedura. Del resto, la liquidazione coatta amministrativa bancaria ben rientra nella categoria delle cc.dd. «gestioni coattive», risultando caratterizzata dall'affidamento dell'amministrazione, di cui è stato spogliato il titolare, ad un soggetto nominato da un'autorità pubblica, perseguitante, sotto la direzione di questa, interessi generali, mediante l'esercizio delle funzioni conferitegli dall'ordinamento⁹. È pur vero, come qualcuno sottolinea – definendo il commissario liquidatore «un privato esercente pubbliche funzioni»¹⁰ – che l'organo liquidatore agisce a volte in consonanza con gli interessi specificatamente allocati nella procedura e altre in opposizione ai medesimi, ma è altresì vero che, quand'anche l'interesse tutelato si sposti dal piano pubblico a quello individuale dell'impresa bancaria, proprio per la peculiare natura di quest'ultima, il coinvolgimento del generale interesse collettivo non può mai dirsi venir meno. Ed è proprio quanto si verifica in tutte le occasioni in cui il commissario liquidatore operi quale rappresentante legale della banca in liquidazione.

⁹ In tal senso, ancora: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 250.

¹⁰ L. Desiderio, *Commento agli artt. 83-85*, cit., p. 711.

1.2 La rappresentanza legale della banca in liquidazione coatta

Il ruolo di rappresentante legale del commissario liquidatore deriva precipuamente dalla cessazione delle funzioni degli organi amministrativi (al pari di ogni altro organo) della banca, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del T.U., e, al contempo, dallo spossessamento cui è soggetto l'ente bancario, stante il richiamo all'art. 42 l.f. operato dall'art. 83, comma 2, del T.U., cui segue la presa in consegna del complesso aziendale da parte del commissario medesimo, determinante, in virtù di quanto disposto dal primo comma dell'art. 85 del T.U., il momento del suo insediamento. Dunque, l'organo liquidatore, dotato di capacità gestoria, in qualche modo supplisce ai decaduti amministratori, godendo però di poteri ben più vasti di quelli ordinariamente accordati a costoro. Egli, infatti, non si limita ad agire in nome e per conto della banca rappresentata, ma rende altresì possibile il compimento di atti che a quest'ultima sarebbero altrimenti preclusi, quasi a colmare una forma di *incapacità ad agire* che, specificatamente, scaturisce dall'effetto ablativo prodotto dal decreto di liquidazione sul funzionamento degli organi bancari. È certamente innegabile che di tale concetto, nell'accezione che gli è propria, si riscontra la naturale inapplicabilità al caso di persona giuridica, ma è altresì indubitabile che non può disconoscersi il sillogismo per il quale: i) se la persona giuridica ha capacità di agire per mezzo dell'organo in grado di esprimerne la volizione, in virtù di un rapporto

di immedesimazione organica; ii) e se il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa determina la cessazione delle funzioni degli organi (tra cui anche quelli assembleari e amministrativi) della banca; iii) allora, la banca, che è persona giuridica, ove posta in liquidazione coatta amministrativa, manca della capacità d'agire per venir meno dell'organo deputato a esprimerne la volizione. Da qui, allora, la necessità di prevedere una rappresentanza *legale* in capo al commissario liquidatore.

Balza pertanto in evidenza la differenza rispetto alla disciplina fallimentare, ove mai si parla di rappresentanza legale del curatore rispetto all'imprenditore decotto, il cui rapporto è invece ricostruito in via interpretativa in termini di *sostituzione fallimentare*. Questa, in particolare, deve intendersi quale strumento di tutela a favore dei creditori, di carattere esclusivo e omnicomprensivo, in quanto, da un lato, correlata alla perdita da parte del debitore del potere di amministrare e disporre e, dall'altro, riguardante tutti i diritti e le azioni (di contenuto patrimoniale) che il fallito non può esercitare perché privato di detto potere¹¹. Il *distinguo* tra il ruolo ricoperto dal curatore fallimentare e quello proprio del commissario liquidatore nei confronti della banca – il primo *sostituto*, il secondo *rappresentante* –, a quanto consta, non sembra essere stato preso in debita considerazione nel dibattito

¹¹ L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*. Torino, 2008, p. 107.

dottrinale, sfumando invece in un'indistinta assimilazione. Tuttavia, lo stesso, seppur superabile nella sostanza, non pare trascurabile nella forma, specie se osservato nell'ottica del processo, posto che solo nella liquidazione coatta bancaria – naturalmente preordinata all'estinzione dell'ente nei cui confronti è aperta – si produce la cessazione delle funzioni degli organi statuari¹².

Quanto alla posizione del curatore fallimentare è a dirsi, ad avviso di chi scrive, che, a dispetto di quanto prevalentemente ritenuto, il fallimento *non* determina la perdita della capacità processuale del fallito con conseguente acquisizione della stessa in capo al curatore¹³. Come sostenuto anche da attenti autori, infatti, il fallito perderebbe solo la legittimazione processuale e non anche la predetta capacità¹⁴. Dunque, l'art. 43 l.f., nello statuire che «[n]elle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale

¹² Nonostante possa sembrare azzardato il paragone, il *distinguo* riecheggerebbe, con i dovuti accorgimenti, la differenza che, su un piano tutto sostanziale, si ravvisa tra gli istituti di diritto civile della «curatela», da un lato, e della «tutela», dall'altro.

¹³ Sostiene invece il contrario: A. Parisi, *Commento all'art. 43*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, I, 2010, pp. 895 e ss., ove si rinvencono ulteriori citazioni della dottrina in tal senso concorde.

¹⁴ M. Bocchiola, *Commento all'art. 43*, in M. Bocchiola, A. Paluchowski (a cura di), *Codice del fallimento*. Milano, 2009, p. 469. Si veda anche: V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12.9.2007, n. 169*. Torino, 2008, p. 100, secondo cui sussisterebbe una capacità processuale del fallito concorrente con quella del curatore.

del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore», si riferirebbe invero a una «perdita della gestione dei rapporti processuali», non affatto implicante, in capo al fallito, una vera e propria incapacità processuale¹⁵.

Nel diverso caso della banca in liquidazione coatta amministrativa, invece, può ben parlarsi di perdita della capacità processuale, direttamente scaturente dalla perdita della capacità di agire, causata, come detto, dalla cessazione di *tutte* le funzioni di *ogni* organo bancario. Pertanto, al venir meno, come si vedrà nel proseguo, della legittimazione processuale (condizione dell'azione), scaturente, sul piano sostanziale, dallo spossessamento, oltretutto dalla perdita del potere di amministrare e disporre di propri diritti - aspetto comune al fallimento -, si accompagna altresì la sottrazione della capacità processuale, derivante, dal punto di vista sostanziale, dalla caducazione dell'organo per mezzo del quale la banca era capace di agire - profilo divergente rispetto ai riflessi della disciplina fallimentare -. Costruzione, questa, coerente, si ribadisce, con la finalità estintiva dell'ente cui è preordinata la liquidazione coatta bancaria, la quale è invece estranea alla logica fallimentare.

¹⁵ G. Cavalli, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in S. Ambrosini (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*. Bologna, 2006, p. 92, il quale precisa altresì che il fallimento non vizierebbe intrinsecamente il rapporto processuale, ma determinerebbe la semplice inopponibilità del provvedimento giurisdizionale nei confronti dei creditori concorsuali.

Dunque, in qualunque giudizio, posto che, ai sensi dell'art. 75 c.p.c., «le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto», «parte in senso formale» diviene il commissario liquidatore, in qualità di rappresentante legale della banca in liquidazione coatta. Unicamente a tale soggetto, infatti, deve riconoscersi la «capacità processuale», corrispondente, sostanzialmente alla capacità d'agire, da intendersi qui come capacità di stare in giudizio, compiendo gli atti del processo. Mentre la banca in liquidazione coatta amministrativa rimarrà (solo) «parte in senso processuale». La stessa, infatti, non ancora estinta, pur privata di capacità ad agire, permane di capacità giuridica e, quindi, sul piano processuale, di «capacità di essere parte nel processo», ossia destinataria degli effetti degli atti processuali compiuti¹⁶.

1.3 La legittimazione processuale

Nonostante l'art. 84, comma 1, del T.U. abbia espressamente conferito la rappresentanza legale della banca in liquidazione coatta al commissario liquidatore, nella medesima disposizione il legislatore ha avvertito la necessità di precisare che spetta al medesimo soggetto, proprio in qualità di legale rappresentante *sui generis*, l'esercizio di *tutte* le azioni che la banca stessa

¹⁶ Per l'inquadramento dell'istituto della capacità processuale, quale presupposto processuale attinente alle parti nel giudizio: F.P. Luiso, *Diritto processuale civile. Principi generali*. Milano, I, 2000, pp. 194 e ss.

sarebbe legittimata a proporre. Alla legittimazione ad agire *iure proprio*¹⁷, si aggiunge quindi una *legitimatio ad causam* «in nome e per conto della banca». Tuttavia, fin da subito, appare criticabile la formulazione normativa, nel momento in cui prende espressamente in considerazione la sola legittimazione attiva, ignorando quindi, all'apparenza, quella passiva. La dizione limitante non pare comunque in grado di produrre conseguenze rilevanti, dovendosi infatti riconoscere in capo al commissario liquidatore la legittimazione a contraddire in tutte le cause promosse contro la banca in liquidazione, con riferimento – ovviamente – soltanto a quelle dalla legge stessa ammesse¹⁸. Del resto, legittimato attivo o passivo è colui cui la legge, in considerazione di una certa qualità o *status* rivestiti, attribuisce il potere di far valere, ovvero consente che nei suoi confronti sia fatto valere, un determinato diritto in giudizio. Riconoscendo dunque la qualità di legale rappresentante del commissario liquidatore, è giocoforza affermabile che la legge abbia altresì inteso attribuire al medesimo soggetto entrambi i profili della legittimazione processuale, trovando gli eventuali limiti di quella passiva, non già nei presupposti della condizione dell'azione, bensì nel (semplice) divieto legale, formulato dal comma secondo dell'art. 83 del T.U., di promuovimento o prosecuzione di alcun

¹⁷ Si è visto, ad esempio, che il commissario liquidatore agisce come titolare *iure proprio*, anche se nell'interesse della massa, qualora intenda azionare un giudizio di revocatoria: cap. III, § 2.1.

¹⁸ Si veda *infra*, § 2.3.

giudizio nei confronti della banca in liquidazione coatta, salvo, si ripete, le eccezioni espressamente previste o, comunque, lecitamente ipotizzabili¹⁹.

Ciò chiarito, si rende ora necessaria un'ulteriore puntualizzazione. La previsione, contenuta nell'art. 84, comma 1, del T.U., in merito alla legittimazione ad agire del commissario liquidatore, infatti, risulta essere *omnicomprensiva*, riferendosi a tutte le azioni spettanti alla banca in liquidazione, e, al contempo, di regola, *incondizionata*. Pertanto, sotto entrambi i profili, la stessa si differenzia rispetto alla disciplina fallimentare.

Innanzitutto lo scostamento si ravvisa con riferimento all'art. 200 l.f., specificatamente dedicato agli effetti del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, il quale, al comma 2, richiamando pedissequamente il già citato art. 43 l.f., stabilisce che «nelle controversie anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa, sta in giudizio il commissario liquidatore». La circoscrizione della legittimazione processuale commissariale alle cause di natura *patrimoniale*, sancita nella disciplina generale, non è infatti riprodotta nel Testo Unico, che anzi, al contrario, sottolinea, come osservato, la totalità delle azioni esperibili dall'organo liquidatorio. Tuttavia, a

¹⁹ Si prenda a riferimento – a titolo esemplificativo – quanto scritto con riguardo al caso di domanda di opposizione allo stato passivo, o anche di domanda di insinuazione tardiva, cui si accompagni la richiesta di accertamento *pro iudicato* dell'esistenza del diritto di credito: cap. V, § 3.3.7.

dispetto del dato letterale – invero, ad avviso di chi scrive, da ritenersi, comunque e in ogni caso, prevalente – si è consolidata la tesi per la quale la disposizione speciale dovrebbe interpretarsi in modo conforme alla corrispondente previsione contenuta nella legge fallimentare, alla quale, quindi, verrebbe attribuito, nel contesto *de quo*, valore ermeneutico²⁰. Così argomentando, allora, la riduzione della *legitimatio ad causam* del commissario liquidatore ai soli diritti patrimoniali importerebbe – in linea astratta – una perdurante legittimazione processuale dei cessati organi della banca – di cui, però, si è sopra sostenuta l’incapacità processuale – relativamente alle controversie aventi ad oggetto diritti diversi. L’ipotesi, più che altro teorica (data la natura dell’impresa in questione), non merita di essere approfondita, non condividendosi, a monte, neppure il presupposto. Se da un lato, infatti, può aversi capacità processuale senza legittimazione processuale – caso limite rinvenibile nel fallimento –, dall’altro, non può certo sostenersi la legittimazione processuale di un soggetto (che qui si ritiene essere) privo di capacità processuale.

Discorso differente riguarda semmai il permanere della legittimazione (e, prima ancora, della capacità) in capo ai suddetti organi, con riguardo ai cc.dd. «diritti

²⁰ Riassumono il pensiero in tal senso affermatosi in passato: S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento all’art. 84*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli *et al.* Bologna, 2003, p. 1375.

propri dell'impresa». Questa/e, infatti, *deve/ono* essere riconosciuta/e, almeno, con riguardo: all'impugnativa del decreto che dispone la liquidazione²¹, nel giudizio per la dichiarazione di insolvenza²², nonché ai fini della proposta del concordato in liquidazione. Quest'ultimo caso è peraltro espressamente previsto dal combinato disposto di cui agli articoli 80, comma 5, e 93, comma 1,

²¹ Per quanto il discorso, relativamente a tale ipotesi, si innesti nella materia amministrativa – posto che la suddetta impugnativa appartiene alla giurisdizione del T.A.R. –, per completezza, si deve precisare che la legittimazione ad agire va riconosciuta alla banca in quanto tale, che azionerà giudizialmente il diritto per mezzo del suo organo competente, e non già ai membri dell'organo stesso a titolo personale, con conseguente chiamata in causa della banca quale soggetto contro-interessato. E questo perché la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia, disposta con il decreto di liquidazione, incide sull'interesse proprio della persona giuridica a conservare la sua soggettività e, *in primis*, la sua esistenza, destinata invece a venir meno quale epilogo della procedura avviata: O. Capolino, *Profili processuali e sostanziali dell'amministrazione straordinaria delle banche*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 743. Il tema, tuttavia, può non dirsi pacifico, essendo già stato messo in discussione con riguardo alla procedura di amministrazione straordinaria. È stato infatti affermato che gli organi di una persona giuridica che cessano dalla carica non possono agire in nome e per conto dell'ente, bensì solo in nome e per conto proprio, come portatori dell'interesse diretto e personale al ripristino delle funzioni alle quali erano preposti, con la conseguenza che la posizione dell'ente non è qualificabile come di cointeresse, bensì di controinteresse: T.A.R. Lazio, sez. I, 20 marzo 1996, n. 429, in *Dir. banc.*, 1997, I, p. 609. Deve comunque sottolinearsi, a sostegno della tesi sopra propugnata, come tale decisione circoscriva essa stessa la portata delle proprie conclusioni «almeno» (*rectius*, solo) nel caso «in cui non viene in discussione il diritto dell'ente ad esistere». Caso che, *invero*, si concretizza in pieno proprio nella liquidazione coatta amministrativa.

²² Si confronti quanto scritto nel cap. II, § 3.2.1

del T.U. È infatti stabilito che, in qualsiasi stadio della procedura di liquidazione coatta, la banca stessa, seppur con il parere dell'organo liquidatorio e su autorizzazione dell'Autorità di vigilanza, possa proporre un concordato al tribunale del luogo dove l'impresa ha sede legale. Nonostante dunque l'azzeramento delle funzioni di qualsiasi organo dell'ente bancario, è per esplicito fatta salva la possibilità per la banca di presentare *in proprio* una proposta di concordato.

Quanto poi al secondo profilo di differenziazione rispetto alla disciplina fallimentare sopra individuato, riguardante l'incondizionalità della legittimazione ad agire del commissario liquidatore, occorre, a contrasto, rilevare come l'art. 25, comma 1, n. 6) l.f. prescriva l'obbligatorietà di autorizzazione, affinché il curatore possa stare in giudizio come attore o (anche, si noti, come) convenuto. Autorizzazione, in particolare, rilasciata dal giudice delegato per atti determinati ovvero per ogni grado di giudizio. Di tale prescrizione è invece ignara la disciplina settoriale. Peraltro, la mancanza, nel Testo Unico, di una norma analoga non viene affatto colmata dalla previsione fallimentaristica²³,

²³ Nonostante infatti il comma 4 dell'art. 80 T.U. invochi la generale applicabilità delle disposizioni fallimentari per quanto non espressamente previsto dalla disciplina di settore, è evidente, nel caso di specie, la non compatibilità - cui peraltro è espressamente subordinato il richiamo - della norma contenuta nell'art. 25 l.f. sopra citato, anche solo alla luce dell'assenza, nella liquidazione coatta bancaria, della figura del giudice delegato che non pare

ma anzi depone nel senso di una «non necessarietà» di autorizzazione per l'esercizio di *ogni* azione che il commissario liquidatore intenda intraprendere, sia quando agisca come titolare *iure proprio*, sia quando eserciti il diritto in nome e per conto della banca legalmente rappresentata. Trattasi comunque di una regola che non si sottrae ad eccezioni, risultando queste

sostituibile *in parte qua* dall'Autorità di vigilanza, come invece può – potenzialmente – verificarsi altrove (cfr. art. 201, comma 2, l.f.). La non applicabilità della disposizione fallimentare comporta, inoltre, una piena autonomia commissariale – negata alla curatela fallimentare – anche nella liquidazione dei compensi e nella disposizione di un'eventuale revoca dell'incarico conferito ai difensori, direttamente nominati dal commissario medesimo – qui, invece, al pari del curatore –.

talvolta testualmente previste²⁴, e tal'altra affermatasi nel diritto vivente²⁵.

In particolare, tutte le volte in cui il commissario liquidatore necessita di una preventiva autorizzazione da parte dell'Autorità amministrativa – la quale, come visto, ben può anche subordinare che determinati atti siano da essa stessa approvati in via anticipata, pure quando la legge nulla disponga a riguardo –, nel processo, tale l'autorizzazione diviene requisito per la regolare costituzione in giudizio del commissario

²⁴ Ai sensi dell'art. 84, comma 5, T.U., ad esempio, il commissario liquidatore è legittimato ad esercitare nei confronti (anche, ma non solo) dei membri dei cessati organi di amministrazione e controllo le azioni di responsabilità, spettanti alla società *ex art.* 2393 c.c. e ai creditori sociali *ex art.* 2394 c.c., solo a seguito di autorizzazione da parte della Banca d'Italia. Tale "permesso", comunque, non vincola il giudice nella decisione di merito e sarà dato, oltre che sulla scorta di una (imprescindibile) valutazione circa i presupposti dell'azione – quali esistenza del danno e nesso di causalità con il comportamento dei disciolti organi societari –, soprattutto (stante il soggetto da cui proviene) in base a una comparazione tra i vantaggi e gli svantaggi possibili che le suddette azioni possono comportare: A. Pisani Massamormile, *Poteri e funzionamento degli organi liquidatori*, cit., p. 1322. Alla luce di tale premessa, sembra allora conseguire un obbligo di autorizzazione pure nel caso di transazione o eventuale rinuncia all'azione di responsabilità: G. Bavetta, *La liquidazione coatta amministrativa*. Milano, 1974, p. 129.

²⁵ Si ricorda in proposito quanto rilevato nel cap. II, § 3.2.1, ove si è scritto che l'istanza per la dichiarazione giudiziale di insolvenza bancaria può/deve essere presentata dal commissario liquidatore – qui agente quale detentore delle prerogative poste a tutela dei diritti del ceto creditorio e non già in rappresentanza della banca – *esclusivamente* previa autorizzazione dell'Autorità governativa, ancorché personalmente e senza l'ausilio di un difensore: Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 1992, n. 11085, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 305.

liquidatore, nonché per il regolare (*rectius*, valido) compimento degli atti processuali, fermo restando che, come si sostiene²⁶, l'autorizzazione costituisce presupposto processuale solo «dalla parte dell'attore», posto che, unicamente in tal caso la sua mancanza invaliderebbe la domanda giudiziale, impedendo al processo di giungere a una pronuncia di merito. Nell'ipotesi invece in cui l'autorizzazione manchi al commissario liquidatore nella veste di convenuto, nonostante l'invalidità degli atti processuali dal medesimo compiuti, l'emanazione di una pronuncia di merito non sarebbe preclusa. Piuttosto, il commissario liquidatore, privo di autorizzazione, sarà considerato come un convenuto contumace, ossia come un soggetto che non compie atti. Vale poi la pena ricordare che il difetto di autorizzazione è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo – salvo il giudicato – e, comunque, è suscettibile di sanatoria retroattiva. Rimanendo nel paradigma del processo ordinario di cognizione, l'art. 182, comma 2, c.p.c. stabilisce infatti che, in prima udienza, il giudice istruttore, quando rilevi un difetto di autorizzazione, assegna alle parti un termine perentorio per il rilascio delle necessarie autorizzazioni; l'osservanza del termine sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione: ed eccone la retroattività.

²⁶ Cfr. ancora F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., p. 197.

Infine, si vuole osservare, alla stregua di quanto scritto nel paragrafo precedente, che, in tutti i casi in cui l'organo pubblico della procedura prosegua o inizi giudizi spettanti all'impresa fallita o alla banca in liquidazione coatta, tale soggetto agirà – ma lo stesso è a dirsi anche quando si ponga in posizione passiva –, in un caso, quale *sostituto processuale* del fallito, subentrando nella medesima situazione che avrebbe avuto quest'ultimo agendo in proprio, e, nell'altro, quale *rappresentante legale* dell'ente bancario. Le rispettive implicazioni processuali, di cui si sottolinea fin d'ora la differenza, non possono dunque essere trascurate.

A riguardo, pare opportuno premettere gli effetti prodotti dalla sostituzione processuale fallimentare. Sul tema, si è in particolare sostenuta l'impossibilità, per il curatore, di rendere interrogatorio formale e, dunque, di confessare, non potendo infatti lo stesso disporre di diritti di appartenenza altrui²⁷, il cui mancato esercizio

²⁷ Cass. civ., sez. I, 20 gennaio 1995, n. 629, in *Fall.*, 1995, p. 905; Trib. Padova, 6 agosto 2003, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 984. Si veda altresì: Cass. civ., sez. II, 16 settembre 2002, n. 13513, in *Fall.*, 2003, p. 517, affermando che nel giudizio promosso dal curatore del fallimento del creditore per ottenere l'adempimento di un'obbligazione, il debitore non può opporre la quietanza (rilasciata dal creditore all'atto del pagamento) quale confessione stragiudiziale del pagamento stesso, *ex art. 2735 c.c.*, atteso che tale confessione è valida solo nel giudizio in cui siano parti l'autore e il destinatario di quella dichiarazione di scienza, mentre il curatore, pur ponendosi, nell'esercizio di un diritto del fallito, nella stessa posizione di quest'ultimo, è una parte processuale diversa dal

da parte del fallito – per divieto legale *ex art. 42 l.f.* – non sottende il venir meno della titolarità dei medesimi in capo a quest'ultimo. Parimenti inibita è la possibilità di deferire al medesimo soggetto il giuramento decisorio²⁸. Dall'indisponibilità dei diritti controversi da

fallito medesimo. Nello stesso senso, già: Trib. Cagliari, 25 settembre 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 833 (con nota di Bano), precisante che la dichiarazione confessoria resa dal fallito, non avendo valore di piena prova nei confronti del curatore, è priva di effetti vincolanti e rappresenta solo un documento probatorio liberamente valutabile dal giudice, al pari di ogni altra prova acquisita al processo. Si veda, per contro, peraltro, specificatamente in tema di liquidazione coatta amministrativa, nonostante la relativa disciplina generale ricalchi quella sul fallimento (da cui la normativa *de quo*, come detto, si discosta): Cass. civ., sez. I, 19 novembre 2008, n. 27510, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 1583, ove è stato affermato che il commissario liquidatore, il quale agisca in giudizio per la restituzione di una somma di denaro, che si assuma corrisposta indebitamente in epoca antecedente all'apertura della procedura concorsuale, esercita un'azione rinvenuta nel patrimonio del soggetto sottoposto alla procedura, ponendosi nella sua stessa posizione sostanziale e processuale – ecco qui l'assimilazione al ruolo del curatore (invece impropria per la figura del commissario di liquidazione coatta bancaria) –, nella posizione, cioè, che avrebbe avuto il soggetto in liquidazione, agendo in proprio al fine di acquisire al suo patrimonio poste attive di sua spettanza; da ciò conseguirebbe – a detta dei giudici di legittimità – che, ove la pretesa restitutoria si fondi sulla produzione di quietanze di pagamento, nelle quali sia indicata anche la causale, il terzo convenuto in giudizio può *legittimamente* opporre al liquidatore l'esistenza del titolo che giustificava la prestazione della somma di cui si chiede la restituzione, avendo la quietanza natura di confessione stragiudiziale, e non essendo consentito al liquidatore scinderne il contenuto, per escluderne il valore probatorio e l'opponibilità con riferimento alla sola causale del pagamento.

²⁸ Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3573, in *Foro it. Mass.*, 2011, p. 154. Cfr. Però: Trib. Agrigento, 15 gennaio 2004, in *Fall.*, 2005, p. 330 (con nota di Zorzi), secondo cui al curatore fallimentare può

parte del curatore fallimentare discende inoltre un chiaro ostacolo all'applicabilità del principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c., secondo il significato che gli è proprio, potendo semmai propendersi, in tal caso, nel senso di valore di mero argomento di prova della mancata specifica contestazione dei fatti dedotti dalla controparte²⁹.

Avendo così – seppur in estrema sintesi – compreso la posizione del curatore fallimentare, si possono ora meglio analizzare le differenze che, rispetto a questo, presenta il ruolo del commissario liquidatore. In termini generali, non può certo negarsi – risultando l'ipotesi prevista peraltro dalla legge stessa – che la confessione giudiziale possa benissimo essere resa dal legale rappresentante di una persona giuridica, essendo proprio (e solo) nei confronti di tale soggetto che può rivolgersi l'interrogatorio formale³⁰. Così come pure le dichiarazioni da egli fornite non possono costituire semplici presunzioni, dovendosi invece apprezzare,

essere deferito, previa autorizzazione dei competenti organi, il giuramento decisorio *de scientia*; nei medesimi termini anche: Trib. Agrigento, 12 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 1426.

²⁹ Esclude direttamente l'operatività del suddetto principio in presenza di controversie relative a diritti non disponibili: I. Pagni, *La riforma del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1313. Similmente, in giurisprudenza: Trib. Varese, 27 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2011, p. 619 (con nota di Frus); Trib. Rovigo-Adria, 10 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 1383.

³⁰ Cass. civ., sez. II, 6 giugno 2006, n. 13212, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 1091; Trib. Caltanissetta, 30 novembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 637 (con nota di Campione).

specificatamente, come una confessione stragiudiziale e, dunque, quale prova diretta e non già indiziaria³¹. Del resto, ai sensi dell'art. 2731 c.c., l'efficacia probatoria della confessione postula che essa provenga da persona capace di disporre del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono, cioè da persona che abbia la capacità e la legittimazione ad agire negozialmente riguardo al rapporto in questione. Pertanto, ove la confessione sia resa da un rappresentante, occorrerà semplicemente che il rapporto di rappresentanza (nella specie legale) sia in vita nel momento in cui la stessa è data e che questa rientri nei limiti dei poteri attribuiti al rappresentante (qui dalla stessa legge)³². Inoltre, deve ritenersi che la capacità di stare in giudizio, in qualità di legale rappresentante di una persona giuridica, si intende comprensiva della capacità di deferire, accettare, prestare e riferire il giuramento decisorio³³. Anche se, qualora quest'ultimo venga deferito su fatti inerenti all'attività del soggetto rappresentato, il giuramento stesso non può configurarsi come giuramento *de veritate* se non quando verta su fatti propri della persona fisica che, nella suddetta qualità, è chiamato a prestarlo³⁴. In

³¹ Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 1999, n. 1481, in *Rass. Avv. Stato*, 1999, I, p. 477.

³² Cass. civ., 30 novembre 1989, n. 5264, in *Foro it. Rep.*, 1989, voce *Confessione civile* [1560], n. 1.

³³ Così: Cass. civ., 23 dicembre 1983, n. 7607, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Giuramento civile* [3320], n. 10.

³⁴ Cass. civ., sez. I, 28 ottobre 2005, n. 21080, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Giuramento civile* [3320], n. 6; Cass. civ., sez. II, 19 aprile 1995, n. 4365, in *Foro it. Rep.*, 1995, voce *Giuramento civile* [3320], n. 7. Si

altre parole, quando il giuramento decisorio sia deferito al legale rappresentante di un soggetto di diritto diverso dalla persona fisica, il rappresentante stesso può essere chiamato a giurare *de veritate* soltanto se egli sia stato autore o partecipe dei fatti enunciati nella formula; mentre, se si tratta di fatti di cui egli abbia avuto conoscenza nella sua qualità, mediante informazioni o consultazioni di documenti dell'organizzazione che rappresenta, il deferimento stesso non può che essere *de notitia*³⁵ o *de scientia*³⁶. In particolare, nel giuramento *de*

veda altresì: Cass. civ., 8 febbraio 1985, n. 1022, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Giuramento civile* [3320], n. 9, la quale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2739, comma 2, c.c., interpretato nel senso che esso escluda la possibilità di deferire al legale rappresentante di una persona giuridica un giuramento *de veritate* per fatti che, pur inerenti alla persona giuridica, non siano stati compiuti da lui personalmente, prospettata in relazione (anche) al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., atteso che detto principio postula l'uguaglianza delle situazioni, la quale, però, non ricorre per i soggetti dei quali l'uno sia legittimato sostanzialmente e l'altro solo processualmente. Ne consegue comunque che, qualora al legale rappresentante di una società venga deferito il giuramento *de veritate* e questi eccepisca di non poterlo prestare, non essendo in carica all'epoca dei fatti, non essendo l'autore dei fatti e non avendovi partecipato, non può ritenersi avverata l'ipotesi in cui il rifiuto di giurare corrisponde al giuramento su formula contraria a quella ammessa, con la vittoria quindi della parte alla quale il giuramento era stato deferito: Cass. civ., 26 giugno 1980, n. 4020, in *Foro pad.*, 1980, I, p. 114.

³⁵ Cass. civ., sez. lav., 21 ottobre 1992, n. 11491, in *Foro it. Rep.*, 1992, voce *Giuramento civile* [3320], n. 2.

³⁶ Il *distinguo* tra il giuramento *de veritate* e quello *de scientia* viene ben spiegato da: Cass. civ., 16 dicembre 1988, n. 6873, in *Foro it. Rep.*, 1988, voce *Giuramento civile* [3320], n. 5, che infatti precisa come il giuramento decisorio deferito al legale rappresentante di

scientia, la dichiarazione del giurante di ignorare i fatti si risolve in un giuramento negativo favorevole a chi lo ha prestato³⁷.

La differenza essenziale tra curatore e commissario liquidatore, uno sostituto processuale, l'altro rappresentante legale dei soggetti, rispettivamente, sottoposti a fallimento e liquidazione coatta bancaria, si coglie quindi nella (in)disponibilità dei diritti controversi, dettata da una precisa scelta legislativa e non già dalla diversa natura della procedura a cui i due organi sono deputati. Ché, se così fosse, anche l'art. 200 l.f., sulla liquidazione coatta amministrativa in generale, avrebbe optato per la dizione consacrata nel Testo Unico, anziché replicare la formula fallimentaristica. In particolare, la scelta compiuta dal legislatore di settore deve reputarsi apprezzabile se letta alla luce della *ratio* ipotizzata di evitare una soluzione di continuità tra il prima e il dopo dell'avvio della procedura. Finalità di concretizzazione urgente proprio con riguardo al "fallimento" dell'impresa bancaria. Non può comunque non notarsi come il commissario liquidatore, quale legale rappresentante della banca in liquidazione coatta, venga in realtà ad assumere una veste ibrida: per

una società sia *de veritate* se verte su circostanze di fatto direttamente riferibili al giurante, qualificandosi invece *de scientia*, qualora riguardi circostanze delle quali il giurante medesimo, essendo esse anteriori all'assunzione della legale rappresentanza dell'ente, può avere una conoscenza solo indiretta.

³⁷ Cass. civ., 9 dicembre 1981, n. 6507, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Giuramento civile* [3320], n. 11.

quanto infatti sia chiamato a manifestare la volontà dell'ente – seppur per *finzione*, stante la cessazione delle funzioni degli organi bancari deliberativi –, egli non coincide con l'ente stesso, mancando infatti un rapporto di immedesimazione organica rispetto alla banca del cui interesse è portatore. Come sopra già avvertito, quindi, il commissario liquidatore sembra mantenere (sempre) una posizione di terzietà rispetto alla persona giuridica che rappresenta, scaturente dal ruolo *pubblico* che è chiamato al contempo a svolgere. Cionondimeno, l'assoluta peculiarità, rispetto ai tradizionali soggetti del processo, della figura del legale rappresentante impersonata dal commissario della banca in liquidazione coatta, pur portando – astrattamente – ad interrogarsi su una possibile rivisitazione dei poteri che tale soggetto può esplicare nello svolgersi di un giudizio, non pare possa condurre a un travolgimento delle conclusioni cui sopra si è giunti, nel senso di un'equiparazione con la diversa – eppur sotto altri aspetti simile – figura del curatore fallimentare. Semplicemente, occorre prender atto di una più accentuata commistione di ruoli in capo a un medesimo soggetto che ne può complicare oltre modo l'esercizio, non tanto (o non solo) dal punto di vista pratico, quanto piuttosto (e anche) sotto il profilo delle implicazioni giuridiche, posto che, proprio con riguardo a quest'ultime occorre aver ben presente quando il commissario agisca in proprio e quando in qualità di rappresentante, fermo restando che, a detta di legge, in

entrambi i casi *agirebbe* quale pubblico ufficiale. Qui, allora, una correzione interpretativa parrebbe essere opportuna, dovendosi scindere le due principali posizioni di cui il commissario viene ad essere titolare, l'una certamente pubblica, l'altra da confinare alla sfera dei rapporti privatistici. Correzione che, invece, non vale per il curatore fallimentare in quanto per esso la legge non prevede la qualità di «rappresentante legale».

2. Gli effetti tipici giustificati dal carattere universale e concorsuale della procedura

Nel dettare la tipologia e la precisa decorrenza temporale degli effetti del provvedimento di avvio, l'art. 83 del T.U. si pone quale norma cardine della liquidazione coatta amministrativa bancaria, in quanto preordinata alla realizzazione dei caratteri di universalità e concorsualità della procedura medesima. In tal senso, è però subito da avvertirsi come la norma in esame non esaurisca invero la disciplina di tutti gli effetti che la liquidazione coatta della banca determina, occupandosi invece di quelli prettamente “fallimentari”, qui però capaci di prodursi – sempre e comunque – a prescindere dalla dichiarazione giudiziale di insolvenza. Dunque, pur tralasciando tale dato fattuale-giuridico – in cui invece gli effetti del fallimento si radicano –, la disposizione in commento richiama *in toto* le norme contenute nelle specifiche sezioni della legge fallimentare relative agli effetti «per i creditori» e «sui rapporti giuridici preesistenti». Mentre, quanto alle

conseguenze che l'apertura della procedura sviluppa sulla posizione del soggetto alla medesima sottoposto, il legislatore del Testo Unico sceglie un'individuazione puntuale dei singoli articoli dettati con riguardo agli effetti della dichiarata insolvenza per il fallito. Al richiamo - si può dire rafforzato - alle disposizioni fallimentari - già di per sé invocabili, giusto il rinvio generalizzato compiuto dall'ultimo comma dell'art. 80 del T.U. - si aggiungono poi, chiaramente, talune specificazioni imposte dalla natura speciale della procedura *de qua*, che, in parte, si sovrappongono alla disciplina fallimentare invocata. Si ricorda, inoltre, come ultima postilla - posto che il tema è già stato affrontato³⁸ -, che l'apertura della liquidazione coatta amministrativa, anche senza insolvenza, è in grado di produrre, quale unico effetto "fallimentare" sugli atti pregiudizievoli ai creditori, l'esercizio, da parte del commissario liquidatore, dell'azione revocatoria ordinaria ai sensi dell'art. 66 l.f., risultando invece quello relativo alla revocatoria propriamente fallimentare giustamente confinato alla sola ipotesi di insolvenza bancaria giudizialmente accertata.

Nonostante l'ampiezza della portata, ciò che l'art. 83 del T.U. manca impropriamente di fare, a differenza invece di quanto operato dal comma secondo dell'art. 201 l.f., in tema di effetti del provvedimento di liquidazione coatta in generale, è precisare che il

³⁸ Si veda *supra*, quanto scritto nel cap. III.

tribunale e il giudice delegato, i cui poteri sono presi in considerazione dalle norme fallimentari richiamate, vengono sostituiti dall'Autorità amministrativa di vigilanza, mentre nel ruolo del curatore subentra il commissario liquidatore e in quello del comitato dei creditori, il comitato di sorveglianza. La specificazione compiuta dal suddetto art. 201 - di non secondaria importanza, dato che estromette (nella liquidazione coatta amministrativa) l'attività giurisdizionale da tutti i casi in cui la stessa viene invece in rilievo nella disciplina sugli effetti del fallimento - deve pertanto ritenersi pienamente valevole anche nel contesto in esame.

2.1 La decorrenza degli effetti

L'inizio della liquidazione è inequivocabilmente contrassegnato dalla *sospensione* del pagamento delle passività di qualsiasi genere, nonché delle restituzioni dei beni appartenenti a terzi, ma nella disponibilità della banca³⁹. E il momento in cui tale sospensione si realizza è dalla legge individuato, come regola, nella data di insediamento dell'organo liquidatore, che, in concreto, si verifica, in ossequio al disposto di cui all'art. 85 del T.U., con la presa in consegna dell'azienda (dai

³⁹ È da precisarsi che il riferimento al concetto di «sospensione», anziché a quello di «cessazione», che sarebbe stato di certo più congruo se rapportato alla finalità estintiva della procedura, si giustifica in relazione all'attività di riparto, consistente proprio nel pagamento delle passività e nella restituzione dei beni ai terzi, sia pure, entrambi, *sui generis*.

precedenti organi di amministrazione o liquidazione ordinaria) documentata da un sommario processo verbale. È infatti sulla base di quest'ultimo che la Banca d'Italia, in aderenza alla previsione dettata dall'ultima parte del primo comma dell'art. 83 del T.U., rileva la predetta data di insediamento, con l'indicazione del giorno, dell'ora e del minuto. Tale precisazione, connotante la peculiarità della procedura in esame, è colma di rilevanza pratica, in quanto, da un lato, consente all'Autorità di vigilanza di gestire con maggior sicurezza l'esclusione della banca dai mercati e dai sistemi di pagamento e, dall'altro, rende possibile, in sede di continuazione dell'esercizio d'impresa disposta all'atto di insediamento, evitare lo scioglimento «di diritto» dei rapporti giuridici preesistenti⁴⁰. La medesima finalità, pertanto, giustifica pure la deroga al principio dell'immediatezza degli effetti delle procedure concorsuali, che trova coerentemente conferma anche nella disciplina sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento di cui al decreto legislativo 12 aprile 2001, n. 210⁴¹, mentre invece non ha alcun riscontro nella corrispondente previsione della

⁴⁰ E. Galanti, *Commento all'art. 83*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, II, 2012, pp. 1026-1027.

⁴¹ Il relativo art. 3, comma 2, ricalca infatti pedissequamente il primo comma dell'art. 83 T.U.

disciplina generale sulla liquidazione coatta amministrativa contenuta nella legge fallimentare⁴².

Il primo comma dell'art. 83 del T.U. pone comunque una sorta di clausola di tutela del principio (qui non già di immediatezza, bensì – comunque –) di tempestività della produzione degli effetti, qualora l'insediamento commissariale – preceduto dalla nomina governativa che è (per forza) successiva rispetto al provvedimento di liquidazione – ritardi a concretizzarsi. In tal caso, infatti, la predetta sospensione, e in generale tutti gli effetti previsti dall'art. 83 del T.U., si realizzeranno dal terzo giorno seguente la data di adozione del decreto ministeriale che dispone l'apertura della procedura ai sensi dell'art. 80 del T.U. In ogni caso, si riporta che, nella prassi, ha luogo l'emanazione del provvedimento di liquidazione a cavallo del fine settimana o, comunque, in orario di chiusura dei mercati, con insediamento immediato del commissario liquidatore e contestuale disposizione della continuazione dell'esercizio di impresa *ex art. 90, comma 3, del T.U.*⁴³, senza dunque che atti distrattivi della *par condicio* abbiano possibilità concrete di realizzarsi e, in più, con agevolazione della cessione dei rapporti d'impresa, noto

⁴² L'art. 201 l.f. prevede in particolare la decorrenza degli effetti «dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione».

⁴³ Che, si ricorda, esclude lo scioglimento di diritto dei rapporti giuridici preesistenti.

strumento per mezzo del quale vengono risolte le crisi bancarie⁴⁴.

Il posticipo generalizzato del *dies a quo* di produzione degli effetti “fallimentari” della liquidazione coatta bancaria (rispetto al provvedimento d’apertura), documentato dall’Autorità di controllo, ma privo di specifica pubblicità – in assenza di prescrizioni normative che in tal senso depongano – sembra (già di per sé) bypassare la regola dello sdoppiamento della data di decorrenza degli effetti prevista «nei riguardi dei terzi», subordinatamente a un regime pubblicitario, dall’art. 16, comma 2, l.f., in merito alla dichiarazione di fallimento. In tal caso, infatti, la sentenza dichiarativa è in grado di esplicitare i propri effetti dalla sua iscrizione nel registro delle imprese, ai sensi del seguente art. 17 l.f. L’impianto pubblicitario ricavabile dalla disciplina settoriale risulta invece diverso. Due, in particolare, sono le forme di pubblicità previste, rispettivamente dal comma quarto dell’art. 80 e dal comma secondo dell’art. 81 del T.U. Il primo si limita a prevedere, senza alcun dettame temporale, la pubblicazione per estratto del decreto ministeriale dispositivo della liquidazione in Gazzetta Ufficiale. Similmente, il secondo stabilisce la pubblicità del provvedimento della Banca d’Italia di nomina degli organi della procedura, nonché della designazione del presidente del comitato di sorveglianza deliberata la relativo collegio. In più, però,

⁴⁴ E. Galanti, *Commento all’art. 83, cit.*, pp. 1027-1028.

è disposto che i medesimi atti di nomina siano depositati, a cura del commissario liquidatore, entro quindici giorni dalla comunicazione della nomina stessa, per l'iscrizione nel registro delle imprese. A tale forma di pubblicità non è però accompagnata alcuna conseguenza esplicita sul piano degli effetti. Cionondimeno, se le pubblicazioni previste in Gazzetta Ufficiale ben possono assolvere a una funzione di mera *notizia*, l'iscrizione nel registro delle imprese - nella specie - del provvedimento governativo di nomina dell'organo commissariale sembrerebbe idonea a svolgere un ruolo di pubblicità *dichiarativa*. Il relativo scopo dovrebbe infatti ravvisarsi nel rendere *opponibile* ai terzi il fatto giuridico pubblicizzato. In realtà non è così, posto che anche l'iscrizione nel registro delle imprese appare qui "degradata" alla funzione di semplice notizia. E la conferma si ritrova proprio nella disciplina consacrata nell'art. 83 del T.U., che ricollega, in modo generalizzato, la produzione degli effetti del provvedimento di liquidazione, *anche* nei riguardi dei terzi, alla data di insediamento dell'organo liquidatore e, comunque, al terzo successivo all'adozione del provvedimento di liquidazione - quindi neppure alla pubblicazione di questo in Gazzetta Ufficiale -. La conoscibilità dello stato di liquidazione coatta cui viene a trovarsi la banca risulta dunque presunta *iuris et de iure* dal momento *ex lege* individuato, che prescinde da

una sua manifestazione sotto forma dei comuni metodi pubblicitari⁴⁵.

Sul piano pratico, la portata di una simile scelta si riflette, tra le altre, sulle ipotesi di revocatoria *ordinaria* sanzionabili *ex art. 66 l.f.* – testualmente richiamato dall’art. 83, comma 2, del T.U. – che, con riguardo al lasso temporale compreso tra la data effettiva di produzione degli effetti e quella di iscrizione nel registro delle imprese, saranno totalmente azzerate, posto che qualsiasi atto o pagamento – astrattamente – posto in essere, in proprio, dagli organi bancari sarà *ex lege* inefficace, giusta l’applicazione di cui all’art. 44 l.f. – anch’esso espressamente menzionato dalla disposizione in commento –.

Da ultimo si osserva come il fatto che l’iscrizione nel registro delle imprese contemplici – a detta di legge – il solo atto di nomina commissariale, e non anche il processo verbale di insediamento, da un lato, confermi

⁴⁵ Infatti, una delle critiche mosse al sistema previgente, che invece, similmente alla disciplina generale, collegava la decorrenza degli effetti dal giorno di emanazione del provvedimento di liquidazione, risiedeva nel rilievo di una discrasia tra il momento di efficacia dell’atto e quello della sua conoscibilità da parte dei soggetti sulle cui posizioni esso era destinato ad incidere, coincidente con l’intervento del commissario liquidatore. Sul tema: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 266, il quale sottolinea che dall’impostazione preesistente potevano derivare, in generale, problemi di affidabilità del sistema creditizio, con gravi rischi in termini sia di funzionalità dei mercati finanziari e dei sistemi di pagamento, sia di ripercussioni di carattere sistemico.

la natura di notizia di tale pubblicità e, dall'altro, suscita comunque l'esigenza di un'integrazione, in modo da render certo anche al pubblico indistinto l'esatto momento di produzione degli effetti, così come precisamente rilevato dalla Banca d'Italia. Quest'ultima, a sua volta, avrà cura di darne adeguata diffusione, perlomeno nell'albo in cui, ai sensi dell'art. 13 del T.U., risulti iscritta la banca sottoposta a liquidazione, unitamente al decreto ministeriale con il quale, contestualmente all'apertura della procedura, viene revocata l'autorizzazione a svolgere attività bancaria.

2.2 Il richiamo alle norme fallimentari

Chiarita dunque l'identità del termine di decorrenza per *tutti* gli effetti cc.dd. "fallimentari" del provvedimento di liquidazione coatta bancaria (con o senza insolvenza), si vuole qui limitare il discorso all'individuazione di essi, così come compiuta dal comma secondo dell'art. 83 del T.U., la cui previsione pertanto esclude una trasfusione generalizzata – ancorché filtrata da un preventivo esame di compatibilità, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 80 del T.U. – degli effetti del fallimento nella procedura in commento. In particolare, si sceglie di circoscrivere il tema precipuamente sugli effetti espliciti con riguardo al soggetto sottoposto a procedura. Come si è già scritto nell'introduzione del paragrafo principale, la banca in liquidazione coatta riceve la medesima disciplina riservata al fallito, solo per quanto concerne le norme

dettate – in quanto le uniche espressamente menzionate – dagli articoli 42, 44 e 45 l.f. Per quel che invece concerne gli effetti per i creditori e sui rapporti giuridici preesistenti, previsti dalla legge fallimentare, essendo questi applicabili senza *distinguo*, si ritiene superfluo indagare oltre, salvo quanto si dirà nel prossimo paragrafo in merito al divieto di azioni individuali.

Dunque, nei confronti della banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa trovano innanzitutto applicazione: il principio dello spossessamento, inteso come sottrazione del potere di amministrare e disporre i propri beni; il regime di inefficacia automatica degli atti dalla medesima posti in essere; la previsione relativa alle formalità necessarie per rendere opponibili gli atti a terzi. Lo spossessamento viene pertanto ben a coincidere, sia di fatto che di diritto, con la presa in consegna dell'azienda bancaria da parte del commissario liquidatore⁴⁶. La previsione dell'inefficacia di cui all'art. 44 l.f. risulta invece essere semplicemente un rafforzativo di quello che dovrebbe già valere fin «dalla data di emanazione» del decreto ministeriale, posto che, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del T.U., – come ripetutamente ricordato – è a partir da tale momento

⁴⁶ Peraltro, già la previsione della sospensione del pagamento delle passività e delle restituzioni di beni a terzi rivela il contenuto peculiare in cui lo spossessamento, nel caso dell'impresa bancaria, (almeno parzialmente) si sostanzia. Tale sospensione è infatti prodromica all'attribuzione al commissario liquidatore di ogni potere in materia di amministrazione delle disponibilità, di qualsiasi natura e a qualsiasi titolo, esistenti presso l'impresa.

che «cessano le funzioni degli organi amministrativi, di controllo e assembleari, nonché di ogni altro organo della banca». Anche se, letta così, la disposizione indurrebbe a propendere, più correttamente, verso una più radicale inesistenza – anziché mera inefficacia – degli atti compiuti. Il che sarebbe anche decisamente più coerente con la finalità estintiva connotante la procedura in commento. In tale prospettiva risulta quindi di ardua comprensione l'applicazione dell'art. 45 l.f., sostituendosi la data della dichiarazione di fallimento con quella di insediamento del commissario liquidatore (o, al più, con quella coincidente con il terzo giorno successivo all'adozione del provvedimento di liquidazione). La fattispecie, infatti, proprio in virtù della caducazione di ogni organo bancario dal tempo di emanazione del decreto ministeriale, sembrerebbe doversi rapportare giusto a tale momento – come anche previsto dall'art. 200 l.f. – e non già a quello successivo per legge invece fissato (indiscriminatamente) per il prodursi di qualsiasi effetto previsto. In realtà, il riferimento alla data di insediamento dell'organo liquidatore troverebbe giustificazione proprio nella necessità di far salva l'efficacia dei pagamenti effettuati dalla banca dal momento dell'emanazione del provvedimento a quello della presa in consegna dell'azienda da parte del commissario liquidatore⁴⁷. In

⁴⁷ Così infatti insegna la Relazione illustrativa al d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, il quale ha introdotto nel Testo Unico la nuova disciplina della decorrenza degli effetti in commento, modificando quella previgente, in ossequio alla quale – si è visto – pure gli effetti

tale prospettiva, allora, si può comprendere la ricostruzione dottrinale che immagina una permanenza degli organi bancari, pur dopo l'emissione del decreto ministeriale di liquidazione coatta, al mero fine di assolvere un obbligo di custodia del complesso aziendale con annessa possibilità di compiere atti di *negotiorum gestio*, fino al passaggio della consegna⁴⁸.

Della sezione I del capo III, contenuto nel titolo II della legge fallimentare, rimangono invece estromesse le previsioni, relative agli effetti della dichiarata insolvenza per il fallito, contenute negli articoli 43 e da 46 a 49. L'esclusione dell'art. 43 l.f. – di cui si è già parlato e si parlerà anche altrove nel corso della presente trattazione – importa la non applicazione, nel

della liquidazione coatta amministrativa *bancaria* decorrevano dalla data di emanazione del provvedimento dispositivo. Ora, dunque, non si può che concludere nel senso di una dissociazione tra la funzionalità degli organi bancari, azzerata fin dall'emanazione del decreto di liquidazione, e l'operatività della banca che, al contrario, non viene meno fintanto che il commissario liquidatore non prenda in consegna l'azienda. Solo in tal modo, infatti, si può evitare di creare fratture nel sistema dei pagamenti.

⁴⁸ L. Desiderio, *Commento agli artt. 83-85*, cit., p. 707. *Contra*: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., pp. 247-248, secondo il quale il termine «cessazione» impiegato dall'art. 80, comma 5, T.U., con riguardo alle funzioni di ogni organo bancario, deporrebbe nel senso di un effetto ablativo definitivo e radicale, fatte salve le eccezioni espressamente previste, individuate nella legittimazione dell'assemblea a proporre il concordato di liquidazione (art. 93, comma 1, T.U.) e nella convocazione dell'assemblea medesima per deliberare la modifica dell'oggetto sociale successivamente all'esecuzione di detto concordato (art. 94, comma 2, T.U.).

contesto *de quo*, della regola che inibisce, quando non limita, la partecipazione in giudizio del soggetto sottoposto a procedura liquidatoria. La medesima finalità sottesa alla norma in commento, tuttavia, risulta qui perseguita – anche se non completamente realizzata – per altra via. Tramite infatti il divieto, di cui al comma terzo dell’art. 83 del T.U., di proseguire qualunque azione contro la banca in liquidazione coatta amministrativa, la legittimazione processuale dell’istituto di credito (almeno passiva e almeno nei casi non espressamente esentati dal divieto) viene, di fatto, a mancare. Quanto poi alle disposizioni contemplate negli articoli 46 e 47 l.f., dedicate rispettivamente all’elencazione dei beni non compresi nel fallimento e al diritto agli alimenti del fallito, la relativa non operatività nel caso di specie è *ictu oculi* evidente e non merita esplicite spiegazioni, nonostante non si possa ignorare che la corrispondente previsione di cui all’art. 200 l.f., sulla liquidazione coatta in generale, contempli espressamente l’applicazione di queste due norme. Discorso diverso è piuttosto a dirsi con riguardo ai dettami contenuti negli articoli 48 e 49 l.f. – in tal caso non menzionati neppure dal predetto art. 200 l.f. –, attinenti, come noto, agli obblighi di cui è gravato il fallito *in primis* nei confronti del curatore. Obblighi da cui non possono certo dirsi esentati i componenti dell’organo amministrativo della banca in liquidazione coatta, i quali, pur se cessati dalle proprie funzioni, saranno chiamati ad aderire a uno spirito collaborativo

nei riguardi del commissario liquidatore. E, nonostante la formulazione dell'obbligo trovi corrispondenza, nel fallimento, nella disciplina sull'esdebitazione, qui di certo lettera morta, un suo mantenimento, proprio a carico di chi ha condotto la banca in procedura concorsuale, non sembra affatto fuori luogo.

2.3 Il divieto di proseguire o promuovere ogni tipo di azione individuale nei confronti della banca in liquidazione

L'art. 83 del T.U., nonostante operi un richiamo diretto al divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 51 l.f. - il quale, infatti, pur non menzionato espressamente, risulta di indubbia applicazione, aprendo la sezione II del capo III del titolo II della legge fallimentare resa in blocco qui operativa -, al comma terzo avverte l'esigenza di esplicitare, con tono perentorio, che «contro la banca in liquidazione non può essere promossa né proseguita *alcuna* azione» (c.vo nostro), salvo quelle relative alla procedura. In particolare, ciò che la previsione citata produce è una situazione di *temporanea improponibilità della domanda in sede giudiziaria* - rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo - e non già (come in passato ritenuto) un difetto di giurisdizione del giudice ordinario⁴⁹. Ma non

⁴⁹ Risolve in tal senso il conflitto: Cass. civ., sez. un., 8 aprile 2002, n. 5037, in *Fall.*, 2003, p. 371. Con riguardo alla disciplina sulla liquidazione coatta amministrativa in generale - ma l'orientamento è ben riproducibile pure nel contesto *de quo* -, ha invece deposto nel senso di un difetto temporaneo di giurisdizione, oltre a una copiosa

solo. Parimenti, infatti, neppure può essere promosso o proseguito, per *qualsiasi* titolo, «alcun atto di esecuzione forzata o cautelare». Il richiamo all'art. 51 l.f., anche se importerebbe una disciplina non perfettamente identica a quella prevista nel Testo Unico – e non solo per difetto –, sembrerebbe perciò apparire ridondante, così cedendo agevolmente il passo alla previsione speciale (da ritenersi comunque sempre prevalente) e assumendo semmai rilievo puramente a fini integrativi. Da qui, per esempio la possibilità di sostenere che il divieto imposto dall'art. 83, comma 3, del T.U., nonostante sia solo l'art. 51 l.f. a precisarlo, copra – proprio in virtù del sotteso rinvio compiuto dal comma precedente all'art. 51 l.f. – anche i crediti maturati durante il fallimento⁵⁰.

giurisprudenza (non ancora del tutto sopita, nonostante l'intervento delle sezioni unite: Cass., sez. lav., 1° giugno 2005, n. 11674, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.*, n. 63; Cass. civ., sez. I, 1° aprile 2003, n. 4913, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.*, n. 31), anche: A. Bonsignori, *Liquidazione coatta amministrativa* (artt. 194-215), in *Commentario Scialoja-Branca*. Bologna, 1974, pp. 152 e ss.

⁵⁰ *Contra*: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit. p. 273, per il quale il divieto riguarderebbe invece solo le azioni relative ai rapporti preesistenti alla liquidazione, non valendo viceversa ad escludere l'instaurazione di giudizi traenti origine da controversie insorte in connessione all'attività negoziale svolta dal commissario liquidatore nel corso della procedura. Secondo L. Di Brina, *Gli effetti della liquidazione coatta amministrativa per la banca, per i creditori e sui rapporti giuridici preesistenti*, in P. Ferro-Luzzi, G. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria*. Milano, Il, 1996, p. 1387, il divieto di azioni individuali precluderebbe invece, non solo (anche) le azioni relative ai debiti cc.dd. di massa, perché nascenti

Ad ogni modo, la sostanziale differenza, che distingue la banca in liquidazione coatta amministrativa da qualunque altra impresa fallita, risiede, evidentemente, nella portata del divieto di azioni giudiziali, in un caso generalizzato, tale da coprire *qualsivoglia* tipologia, nell'altro, invece, limitato a quelle

da rapporti contratti dal commissario liquidatore, ma altresì quelle dei dipendenti aventi ad oggetto l'accertamento della legittimità del licenziamento o dell'esistenza del rapporto di lavoro, pur senza richiesta di riconoscimento di crediti per risarcimento o retribuzioni. A riguardo, proprio in materia di controversie laburistiche, si veda anche la diversa posizione assunta da: Cass. civ., sez. lav., 21 novembre 2000, n. 14998, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, p. 383, che sostiene come, in caso di sottoposizione della società datrice di lavoro a liquidazione coatta amministrativa – anche qualora si tratti di imprese bancarie, per cui la materia è disciplinata dall'art. 83 T.U. –, debba distinguersi tra le domande del lavoratore che mirano a pronunce di mero accertamento (per esempio, in ordine alla pregressa esistenza del rapporto di lavoro) oppure costitutive (per esempio, di annullamento del licenziamento e reintegrazione nel posto di lavoro) e domande dirette alla condanna al pagamento di somme di denaro (anche se accompagnate da domande di accertamento aventi funzione strumentale). Per le prime va riconosciuta, così come nel caso del fallimento, la perdurante competenza del giudice del lavoro, mentre per le seconde opera – non, come nel fallimento, l'attrazione della domanda nel foro fallimentare, bensì – la regola della improponibilità o improseguibilità della domanda (giustificata qui per difetto temporaneo di giurisdizione) durante la fase amministrativa di accertamento dello stato passivo davanti ai competenti organi della procedura di liquidazione coatta, ferma restando l'assoggettabilità del provvedimento attinente allo stato passivo ad opposizione o impugnazione davanti al tribunale della procedura. Il principio è stato in particolare enunciato con riguardo a una fattispecie relativa a un'impugnativa di licenziamento limitata all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento e alla conseguente richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro.

di natura esecutiva e – ma solo post-novella 2006 – cautelare⁵¹. Il *discrimen* è in particolare dato, non già dal maggiore o minore grado di disvalore assegnato alle diverse categorie di azioni a seconda che le stesse vengano esercitate in ambienti concorsuali differenti, bensì dalla natura del soggetto che, in ogni caso, si troverebbe nella posizione di legittimato passivo⁵². Di talché, solo contro la banca il liquidazione coatta, ma non contro ogni altra impresa fallita, sono inibite *anche* le azioni di *cognizione*⁵³, in modo quindi coerente – si

⁵¹ Può ben dirsi, allora, che la normativa bancaria abbia – e di molto – anticipato quello che sarebbe poi stato il contenuto normativo forgiato in campo fallimentare. Si coglie qui l'occasione, peraltro, di considerare come l'estensione del divieto di cui all'art. 51 l.f., anche alle azioni cautelari, possa essere tale da convogliare, non solo qualunque azione di tale natura prevista in ambito civilistico, ma anche quelle diverse azioni, comunque cautelari, contemplate in settori diversi, quali quello amministrativo o penale. Può leggersi a riguardo: F. Lamanna, *Commento all'art. 51*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, I, 2010, pp. 1011 e ss.

⁵² Diversità che ha addirittura suscitato in taluno dubbi di legittimità costituzionale, comunque mai emersi in giurisprudenza. Si veda in proposito: A. Nigro, *La disciplina delle crisi bancarie: la liquidazione coatta amministrativa*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 148.

⁵³ Diverse, chiaramente, da quelle (individuali) relative all'accertamento dei crediti, posto che questo, sia nel fallimento che nella liquidazione coatta bancaria deve avvenire necessariamente secondo le procedure, rispettivamente previste, di verifica dello stato passivo. Il divieto di azioni cognitive in merito a ogni diritto (di credito, reale o personale, mobiliare o immobiliare) è infatti, in entrambi i casi, sancito per espresso dall'art. 52 l.f. Si ricorda, a riguardo, seppur con riferimento al rinvio operato (sempre all'art. 52 l.f.) dall'art. 201 l.f. – sulla liquidazione coatta in generale –, la ritenuta (relativa) legittimità costituzionale, non ostandovi dunque l'applicabilità all'accertamento dei crediti nella liquidazione coatta (anche bancaria) delle norme relative alla formazione dello stato

ritiene –, ancora una volta, con la finalità estintiva assegnata alla procedura⁵⁴. Lo confermano *a contrario* le uniche eccezioni al divieto medesimo, tutte attinenti, proprio, ad azioni di cognizione. Il comma 3 dell'art. 83 del T.U. fa infatti «salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3», riguardanti, rispettivamente, le azioni di opposizione allo stato passivo (nei tre gradi di giudizio), di insinuazione tardiva di crediti⁵⁵, nonché quelle di contestazione avverso la documentazione finale predisposta dal commissario al termine della procedura, in merito al bilancio di liquidazione, al rendiconto finanziario e al piano di riparto.

Il divieto di qualunque azione individuale risulta certamente uno degli effetti più rilevanti per i creditori, cionondimeno non può non rilevarsi l'assenza di alcuna specifica previsione sanzionatoria quale conseguenza della violazione del divieto stesso. Mancanza comunque condivisa con la legge fallimentare. È quindi ai medesimi risultati interpretativi raggiunti nell'esegesi dell'art. 51 l.f. che ben può farsi riferimento. Sarà pertanto – coerentemente con ciò che la prescrizione

passivo nel fallimento: Corte cost., 17 aprile 1969, n. 87, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 361.

⁵⁴ E. Galanti, *Commento all'art. 83*, cit., p. 1029, il quale sottolinea che sarebbe inutile consentire l'ottenimento di un titolo giudiziale che, contrariamente al fallimento, non si potrebbe poi mettere in esecuzione nei confronti del soggetto ritornato *in bonis*.

⁵⁵ Nell'alveo di queste prime due categorie di azioni esentate dal divieto si è ipotizzato poi di comprenderne delle altre, quali declinazioni particolari delle prime: cap. V, § 3.3.7.

normativa produce – una *declaratoria di improcedibilità*⁵⁶ a bloccare, *in rito*, l’oltrepasso del divieto, avvenuto con la presentazione di una (qualsiasi) domanda giudiziale contro la banca in liquidazione coatta⁵⁷. Nel caso invece di pendenza del giudizio, sempre mutuando l’orientamento sviluppatosi in ambiente fallimentare, si dovrebbe pervenire ad affermare la cessazione del processo, non già in via automatica per mero effetto dell’intervenuto provvedimento di liquidazione, bensì in virtù di un apposito provvedimento del giudice

⁵⁶ Lo conferma: Trib. Monza, 24 maggio 2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 757, secondo cui la previsione di cui all’art. 83, comma 3, T.U. determina, in concreto, l’improponibilità, in sede di giurisdizione ordinaria, di una azione individuale volta ad ottenere (anche solo) il riconoscimento del proprio credito, *almeno* sino al termine della procedura amministrativa di accertamento dei crediti da parte del commissario liquidatore. Quindi, detta improcedibilità (o improseguibilità, nel caso in cui la domanda sia stata già proposta) perdura sino al momento in cui il credito stesso non sia fatto valere nella fase amministrativa di verifica dello stato passivo dinanzi ai competenti organi della procedura.

⁵⁷ In proposito, pare interessante richiamare la (invero parzialmente diversa) conclusione cui è giunta: Cass. civ., sez. lav., 15 dicembre 2000, n. 15825, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord.* [3980], n. 57, la quale ha avuto occasione di affermare che la sentenza che dichiara l’improseguibilità della domanda stessa, anche se impropriamente redatta in termini di declinatoria di competenza, costituisce una pronuncia di *merito*, in quanto segue alla verifica della inesistenza delle condizioni e dei presupposti attinenti all’esercizio dell’azione; pertanto, contro di essa non può essere proposto il regolamento di competenza, ma vanno esperiti gli ordinari mezzi di impugnazione.

dichiarativo dell'improseguibilità⁵⁸, verosimilmente su istanza di parte (nella specie il commissario liquidatore "subentrato" quale rappresentante legale della banca), senza che tuttavia, al contempo, si possa escludere una rilevazione officiosa.

La prospetta ricostruzione, come noto, dà origine, nel fallimento – tenendo anche a mente il disposto di cui all'art. 107 l.f. –, al fenomeno dell'assorbimento nella procedura delle azioni (esecutive) individualmente instaurate in tempo antecedente. Fenomeno che, tuttavia, non è scontato che si riproduca pure nella procedura in esame. A parte il mancato rinvio alla specifica disposizione fallimentaristica, così come alle altre norme in tema di «vendita di beni», neppure si ravvisa alcuna previsione nella disciplina sulla liquidazione coatta bancaria in merito alle «controversie in corso», eccezion fatta – è chiaro – per il divieto di prosecuzione espresso nell'art. 83, comma 3, del T.U. in esame. A differenza di quanto normativamente programmato per il curatore fallimentare, dunque, non è previsto un (vero e proprio) *subentro* del commissario liquidatore nei giudizi pendenti, ma soltanto la possibilità, ad esso accordata, di rendersi parte attiva in processi ancora da instaurare. Rapportando dunque tale quadro alla (solita) finalità estintiva dell'ente, alla quale la liquidazione coatta bancaria è programmata, parrebbe, in effetti, che il divieto sancito dal Testo

⁵⁸ Con riguardo a una fattispecie fallimentare: Cass. civ., sez. I, 29 maggio 1997, n. 4742, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 3086.

Unico, rispetto a quello consacrato nella legge fallimentare, sia più totalizzante, capace addirittura di escludere la facoltà del commissario liquidatore di subentrare (dal lato attivo) nelle procedure esecutive eventualmente pendenti a carico della banca che viene a trovarsi in liquidazione coatta. E una valida conferma a tale interpretazione è offerta dalla precisazione scolpita nella norma dell'art. 83 in questione – di cui non si rinviene invece alcuna traccia nella disciplina fallimentare –, per mezzo della quale risultano inibite non soltanto le azioni giudiziali, ma anche a quegli *atti*, esecutivi o cautelari, che sono conseguenza di un'azione già esperita e giudicata. L'allargamento dei margini della speciale negazione imposta, a favore della banca in liquidazione, se non si fosse ancora notato, è peraltro giustificabile dal dettaglio, tutt'altro che secondario, che mai si parli, nella previsione di settore, di divieto di iniziative «individuali». Aggettivo, diversamente, stampato, oltre che nel testo, anche nella stessa rubrica dell'art. 51 l.f. Se la lettera di legge, dunque, vale ancora qualcosa, appare improprio ricollegare, senza spirito critico, la previsione speciale a quella generale. Senza dubbio entrambe rispondono al fine della realizzazione della concorsualità della procedura, ma lo fanno in modo diverso: la prima, certamente, con maggiore incisività. Anzi, direi che la necessità di disporre sul tema una norma *ad hoc*, nonostante il già formulato generico richiamo alla previsione di cui all'art. 51 l.f., voglia dire proprio qualcosa in più rispetto al contenuto

espresso in quest'ultimo, indi per cui quella ridondanza di previsione, di cui all'inizio si accennava, sembra, quantomeno, attenuarsi.

L'assolutezza del divieto pare poi rafforzata dalla specifica indicazione delle *uniche* ipotesi di eccezione, che possono essere occasionate soltanto dallo svolgersi della procedura⁵⁹. L'*incipit* della corrispondente previsione fallimentaristica fa invece salva qualunque altra «disposizione della legge». Ciò ha quindi dato adito, in dottrina, al diffondersi dell'interrogativo circa l'applicabilità, nel contesto *de quo*, delle eccezioni al divieto comunemente ritenute valide in sede di fallimento - ma anche di liquidazione coatta amministrativa secondo la disciplina generale -, per quel che in particolare concerneva l'esecuzione esattoriale e, tutt'ora concerne il credito fondiario⁶⁰, anche se l'indagine relativa a quest'ultimo si rivela fin da subito essere poco probante, dando luogo a un'ipotesi che difficilmente riguarderà le banche quali parti passive⁶¹. A riguardo si è sostenuto, nonostante

⁵⁹ Nonostante - seppur astrattamente e in virtù dei principi generali dell'ordinamento - si possano intravedere possibilità di porre ulteriori limiti al divieto in caso di contestazioni afferenti a fasi o istituti della procedura liquidatoria in merito ai quali il Testo Unico non disciplini forme specifiche di tutela.

⁶⁰ S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento all'art. 83*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli *et al.* Bologna, 2003, p. 1365.

⁶¹ Il riferimento normativo è in particolare all'art. 41 T.U., delineante il paradigma di procedimento di espropriazione relativo a crediti fondiari, nel quale la banca viene tradizionalmente ad

non si sia mancato di riconoscere la prevalenza dell'art. 83, comma 3, del T.U. rispetto all'art. 51 l.f., che sarebbe ingiustificato prevedere – per quel che qui interessa – un regime di maggior favore per le banche, anche perché, se così fosse, ciò risulterebbe in evidente contrasto con l'*intentio legis*, riassumibile nella volontà di prevedere disposizioni specifiche per gli aspetti peculiari delle procedure bancarie e di rinviare alla disciplina generale della legge fallimentare per gli aspetti di comune regolamentazione. È allora sulla base di tale ragionamento che si è preferito ravvisare nell'art. 51 l.f. una funzione di *integrazione*, capace dunque di immettere nella procedura di liquidazione coatta bancaria pure quelle eccezioni al divieto di iniziare o proseguire azioni altrove previste. Come conseguenza, allora, si è reputata esperibile, proprio nei confronti della banca in liquidazione coatta, l'esecuzione esattoriale prevista dall'art. 51, commi 1 e 2, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602⁶². La nota fattispecie esonerativa è

assumere il ruolo di attrice. Per assumere rilevanza nel contesto di specie si dovrebbe quindi astrattamente postulare che la banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa sia stata precedentemente finanziata da un'altra banca con un finanziamento ipotecario secondo la previsione di cui all'art. 38 T.U.

⁶² Del resto, proprio in ossequio alle suddette norme, si è concluso nel senso che l'esattore possa procedere all'espropriazione anche quando il debitore sia sottoposto a liquidazione coatta amministrativa, in ogni caso, con possibilità di sospensione su richiesta del commissario liquidatore, vidimata dall'Autorità di vigilanza, purché contentente l'impegno a versare all'esattore, in un congruo termine, l'intero ammontare del suo credito: E. Galanti,

stata comunque abolita dal decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, di talché rappresenta solo un esempio da cui (è stato possibile) dedurre un principio generale.

3. L'extra-territorialità degli effetti in caso di crisi bancaria transfrontaliera

Nel corso del presente lavoro si è già avuta occasione di menzionare, più volte, la Direttiva CE 24/2001, sui cui principi si è scelto altrove di soffermarsi e, pertanto, qui si rifiuta di ripeterne il contenuto⁶³, ricordandosi soltanto che la stessa è stata recepita in Italia dal d.lgs. 197/2004, il quale ha introdotto nel Testo Unico gli articoli da 95-*bis* a 95-*septies*. In particolare, in accordo alla previsione di cui all'art. 95-*bis* del T.U., così come i provvedimenti di liquidazione di banche comunitarie sono disciplinati e producono i loro effetti, senza ulteriori formalità, nell'ordinamento italiano secondo la normativa del c.d. Stato d'origine, parimenti è a dirsi con riguardo al provvedimento di liquidazione coatta amministrativa di banche italiane, i quali «si applicano e producono i loro effetti negli altri Stati comunitari e, sulla base di accordi internazionali, anche in altri Stati

Commento all'art. 83, cit., p. 1032. In senso contrario, favorevole quindi alla totale assolutezza del divieto, ha invece argomentato: F. Del Vecchio, La liquidazione coatta amministrativa. In generale, delle assicurazioni e delle banche. Milano, 1998, p. 581.

⁶³ A riguardo, se si vuole, si possono rileggere le pagine corrispondenti al cap. II, § 3.1.1, nonché al cap. III, § 5 e sottoparagrafi.

esteri». A tal fine, in aderenza a quanto disposto dall'art. 95-*quater* del T.U., la Banca d'Italia sarà tenuta, con ogni mezzo, ad informare le autorità di vigilanza degli Stati comunitari ospitanti circa l'apertura, a carico della banca italiana, della procedura di liquidazione coatta amministrativa, altresì «precisando gli effetti concreti» che la procedura medesima potrebbe avere nel loro territorio. Viene così sancita la regola dell'*efficacia extra-territoriale* del provvedimento di liquidazione coatta adottato ai sensi dell'art. 80 del T.U. (nonché della relativa procedura), in ambito sia comunitario, incondizionatamente, che in ambito extra-comunitario, ma, in tal caso, solo se previsto da apposite convenzioni.

Limitando, per ora, l'attenzione al contesto europeo, deve quindi affermarsi un diretto e automatico riconoscimento del provvedimento in questione, senza necessità di alcuna forma di delibazione o di *exequatur* ovvero di filtro preventivo, atto a verificare la non contrarietà del provvedimento con l'ordine pubblico del Paese di recepimento. L'attribuzione di un automatismo nella produzione, al di fuori del territorio italiano - ma comunque entro quello UE -, dell'efficacia e dell'esecutività del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa evita dunque che la risoluzione della crisi bancaria venga ostacolata o ritardata. Restano tuttavia ferme le deroghe riprodotte nel successivo art. 95-*ter* del T.U. che, per ragioni di mera opportunità, fanno venir meno il principio generale della *lex concursus*, adottando criteri alternativi di individuazione

della legge applicabile agli effetti dell'apertura della procedura di liquidazione.

In particolare, in attinenza al tema nel presente capitolo trattato, deve ricordarsi la previsione contenuta nel comma 5 della disposizione da ultimo citata, disciplinante gli effetti dell'avvio della procedura di gestione della crisi sui processi pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria del Paese ospitante. A riguardo, è specificatamente stabilito che gli effetti dell'apertura della procedura di liquidazione sulle cause pendenti relative a un bene o a un diritto del quale la banca è sprossessata «sono disciplinati dalla legge dello Stato comunitario in cui la causa è pendente». Tale deroga alla valenza del principio della *lex concursus* individua quindi la *lex fori*, quale disciplina applicabile per il solo fatto della pendenza del giudizio. E ciò vale – si noti – per la *totalità* delle controversie pendenti in cui l'intermediario riveste ruolo di parte processuale, posto che la procedura in commento comporta – a differenza del fallimento – uno sprossessamento integrale. Ma, se così è, allora, il divieto (anche solo) di proseguire azioni a carico della banca in liquidazione, previsto dalla *lex concursus* (ossia dal comma terzo dell'art. 83 del T.U.), potrebbe non essere replicato nella legge del foro applicabile alla causa instaurata all'estero a carico della banca italiana in liquidazione coatta. Il risultato conseguente consisterebbe quindi in una diversità di trattamento tra i giudizi già attivati in Italia e quelli azionati all'estero, tutte le volte in cui la banca in

liquidazione si pone come soggetto passivo. Quale forma di temperamento a questa diversità si potrebbe forse invocare la ricostruzione per la quale la *lex fori* non sarebbe comunque (e in ogni caso) in grado di coprire il diverso processo esecutivo susseguente al processo di cognizione risultato pendente al momento dell'apertura della procedura di liquidazione, almeno in quegli ordinamenti in cui tali procedimenti configurino due distinte litispendenze⁶⁴.

Quanto invece alla produzione in territorio non comunitario degli effetti del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, adottato nei confronti di una banca italiana, si è sopra scritto che la relativa automaticità sarà eventualmente subordinata a un'espressa previsione contenuta in appositi accordi internazionali bilaterali. Diversamente, il riconoscimento dei suddetti effetti sarà regolato, come tradizione, in base alle norme di diritto internazionale privato in vigore nel Paese terzo.

⁶⁴ G. Crapanzano, *Commento all'art. 95-ter*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, II, 2012, p. 1184, il quale, peraltro, ricorda che l'ipotesi suddetta non si potrebbe, ad esempio, verificare, negli ordinamenti anglosassoni, nei quali l'esecuzione della decisione risulta affidata, nell'ambito di una medesima litispendenza, allo stesso giudice della cognizione, mediante un incidente esecutivo.

Tesi di dottorato "La liquidazione coatta bancaria. Aspetti processuali tra diritto interno e comunitario"
di ARMELI BEATRICE

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

CAPITOLO V

Il giudizio di accertamento dello stato passivo

1. Caratteri generali - 1.1 Le fonti - 1.2 La struttura: fase amministrativa necessaria e fase giudiziale eventuale - 2. La fase amministrativa - 2.1 Il procedimento di formazione dello stato passivo - 2.1.1 Contenuto ed effetti della comunicazione commissariale: ricognizione di debito e «riserva di eventuali contestazioni» - 2.1.2 I reclami avverso la determinazione espressa dal commissario liquidatore e le domande tempestive di insinuazione - 2.1.3 L'ammissione «con riserva» - 2.1.4 Gli antecedenti cronologici degli effetti esecutivi dello stato passivo - 2.2 L'esecutività dello stato passivo - 3. La prima fase giudiziale: un'impugnazione di primo grado - 3.1 Quadro d'insieme - 3.2 Le opposizioni allo stato passivo - 3.3 Lo svolgersi del processo - 3.3.1 Le parti - 3.3.2 - I termini di avvio - 3.3.3 Il contenuto del ricorso - 3.3.4 - Il momento introduttivo del giudizio - 3.3.5 - I temi di difesa: in particolare l'eccezione di compensazione - 3.3.6 (*segue*) e l'eccezione di revocatoria - 3.3.7 La fase di trattazione - 3.3.8 L'esito del giudizio - 3.3.9 L'efficacia di giudicato esterno e l'eccezione al principio di «provvisoria esecutorietà» della sentenza di primo grado - 3.4 Le insinuazioni tardive - 4. La seconda fase giudiziale: i mezzi di gravame

1. Caratteri generali

1.1 Le fonti

La formazione dello stato passivo nella liquidazione coatta amministrativa degli istituti di credito, un tempo regolata dagli articoli da 76 a 80 della legge bancaria del 1936, trova oggi disciplina primaria nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, *sub* articoli 86 («Accertamento del passivo», come emendato prima dal decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415 o Decreto Eurosim, poi dal decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 342), 87 («Opposizioni allo stato passivo»), 88 («Appello e ricorso per Cassazione») e 89 («Insinuazioni tardive»).

La legislazione di settore, lungi dall'esaurirne compiutamente la normazione, risulta invero incardinata in un sistema di fonti piuttosto articolato. L'art. 80 del T.U., infatti, posto in apertura della sezione III dedicata alla liquidazione coatta bancaria, inclusa nel capo I sotto il titolo IV relativo alla «Disciplina delle crisi», testualmente statuisce - come già si è avuta occasione di ricordare - la generale applicabilità delle disposizioni della legge fallimentare, previo vaglio di compatibilità, per tutto quanto non espressamente previsto dallo stesso Testo Unico. Viene quindi riprodotto, specularmente, il primo comma dell'art. 194 l.f., il quale dota le norme fallimentari, circoscritte alla liquidazione coatta amministrativa in generale all'uopo dettate, di un'efficacia universale nel nostro

ordinamento, che viene meno solo in caso di prescrizioni difformi contenute in leggi speciali. In particolare, le disposizioni di carattere comune, contenute nella legge fallimentare e corrispondenti per materia a quelle previste in ambito bancario succitate, si rinvencono negli articoli 207 («Comunicazioni ai creditori e ai terzi»), 208 («Domande dei creditori e dei terzi») e 209 («Formazione dello stato passivo», come modificato dal decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169). Di quest'ultimo, assume peculiare rilievo il richiamo puntuale, contenuto nel secondo comma, di talune norme sul fallimento. Dunque, avendo cura di sostituire al «giudice delegato» il «giudice istruttore» e al «curatore» il «commissario liquidatore», troverebbero astrattamente spazio, anche nella liquidazione coatta bancaria, gli articoli 98, 99, 101 e 103 l.f., riguardanti, rispettivamente, il regime delle impugnazioni avverso lo stato passivo esecutivo e il relativo procedimento, nonché la disciplina delle domande tardive dei crediti e dei procedimenti relativi a domande di rivendica e restituzione. Sennonché, proprio in tema di opposizione allo stato passivo, oltre che di appello e ricorso per Cassazione, conseguenti ed eventuali, l'art. 88, quarto comma, del T.U., sancisce l'applicabilità, in tal caso incondizionata, delle disposizioni del codice di procedura civile sul processo di cognizione. Posto che anche qui il rinvio è subordinato alla mancanza di previsioni espresse dalla legislazione speciale, va da sé che, nella materia in esame, le norme del libro secondo

del codice di rito sembrano da preferire rispetto a quelle fallimentari, in quanto richiamate in via diretta dalla normativa settoriale, laddove invece il duplice rinvio alle disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa in generale, prima, e sul fallimento, poi, opera solo qualora il Testo Unico nulla disponga a riguardo. Pertanto, l'art. 209, similmente a quanto si avrà a dirsi per gli articoli 207 e 208 l.f., risulta di fatto inoperante nel contesto *de quo*, cedendo il passo alla normativa dettagliata di settore, eccezion fatta per l'ultimo comma, l'unico a non essere sterilizzato nella sua operatività. Quest'ultimo, difatti, conferma la prevalenza delle peculiari disposizioni dettate dalla legge speciale relative all'accertamento dei crediti chirografari nella liquidazione delle imprese che esercitano il credito, alimentando i molteplici dubbi sorti con riguardo all'opportunità di un trattamento differenziato dei medesimi, come si avrà modo di spiegare nel proseguo.

Da ultimo, si noti come i diversi rinvii costruiti non abbiano tenuto conto delle evoluzioni che hanno interessato nel tempo la disciplina richiamata, sia fallimentare che processual-civilistica, innestandosi su un sostrato legislativo alquanto risalente e tuttora modellato da un diritto vivente non più aggiornato, chiaramente a discapito di un'auspicata linearità del quadro normativo. Spetta allora all'interprete ricomporre la normativa positiva vigente alla luce dello stato dell'arte dell'ordinamento attuale.

1.2 La struttura: fase amministrativa necessaria e fase giudiziale eventuale

Il procedimento di formazione dello stato passivo anche nella liquidazione coatta amministrativa bancaria tende, da un lato, a definire il complesso delle obbligazioni facenti capo all'istituto di credito coinvolto e, dall'altro, a inventariare il compendio di attività, proprio o di terzi, di cui lo stesso dispone¹. Trattasi, in particolare, di un procedimento che, nella peculiare procedura concorsuale in esame, ambisce a concretare un duplice fine, da individuarsi nella celerità di verifica delle pretese *lato sensu* creditorie e nel rifiuto per una «giurisdizionalizzazione» generalizzata, il secondo chiaramente prodromico al primo. Entrambi i caratteri di scopo risultano tuttavia adombrati, perdendo quindi di effettività, dalla ordinatorietà dei termini che scandiscono l'attività dell'organo amministrativo², nonché dalla fisiologica procrastinazione del momento di definitività dello stato passivo al compimento di tutti i riparti e le restituzioni, *ergo* all'esaurimento della

¹ V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, in G. Boccuzzi, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*. Milano, 1998, p. 276.

² Con esclusione peraltro dei rimedi preposti a contrastare la lungaggine dei processi: Cass. civ., sez. I, 30 dicembre 2009, n. 28105, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 1618, secondo cui il diritto all'equa riparazione per le conseguenze dell'irragionevole durata del processo, riconosciuto dalla l. 24 marzo 2001, n. 89, non è configurabile in relazione alla liquidazione coatta amministrativa, che è procedimento a carattere amministrativo. In termini identici: Cass. civ., sez. I, 3 agosto 2007, n. 17048, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 392.

possibilità di presentare domande di insinuazione tardiva davanti all'A.g.o., così subordinando la cristallizzazione del risultato dell'attività amministrativa alla conclusione di un esercizio di giurisdizione, i cui effetti di fatto e di diritto permeano l'intero svolgersi della formazione dello stato passivo.

Considerazioni che ancor meglio si colgono alla luce dell'evidenza che nella liquidazione coatta amministrativa in generale - e nella specie anche in quella bancaria - si è soliti distinguere, con riguardo alla fase di ammissione al passivo, un duplice momento, in cui l'operato *amministrativo* precede indefettibilmente un possibile intervento *giudiziale*, il quale trova la propria sede naturale nel giudizio di *opposizione* allo stato passivo, quest'ultimo già (in una certa misura) *accertato* e reso (incondizionatamente) *esecutivo* dal commissario liquidatore. E ciò in ossequio a un principio di officialità, la cui *ratio* poggia sulla natura delle imprese assoggettate alla procedura, intrattenenti rapporti con soggetti di rilevanza quantitativa e qualitativa tale da far ritenere la tutela delle loro ragioni di interesse pubblico³.

³ Il pensiero è tratto da: V. Tusini Cottafavi, *Commento all'art. 86*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, I, 2001, p. 678.

2. La fase amministrativa

2.1 Il procedimento di formazione dello stato passivo

2.1.1 *Contenuto ed effetti della comunicazione commissariale: ricognizione di debito e «riserva di eventuali contestazioni»*

Secondo quanto disposto dall'art. 86 del T.U., il commissario liquidatore, entro il termine ordinatorio di un mese dalla nomina, procede a inviare, mediante raccomandata con avviso di ricevimento⁴, una comunicazione a coloro i quali, dai documenti e dalle scritture della banca, risultano titolari di pretese

⁴ A riguardo non può peraltro trascurarsi, dovendosi anzi valorizzare, la possibilità di effettuare la comunicazione in via telematica. Possibilità in generale legittimata, e in taluni casi (invero nella maggior parte) resa "obbligata" dal recentissimo d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, il quale ha in tal senso innovato tanto la disciplina processuale civile, quanto quella fallimentare, tra cui anche gli artt. 207, 208 e 209 l.f. Pur a fronte di un'inadente digitalizzazione imposta per le modalità comunicative previste in ambienti similare, la legislazione di settore è restata tuttavia immutata. Nonostante, dunque, nel proseguo della presente trattazione si ometteranno i riferimenti alle nuove previsioni - semplicemente perché la normativa in commento ancora non le ha recepite - dovrà considerarsi sottesa l'opportunità di adeguare la disciplina sulla liquidazione coatta bancaria (perlomeno) a quanto disposto dalla corrispondente disciplina generale contenuta nella legge fallimentare, in punto di comunicazioni a mezzo posta elettronica certificata. Sul tema, qualora si cercassero approfondimenti, mi permetto di rinviare a B. Armeli, *D.l. 18 ottobre 2012, n. 179: giustizia digitale e composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *il Fallimentarista.it*, § 3.

creditorie, reali o meramente restitutorie nei confronti di essa, avente a oggetto la *qualificazione e quantificazione* dei diritti di ognuno⁵. La legge suddivide in particolare le categorie di soggetti destinatari della comunicazione commissariale in: creditori, titolari di diritti reali su beni e strumenti finanziari relativi a servizi di investimento in possesso della banca e clienti aventi diritto alle restituzioni dei medesimi strumenti finanziari⁶.

Il *riconoscimento* compiuto dall'organo commissariale suona come *ricognizione di debito* propriamente detta, giusta la previsione di cui all'art. 1988 c.c.⁷. Si deve infatti ricordare che la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale è rivolta dall'onere di provare il rapporto fondamentale, la cui esistenza si presume fino a prova contraria. L'inversione dell'onere probatorio ha dunque effetto confermativo di un

⁵ I problemi applicativi sono noti, specie con riguardo alla corretta configurabilità in capo al cliente di un diritto reale o di una posizione giuridica soggettiva di natura meramente obbligatoria. Problemi che, in quanto strettamente attinenti al diritto sostanziale, non possono qui trovare il dovuto approfondimento. Sul tema, cfr. V. Tusini Cottafavi, *Commento all'art. 86*, cit., pp. 680-681.

⁶ Gli strumenti finanziari relativi a servizi di investimento sono quelli contemplati dal d.lgs., 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza), così come dal medesimo definiti nell'art. 1, a cui pertanto si rinvia per l'individuazione dell'ampio spettro delle situazioni giuridiche soggettive interessate.

⁷ *Contra*: S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli et al. Bologna, 2003, p. 1413; R. Lener, *L'accertamento dello stato passivo: le opposizioni. Le insinuazioni tardive*, in P. Ferro-Luzzi e G. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria*. Milano, II, 1996, p. 1398.

preesistente rapporto fondamentale, determinando l'astrazione processuale della *causa debendi*. Ciò, tuttavia, presuppone pur sempre l'esistenza, la validità e l'efficacia di quel rapporto fondamentale, con la conseguenza che la vincolatività della ricognizione è destinata a venir meno qualora sia giudizialmente provato che tale rapporto non sia mai sorto, sia invalido o si sia estinto, ovvero esista una condizione o un altro elemento relativo al rapporto medesimo capace di incidere sull'efficacia dell'obbligazione oggetto del riconoscimento⁸. Da qui la presunzione fino a prova contraria, *id est* «con riserva di eventuali contestazioni». E infatti, con negazione evidente di qualunque effetto confessorio riconducibile al contenuto della comunicazione commissariale, in difetto di un esplicito riconoscimento dei *fatti costitutivi* delle posizioni creditorie, la dichiarazione ricognitiva del *diritto* potrà produrre – come appunto produce – l'unico risultato di dispensare dall'onere della prova colui a favore del quale la dichiarazione medesima è compiuta. Tant'è che, a differenza di quanto previsto dall'art. 93 l.f., in tema di ammissione al passivo fallimentare, gli aventi diritto, se notiziati dal commissario liquidatore circa la posizione giuridica passiva di cui la banca è gravata nei loro confronti, mancano di alcun onere di insinuazione, potendo contare, in assenza di contestazione alcuna, in

⁸ Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2009, n. 11332, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, V, p. 781.

un'ammissione di diritto⁹, senza far menzione dei fatti e degli elementi giuridici sottesi al titolo vantato e riconosciuto con comunicazione scritta commissariale.

Nel caso *de quo* è la legge stessa che precisa che la predetta comunicazione «si intende effettuata con riserva di eventuali contestazioni», a prescindere dal soggetto verso cui la comunicazione stessa si indirizza, nonostante l'art. 86, comma 1, del T.U. contempli espressamente l'apposizione della riserva alla sola notifica delle pretese *stricto sensu* creditorie, per poi comunque statuire al comma 2, come «analoga comunicazione» venga inviata agli altri aventi titolo. Occorre allora opportunamente indagare, anche alla luce di quanto predetto, quali siano gli effetti, tanto immediati, quanto mediati, della comunicazione commissariale, passando dall'intendimento della natura e delle implicazioni della riserva *legale*, destinata a valere indipendentemente da una sua apposizione formale da parte del commissario in calce alla comunicazione, stante il limpido tenore letterale della disposizione¹⁰.

⁹ Per cui anche il creditore inerte potrebbe pacificamente risultare ammesso al passivo. Cfr. G.C. Colli, *Le liquidazioni coatte amministrative con particolare riguardo alla liquidazione delle aziende di credito*. Milano, 1936, pp. 381 e ss.

¹⁰ Nel medesimo senso: S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, p. 1412; F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa. In generale, delle assicurazioni e delle banche*. Milano, 1998, p. 598.

A riguardo è da osservarsi come la riserva operi *in primis* a favore della procedura, così tutelando l'iniziativa del commissario liquidatore, il quale, pur manifestando, con comunicazione all'interessato, il proposito di ammettere al passivo la posizione giuridica attiva perché risultante dalla documentazione bancaria, non esclude, in virtù di espressa previsione di legge, di stralciare la medesima posizione creditoria nella stesura finale dello stato passivo¹¹. Il che, secondo alcuni, non può che implicare l'instaurazione di un separato giudizio ordinario, tendente all'accertamento dell'inesistenza, invalidità o inefficacia del titolo costitutivo del diritto di credito, reale o restitutorio, o, quantomeno, qui si aggiunge, un'ulteriore comunicazione successiva, con la quale si disconosce il diritto inizialmente preso in considerazione per la formazione della massa passiva dell'istituto bancario, eccependo ad esempio l'intervenuta prescrizione¹², *ab*

¹¹ Con riferimento alla disciplina generale di cui all'art. 207 l.f. non si è infatti mancato di precisare che l'avviso ai creditori costituisce un atto dovuto a carico del commissario, destinato ad una mera *provocatio ad agendum* verso coloro che risultino creditori in base alle scritture contabili del debitore, così che essi siano informati della pendenza della procedura e possano far valere i propri diritti in concorso; in tale avviso, il commissario non esprime alcun giudizio preventivo sull'eventuale futura ammissione al passivo: Cass. civ., sez. I, 18 novembre 2011, n. 24316, in *Foro it. Rep.*, 2011, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 22.

¹² R. Lener, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 1398; V. Tusini Cottafavi, *Commento all'art. 76*, in F. Capriglione e V. Mezzacapo (a cura di), *Codice commentato della banca*. Milano, I, 1990, p. 940. *Contra*: L. Desiderio, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*. Milano, 1981, p. 318.

origine non valutata¹³. La precisazione aggiuntiva si giustifica in quanto la pendenza di un giudizio con oggetto anzidetto, attivato dal commissario che decida di estromettere dal passivo taluna delle posizioni pur rinvenute dai documenti della banca, non dovrebbe essere elevata a condizione necessaria per lo scioglimento della riserva (legale) a sfavore del preteso creditore o di altro avente titolo, posto che nel termine «contestazioni», impiegato dalla legge, si ritrovano spazi semantici piuttosto dilatati da non confinare unicamente in procedure giudiziali. Ciò è valevole *a fortiori* alla luce sia della discrezionalità di cui gode il commissario liquidatore¹⁴, non imbrigliabile in scelte troppo condizionanti, sia dell'appesantimento di cui risentirebbe tale fase se a ogni non-ammissione allo stato passivo corrispondesse l'instaurazione di un giudizio ordinario, volto, fondamentalmente, a dimostrarne la giustificazione. Solo in tali termini,

¹³ La riserva di contestazioni (eventuali) vale infatti a escludere che la comunicazione iniziale di riconoscimento del diritto prescritto possa essere considerata come rinuncia da parte dei commissari a far valere, in un secondo momento, la prescrizione (già) intervenuta. E, si può ritenere, è solo e proprio tale riserva che è in grado di produrre tale effetto, posto che, qualora la stessa non fosse stata prevista dalla legge, ben potrebbe controeccepirsi, all'eccezione «tardiva» di prescrizione, la rinuncia alla stessa, desumibile implicitamente dalla comunicazione iniziale del commissario liquidatore.

¹⁴ Sottolinea in particolare una spiccata autonomia, e dunque discrezionalità, del commissario liquidatore sia nell'amministrazione che nella predisposizione dello stato passivo: Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 218, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, p. 91.

allora, sembra un po' sfumare la portata della ricognizione di debito operata dal commissario con la comunicazione iniziale, per mancanza dell'assolvimento dell'onere probatorio *invertito*, qualora questo presupponga l'esercizio di un'azione giudiziale preposta all'accertamento della negazione (nelle diverse declinazioni) dei fatti costitutivi del credito. In realtà detto assolvimento sarà solo procrastinato al momento naturale di accertamento *giudiziale* del passivo in sede di opposizione, con un ulteriore inversione dell'onere, qui non probatorio, bensì di impulso processuale che diviene a carico dell'asserito creditore.

La considerazione offre inoltre spunto per far notare come la medesima «riserva di eventuali contestazioni» sia invero destinata implicitamente a operare anche a garanzia del destinatario della comunicazione, relativamente alla qualificazione e alla quantificazione espressa dall'organo amministrativo circa la sua pretesa creditoria. Solo che, da questa prospettiva, le eventuali contestazioni sono destinate a trovare sede naturale *unicamente* nell'alveo della stessa procedura di formazione dello stato passivo, tramite la presentazione, *in primis*, di reclami al commissario liquidatore ai sensi del quarto comma dell'art. 86 del T.U., e/o, successivamente, di opposizione all'A.g.o. in virtù del seguente art. 87. Come spiegato nel capitolo precedente¹⁵, vige infatti perentorio il divieto, espresso

¹⁵ Vedasi in particolare cap. IV, § 2.3.

dall'art. 83, comma 3, dello stesso T.U., di promuovere contro la banca in liquidazione *qualunque* tipo di azione *giudiziale* extra-procedurale – secondo talune pronunce (addirittura) per difetto temporaneo di giurisdizione¹⁶–, ivi dunque compresa anche quella di *cognizione* diretta ad *accertare*, con effetti panprocessuali, il diritto vantato dal creditore o da altro titolare¹⁷, pena l'improcedibilità

¹⁶ *In terminis*, ad esempio: Cass. civ., sez. III, 1° aprile 2003, n. 4913, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 31.

¹⁷ Chiara in proposito appare anche la giurisprudenza: Cass. civ., sez. III, 21 novembre 2008, n. 27679, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 1594, ove limpidamente è statuito 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, mentre il giudice può conoscerne in sede ordinaria solo in un momento successivo, a seguito delle opposizioni allo stato passivo formato in detta sede, così determinandosi una situazione di improponibilità, o, se proposta, di improseguibilità della domanda, che concerne sia le domande di condanna che quelle di mero accertamento del credito. In particolare, per voce dei medesimi giudici di legittimità, detta improcedibilità della domanda in sede di cognizione ordinaria sarebbe giustificata in virtù di norme inderogabilmente poste a tutela del principio della *par condicio creditorum*. Si veda altresì: Trib. Nocera Inferiore, 7 giugno 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 725, precisante che l'azione individuale, volta a ottenere il riconoscimento del credito in sede di giurisdizione ordinaria è improcedibile almeno fino al termine della procedura amministrativa di accertamento dei crediti da parte del commissario liquidatore. Interessante poi è il rilievo offerto da: Cass. civ., sez. I, 2 marzo 2004, n. 4209, in *Fall.*, 2005, p. 433, secondo cui, poiché la sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa impedisce sì l'esercizio delle azioni esecutive individuali, ma non preclude l'esercizio del diritto nell'ambito della procedura concorsuale, l'apertura della procedura non sospende né interrompe il termine della prescrizione per l'esercizio delle azioni

della domanda rilevabile d'ufficio¹⁸. Ma allora, se ciò è vero, come è vero, in un eventuale giudizio ordinario instaurato dal commissario liquidatore, il quale *contesta*, avvalendosi della riserva, il titolo su cui è apparsa fondata la pretesa del soggetto che – di lì a poco – verrà espunto dallo stato passivo, deve altresì escludersi che quest'ultimo, convenuto, possa proporre *domanda riconvenzionale* volta a ottenere il riconoscimento del proprio diritto, tramite l'attività giudiziale *cognitiva-accertativa*. Il che, di conseguenza, si risolverebbe in una menomazione del diritto di difesa, esplicabile solo attraverso la categoria delle eccezioni e delle mere difese. Da qui, dunque, è possibile trarre un argomento ulteriore a sostegno dell'interpretazione che, con il termine «contestazioni», il primo comma dell'art. 86 del T.U. abbia voluto riferirsi non solo e non tanto a iniziative giudiziali, quanto piuttosto a interventi di segno contrario rispetto alla comunicazione iniziale di positivo riconoscimento del diritto (basato sul mero dato fattuale della risultanza di esso dalle scritture bancarie) e ciò alla luce della susseguente disamina del sostrato giuridico in cui la risultata pretesa si colloca,

creditorie; conseguentemente, soltanto la presentazione delle istanze per l'insinuazione al passivo del credito – proponibili senza che occorra attendere il deposito dello stato passivo da parte del commissario liquidatore – ovvero l'effettuazione di atti di messa in mora valgono ad interrompere la prescrizione *ex art. 2943 c.c.*, fino alla chiusura della procedura concorsuale.

¹⁸ Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2001, n. 6659, in *Fall.*, 2002, p. 170 (con nota di Sampietro).

con devoluzione implicita del sotteso conflitto in sede di opposizione dello stato passivo davanti all'A.g.o.

In altri termini, appare verosimile che il commissario liquidatore, qualora ritenga di escludere dall'ammissione un diritto, che pure appaia dai documenti della banca, anziché proporre autonomo giudizio ordinario durante la fase amministrativa di verifica del passivo, si limiterà a *contestare* in via stragiudiziale la pretesa, rimettendo all'interessato, qualora lo ritenga, l'onere di presentare ricorso di opposizione ai sensi del predetto art. 87, ponendosi il relativo giudizio quale ambiente adatto *anche* ad accertare – con effetti *erga omnes* in presenza di espressa domanda – il diritto di credito, reale o di restituzione del soggetto escluso¹⁹.

Il momento di scioglimento della riserva di contestazione risulta quindi distinto a seconda della prospettiva di chi della riserva espressa si può valere. La stessa, infatti, non può che dissolversi per il commissario liquidatore entro e non oltre la chiusura della fase amministrativa del procedimento di formazione dello stato passivo con il duplice deposito dello stesso, posto che, coerentemente con la scelta di attribuire all'atto dell'organo commissariale il prodursi dell'esecutività dello stato passivo, il commissario liquidatore, diversamente rispetto al curatore nel fallimento, non è soggetto legittimato a ricorrere in

¹⁹ Per approfondimenti, si veda *infra*, sub §§ 3.1 e 3.2.

opposizione. Per gli asseriti aventi titolo, invece, la riserva sarà destinata a sciogliersi, in via definitiva, non già con il compimento del termine per proporre reclamo *ex art. 86, comma 4, del T.U.*, momento in cui il divieto di promuovere azioni contro la banca in liquidazione è ancora pendente, bensì con l'intervenuta decadenza della possibilità di proporre opposizione ai sensi dell'art. 87 del T.U.

Per tutto quanto anzidetto, proprio alla luce della natura accertativa/valutativa dell'attività commissariale prodromica all'invio della comunicazione, *ex lege* irrinunciabile, non può condividersi la tesi poco argomentata secondo la quale nei casi di cessione di attività e passività o comunque di intervento di una banca che rimborsi o tramuti in propri debiti quelli della banca in liquidazione, la comunicazione possa ritenersi assorbita dall'avvenuto rimborso o accollo dei debiti²⁰.

2.1.2 I reclami avverso la determinazione espressa dal commissario liquidatore e le domande tempestive di insinuazione

Già si è scritto che qualora il riconoscimento, effettuato dal commissario liquidatore nella comunicazione indirizzata a coloro che risultano creditori ovvero titolari di diritti reali o di meri diritti restitutori, non corrisponda al rapporto giuridico di fatto intercorrente tra la banca, in posizione passiva, e la

²⁰ R. Lener, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 1400.

sua controparte sostanziale, i destinatari della predetta comunicazione hanno la *facoltà* di presentare *reclami*, ai sensi dell'art. 86, comma 4, del T.U., direttamente e unicamente all'organo amministrativo, procedendo nel breve lasso di tempo scandito dai quindici giorni decorrenti, quale termine *ordinatorio*, dal ricevimento della raccomandata, ovvero di altro documento idoneo allo scopo²¹, con la necessaria allegazione dei documenti giustificativi atti a rettificare l'inquadramento operato dal commissario, pena - si può ritenere - l'inammissibilità dello stesso reclamo. Nessuna decadenza segna invero l'inosservanza di tali prescrizioni con particolare riguardo all'azionabilità del diritto in opposizione nella separata sede giurisdizionale, di talché l'interessato potrà adire l'A.g.o. per la corretta definizione del rapporto e la conseguente eventuale modifica dello stato passivo. Tuttavia, la presentazione del reclamo oltre il termine ovvero la proposta opposizione non preceduta ritualmente dal predetto reclamo fanno concorrere, ai sensi dell'art. 91, comma 8, del T.U., solo agli eventuali riparti e restituzioni successivi, nei limiti dell'accoglimento delle pretese, rispettivamente, da parte del commissario o, dopo il deposito dello stato passivo, dal giudice in sede di opposizione.

Con la presentazione del reclamo, il creditore o il titolare di altro diritto (comunque) *riconosciuto* andrà in

²¹ Ancora R. Lener, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 1401.

particolare a dedurre, con allegazione probatoria, contestazioni inerenti l'entità della somma comunicata, l'omissione di interessi maturati, il disconoscimento della prelazione²². Dunque, con la previsione dei reclami si vuole sollecitare un contraddittorio tra le parti interessate, colmando così quella lacuna dovuta all'assenza, nella procedura *de qua*, di una sede di discussione quale l'adunanza dei creditori *ex art. 95 l.f.* Trattasi, tuttavia, di un contraddittorio non ulteriormente alimentato da ulteriori previsioni legislative, risolvendosi pertanto in uno scambio non destinato a evolversi in un contesto giudiziale diverso da quello che eventualmente prenderà forma con il successivo giudizio di opposizione. Del resto, gli effetti stessi della presentazione del reclamo si riducono a null'altro che a rendere doveroso, da parte del commissario liquidatore, l'esame del contenuto²³, dandone altresì puntuale riscontro, senza invece che ai medesimi siano riconducibili quegli effetti propri della domanda giudiziale.

Tali reclami non rappresentano comunque l'unica reazione all'inquisitorietà delle funzioni commissariali, posto che la legge, con la richiesta complicità della Banca d'Italia, intende assicurare un'ampia informativa, anche più incisiva rispetto alla pubblicazione del decreto di liquidazione in Gazzetta Ufficiale *ex art. 80*,

²² F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa*, p. 601.

²³ A. Bonsignori, *La liquidazione coatta amministrativa (artt. 194-215)*, in *Commentario Scialoja-Branca*. Bologna-Roma, 1974, pp. 213 e ss.

comma 4, del T.U., affinché sia reso noto al pubblico indistinto il termine per la presentazione di domande di insinuazione, con scadenza fissata a sessanta giorni dalla predetta pubblicazione, tuttavia senza – ancora una volta – che di tal termine si possa affermare la perentorietà. Ne consegue che i soggetti ritenutisi titolari di pretese creditorie, reali o restitutorie, non notiziati di alcuna comunicazione da parte del commissario liquidatore (perché non rinvenuti dai documenti e dalle scritture della banca) – e tra essi anche i titolari di crediti prededucibili²⁴ – hanno l'onere²⁵ di insinuarsi al passivo, al più tardi entro il deposito dello stato passivo in cancelleria²⁶, domandando, tramite raccomandata con ricevuta di ritorno o altra forma equipollente²⁷, il riconoscimento dei propri

²⁴ S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, cit., p. 1445, il quale, ad esempio, cita gli organi dell'amministrazione straordinaria che abbia preceduto la liquidazione coatta, titolari delle indennità e dei rimborsi ad essi riconosciuti.

²⁵ La legge parla di *dovere*, differenziando così il linguaggio rispetto alla previsione precedente circa la *possibilità* di presentare reclamo.

²⁶ S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, cit., p. 1446. Ne dà conferma, tra le righe, anche: Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2008, n. 3380, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 366, affermando, se pur con riguardo alla disciplina generale di cui all'art. 208 l.f., che l'inosservanza dei termini ivi previsti non comporta l'improponibilità delle domande di ammissione al passivo e di rivendicazione, restituzione e separazione di beni mobili, verificandosi la relativa preclusione esclusivamente a seguito del deposito in cancelleria dell'elenco dei creditori. Salvo però stabilire la portata di tale rinvenuta preclusione in relazione alla possibilità di presentare domande di insinuazione tardivamente secondo il disposto dell'art. 89 T.U. Sul tema, cfr. *infra* nel testo.

²⁷ R. Lener, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 1401.

crediti e la restituzione dei propri beni, con documentazione atta a provare l'esistenza, la specie e l'entità dei propri diritti. Nuovamente, però, è da escludersi che l'istanza di insinuazione goda degli effetti tipici della domanda giudiziale.

La legge, si è scritto, richiede l'allegazione al reclamo di «documenti giustificativi». A riguardo, l'ammissibilità di una riserva di presentazione di detti documenti, sostenuta anche da autorevole dottrina²⁸, non sempre è stata accettata²⁹, non potendo infatti disconoscersi la necessità che allegazione e deduzione probatoria vadano di pari passo, specie in un contesto contrassegnato da un'elevata stringenza temporale. Resta comunque fermo che l'unico momento in cui può essere procrastinata l'esibizione dei documenti atti a provare il diritto insinuato coincide con la presentazione del ricorso in sede di opposizione *ex art. 87 del T.U.*, per mancato accoglimento parziale della pretesa. Qualora tuttavia si volesse ritenere l'insinuazione carente della prova del titolo sufficiente a consentire l'ammissione del diritto vantato, sulla base di un giudizio di verosimiglianza rimesso alla discrezionalità del

²⁸ V. Tusini Cottafavi, *Commento all'art. 76*, cit., p. 944. Nella pratica non sono mancati casi in cui, ad esempio, il credito è stato ammesso al passivo per l'intero, ma con riserva di produzione della convenzione scritta attestante la pattuizione di interessi ultralegali: Cass. civ., sez. I, 24 luglio 2003, n. 11456, in *Fall.*, 2004, p. 1308.

²⁹ Esclude espressamente che il commissario liquidatore, in sede di accertamento del passivo, possa adottare provvedimenti di ammissione con riserva di presentazione di documenti giustificativi: Trib. Foggia, 1° febbraio 1994, in *Dir. fall.*, 1995, p. 631.

commissario liquidatore, si dovrebbe altresì considerare come ad ostacolare una simile interpretazione sia la stessa lettera di legge che esclude una tale ipotesi, non facendone menzione neppure in via indiretta, salvo eventualmente riconoscerla alla condizione che la mancata produzione del titolo dipenda da fatto non riferibile al creditore, alla stregua di quanto disposto dall'art. 96, comma 3, n. 2) l.f.³⁰.

In caso di inerzia entro il termine prescritto è comunque accordata la possibilità di insinuarsi tardivamente con l'instaurazione di un giudizio di opposizione, dopo il deposito dello stato passivo, ai sensi dell'art. 89 del T.U., ferma anche qui la perdita dei riparti parziali eventualmente effettuati prima dell'ammissione, quale unica conseguenza sanzionatoria. È quindi giocoforza che nessun pregiudizio colpirà la pretesa del creditore tardivamente insinuatosi in confronto alla posizione dell'avente titolo vantato tempestivamente qualora, nell'arco temporale compreso tra la scadenza del termine per proporre le domande di ammissione allo stato passivo ancora in formazione e il *dies ad quem* per la presentazione di insinuazioni tardive, sia mancata l'esecuzione di alcun riparto parziale.

A seguito tanto del reclamo predetto, quanto della contemplata insinuazione, *tempestiva e documentata*, un

³⁰ La problematica dell'ammissione con riserva è affrontata *funditus*, *sub* § 2.1.3.

persistente rifiuto di ammissione della pretesa creditoria nello stato passivo da parte del commissario liquidatore si ritiene possa giustificarsi solo dando prova dell'avvio di un giudizio *a latere* rispetto alla procedura di liquidazione coatta, tendente a far valere l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia del titolo sottostante al diritto vantato³¹. Tuttavia, anche in tale contesto non mi pare possa risultare produttivo discostarsi da quanto già scritto con riguardo alle contestazioni che il commissario liquidatore può muovere, non nel senso che quest'ultimo *non possa* instaurare il giudizio anzidetto, ma nel senso che il medesimo *non debba* necessariamente farlo, quand'anche volesse escludere dalla redazione definitiva dello stato passivo il diritto vantato mediante reclamo o insinuazione tempestiva, con ciò determinando il confluire di tutte le pretese non ammesse a livello amministrativo nell'alveo decisorio della giustizia ordinaria, in sede di opposizione ovvero di insinuazione tardiva, ai sensi, rispettivamente, dell'art. 87 e dell'art. 89 del T.U.

2.1.3 L'ammissione «con riserva»

Il tema da ultimo affrontato apre ancora una volta il dibattito sull'ammissibilità dell'inserzione al passivo con riserva, con particolare riguardo al generale problema dell'adottabilità o meno delle riserve atipiche, non solo e non tanto perché di ammissione condizionata

³¹ L. Desiderio, *Commento all'art. 86*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio et al. Milano, 2010, sub § 3.

la disciplina della liquidazione coatta non parla espressamente (posto che l'osservazione potrebbe essere superabile alla luce del generale rinvio alla disciplina fallimentare, operato dall'ultimo comma dell'art. 80 del T.U.), quanto perché, facendo proprio riferimento alle norme sul fallimento, nel caso di giudizio aperto dal commissario liquidatore volto alla caducazione del vantato titolo creditorio, si dovrebbe - in quanto lo si voglia - ammettere con riserva un credito il cui accertamento giudiziale, in sede extra-procedurale, è ancora pendente, differendosi pertanto dall'ipotesi di cui al numero 3) dell'art. 96, comma 1, l.f. Altra, poi, è la questione della c.d. «revocatoria breve», per cui il giudice delegato, nel fallimento, può rigettare la domanda di ammissione anche sulla base di un giudizio di revocabilità. Caso, tuttavia, reputato non estendibile nel contesto di specie per il carattere amministrativo, anziché giurisdizionale, dell'attività di formazione del passivo³².

Invero, la soluzione al problema è stata offerta dalla stessa giurisprudenza di legittimità, secondo la quale l'ammissione di crediti con riserva, configurabile in via di principio anche nello stato passivo della liquidazione coatta amministrativa, è consentita solo entro i medesimi limiti operanti nella formazione dello stato passivo nel contesto fallimentare, con la conseguenza

³² Le osservazioni sono di: S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, cit., p. 1453, il quale richiama pure due pronunce di merito inedite conformi.

che, stante la tassatività delle riserve apponibili allo stato passivo, le eventuali riserve atipiche (o comunque anomale) sono da ritenersi come non apposte³³.

Con riguardo dunque all'ipotesi, non così aliena, di un provvedimento commissariale di ammissione «con riserva», alla stregua di quanto concedibile nel procedimento fallimentare, l'assenza di alcuna esplicita previsione non è di ostacolo in ordine alla relativa attuazione, posto che un richiamo indiretto alle norme sul fallimento che trattano dell'ammissione al passivo con riserva è rinvenibile, non solo nell'art. 80, comma 6, ma altresì *sub* art. 83, comma 2, dello stesso T.U., il quale sancisce l'esplicita applicazione di quanto dettato sotto il capo III, del titolo II, dalla sezione II della legge fallimentare, in tema di effetti per i creditori. E, tra le norme incluse, compare proprio, nella sua veste rinnovata, l'art. 55, il quale, al comma 3, statuisce che i crediti condizionali partecipano al concorso a norma degli artt. 96, 113, e 113-*bis* l.f. Questi ultimi, come noto, dispongono espressamente proprio in tema di ammissione al passivo con riserva. Da qui, allora, la possibilità di prospettare un provvedimento, da parte del commissario liquidatore, di ammissione «con riserva», limitatamente a quelle pretese subordinate all'avveramento di una condizione³⁴, a conferma della

³³ Cass. civ., sez. I, 19 novembre 2003, n. 17526, in *Fall.*, 2004, p. 1332.

³⁴ Trib. Foggia, 1° febbraio 1994, cit., che, nell'escludere la riserva di presentazione di documenti giustificativi (v. *supra*, nota 29),

statuizione giurisprudenziale suddetta. Il problema è pertanto traslato sull'importazione, nell'ambito *de quo*, di quelle questioni ermeneutiche ancora irrisolte, attinenti ai confini di applicazione della regola di ammissione con riserva dei crediti condizionali nel fallimento. Non è ancora chiaro, infatti, se, tra questi, possano essere ricompresi anche i crediti di esistenza controversa tra le parti, per essere l'accertamento degli stessi *sub iudice*³⁵, proprio come nel caso sopra menzionato, ovvero quei crediti la cui fattispecie costitutiva è ancora in formazione, ad ogni modo propendendosi per il recupero della tesi più tradizionale e risalente che intende escludere,

ammette espressamente l'apposizione di una riserva per i crediti cc.dd. «condizionali». Per fare un esempio, proprio in ambito bancario, ai crediti condizionali sono stati ricondotti i crediti di firma, ossia le garanzie rilasciate dalla banca a favore di terzi, condizionate all'infruttuosa escussione del debitore principale: cfr. S. Bonfatti, *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. Ragusa e C. Costa. Torino, 1997, pp. 490 e ss.

³⁵ Si confronti in proposito: Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2006, n. 6098, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 548, nella specie affermando che nell'ipotesi di liquidazione coatta amministrativa – analogamente al caso di declaratoria di fallimento – intervenuta nelle more del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo proposto dal debitore ingiunto, poi posto in liquidazione coatta amministrativa, il creditore opposto deve partecipare al concorso con gli altri creditori previa domanda di ammissione al passivo, attesa la inopponibilità, al fallimento, di un decreto non ancora definitivo; ne discenderebbe in particolare che, essendo il decreto ingiuntivo inefficace e inopponibile alla massa, la domanda deve essere riproposta al giudice della procedura, la cui competenza inderogabile prevale sul criterio della competenza funzionale del giudice che ha emesso l'ingiunzione.

dall'operatività della disposizione fallimentare richiamata, il credito risolutivamente condizionato, ammettendosi solo quello sottoposto a condizione sospensiva³⁶. È certo che, se si riconoscesse – come nella pratica si riconosce – la possibilità per il commissario liquidatore di disporre un'ammissione con riserva, le medesime incertezze troverebbero alimento anche nel procedimento di verifica del passivo della banca in liquidazione coatta.

La ricostruzione prospettata, come osservato avallata dalla stessa giurisprudenza di legittimità, troverebbe inoltre giustificazione alla luce della possibilità legale, *ex art. 91, commi 5 e 6, del T.U.*, di accantonamenti, quale parte integrante della disciplina di ammissione con riserva, giusta la previsione di cui all'art. 113, comma 1, n. 1), *l.f.*, ai sensi del quale devono essere trattenute e depositate le quote assegnate, tra gli altri, ai creditori ammessi con riserva. A conferma, infatti, la disciplina di settore, sulla premessa che i riparti e le restituzioni non debbano pregiudicare la possibilità della definitiva assegnazione delle quote e dei beni spettanti a tutti gli aventi diritto, stabilisce espressamente che, nell'effettuare i riparti e le restituzioni, il commissario liquidatore, in presenza di pretese per le quali non sia stata definita l'ammissione al passivo, debba accantonare le somme e gli strumenti finanziari corrispondenti, al fine di procedere alla distribuzione e

³⁶ G. Guizzi, *Commento all'art. 55*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, I, 2010, pp. 1098 e ss.

alla restituzione degli stessi in caso di riconoscimento dei diritti ovvero, nell'ipotesi contraria, alla loro liberazione a favore degli aventi diritto, qualora, in quest'ultimo caso, lo scioglimento della riserva debba reputarsi definitivamente irrealizzabile.

2.1.4 *Gli antecedenti cronologici degli effetti esecutivi dello stato passivo*

Allo scadere dei sessanta giorni, disposti per consentire un'insinuazione puntuale agli aventi diritto pretermessi *ab origine*, e non oltre i trenta successivi – in sostanza entro novanta giorni dalla pubblicazione del decreto di liquidazione sulla Gazzetta Ufficiale – il commissario liquidatore, sentiti i cessati amministratori della banca, rende noto il contenuto dello stato passivo, tramite presentazione alla Banca d'Italia e deposito, virtualmente contestuale, nella cancelleria del tribunale dell'A.g.o. ove la banca ha la sede legale, così assolvendo a un onere informativo sia nei confronti dell'Autorità di vigilanza, che nei riguardi dei terzi interessati.

L'audizione dei componenti dell'esecutivo, le cui funzioni sono cessate dalla data di emanazione del decreto ministeriale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del T.U., è imprescindibile, rappresentando l'unico momento di attuazione della garanzia del contraddittorio con gli esponenti del soggetto passivo

del procedimento³⁷. Contraddittorio a ben vedere, però, solo formale, esaurentesi in qualunque tipo di circostanza idonea a favorire uno scambio informativo tra l'organo commissariale e gli *ex* amministratori, reputandosi sufficiente anche un semplice invito a comparire davanti al liquidatore³⁸. La legge, infatti, non richiede alcuna modalità specifica di positiva partecipazione all'operato amministrativo, tanto da non potersi ravvisare ostacolo alla regolarità del procedimento in caso di silenzio dei cessati amministratori, seppur regolarmente istruiti dal commissario e dal medesimo invitati, quantomeno, ad aderire al risultato della prima fase di accertamento del

³⁷ L'inderogabilità che eleva di importanza la previsione normativa è posta in rilievo anche da: Corte cost., 22 maggio 1987, n. 181, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1962, la quale, se pur con specifico riferimento all'art. 209 l.f. nel testo ante riforma, in tema di formazione dello stato passivo nella liquidazione coatta amministrativa in generale, ne sanzionava la parte in cui non prevedeva che gli amministratori del soggetto giuridico sottoposto alla procedura fossero sentiti dal commissario. Da qui, allora, la risoluzione del dubbio se, nel caso di precedente procedura di amministrazione straordinaria, debbano sentirsi i commissari straordinari o gli *ex* amministratori. Dubbio da risolversi a favore della scelta di questi ultimi, proprio a concretamento di un contraddittorio (*extra*-processuale, ma *infra*-procedurale) tra l'organo amministrativo della procedura e quello rappresentativo del soggetto alla stessa sottoposto. Purtuttavia si deve aggiungere che, se questo è vero in ossequio a una garanzia formalistica, guardando alla *ratio* sottesa all'obbligo di audizione – *i.e.* recupero di materiale probatorio aggiuntivo – non si può escludere, ma anzi si deve propugnare per il coinvolgimento, in tale contesto, anche dei commissari straordinari nel cui ruolo è poi sopravvenuto il commissario liquidatore.

³⁸ R. Lener, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 1403; V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 283.

passivo, se del caso fornendo ulteriori informazioni per la corretta definizione degli elenchi. Diversamente, invece, sarà a dirsi nel caso in cui sia il commissario a omettere l'attività di consultazione, posto che il mancato rispetto della prescrizione di legge non può che determinare l'*illegittimità* del procedimento³⁹. E il sindacato sulla manchevolezza del commissario liquidatore sarà rimesso alla giurisdizione amministrativa, come del resto conferma la stessa giurisprudenza, laddove afferma che l'impresa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, in relazione a eventuali omissioni o ritardi in cui incorra il commissario liquidatore nella formazione e nel deposito dello stato passivo, può ricorrere all'Autorità di vigilanza e, poi, in via giurisdizionale, al giudice amministrativo, considerato che le sue posizioni soggettive, rispetto agli atti posti in essere da detto commissario in qualità di organo della p.a., hanno natura di interessi legittimi⁴⁰. Dunque, l'interpello

³⁹ F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 603. Argomenta invece in termini di mera *irregolarità* del procedimento di formazione dello stato passivo: A. Pisani Massamormile, *Commento all'art. 64*, in G. Campobasso (a cura di), *L'Eurosim*. Milano, 1997, p. 423.

⁴⁰ Cass. civ., sez. I, 16 gennaio 1991, n. 372, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 12. A seguire, in ordine all'inadeguatezza delle forme con le quali è stato assolto l'obbligo di sentire l'amministratore della società assoggettata a liquidazione coatta amministrativa, ribadisce la giurisdizione del giudice amministrativo proprio alla luce della natura amministrativa dell'intero procedimento sino al momento del deposito dello stato passivo: Cass. civ., sez. un., 13 novembre 1997, n. 11216, in *Fall.*, 1998, p. 1135.

rivolto al soggetto passivo della procedura – e nella specie a chi ne ha la rappresentanza – svolge un ruolo non solo istruttorio, come invece nel fallimento, tanto che il fallito, nell’udienza di discussione *ex art. 95 l.f.*, può essere sentito su propria iniziativa⁴¹, posto che, nel caso che qui occupa, i cessati amministratori *devono* essere sollecitati a un riscontro su propulsione del commissario liquidatore, necessariamente *prima* della presentazione alla Banca d’Italia dello stato passivo, cosicché quest’ultimo resti suscettibile di eventuali modifiche, sulla scorta di quanto espresso dagli stessi soggetti interpellati, prima del dovuto deposito⁴².

Lo stato passivo risulta in particolare suddiviso nei seguenti elenchi: 1) elenco dei creditori, con l’indicazione delle somme a essi riconosciuti, nonché dei diritti di prelazione e dell’ordine dei medesimi; 2) elenco dei titolari di diritti reali sui beni e sugli strumenti finanziari relativi a servizi di investimento in possesso della banca; 3) elenco dei clienti aventi diritto alle restituzioni dei medesimi strumenti finanziari, iscritti in apposita e separata sezione; 4) elenco di tutti

⁴¹ In ogni caso, le eventuali osservazioni espresse formeranno oggetto di apprezzamento da parte del commissario liquidatore, al pari di ogni altro elemento probatorio acquisito: V. Tusini Cottafavi, *Commento all’art. 86*, cit., p. 683.

⁴² In proposito, pertanto, si è inteso ritenere che l’audizione degli esponenti aziendali debba effettuarsi mediante un invito ai medesimi a formulare osservazioni, fissando all’uopo un termine, scaduto il quale si procederà senz’altro al deposito dello stato passivo: A. Pisani Massamormile, *Commento all’art. 64*, cit. p. 422.

coloro a cui è stato negato il riconoscimento delle pretese. Tuttavia dagli elenchi depositati in tribunale sono stralciati i nominativi dei creditori chirografari (sia ammessi che non), quale forma – eccessiva e anacronistica – di tutela del sotteso segreto bancario⁴³, peraltro attualmente ingiustificata alla luce della diversità del trattamento riservato ai medesimi creditori dalla corrispondente disciplina in caso di crisi delle SIM, ove manca riferimento alcuno a eventuali limiti al deposito degli elenchi dei creditori nella cancelleria del tribunale⁴⁴.

Con presentazione e deposito, lo stato passivo diventa *ex lege esecutivo*. Soltanto successivamente l'organo amministrativo comunica, senza termine, ma «senza indugio», sempre mediante raccomandata con

⁴³ In passato, ha riconosciuto espressamente i limiti imposti dal segreto bancario per i creditori chirografari ammessi: Trib. Napoli, 1° marzo 1982, in *Dir. e giur.*, 1982, p. 101. In realtà, la pronuncia, da leggersi necessariamente nel contesto temporale in cui è stata emessa, ben si giustifica alla luce della disposizione contenuta nell'art. 78 della vecchia legge bancaria, menzionante appunto, espressamente, la tutela del «segreto bancario» quale scriminante dell'omessa esibizione dell'elenco dei creditori chirografari, ove si renda necessaria per la decisione del tribunale in merito alle contestazioni. Non si è mancato tuttavia di sostenere come il segreto bancario trovi reale fondamento non tanto nella legge, quanto piuttosto in un uso vincolante, scaturente da una pratica costantemente seguita, posto che sia la banca, che la clientela, manifestano un comune interesse al riserbo: Cass. civ., 18 luglio 1974, n. 2147, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, II, p. 385.

⁴⁴ Evidenzia ampiamente l'irrazionalità della permanenza del «segreto bancario» nel contesto spiegato: S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, cit., pp. 1456-1457.

avviso di ricevimento, a coloro cui è stato negato, anche solo parzialmente, il riconoscimento delle pretese, la decisione adottata con una – pur se la legge non lo prevede espressamente – succinta motivazione⁴⁵, al fine,

⁴⁵ La giurisprudenza ha comunque ritenuto di escludere un obbligo di motivazione del provvedimento: Cass. civ., sez. I, 3 maggio 2005, n. 9163, in *Fall.*, 2005, p. 1435, la quale, suadentemente, ha ritenuto che in tema di liquidazione coatta amministrativa, con riguardo alla formazione dello stato passivo da parte del commissario liquidatore, non sono applicabili le norme della l. 7 agosto 1990, n. 241 che riguardano il procedimento amministrativo e pertanto non occorre che il provvedimento d'esclusione sia motivato; in ossequio alla medesima pronuncia, inoltre, l'inesistenza di un tale obbligo neppure sarebbe capace di vulnerare il diritto di difesa del creditore, in quanto l'opposizione allo stato passivo dà luogo a un ordinario giudizio di cognizione il cui oggetto non è costituito dalla verifica delle ragioni del mancato accoglimento della domanda di inserimento nello stato passivo, bensì dall'accertamento della fondatezza della pretesa fatta valere con la domanda di ammissione, che è esteso a tutti i profili attinenti al rapporto controverso. Inciso, quest'ultimo, che verrà meglio ripreso nel proseguo. *Contra*: Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2005, n. 1817, in *Foro it. Mass.*, 2005, p. 128, la quale, pur non affrontando espressamente il tema della motivazione del provvedimento di esclusione, rimarca che la formazione dello stato passivo da parte del commissario liquidatore ha natura di procedimento amministrativo. *Ergo* – conclusione nostra – devono valere le prescrizioni della legge predetta e, in particolare, il dettato dell'art. 3, ai sensi del quale ogni provvedimento amministrativo *deve* essere motivato, salvo si tratti di provvedimenti normativi o a contenuto generale. Posto che a questi ultimi non pare potersi ricondurre l'atto commissariale in questione, anche questo, in quanto proveniente da un organo della p.a., necessiterà di congrua, seppur sintetica, motivazione. È da condividersi inoltre il pensiero di chi, osservando il pregnante contenuto valutativo «di tipo quasi giudiziario» dell'attività commissariale, pone un onere per l'organo amministrativo di fornire delucidazioni in sede di stato passivo circa i criteri adottati e le valutazioni svolte: V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato*

si intende, di consentir loro di proporre opposizione, relativamente alla propria posizione, entro quindici giorni dalla ricezione della comunicazione⁴⁶. Per i soggetti ammessi che volessero invece ricorrere contro il riconoscimento delle pretese altrui, il medesimo termine decorre dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'avviso di avvenuto deposito. L'ammissione, dunque, non importa alcuna forma di comunicazione personale, né, di conseguenza – al pari dell'esclusione e rispetto a questa a *fortiori* –, accede alcuna spiegazione circa la scelta compiuta, a differenza di quanto previsto nella disciplina fallimentare, ove il giudice delegato provvede *sempre* con decreto *motivato*, seppur in termini sintetici, sia che rigetti, sia che accolga la domanda di ammissione. Tale discrasia implica, nella procedura qui in commento, un'accentuata difficoltà di impugnazione avverso il riconoscimento dei diritti in favore dei soggetti inclusi negli elenchi, così disincentivando

passivo, cit., 281. Delucidazioni che non solo trovano, quale destinatario naturale, il giudice che sarà chiamato a decidere sulle opposizioni, ma altresì ben possono, *rectius* devono, essere trasfuse, seppur in sintesi, nelle singole comunicazioni indirizzate ai soggetti non ammessi.

⁴⁶ Già prima della redazione del Testo unico, e specificatamente con riguardo alla liquidazione coatta degli istituti di credito, si affermava che l'opposizione allo stato passivo da parte dei creditori esclusi, in tutto o in parte, soggiace al termine di quindici giorni con decorso, non dalla data di deposito dell'elenco, bensì da quella di ricezione della raccomandata con la quale il commissario liquidatore dà notizia ai suddetti creditori dei relativi provvedimenti: Cass. civ., sez. I, 31 ottobre 1981, n. 5764, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 54.

fortemente la relativa proposizione. Infatti, senza una base motivazionale su cui incentrare il sindacato sul «(non-)giudizio» commissariale, diviene poco concretizzabile l'impugnativa dalla stessa legge prospettata che, allora, forse, *impugnativa* – nell'accezione propria – non è⁴⁷.

2.2 L'esecutività dello stato passivo

Qualunque tipo di opposizione, nella liquidazione coatta amministrativa, in specie bancaria, presuppone e un accertamento sommario fondato su prove documentali condotto dall'organo amministrativo – il commissario liquidatore che è pubblico ufficiale – nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, e, qui come nel fallimento, l'esecutività dello stato passivo che lo stesso, una volta presentato all'Autorità di vigilanza, acquisisce con il deposito nella cancelleria del tribunale funzionalmente competente. Solo che nel fallimento, ai sensi dell'art. 96, comma 5, l.f. è il giudice delegato che forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con proprio decreto depositato in cancelleria. In particolare, il decreto del giudice delegato si pone quale provvedimento di giurisdizione contenziosa, emanato nel pieno contraddittorio delle parti interessate, le cui statuizioni sono idonee, in assenza di impugnazioni, a rivestire l'autorità di *giudicato*, se pur, si dice,

⁴⁷ Sulla natura bivalente del giudizio di opposizione, quale sorta di «impugnazione di primo grado», con apparente *contradictio in terminis*, si rinvia oltre ai §§ 3 e ss.

«endofallimentare». Nel contesto che qui occupa, invece, l'esecutività viene associata all'atto terminale di un (non-)giudizio, esplicitosi quale procedimento amministrativo, come tale inidoneo a condurre a determinazioni coperte da giudicato. Trattasi infatti di un accertamento che nulla ha di contenzioso e dunque, per definizione, è privo di quella valenza propria della *res iudicata*. Cionondimeno, l'esecutività si riconosce a un atto *autoritativo* pienamente efficace contenente un accertamento *tendenzialmente* definitivo, indi per cui il significato ultimo di tale esecutività attribuita a due provvedimenti, diversi nella forma, ma simili nella sostanza, comunque entrambi espressione di pubblici poteri, non sembra differire a seconda dell'ambiente in cui assume rilievo, dato che tanto nel fallimento quanto nella liquidazione coatta (bancaria) la stessa è idonea, da sola, a giustificare i riparti e le restituzioni, in virtù dell'*imperium* connaturato all'atto di deposito dello stato passivo da parte vuoi del giudice delegato, vuoi del commissario liquidatore.

Ferma la reputata inopportunità di replicare nella formazione *amministrativa* del passivo della banca in liquidazione coatta disposizioni dettate nel fallimento per la fase *giurisdizionale* della verifica del medesimo, non è possibile esimersi dall'interrogativo sulla portata degli effetti espliciti proprio dalla verifica amministrativa divenuta esecutiva, alla luce del carattere processualistico del concetto di accertamento e, soprattutto, in relazione all'oggetto della cognizione

giudiziale in caso di opposizione, avendo chiaro che l'esecutività riconosciuta allo stato passivo a completamento degli adempimenti commissariali, ben si distingue dalla definitività degli accertamenti di cui lo stato passivo medesimo è espressione.

Da premettersi subito che, *in parte qua*, per esecutività dello stato passivo deve intendersi, da un lato, l'idoneità del medesimo a esplicitare gli effetti che gli sono propri e, dall'altro, la sua *irretrattabilità* da parte del commissario liquidatore. Ciò vuol dire che, successivamente agli adempimenti prescritti per legge, si può direttamente procedere alle restituzioni e ai riparti dell'attivo (già) liquidato⁴⁸, non essendo più fattibile alcuna variazione dell'elenco ad opera, *in primis*, di chi lo ha formato e, secondariamente (*rectius*, eventualmente), di chiunque. *Quella* idoneità e *quella* irretrattabilità sono infatti destinate a stabilizzarsi *definitivamente* in mancanza di opposizione esercitata nei termini decadenziali di cui all'art. 87 del T.U. o, comunque, entro il limite temporale posto dal successivo art. 89. Dunque, solo in tal senso, l'esecutività dello stato passivo accertato dal commissario figura quale anticamera di quell'effetto tipico del giudicato *formale*, che si esplica a conclusione

⁴⁸ L'anomalia rispetto alla disciplina fallimentaristica è che qui l'accertamento dei debiti e il realizzo dell'attivo possono avvenire anche parallelamente, posto che l'esecutività dello stato passivo è *condicio sine qua non* solo per le restituzioni e i riparti e non anche per la liquidazione.

del processo e implica la preclusione di un secondo giudizio sul medesimo oggetto ovvero sul diritto di partecipare ai riparti e alle restituzioni, lasciando invece *impregiudicata* ogni altra questione. Il legislatore, inoltre, ha avuto cura (consapevolmente o meno) di posticipare il più avanti possibile il momento di assoluta intangibilità dello stato passivo nell'alveo del procedimento di liquidazione coatta amministrativa a carico della banca. La sua definitività, infatti, viene a coincidere con l'esaurimento degli effetti esplicati dall'esecutività che gli è propria, ovvero con il compimento di *tutti* i riparti e le restituzioni, posto che fino a tale momento gli aventi diritto, pretermessi durante la fase amministrativa di formazione del passivo, possono, ai sensi dell'art. 89 del T.U., far valere le loro pretese, insinuandosi tardivamente, con l'instaurazione di un giudizio di opposizione. Definitività traducibile, quindi, come consumo delle funzioni ascrivibili all'accertamento commissariale del passivo in conclusione della fase distributiva e strettamente connessa all'irripetibilità - e in tal senso da essa giustificata - dei pagamenti effettuati in esecuzione di quanto previsto negli elenchi depositati⁴⁹.

⁴⁹ Infatti la legge, pur sottintendendo la presenza di un piano di riparto, nulla dispone a riguardo se non in ordine al suo deposito, insieme al bilancio finale di liquidazione e al rendiconto finanziario, prima dell'ultimo riparto o dell'ultima restituzione. Va da sé che le operazioni di distribuzione sono da radicare negli elenchi dello stato passivo, già indicanti le somme riconosciute a ciascuno, i diritti di prelazione e l'ordine dei creditori stessi, e non

Lo stato passivo (esecutivo), non potendo subire il meccanismo del passaggio in giudicato, che è proprio della verifica giudiziale, acquisterebbe in particolare definitività, secondo il pensiero più recente, in virtù di una manifestazione implicita di consenso da parte di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti, desumibile dalla mancata presentazione di opposizione. Pertanto lo stato passivo, nel contesto *de quo*, non solo si formerebbe, ma altresì diverrebbe cristallizzato, secondo tale interpretazione, esclusivamente su base *negoziale*⁵⁰. In tale ottica, allora, si richiede di rileggere le disposizioni concernenti la facoltà di proporre reclamo avverso la comunicazione commissariale e l'onere di presentare domanda di insinuazione (tempestiva), quale unico impulso di parte a fronte dell'autonomia caratterizzante l'attività amministrativa, nel senso che la tipica natura processuale di tali strumenti non dovrebbe valere ad alterare il risultato ultimo a cui gli stessi tenderebbero, ovvero un accertamento negoziale del passivo. Pertanto, solo nell'ipotesi in cui il consenso (generalizzato) non venga raggiunto e dunque venga esperito ricorso in sede giurisdizionale, lo stato passivo riceverà definitività per via del giudicato che si sarà formato sull'opposizione.

Tale tesi, facendo leva sulla natura negoziale del primo momento accertativo, sconfessa in realtà la

quindi nel predetto piano, mera specificazione operativa dello stato passivo.

⁵⁰ L. Desiderio, *Commento all'art. 86, cit., sub § 2.*

funzione pubblica del commissario liquidatore, non riconoscendo valenza alla prescrizione di cui al primo comma dell'art. 84 del T.U., il quale testualmente definisce i commissari quali «pubblici ufficiali», senza operare alcun *distinguo* con riguardo all'attività esercitata. Seguendo la predetta impostazione, si giungerebbe quindi a negare l'uso di alcuna potestà amministrativa nella fase di formazione del passivo demandata a tale organo. Diversamente, si spiega, i diritti dei creditori verrebbero declassati a interessi legittimi, senza così che si possa giustificare, se non contrariando ogni logica di ripartizione giurisdizionale, la rimessione al giudice ordinario del potere di incidere, emendandolo, l'atto asseritosi amministrativo, qualora fosse utilmente esperita opposizione contro l'accertamento commissariale⁵¹.

Invero, pur prendendo atto di uno iato immanente alla formazione del passivo nella liquidazione coatta, risultato dell'operare congiunto di amministrazione e giurisdizione ordinaria, non vi è - a detta di chi scrive - un'impossibilità nel riconoscere una composizione dell'apparente contraddizione, senza per nulla togliere dignità pubblica all'attività commissariale, non degradabile a una gestione *iure privatorum*. La nomina diretta proveniente dalla Banca d'Italia del commissario liquidatore, la sua qualifica legislativa di pubblico ufficiale, la disciplina delle funzioni dettata da norme di

⁵¹ *Ibidem*.

diritto pubblico concorrono infatti a confermare quella potestà che invece si è inteso disconoscere. La teoria negoziale sull'attività commissariale si preferisce dunque escludere, anche per non cadere nella tentazione di qualificare, erroneamente, lo stato passivo formatosi quale *negozio* di accertamento, pur presentando, al pari di quest'ultimo, un contenuto dichiarativo, una struttura (implicitamente) dispositiva e, come oltre esplicitato - e in parte già chiarito -, un'efficacia preclusiva⁵². E la tentazione sarebbe anche forte, rievocando la duplice natura dell'istituto individuata da Carnelutti, manifestata dalla compresenza di elementi propri del *giudizio* e del *comando*. Il negozio accertativo, infatti, quale *equivalente negoziale* del processo avrebbe una funzione di risoluzione anticipata della (anche solo potenziale) lite, così da evitarne, con l'accordo delle parti, l'evoluzione fisiologica davanti all'autorità giudiziale⁵³. A riguardo, anche il *riconoscimento* rientrerebbe tra le tipiche figure di accertamento privato di contenuto negoziale con funzione di eliminazione della lite. Ora, pure l'accertamento del passivo, così come configurato dall'art. 86 del T.U., è incentrato sul riconoscimento delle pretese creditorie, reali o restitutorie riscontrate dalla documentazione bancaria o avanzate

⁵² G. Lazzaro, *La causa del negozio di accertamento*, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 85.

⁵³ La ricostruzione del pensiero carneluttiano è offerta da A. Catricalà, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur.*, I, Milano, 2007, p. 1.

tempestivamente dagli asseriti titolari, con la funzione di definire *ex ante* un contenzioso riguardante il diritto di partecipare ai riparti e alle restituzioni. Sennonché, a tale riconoscimento non può essere attribuita la medesima portata di quello fondante un negozio di accertamento, stante – non solo e non tanto la riserva di eventuali contestazioni, sottesa, con presunzione *iuris et de iure*, ad ogni pronunciamento commissariale, giusta la precisazione di cui al primo comma dell'ultimo articolo menzionato⁵⁴, quanto piuttosto – l'impossibilità di qualificare l'attività commissariale come attività di diritto *privato*⁵⁵. Le specifiche funzioni del commissario liquidatore, infatti, non possono porre il medesimo sullo

⁵⁴ Un'immaginata interpretazione restrittiva assocerebbe peraltro tale riserva solo alla prima comunicazione inviata dal commissario liquidatore agli aventi diritto, intendendola quale salvezza degli esiti di eventuali ulteriori verifiche che il commissario stesso prevede di compiere ovvero dei reclami presentabili dagli interessati e non quale condizione generale cui far soggiacere la portata ultima dello stato passivo depositato. Tuttavia, a ben vedere, una simile condizione può dirsi implicitamente immanente qualora si esca dall'ambiente concorsuale ed opera tanto a favore del soggetto passivo quanto di quello attivo del rapporto in contestazione.

⁵⁵ Sulla qualificazione dell'attività commissariale come *amministrativa* in quanto inerente all'esercizio di funzioni proprie della P.A.: Cass. civ., sez. I, 16 gennaio 1991, n. 372, cit. In dottrina, invece, sulla falsa riga di quanto poi riaffermato anni dopo, non si è mancato di osservare come la possibilità di ricorrere all'A.g.o. avverso le risultanze dell'accertamento commissariale, deponga per la natura di «atto non amministrativo dello stato passivo»: E. Galanti, *Commento agli artt. 87 e 88*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, I, 2001, p. 687.

stesso piano della platea dei titolari di posizioni giuridiche attive azionabili nei confronti della banca. La verifica del passivo deve dunque essere dogmaticamente spiegata ricorrendo a un'altra lettura, sulla premessa imprescindibile che la liquidazione bancaria è (e deve rimanere) un procedimento *amministrativo* in tutte le sue parti, in cui si innestano fasi di natura giurisdizionale⁵⁶.

L'accertamento del commissario liquidatore verte sull'*an* e sul *quantum* delle posizioni debitorie di cui la banca risulta titolare. La verifica commissariale è chiaramente tesa a dare *certezza* in termini di fatto e di diritto, imprimendo alle situazioni soggettive di cui ha riscontro una precisa qualità giuridica, così diluendo una prospettiva di contestazioni. Infatti, anche quello che era stato definito da Santoro Passarelli uno *stato di pre-litigiosità* è idoneo a costituire un presupposto valido dell'atto di accertamento. Inoltre, poiché trattasi di una verifica posta in essere da una pubblica autorità – il commissario liquidatore per definizione pubblico ufficiale – l'esito del procedimento di formazione dello stato passivo si risolve in un *atto di certezza pubblica*, preordinato non a «fondare una verità», bensì a «fornire un'utilità che possa essere accettata in quanto è plausibile che sia rispondente alla realtà»⁵⁷. In particolare, si è di fronte a un atto di certezza *legale*, dato

⁵⁶ Cass. civ., sez. I, 10 giugno 2011, n. 12729, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, p. 992.

⁵⁷ S. Pugliatti, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 73.

il tipo di effetto che produce, ovverosia un effetto *preclusivo* che condivide con l'accertamento processuale⁵⁸.

Il risultato dell'attività del commissario liquidatore si pone dunque quale atto accertativo di certezza legale, di natura amministrativa e carattere imperativo, munito di efficacia preclusiva, impediente la messa in discussione del suo contenuto, *in primis*, alla stessa autorità che lo ha emesso, inibendole, in via immediata e automatica, la potestà di revocarlo.

Un'unica eccezione è tuttavia stata ravvisata da chi reputa possibile una modifica dello stato passivo, a opera dello stesso commissario, dettata da evoluzioni di carattere istituzionale della procedura, chiaramente su impulso della Banca d'Italia, come nel caso in cui si verifichi l'intervento del fondo di garanzia, rimborsante i depositanti con subentro nei diritti dei medesimi, ovvero di una banca che effettui i pagamenti dovuti ai creditori con conseguente surrogazione⁵⁹. Tesi, tuttavia, opinabile, laddove si pensi che, una volta raggiunta l'esecutività del primo accertamento compiuto, si apre istantaneamente una nuova fase (che può anche essere solo virtuale) di carattere giurisdizionale, pure per quelle pretese (solo) tardivamente insinuate, depurando così l'instaurando giudizio da ogni contestazione

⁵⁸ Per una disquisizione in tema di accertamento nel quadro degli atti di certezza pubblica: J. Buccisano, *Accertamento*, in *Enc. giur.*, I, Milano, 2007, p. 2.

⁵⁹ V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 286.

propria delle tipologie legali di opposizione, cosicché, se la *cognitio* giudiziale varrà, relativamente alle domande tardive, quale unico accertamento, tanto varrà, analogamente, nel caso si verifichi il mutamento soggettivo predetto – non implicante un contenzioso coinvolgente diritti –, sì da convogliare qualunque decisione di alterazione dello stato passivo *esecutivo*, direttamente ed esclusivamente, dinnanzi all'organo avente competenza funzionale.

3. La prima fase giudiziale: un'impugnazione di primo grado

3.1 Quadro d'insieme

Lo stadio giudiziale nel processo di accertamento del passivo risulta, come scritto, meramente eventuale, attenendo esclusivamente alle potenziali contestazioni di uno stato formatosi in via tendenzialmente definitiva, in virtù di un'attività promanante da un organo amministrativo. Tali contestazioni possono attenersi sia a determinazioni positive del commissario liquidatore, implicanti un'espressa presa di posizione, attestata dal deposito nelle sedi opportune dello stato passivo, in merito al diritto di chi si pone in una posizione *lato sensu* creditoria nei confronti della banca in liquidazione coatta; sia a determinazioni negative, nel senso di omissioni in cui il commissario liquidatore sia incorso durante la formazione degli elenchi di cui il suddetto stato si compone. Nel primo caso le pretese avanzate

possono essere fatte valere solo con l'opposizione allo stato passivo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 87 del T.U., secondo la procedura ivi prevista. Nella seconda ipotesi, invece, al soggetto pretermesso è accordata la possibilità di insinuazione tardiva ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 89 del T.U., tramite – si noti – la medesima procedura dettata per l'opposizione in senso proprio.

In particolare, il combinato disposto dell'art. 87, comma 1, e dell'art. 89 del T.U. prende in considerazione tre categorie di soggetti legittimati a ricorrere all'autorità giudiziaria, instaurando un giudizio di opposizione, nell'accezione ampia del termine. Altrettanto triplice sarà pertanto il possibile contenuto dei *petita*. L'opposizione allo stato passivo rappresenta quindi un paradigma di *prima* azione giudiziale, come si espliciterà nel proseguo, esercitabile da: a) coloro le cui pretese non sono state accolte in tutto o in parte dal commissario liquidatore nella formazione dello stato passivo della banca in liquidazione coatta, i quali contestano il disconoscimento della propria posizione (art. 87, comma 1); b) coloro che sono stati ammessi al passivo ovvero aspirano ad esserlo, avendo già proposto opposizione⁶⁰, i quali hanno a discutere la decisione commissariale presa nei riguardi altrui e, dunque, il riconoscimento dei diritti in favore dei soggetti risultanti dagli elenchi formati dal commissario

⁶⁰ S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89, cit.*, p. 1462.

liquidatore e dal medesimo depositati nella cancelleria del tribunale competente, in quanto pregiudicanti il pieno o maggior soddisfacimento della propria pretesa (art. 87, comma 1)⁶¹; c) coloro le cui posizioni creditorie non siano state in alcun modo esaminate dal commissario liquidatore⁶², in quanto - è da sottintendersi - non risultanti dalle scritture o dai documenti della banca, né fatte oggetto di richiesta di riconoscimento da parte dei titolari, entro sessanta giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto di liquidazione *ex art. 86, comma 5, del T.U. (art. 89)*.

Mentre le ipotesi *sub a)* e *b)* sono propriamente riconducibili, nella sostanza, all'opposizione allo stato passivo, la seconda delle quali con *petitum* equivalente all'«impugnazione» nel fallimento⁶³, il caso *sub c)* è

⁶¹ In tal caso, la contestazione si indirizzerà necessariamente nei confronti dei creditori privilegiati e dei titolari di diritti reali su beni o strumenti finanziari, nonché degli aventi diritto alle restituzioni di detti strumenti, posto che i creditori chirografari ammessi non risultano, per espressa delimitazione legislativa, inseriti negli elenchi pubblicamente depositati. Di fatto, dunque, la loro posizione nello stato passivo risulta inattuabile da parte delle altre categorie di soggetti, essendo questi ultimi impossibilitati a prendere contezza della medesima. Trattasi in particolare di una forma di tutela che il legislatore, pur non esplicitandola chiaramente, fa emergere dalla costruzione normativa.

⁶² Cass. civ., sez. I, 31 ottobre 1981, n. 5764, cit., precisa, infatti, che a tutela dei crediti espressamente esaminati dal commissario liquidatore, ma non ammessi, è possibile solo l'opposizione e non anche la domanda di insinuazione tardiva.

⁶³ La differente terminologia impiegata non lascia margini di dubbio. L'art. 98 l.f., con scostamento rispetto all'art. 87 del T.U.,

qualificabile correttamente come insinuazione tardiva. La peculiarità risiede nel fatto che tutte e tre le categorie di domande, ricevono il medesimo trattamento processuale, o meglio, che l'ultima delle predette si aziona come se fosse un'opposizione, secondo uno schema di *procedimento uniforme* all'uopo dettato.

Emerge dunque evidente, fin d'ora, una netta differenza rispetto alla procedura fallimentare, ove, innanzitutto, l'opposizione al passivo costituisce uno degli specifici mezzi di impugnazione del decreto di esecutività emesso dal giudice delegato. Qui, invece, il termine «opposizione», omnicomprendivo, da collegarsi all'esito di un'attività non giudiziale, propriamente si riferisce (s'intende ad avviso di chi scrive) all'introduzione di un *giudizio di primo grado*, tanto da prevedersi, ai sensi dell'art. 88 del T.U., la possibilità di proporre appello avverso la sentenza di epilogo del giudizio stesso. A dispetto quindi di quanto prospettato nella disciplina del fallimento che, invece, coerentemente, contempla il solo ricorso in Cassazione contro il decreto di definizione dell'opposizione/impugnazione. Quale conferma del

usa infatti distinguere, tra i mezzi di gravame del passivo accertato, da un lato, l'opposizione in senso proprio e, dall'altro, l'impugnazione, prevedendo che il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili, con l'«opposizione», possano contestare che la propria domanda sia stata rigettata dal giudice delegato in tutto o in parte, mentre con l'«impugnazione», i medesimi soggetti – a cui si aggiunge anche il curatore – possano contestare che la domanda di un creditore o di un altro concorrente sia stata accolta.

carattere di prime cure del giudizio *de quo*, basti infatti ricordare che il potere di impugnazione – come tradizionalmente insegnato – costituisce un’esplicazione dell’esercizio dell’azione con cui è stato iniziato il giudizio che si è poi concluso con il provvedimento impugnato⁶⁴. Definizione che pianamente mal si attaglia al contesto del procedimento amministrativo di formazione del passivo nella liquidazione coatta, in specie bancaria, tanto che la relativa opposizione congegnata dalla legge non può qualificarsi come strumento processuale attraverso il quale provocare il controllo sulla validità e sulla giustizia⁶⁵ di un provvedimento *giurisdizionale*⁶⁶, posto che la determinazione commissariale, esecutiva, in merito all’ammissione delle pretese creditorie, reali e restitutorie *non è*, per definizione, espressione di un potere giurisdizionale. E nemmeno acquista tale carattere per il tramite del deposito dello stato passivo nella cancelleria del tribunale competente, assolvendo questo, semmai, una mera funzione di pubblicità con determinazione del momento a partire dal quale può aprirsi una fase – questa sì – giurisdizionale, in caso di proposizione di uno dei ricorsi previsti⁶⁷.

⁶⁴ A. Cerino Canova, *Le impugnazioni civili*. Padova, 1973, p. 215.

⁶⁵ A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli, 1999, p. 482.

⁶⁶ S. Satta, *Impugnazione (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XX. Milano, 1970, p. 697.

⁶⁷ Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 2008, n. 25174, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 803 (con nota di Odorisio).

Un ulteriore *distinguo* tra le medesime fasi delle due procedure concorsuali si impone infine con riguardo alla disciplina relativa alle domande tardive di pretese creditorie, posto che l'art. 101 l.f. sottopone le stesse alle norme di cui all'art. 95 l.f., in tema di verifica dei crediti davanti al giudice delegato, quale primo passaggio obbligato di formazione e accertamento dello stato passivo, mentre invece nella procedura in esame le medesime sono processualmente equiparate dall'art. 89 del T.U. all'opposizione di un accertamento, entro certi limiti, già avvenuto.

Tutto ciò è sufficiente a ribadire che nell'interpretare costruttivamente gli articoli 87 e 88 T.U. sarà da preferire, così come del resto espressamente richiesto dalla legge speciale in virtù dell'ultimo comma dello stesso art. 88, una lettura aderente in via esclusiva ai precetti del processo civile, i quali, quindi, sono da calarsi nel *giudizio di opposizione*, sia esso instaurato a seguito di opposizione allo stato passivo in senso proprio ovvero come mezzo per insinuare tardivamente una pretesa creditoria⁶⁸. Senza lasciarsi trarre in inganno da una (peraltro solo parziale) sovrapposizione della terminologia impiegata, si deve perciò rifiutare una trasmutazione indiscriminata delle regole fallimentari

⁶⁸ Anche se è stato facile rilevare, sulla premessa indiscutibile che il quarto comma dell'art. 88 T.U. rinvii più a un *corpus* normativo che a precise disposizioni, il sorgere di problemi relativi a quali delle norme sul processo di cognizione effettivamente applicare: E. Galanti, *Commento agli artt. 87 e 88*, cit., p. 688.

nelle fattispecie *de quibus*⁶⁹, non potendo qui valere, si ribadisce, la previsione generale di cui al secondo comma dell'art. 209 l.f. Ne risulta che la disciplina del fallimento non potrà in codesta sede essere richiamata se non per evidenziarne le diversità con la normativa qui rilevante ed, eventualmente, per forgiare quegli aspetti ancora oscuri della normativa in esame nell'alveo di un'interpretazione costruttiva del processo civile di opposizione *ex art.* 87 del T.U.

L'unica postilla degna di nota e di pervasiva importanza sta nel comprendere l'atteggiarsi degli effetti *medio tempore* prodotti qualora sopravvenga la conversione di una procedura concorsuale (fallimento) in un'altra (liquidazione coatta). Questo mutamento, infatti, a dire della giurisprudenza, pur implicando che la procedura debba proseguire secondo le regole di quella in cui si è convertita, non equivarrebbe a una revoca della precedente e ciò in coerenza con l'esigenza di conservazione degli effetti degli atti già compiuti, oltre che con il generale principio di economia processuale. Conseguentemente, dunque, si è inteso concludere che, proprio con riguardo al passaggio dal

⁶⁹ Appaiono dunque fuorvianti quelle pronunce *ante* T.U. secondo cui anche nella liquidazione coatta amministrativa di un'azienda di credito, l'opposizione proposta ai sensi dell'art. 98 l.f. è l'unico rimedio consentito avverso l'esclusione, totale o parziale, di un credito espressamente esaminato dal commissario in sede di formazione dello stato passivo: si veda ad esempio Cass. civ., sez. I, 31 ottobre 1981, n. 5765, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 368. Fuorviante, si scriveva, proprio perché il riferimento alla disposizione del fallimento appare, in questo contesto, attualmente, ultroneo.

fallimento alla liquidazione coatta amministrativa⁷⁰, ancorché la vicenda sia dipesa da circostanze presenti fin dall'origine, per le quali si sarebbe potuto dar subito corso alla liquidazione coatta in luogo della dichiarazione di fallimento, gli effetti degli atti legalmente compiuti nell'ambito della procedura fallimentare sono destinati a restar fermi. Tale principio troverebbe in particolare piana applicazione anche con riferimento al decreto con cui il giudice delegato abbia dichiarato esecutivo lo stato passivo⁷¹. E la giustificazione dell'assunto, a parere della Suprema Corte, sarebbe da rinvenirsi nella circostanza che la diversa natura del procedimento di verifica del passivo e le differenti funzioni degli organi delle due procedure non valgono invero a escludere una *sostanziale equivalenza di effetti* tra questi provvedimenti e quelli previsti *in subiecta materia*, ammettendo dunque come corollario che i medesimi non sono più modificabili se non all'esito di un giudizio contenzioso, a seguito di opposizione, instaurato nelle forme *ex lege* previste.

Ferma allora la potenziale sovrapposizione degli effetti dell'esecutività dello stato passivo frutto del decreto del giudice delegato nel fallimento ovvero del deposito compiuto dal commissario liquidatore, il

⁷⁰ Conversione da richiedersi esclusivamente mediante l'opposizione alla sentenza di fallimento *ex art. 18 l.f.*: Cass. civ., sez. I, 5 dicembre 2003, n. 18620, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 57.

⁷¹ Cass. civ., sez. I, 5 aprile 2006, n. 7878, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 650.

problema è traslato sul corretto intendimento del *quid* e del *quantum devolutum* al giudice dell'opposizione, nel senso di stabilire se la definizione del *thema decidendum* nel giudizio davanti all'A.g.o. risenta dei limiti forgiati dall'esegesi della normativa fallimentare rilevante (ora gli artt. 98 e 99 l.f.), trovandosi quale oggetto un provvedimento giurisdizionale, o, diversamente, sia rimessa all'interpretazione della disciplina speciale della liquidazione coatta *bancaria*, nella quale, come visto, le disposizioni sul fallimento, con specifico riguardo al giudizio di opposizione, non sono ben accolte.

3.2 Le opposizioni allo stato passivo

Come poc'anzi rilevato, il giudizio di opposizione trae sempre e unicamente origine da una determinazione positiva o negativa del commissario liquidatore durante la precedente fase di formazione dello stato passivo, disciplinata dall'art. 86 del T.U. Trattasi dunque di un giudizio, nei suoi tratti astrattamente tipici, con oggetto *ex lege* vincolato, non potendo il medesimo investire profili differenti da quelli rilevanti nell'accertamento amministrativo, genericamente riconducibili - si accetti qui la semplificazione - all'inclusione o meno, negli elenchi di cui lo stato passivo si compone, degli asseriti titolari di pretese creditorie, reali o meramente restitutorie nei confronti della banca in liquidazione coatta.

La peculiarità distintiva del giudizio di opposizione, nelle sue due prime declinazioni contemplate dall'art.

87 del T.U., risiede quindi nell'atteggiarsi quale strumento *formalmente* di gravame avverso le risultanze di un accertamento già esaurito dall'organo commissariale, senza tuttavia soggiacere a eventuali limiti devolutivi caratteristici di un secondo grado di cognizione, ponendosi lo stesso quale mezzo *sostanzialmente* di prime cure⁷². Solo in tal senso, dunque, può essere concepita la libertà di individuazione del *thema decidendum* – propria di un primo stadio di giudizio –, comunque incanalata nel modello tipico del processo di accertamento del passivo, che non può contemplare un oggetto diverso da quello sotteso *ex lege*.

L'intendimento di questo qualificarsi, tutto particolare, del giudizio di opposizione richiede necessariamente una prodromica spiegazione circa i *limiti* dell'«accertamento» cui ha dato luogo l'attività amministrativa commissariale e sulla quale si innesta l'intervento giudiziale, anche alla luce dell'interpretazione sposata da taluna giurisprudenza di merito secondo cui l'opposizione allo stato passivo proposta dal creditore escluso dal concorso si

⁷² Lo conferma anche Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 2008, n. 25174, cit., laddove sottolinea che con l'opposizione *ex art. 87 T.U.* si tratta di far valere *per la prima volta* dinanzi a un giudice i diritti asseritamente lesi, o comunque non riconosciuti, nell'ambito di un precedente procedimento amministrativo. Parla inoltre di carattere «*lato sensu* impugnatorio» dell'accertamento compiuto in sede di formazione dello stato passivo, quale carattere proprio del giudizio *de quo*: Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2009, n. 18013, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 1206.

configurerebbe, con recisa negazione di quanto poc' anzi statuito, come una vera e propria impugnazione del provvedimento adottato. La conseguenza, cui naturalmente giunge una simile teoria, ma che non può accettarsi *de plano*, sta pertanto nel fatto che il tribunale, cui è devoluta la cognizione dell'opposizione medesima, non possa pronunciarsi su questioni non sollevate in sede di insinuazione al passivo⁷³. Il che, quindi, suonerebbe come un divieto (implicito) di «domande nuove» in fase di opposizione, alla stregua di quanto disposto (espressamente) dall'art. 345 c.p.c. con riguardo al giudizio d'appello⁷⁴. Similmente, anche in dottrina, si è voluto escludere, trovando giustificazione in - non meglio definite - esigenze di carattere sistematico, che con la domanda di opposizione, di cui al primo comma dell'art. 87 in questione, possano dedursi pretese diverse o ulteriori rispetto a quelle oggetto di *decisione* dell'organo commissariale⁷⁵.

Fermo il pregiudiziale intendimento sul *quomodo* le anzidette «questioni» (nuove) possano/debbero essere sollevate, nonché sullo *spatium operandi* della valutazione commissariale, il risultato a cui tanto la

⁷³ Trib. Benevento, 27 aprile 1999, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 705.

⁷⁴ Qualora si accettasse la tesi suesposta, il paragone con lo strumento processuale dell'appello sarebbe peraltro il più naturale, considerando che il rimedio in commento, al pari di quest'ultimo, si pone a critica libera, con conseguente necessità di individuare i confini del *quantum appellatum*.

⁷⁵ S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, cit., p. 1464; V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 289.

giurisprudenza quanto la dottrina citate sono giunte, pare in realtà muovere da una premessa non giuridicamente corretta, mancante *prima facie* del riconoscimento che il fondamento logico razionale delle impugnazioni è da ricollegarsi *in nuce* al giudicato⁷⁶, il quale, per definizione, non può coprire l'accertamento *sui generis* compiuto in via amministrativa dal commissario liquidatore e cristallizzato nella predisposizione di uno stato passivo, la cui esecutività – che rimane, come visto, un *quid* diverso dalla *res iudicata* – si esplica a prescindere dalla proposizione di qualunque forma di impugnazione, *rectius* opposizione. Il deposito dello stato passivo e la sua correlata esecutività integrano piuttosto il presupposto fattuale e giuridico per le contestazioni innanzi al giudice ordinario da parte dei creditori e dei titolari di diritti reali e restitutori.

Invero, comuni a un procedimento impugnatorio risultano solo due delle *condizioni* dell'azione di opposizione, quali la *legittimazione* e l'*interesse*, mentre invece la terza (in aderenza al paradigma classico), qui preponderante nella qualificazione del giudizio stesso, è la medesima, nei suoi termini astratti, di quella propria di un processo di primo grado, rinvenendosi nell'«esistenza di un diritto» e non nell'«esistenza di un provvedimento obiettivamente impugnabile», perché, *stricto sensu*, tale non è la risoluzione del commissario

⁷⁶ E. Allorio, *Saggio polemico sulla «giurisdizione volontaria»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487.

liquidatore. Pertanto, anche nel giudizio di opposizione *ex art. 87 del T.U.*, la soccombenza, se pur *per finzione* in assenza di un provvedimento giurisdizionale che la definisca, assurge a imprescindibile presupposto per la presentazione del ricorso, posto che anche quest'ultimo è attivabile (unicamente) qualora «una domanda propria non è stata accolta od è stata accolta una domanda della controparte»⁷⁷. Ciò, tuttavia, non significa replicare pedissequamente la natura impugnatoria del giudizio di opposizione al decreto di esecutività dello stato passivo nel fallimento, posto che questo si innesta, a differenza di quanto accade nel caso in esame, al termine di un procedimento *contenzioso* davanti al *giudice* delegato. Meglio dunque affrontare il giudizio di opposizione per quel che è nella sostanza: un *novum iudicium*, anzi il primo. Se già l'esegesi tanto dell'originario, quanto dell'attuale art. 99 l.f. non disdegna di concepire il procedimento di opposizione quale fase ulteriore dello stesso grado di giudizio o comunque di estendere l'effetto devolutivo oltre le questioni individuate nei soli motivi dedotti, per coprire l'intero *thema decidendum* dell'accertamento del passivo, *a fortiori*, una devolutività piena deve valere all'ingresso

⁷⁷ E.T. Liebman, «Parte » o «capo» di sentenza, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 57. Nella specie, la «soccombenza» determinante l'interesse del creditore ammesso a impugnare la posizione altrui si traduce nell'attitudine della pretesa contestata a produrre un pregiudizio al ricorrente, essendo la stessa collocata in sede di ripartizione dell'attivo o di restituzioni di beni in posizione antergrata o concorrente rispetto a quella dell'opponente medesimo: V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 288.

di un'opposizione allo stato passivo nella liquidazione coatta bancaria⁷⁸, preceduta da un (*non-*)giudizio, epilogo di una valutazione sommaria e inquisitoria, frutto della discrezionalità amministrativa, a contraddittorio solo formale, senza alcuna vera istruttoria, a cui dunque si pone *rimedio* attraverso un giudizio di *plena cognitio* idoneo a sfociare, come si avrà modo di approfondire, in una sentenza produttiva di giudicato *esterno*.

Da qui, allora, l'impossibilità di intravedere, in tale fase, un divieto di *nuove* domande, posto che di domande potrebbe non esservi neppure l'ombra nel momento amministrativo di accertamento e, quand'anche vi sia stato accenno di contraddittorio, per il tramite di reclami o, quantomeno, di iniziativa di *parte* con richiesta tempestiva di insinuazione, è *ipso iure* evidente, nonché – come visto – pacificamente accettata, l'impossibilità di qualificazione e finanche di equiparazione degli atti *de quibus* alla domanda *giudiziale*, per quel che in particolare concerne gli effetti

⁷⁸ Lo conferma, proprio con riguardo alla procedura concorsuale *de qua*: Cass. civ., sez. I, 24 luglio 2003, n. 11456, cit., secondo cui l'opposizione allo stato passivo è un procedimento di tipo contenzioso di carattere impugnatorio «a devolutività piena» (come l'opposizione a decreto ingiuntivo), che dà luogo ad un'integrale rinnovazione del giudizio quali che siano le ragioni del gravame. La sentenza è annotata da F. Lamanna, *Carattere impugnatorio del giudizio di opposizione al passivo e crediti inglobanti senza distinzione capitali ed interessi ultralegali*, il quale, però, affronta la tematica con riguardo al giudizio di opposizione al passivo nel fallimento.

esplicabili⁷⁹. Mancando dunque i contorni di una *res in iudicium deducta*, mancano altresì quelli della *res in iudicium decisa*, per rievocarsi la norma cardine espressa dell'art. 112 c.p.c.

3.3 Lo svolgersi del processo

3.3.1 *Le parti*

Come già desumibile da quanto sopra scritto, nell'alveo dei soggetti legittimati attivi sono da ricomprendersi anche coloro che non si siano avvalsi della facoltà di presentare reclamo secondo la previsione di cui al comma 4 dell'art. 86 del T.U., preferendo all'immediata (ma non scontata, né *ex lege* dovuta) revisione amministrativa, direttamente il sindacato giurisdizionale. E infatti, si è osservato, il mancato reclamo non corrisponde alla carenza di una condizione di procedibilità della domanda di opposizione per il primo ed assorbente motivo che la legge non ne prevede il contrario e, *in secundis*, per

⁷⁹ Come già esplicito (si veda *supra*, § 2.1.2) gli unici effetti preclusivi scaturenti vuoi dai reclami, vuoi dalle domande tempestive sono direttamente e unicamente incidenti sulla fase di riparto e restituzione, per definizione connaturata alla procedura concorsuale, restando invece estranei rispetto alla determinazione dell'oggetto del decidere in sede di opposizione, inglobante un'attività giudiziale accertativa che va oltre i confini procedurali del concorso e che, pertanto, non può non considerare profili strettamente attinenti (per non dire logicamente o tecnicamente pregiudiziali) all'esistenza, validità ed efficacia del diritto dedotto, già oggetto di *cognitio sui generis* da parte del commissario liquidatore.

essere il *petitum* del reclamo *ex art.* 86 predetto parzialmente diverso da quello astrattamente configurabile del ricorso *ex art.* 87 in esame, come si avrà modo di meglio esplicitare nel proseguo. La stessa giurisprudenza ha avuto cura di puntualizzare che la presentazione delle osservazioni e delle istanze da parte dei creditori, dopo aver ricevuto la comunicazione del commissario liquidatore, costituisce una mera facoltà d'intervento nel procedimento amministrativo, ma non già un onere o un obbligo, a pena d'inammissibilità dell'opposizione⁸⁰. Tant'è che, in sede amministrativa di verifica del passivo, non può in alcun modo reputarsi applicabile la regola probatoria della non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c., trovandosi al di fuori dell'ambiente processuale in cui detta regola è destinata ad operare. Da qui, l'esclusione di qualsiasi forma di acquiescenza all'operato amministrativo da parte del creditore non reclamante, da cui altresì discende la piena legittimazione all'opposizione sia dei soggetti (in un qual modo) *intervenienti* nella fase amministrativa del procedimento di formazione - stante l'assenza di preclusioni *processuali* lì sviluppate -, sia di coloro che, pur posti in grado di partecipare, sono rimasti silenziosi, senza dunque spendere le facoltà agli stessi dalla legge accordate.

Per coloro, invece, che abbiano presentato reclamo e lo abbiano visto accogliere, si reputa carente l'interesse

⁸⁰ Cass. civ., sez. I, 7 dicembre 2011, n. 26359, in *Foro it. Rep.*, 2011, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 23.

ad agire in opposizione, ma – è chiaro – relativamente alla propria posizione e non anche contro l'ammissione dei diritti altrui⁸¹.

Parimenti già dedotta, è la possibilità che il contrasto al riconoscimento di diritti altrui sia portato all'attenzione giudiziale, non solo dai soggetti ammessi al passivo integralmente, ma altresì da coloro le cui pretese risultino insinuate solo in misura parziale ovvero escluse del tutto dagli elenchi predisposti. Con la differenza, però, che mentre gli ammessi parzialmente potranno impugnare il riconoscimento altrui a prescindere dalla proposizione contestuale di una domanda relativa alla propria posizione⁸², non così i soggetti esclusi, i quali, per dimostrare l'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*, dovranno necessariamente contestare anche (e insieme, se non prima) le determinazioni commissariali relative al proprio disconoscimento. È infine giocoforza evidente che, a differenza della scelta legislativa operata nel fallimento proprio con riguardo all'impugnazione dei crediti ammessi, la legittimazione a proporre opposizione contro diritti insinuati al passivo non possa riconoscersi al commissario liquidatore, in quanto autore del provvedimento impugnato.

Risultano invece estranei, non solo dal novero dei possibili ricorrenti, ma altresì – sembra – dalla categoria

⁸¹ R. Lener, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 1409.

⁸² Così: E. Galanti, *Commento agli artt. 87 e 88*, cit., p. 689.

di *parti* nel processo, sia la Banca d'Italia che l'impresa bancaria sottoposta a liquidazione nelle persone dei suoi rappresentanti legali⁸³.

Quanto all'asseribile non-partecipazione della Banca d'Italia nel giudizio di opposizione allo stato passivo, non si può che rilevare come l'Autorità di vigilanza trovi invero naturale collocazione nella diversa sede processuale appartenente alla giurisdizione amministrativa, ove a venire in esame, non è il *merito* della decisione commissariale concernente i *diritti soggettivi* di coloro che vantano la partecipazione al concorso e contestano la propria esclusione ovvero l'altrui ammissione, quanto semmai – per quel che qui interessa – lo svolgersi dell'*iter* procedurale della fase di accertamento di riservata competenza al commissario liquidatore⁸⁴. Rilievo che consente altresì di far

⁸³ Cfr. S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, cit., p. 1464, il quale, riferendosi al pensiero di Sabato e Pellegrino, esclude in realtà, dei summenzionati soggetti, (solo) la legittimazione attiva, non prendendo posizione sulla possibile qualità di parte degli stessi.

⁸⁴ Si ricorda infatti, da un lato, che in ordine alla richiesta di annullamento di un atto posto in essere dal commissario nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., sez. un., 20 ottobre 2010, n. 21498, in *Foro it. Mass.*, 2010, p. 935; Cass. civ., sez. un., 13 novembre 1997, n. 11216, cit.) e, dall'altro, che dalla nomina da parte dell'Autorità di vigilanza del commissario liquidatore, ai sensi dell'art. 81 T.U., discende altresì che, in virtù di quanto disposto dal comma 3 dell'art. 84 T.U., quest'ultimo è personalmente responsabile dell'inosservanza delle direttive impartite dalla Banca d'Italia. Ne consegue pertanto che solo qualora venga sottoposto a giudizio l'operato prettamente *amministrativo* del commissario liquidatore, la Banca d'Italia sarà

emergere l'anomalia tipica dell'«impugnazione» *de qua* data dall'impossibilità di far valere i «vizi di rito» del procedimento di formazione del passivo unitamente a quelli di merito, per essere i primi devoluti necessariamente alla giurisdizione del T.A.R., stante appunto il già più volte rilevato carattere amministrativo dell'operare del commissario liquidatore.

Quanto invece alla posizione della banca, quale soggetto passivo della procedura di liquidazione coatta, il cui interpello è *ex lege* previsto unicamente a conclusione della fase amministrativa di accertamento del passivo, è a dirsi che neppure l'art. 99 l.f. contempla il ruolo di parte del fallito, posto che il dialogo processuale in sede di opposizione non può che esplicarsi tra gli stessi attori della prima fase del procedimento di verifica, ossia il commissario liquidatore, da un lato, e i creditori e i titolari di diritti reali e di restituzione, dall'altro, quali unici interlocutori del primo. Sennonché, la peculiare configurazione del giudizio *de quo* che accondiscende all'estensione dell'oggetto decisorio, legittima un ripensamento sulla possibile qualità di parte (sopravvenuta) proprio della banca in liquidazione, salvo stabilire chi ne avrebbe, in tale contesto, la legale rappresentanza, posto che dalla data di emanazione del decreto ministeriale di messa in

chiamata a prender parte al processo, non ravvisandone invece l'interesse ove, davanti all'A.g.o., si discuta dei diritti soggettivi concernenti l'esclusione o l'ammissione al concorso.

liquidazione cessano, ai sensi dell'art. 80 del T.U., le funzioni di tutti gli organi della banca medesima.

Dunque, per quel che riguarda i legittimati passivi del giudizio di opposizione non si potrà che menzionare, oltre ai soggetti la cui ammissione venga contestata, naturalmente il commissario liquidatore, definito «parte *sui generis*» o «parte imparziale», esprimente l'interesse della procedura⁸⁵. Qualificazione condivisibile fintanto che si *giudichi* sul diritto di partecipazione al concorso, ma limitante, o meglio, non pienamente riflettente la fattispecie processuale, nel momento in cui si accetti che il *thema decidendum* del giudizio di opposizione possa (ove non debba) abbracciare anche (l'esistenza de) il diritto di credito in sé considerato e il commissario liquidatore indossi le vesti di rappresentante legale della banca il liquidazione, per essere gli amministratori di quest'ultima ormai decaduti dalla carica con l'apertura della procedura. In tal caso, infatti, non sembra che la posizione dell'organo amministrativo pubblico possa apprezzarsi alla stregua di «parte imparziale», rinvenendosi piuttosto una situazione non affatto dissimile da quella in cui viene a trovarsi il curatore fallimentare nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito. Solo che quest'ultimo «sta in giudizio» come *sostituto processuale* del dichiarato

⁸⁵ E. Galanti, *Commento agli artt. 87 e 88, cit.*, p. 691.

insolvente⁸⁶, ai sensi dell'art. 43 l.f.⁸⁷, mentre invece il commissario liquidatore agisce, come detto, quale *rappresentante legale* della banca in liquidazione coatta amministrativa, giusta la previsione di cui al primo comma dell'art. 84 del T.U. Allora, fermo il rilevante *distinguo* che è già stato in sede opportuna approfondito⁸⁸, nel processo di opposizione allo stato passivo della procedura *de qua*, il commissario liquidatore assumerà un duplice ruolo a seconda della *res in iudicium deducta*. Qualora questa attenga esclusivamente a profili concernenti il collocamento del diritto nel concorso, il commissario liquidatore si pone quale legittimato passivo in proprio, nell'interesse della procedura; qualora invece il *thema decidendum* investa

⁸⁶ V. Vitalone, *Gli organi del fallimento*, in V. Vitalone, S. Chimenti, R. Riedi, *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2010, pp. 113 e ss. All'apparenza dissonante: Cass. civ., sez. I, 15 gennaio 2003, n. 508, in *Giur. it.*, 2003, p. 941 (con nota di Spiotta), secondo la quale il curatore fallimentare, in quanto organo investito di pubblica funzione, agisce imparzialmente e non in rappresentanza o in sostituzione del fallito (o dei creditori), facendo invece valere, nell'esclusivo interesse della giustizia e a seconda dei casi, le ragioni dell'uno o quelle degli altri, ovvero della massa attiva fallimentare. «All'apparenza», si scriveva, posto che in realtà l'osservazione giurisprudenziale non viene meno, valendo anzi ad insegnamento, nelle controversie prettamente (e unicamente) inerenti al diritto di partecipazione al concorso e nelle azioni della massa, non invece per ciò che, pur di natura patrimoniale, trova valenza (anche) al di fuori della procedura.

⁸⁷ Il fallito potrà invece intervenire, in virtù della disposizione citata, solo per le questioni potenzialmente integranti un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge.

⁸⁸ Si veda a riguardo il cap. IV, § 1.2.

questioni attinenti al «modo d'essere» del diritto vantato, considerato anche che il *decisum* è idoneo esplicitare effetti di giudicato esterno, il commissario liquidatore diviene legittimato passivo in rappresentanza della banca in liquidazione, con la conseguenza che il ricorrente in opposizione potrà far valere nei suoi confronti tutte le domande e le eccezioni che avrebbe potuto dedurre nei confronti della banca stessa.

A riguardo è a dirsi, come già più volte sottolineato nel corso di questo lavoro, come l'art. 83, comma 2, del T.U., richiamando puntualmente determinati articoli di cui si compone la sezione I del capo III contenuto nel titolo II della legge fallimentare, implicitamente escluda l'applicabilità, nella liquidazione coatta bancaria, dell'art. 43 succitato, non facendone espressa menzione. Ne consegue che, in assenza di richiamo, non può valere, di tale disposizione, la norma, racchiusa nel comma secondo, inerente ai casi di intervento del soggetto che subisce la procedura concorsuale. Non potrebbe quindi astrattamente escludersi una generale facoltà di intervento della banca in liquidazione che, di diritto, non perde la capacità processuale, ossia la capacità di stare in giudizio, posto che lo spossessamento (che colpisce anche l'azienda di credito), giusta l'applicazione dell'art. 42 l.f., pur giustificante, nel fallimento, la sostituzione del curatore - senza tuttavia esserne la causa determinante -, non implica, di per sé, una perdita della capacità d'agire,

quale corrispondente sul piano sostanziale alla predetta capacità processuale, tanto che, ancorché eccezionalmente, la legge fallimentare contempla casi di intervento, i quali, senza ammettersi capacità d'agire, non avrebbe senso prevedere⁸⁹. Sennonché, proprio di una qual forma di *incapacità ad agire* di cui risulterebbe affetta la banca in liquidazione coatta – dovuta alla cessazione delle funzioni di tutti gli organi statutari – si è già parlato⁹⁰. Dunque, nonostante la possibilità astratta di intervento (ammessa dall'inapplicabilità nel contesto *de quo* dell'art. 43 l.f.), la rappresentanza legale del commissario liquidatore, imposta dall'art. 84, comma 1, del T.U., non sembra lasciar margini per un intervento – ancorché adesivo dipendente⁹¹ – da parte della banca – che comunque rimane *parte in senso processuale* –, *a fortiori* vertendo il giudizio in questione su rapporti di diritto patrimoniale. Sembra infatti qui mancare – vuoi anche in ossequio alla finalità estintiva

⁸⁹ Sugli effetti processuali del provvedimento di messa in liquidazione si veda quanto *funditus* affrontato nel cap. IV all'uopo dedicato.

⁹⁰ Si rinvia nuovamente al cap. IV, § 1.2.

⁹¹ L'unico configurabile a detta di una giurisprudenza non più recente: Cass. civ., sez. I, 8 agosto 1990, n. 7997, in *Fall.*, 1991, p. 159. Con riguardo a un ipotetico intervento del fallito nei giudizi in cui sia parte il curatore, cfr. però: Trib. Torino, 31 maggio 1988, in *Dir. fall.*, 1989, p. 894, secondo cui il fallito non ha legittimazione sostanziale e processuale per chiedere l'annullamento di un contratto stipulato anteriormente al fallimento e il conseguente risarcimento del danno, trattandosi di azione che spetta alla curatela e il cui risultato è acquisito al fallimento; è altresì inammissibile l'intervento principale o adesivo del fallito nel giudizio introdotto dal curatore.

attribuita alla liquidazione coatta amministrativa – quell'esigenza di tutela rinvenuta nel giudizio (postumo) per la dichiarazione di insolvenza, giustificante l'esercizio della legittimazione passiva da parte della banca in liquidazione coatta in qualità di *parte* (anche) *in senso formale*⁹².

Da ultimo, non può tacersi l'ipotesi di mutamento soggettivo che accade in caso di cessione delle attività e delle passività della banca in liquidazione, comportante il subentro, in luogo del commissario liquidatore⁹³, dell'azienda cessionaria. La fattispecie non può che spiegarsi ai sensi dell'art. 111 c.p.c., sulla cui applicazione nel caso *de quo* si avrà modo di soffermarsi in seguito.⁹⁴

3.3.2 I termini di avvio

Ai sensi del comma 2 dell'art. 87 del T.U., l'opposizione allo stato passivo si propone con *ricorso* al presidente del tribunale del luogo ove la banca ha la sede legale, da perfezionarsi con il deposito in cancelleria⁹⁵. Si è in particolare di fronte a un caso, al pari di quanto previsto nella disciplina fallimentare, di competenza funzionale, posto che il tribunale investito

⁹² Si confronti quanto scritto *supra*, *sub cap.* II, § 3.2.1.

⁹³ Anziché della banca cedente in liquidazione: V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 289.

⁹⁴ Sulla successione nel diritto controverso nel caso di specie, si rinvia al cap. VII, § 2.2.

⁹⁵ Trattasi di vera e propria domanda giudiziale con tutti gli effetti sostanziali e processuali che ne conseguono.

della causa è il medesimo territorialmente competente a conoscere di tutte le azioni comunque derivanti dalla procedura⁹⁶.

Sarà onere del ricorrente, che lamenti il mancato accoglimento totale o parziale delle proprie pretese, dimostrare la tempestività della proposizione dell'opposizione, mediante produzione della raccomandata, dal ricevimento della quale decorre il termine perentorio di quindici giorni, pena l'inammissibilità dell'opposizione. Mentre, per colui che impugni il riconoscimento dei diritti ammessi allo stato

⁹⁶ Cfr.: E. Galanti, *Commento agli artt. 87 e 88*, cit., p. 690, per il quale l'art. 83, comma 3, T.U. – che statuisce come per le azioni civili di qualsiasi natura derivanti dalla liquidazione è competente esclusivamente il tribunale del luogo dove la banca ha la sede legale – avrebbe introdotto anche per la liquidazione coatta delle banche il principio della *vis attractiva*. Sul *distinguo* tra azioni «attratte» o meno nell'alveo di competenza di detto tribunale si veda ad esempio: Cass. civ., sez. lav., 23 luglio 2004, n. 13877, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1881, la quale, riproducendo un orientamento consolidato, ritiene che si debba distinguere tra domande del lavoratore che mirano a pronunce di mero accertamento oppure costitutive e domande dirette alla condanna al pagamento di somme di denaro; per le prime, andrebbe, infatti, affermata la perdurante competenza del giudice del lavoro, mentre per le seconde, nella procedura considerata non opererebbe – a differenza di quanto si verifica in caso di fallimento – la *vis attractiva* del foro «fallimentare», trovando invece applicazione la regola della temporanea improcedibilità o improseguibilità della domanda davanti al giudice ordinario per la durata della fase amministrativa di accertamento dello stato passivo dinanzi ai competenti organi della procedura, ferma l'assoggettabilità del provvedimento commissariale a opposizione o impugnazione davanti al predetto tribunale.

passivo, il rispetto del termine di decadenza sarà *ictu oculi* evidente, data la decorrenza del medesimo dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'avviso di avvenuto deposito, ai sensi del combinato disposto degli articoli 87, comma 1, e 86, comma 8, del T.U.

Da notarsi, per inciso, la dimidiazione del termine di proposizione del ricorso, qui di quindici giorni, rispetto ai trenta fissati dall'art. 99 l.f. per le impugnazioni avverso lo stato passivo nel fallimento, che deve osservarsi, secondo la giurisprudenza di legittimità, anche per la proposizione dell'opposizione allo stato passivo in ossequio alla disciplina generale della liquidazione coatta, giusto il rinvio operato dall'art. 209 l.f.⁹⁷. È proprio dal raffronto con la normativa generale che l'accelerazione dei tempi nel contesto *de quo*, rinvenibile peraltro anche nella disciplina dell'appello e del ricorso in Cassazione, appare eccessiva, alla luce del carattere decadenziale del termine per la prima azionabilità del diritto in giudizio, nonché - in generale - del fatto che la possibile *ratio* sottostante al restringimento della tempistica nella definizione del processo non trova poi conferma nelle seguenti previsioni normative che omettono, a differenza della

⁹⁷ Cass. civ., sez. I, 23 luglio 2010, n. 17337, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 424.

corrispondente disciplina fallimentare, di scandire i momenti in cui il giudizio di opposizione si articola⁹⁸.

Altresì carente di regolazione normativa è il caso in cui il creditore o il titolare di diritto reale o restitutorio, inizialmente notiziato circa il riconoscimento della pretesa vantata, non si ritrovi negli elenchi dei soggetti ammessi, né riceva comunicazione alcuna da parte del commissario liquidatore, versando pertanto nell'incertezza sul termine entro cui eventualmente promuovere il giudizio⁹⁹. Incertezza che peraltro, con evidenza *ictu oculi*, si raddoppia qualora si tratti di creditore chirografario, il quale, quand'anche ammesso parzialmente allo stato passivo, non può averne conoscenza, in assenza di comunicazione commissariale che neghi per la parte residua la pretesa, per essere la sua posizione estromessa dagli elenchi pubblicati in tribunale. La comunicazione di cui al comma 8 dell'art. 86 del T.U. diviene dunque, anche in tale prospettiva, di

⁹⁸ Giustifica invece la scelta del legislatore di prevedere termini di impugnazione dimezzati al fine di assicurare una rapida definizione della controversia che può produrre conseguenze nei confronti degli altri creditori concorrenti: Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2009, n. 18013, cit.

⁹⁹ La circoscrizione del caso ai soli soggetti destinatari di una preventiva valutazione commissariale, con esclusione dunque di quella platea di creditori che, non notiziati, abbiano vanamente proposto domanda tempestiva di ammissione, si giustifica in quanto si vuole ritenere – a dispetto della ricostruzione offerta dalla giurisprudenza – che per questi ultimi il rimedio naturale sia la presentazione di domanda tardiva *ex art. 89 T.U.* e non l'opposizione avverso una determinazione implicita del commissario. Si veda *infra*, *sub* § 3.4.

somma importanza, posto che la legge non autorizza a ritenere ammissibile un *rigetto implicito* della pretesa da parte del commissario liquidatore, deponendo anzi per il contrario, giusta la previsione contenuta nell'ultima disposizione menzionata. Quest'ultima, infatti, senza dar adito a dubbi interpretativi, impone al commissario di comunicare, senza indugio, a coloro ai quali sia stato negato in tutto o in parte il riconoscimento delle pretese, la decisione presa nei loro riguardi. Qualora dunque la raccomandata non sia stata inviata o non giunga al destinatario, seppur la posizione creditoria risulti essere stata esaminata in sede di formazione - a seguito di comunicazione iniziale ed eventualmente di risposta al reclamo - è evidente come la mancata ricezione della stessa non possa essere di ostacolo alla facoltà di proporre opposizione. Non pare tuttavia, in tal caso, potersi far decorrere il termine decadenziale, indiscriminatamente per tutti gli opposenti, dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'avviso di avvenuto deposito dello stato passivo. E ciò facilmente si comprende, proprio per quanto anzidetto, con riferimento alla peculiare posizione dei creditori chirografari, i quali non troverebbero riscontro alcuno circa la loro ammissione/non-ammissione, anche solo parziale. Cionondimeno, non può neppure farsi riferimento a un *termine lungo* di decorrenza. Primo, perché la legge non ne parla espressamente. Secondo, per impossibilità di estendere analogicamente la previsione processuale all'uopo dettata. Lucidamente,

infatti, la stessa giurisprudenza ha escluso che all'opposizione allo stato passivo della liquidazione coatta amministrativa si applichi, in difetto di qualsiasi richiamo esplicito od implicito, il termine lungo previsto dall'art. 327 c.p.c., che ha valenza nel solo ambito delle impugnazioni di provvedimenti *giurisdizionali*¹⁰⁰. Ne consegue che, qualora non sia stata data comunicazione al creditore escluso, né risulti effettuata alcuna notificazione presso la cancelleria del tribunale competente, l'opposizione dovrà ritenersi ammissibile anche oltre il termine di legge¹⁰¹.

Ecco così individuato l'unico caso di superamento degli effetti decadenziali scaturenti da una mancata opposizione tempestiva. Al di fuori di tale ipotesi, ovvero ove il ricorrente non dimostri che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile – secondo i precetti generali –, la conseguenza del ricorso tardivo, che equivale a un non ricorso, è rinvenibile nella (ormai) conseguita definitività dell'accertamento commissariale dello stato passivo *relativamente* alla pretesa non dedotta davanti all'A.g.o. ed esclusivamente ai fini e agli effetti

¹⁰⁰ Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 2008, n. 25174, cit. *Contra*: Cass. civ., sez. I, 15 settembre 2004, n. 18579, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 37, per la quale troverebbe applicazione la disciplina in materia di termini processuali di cui agli artt. 326 e 327 c.p.c., in virtù del carattere di *lex generalis* del codice di rito rispetto al procedimento di opposizione allo stato passivo; Cass. civ., sez. I, 27 agosto 1990, n. 8763, in *Fall.*, 1991, p. 251, per il riconoscimento del termine lungo, con riguardo però all'opposizione allo stato passivo nel fallimento.

¹⁰¹ Trib. Milano, 12 maggio 1997, in *Fall.*, 1997, p. 1042.

concorsuali - gli unici tangibili dall'attività commissariale -, nonché nella correlata improponibilità della pretesa rigettata per il solo profilo attinente al diritto di riparto e/o di restituzione.

3.3.3 *Il contenuto del ricorso*

A differenza della costruzione normativa offerta dall'art. 99 l.f., l'art. 87 del T.U. tace in ordine a ciò che il ricorso di opposizione deve necessariamente menzionare. Giustamente, dunque, si ritiene che debba trovare applicazione, anche in vista dello svolgersi del giudizio secondo il rito *ordinario*¹⁰², il disposto generale di cui all'art. 125 c.p.c.¹⁰³, richiedente la necessaria indicazione dell'ufficio giudiziario, delle parti, dell'oggetto, delle ragioni della domanda, nonché delle conclusioni, con sottoscrizione del difensore munito di procura¹⁰⁴.

L'affermata «devolutività piena» del giudizio di opposizione importa invece uno svincolo dalla necessità di una *specificata* formulazione di motivi di censura avverso il provvedimento opposto, i quali atterrano genericamente a contestazioni concernenti l'esistenza, l'entità e la qualità dei crediti¹⁰⁵, sia esclusi che ammessi,

¹⁰² Cass. civ., sez. I, 3 maggio 2005, n. 9163, cit.

¹⁰³ Così: F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 613.

¹⁰⁴ La necessità della rappresentanza tecnica è giudicata «inevitabile» da: S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, cit., p. 1466.

¹⁰⁵ Cass. civ., sez. I, 19 aprile 2001, n. 5769, in *Fall.*, 2001, p. 1024, che precisa che in sede di riparto le uniche contestazioni ammissibili

e dunque, per mutuare la terminologia fallimentare, sia in caso opposizione che in quello di impugnazione dello stato passivo.

In particolare, merita attenzione la corretta definizione del *petitum* mediato, anche alla luce di quanto sopra esposto relativamente alla possibilità di estendere la cognizione del tribunale in sede di opposizione a tutto (e proprio tutto) quanto già esaminato dal commissario liquidatore nel procedimento di formazione del passivo, con riguardo (s'intende) alle singole posizioni contestate, proprie o altrui. In tal senso, quindi, nessuna analogia può riscontrarsi con l'attuale disciplina fallimentare che pare consentire la devoluzione al giudice delle impugnazioni delle sole domande riproposte dalle parti, in quanto non accolte o non esaminate nel corso del precedente *primo grado di giudizio*, qui di fatto non ancora instaurato. Non dovranno pertanto, in codesta sede, sussistere confini limitanti – giusto per citare gli esempi più controversi – per le richieste di ammissione degli interessi del credito già insinuato (*ergo* riconosciuto), ovvero di ammissione in via privilegiata di un credito ammesso al passivo come chirografario o ancora per l'istanza di riconoscimento di una causa di prelazione diversa

sono limitate all'ordine di distribuzione delle somme, con ciò facendo confluire ogni altra questione nell'oggetto di cognizione del giudizio di opposizione.

rispetto a quella statuita dal commissario¹⁰⁶. E ancora, ed è certo, alla richiesta di riconoscimento di un diritto reale o restitutorio già oggetto di domanda tempestiva rigettata, il ricorrente potrà affiancare anche l'ulteriore e subordinata richiesta di ammissione del controvalore del bene alla data di apertura del concorso in caso di mancata acquisizione dello stesso¹⁰⁷.

Alla definizione del *petitum* si accompagna necessariamente quella della *causa petendi*, cosicché il ricorrente in opposizione sarà tenuto all'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui la domanda si

¹⁰⁶ Tutte ipotesi che invece, secondo la più accreditata esegesi dell'art. 98 l.f., dovrebbero trovare, nel fallimento, risposte di inammissibilità.

¹⁰⁷ Caso, come noto, espressamente previsto dalla disciplina fallimentare nel giudizio di verifica dello stato passivo e altresì consentito, quale unica deroga al divieto di proporre domande nuove, anche in sede di impugnazione. Nel contesto che qui interessa potrebbe semmai discutersi della sussistenza di un interesse ad agire per tale domanda, posto che, riconosciuta la centralità dell'accertamento dell'*esistenza* del diritto – non relegabile a una *cognitio incidenter tantum* – una volta che questa sia confermata, già si *dovrebbe* ritenere che, se il bene su cui incide il diritto per una qualsiasi ragione non dovesse risultare nel compendio attivo della banca, la legittima aspettativa del ricorrente al recupero o alla restituzione del bene stesso, lungi dal rimaner disattesa, troverebbe tutela nell'apprensione del controvalore del bene stesso. Interpretazione che si giustificherebbe alla luce dell'esegesi secondo cui qualora i diritti reali e di prelazione siano stati reclamati o insinuati tardivamente e i beni ai quali si riferiscono siano già stati alienati, i diritti stessi si trasferiscono sul *tantundem*, decurtato dell'ammontare dei riparti eventualmente già effettuati. Salvo però subito evidenziare come qui non si parli di diritti restitutori.

basa. E tale fondamento non può che avere un duplice contenuto, sdoppiandosi infatti lo stesso sia nelle ragioni *costitutive* del diritto *sostanziale* che in quelle del diritto *processuale* a promuovere opposizione, deducendosi dunque motivi di censura, di fatto e di diritto, avverso l'operato *di merito* del commissario liquidatore, anche a prescindere da una puntuale doglianza, stante l'ammissibilità - qui accettata - della genericità dei motivi, la cui definizione peraltro non sarebbe neppure agevolata dalla (più che) probabile assenza di una motivazione (per legge infatti dovuta) che il commissario liquidatore dovrebbe associare, (quantomeno) per opportunità, alla formazione dello stato passivo o comunque esplicitare nelle singole comunicazioni di esclusione. Certo è che una tale motivazione viene ad assumere maggiore rilevanza, così come i motivi di opposizione divengono meno trascurabili, nel caso in cui il ricorrente contesti, anziché il trattamento riservato alla propria posizione, il riconoscimento di diritti altrui. Anche qui, da un lato, è da ritenersi sufficiente, ai fini dell'ammissibilità, che il ricorso costituisca atto di impulso preordinato al rinnovamento dell'accertamento *sui generis* già effettuato dal commissario liquidatore in relazione alle pretese dedotte; cionondimeno, dall'altro, è da reputarsi necessario, per la sussistenza dell'interesse ad agire, quale condizione di ogni azione giudiziale, che il ricorrente dimostri, formulando motivi - qui sì specifici -, il pregiudizio che la sua posizione sostanziale

verrebbe a subire a causa dell'ammissione al concorso della pretesa da altri vantata.

Senza, ovviamente, che quanto ora affermato alteri la conclusione circa l'affermabilità di una devoluzione dell'oggetto cognitorio proprio della fase amministrativa di formazione del passivo, non solo piena, ma altresì - e soprattutto - *automatica*, quale tratto distintivo del giudizio *de quo*, tale da depurarlo da qualsiasi contaminazione con gli archetipi di giudizi impugnatori nel fallimento, ove, pur non trovando applicazione l'art. 342 c.p.c., non può parlarsi di una devoluzione, appunto, «automatica» dell'oggetto di accertamento compiuto dal giudice delegato¹⁰⁸.

La rinnovazione dell'accertamento richiede comunque un'allegazione fattuale il più possibile completa e riepilogativa anche alla luce di un eventuale precedente reclamo ovvero di una domanda di insinuazione tempestivamente sottoposta al commissario liquidatore, alla cui ripetizione, in tale sede, potrà accompagnarsi anche, come visto, la presentazione di domande nuove.

Specificata, invece, dovrà essere l'indicazione dei mezzi di prova¹⁰⁹, così da alleggerire la seguente fase

¹⁰⁸ C. Cavallini, *Commento all'art. 99*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, II, 2010, p. 877.

¹⁰⁹ Di cui l'opponente, secondo taluna dottrina, sarebbe gravato a pena di decadenza: E. Galanti, *Commento agli artt. 87 e 88*, cit., p. 691, il quale considera applicabile non solo la norma generale di cui

istruttoria. Indicazione che va di pari passo con l'assolvimento dell'onere di svolgere, già nell'atto introduttivo, *tutte* le proprie difese assertive, implicanti, si è scritto, la deduzione anche di fatti nuovi non

all'art. 125 c.p.c., ma altresì il disposto dettato dall'art. 414 del codice di rito, sulla scorta del fatto che la forma (e il contenuto) della domanda nel processo del lavoro costituisce il modulo tipico dei procedimenti che si introducono con ricorso. In realtà, anche l'attuale formulazione dell'art. 163 c.p.c., riguardante il contenuto dell'atto di citazione, *sub* n. 5 del comma 3, espressamente richiede «l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione». La terminologia impiegata dalle due norme processuali richiamate è dunque la stessa. Pertanto nessun sostanziale *distinquo* dovrebbe rilevarsi, sia che si scelga, ai fini dell'individuazione del contenuto dell'atto introduttivo, il paradigma dell'atto di citazione nel processo di cognizione ordinario, sia che si opti per quello del ricorso attivante il processo laburistico. In entrambi, peraltro, la sanzione di decadenza non si ritrova – letteralmente –, per quel che concerne la parte attorea, rinvenendosi invece nella sola memoria difensiva del convenuto nel rito del lavoro, ai sensi dell'art. 416 c.p.c. Sanzione che, allora, esplicherà riflessi sulla strategia di difesa dei legittimati passivi del giudizio *de quo*, qualora, ovviamente, si accetti l'applicazione (testuale) della disposizione che la prevede anche nel processo di opposizione allo stato passivo della banca in liquidazione. Non si può, tuttavia, non render conto della soluzione interpretativa, affermata nella giurisprudenza di legittimità, prima in modo isolato e poi anche a sezioni unite, secondo la quale, *sia per l'attore che per il convenuto*, la preclusione relativa all'indicazione di *tutti i mezzi di prova*, compresi i documenti, si forma con il deposito del rispettivo atto introduttivo, risultando ammissibile la produzione tardiva dei soli documenti formati dopo l'inizio del giudizio o giustificati dallo sviluppo dello stesso (Cass. civ., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1690, con nota di Proto Pisani; più recentemente: Cass. civ., sez. III, 13 marzo 2009, n. 6188, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 395; Cass. civ., sez. lav., 2 febbraio 2009, n. 2577, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 131).

operanti *ipso iure*¹¹⁰, non potendo qui applicarsi il divieto di *ius novorum* ai sensi dell'art. 345 c.p.c.¹¹¹. Indiscutibile dovrà pertanto ritenersi anche l'apertura ai *nova* (non solo, ma qui soprattutto) documentali, stante il rilevato carattere sostanzialmente di prime cure del giudizio di opposizione allo stato passivo. Perciò, ben potranno allegarsi, a corredo probatorio, nuovi documenti rispetto a quelli impiegati dal commissario nell'accertamento amministrativo del credito. Una conferma in tal senso potrebbe peraltro essere alimentata dall'osservazione secondo cui nel giudizio di opposizione instaurato dal creditore escluso, il commissario liquidatore può contrastare la domanda anche per *ragioni diverse e nuove* rispetto a quelle addotte nella fase amministrativa per non accogliere la domanda¹¹². Ragioni che, appunto, troverebbero linfa nell'esame dei nuovi documenti prodotti dall'opponente e di cui il commissario liquidatore, in fase amministrativa di verifica, non ha potuto avere contezza.

¹¹⁰ Per i fatti rilevabili anche d'ufficio, invece, non sussiste alcun onere, ma semmai un'opportunità di deduzione per la parte nel cui interesse tali fatti sono destinati a operare.

¹¹¹ Disposizione estranea anche dall'alveo della disciplina applicabile al procedimento previsto dall'art. 99 l.f., per conferma della stessa giurisprudenza di legittimità: Cass., sez. I, 11 settembre 2009, n. 19697, in *Fall.*, 2010, p. 421.

¹¹² Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2005, n. 1817, cit.

3.3.4 Il momento introduttivo del giudizio

Testualmente, il terzo comma dell'art. 87 del T.U. prevede l'assegnazione, da parte del presidente del tribunale, di *tutte* le cause relative alla medesima liquidazione a un unico giudice istruttore¹¹³, il quale decreta all'uopo l'udienza di comparizione delle parti, perciò disponendo la relativa comunicazione all'opponente, da pervenirsi non meno di quindici giorni prima della data d'udienza, e assegnando, discrezionalmente, un termine per la notificazione del ricorso e del decreto alle altre parti, ovvero il commissario liquidatore e, nel caso di impugnazione (nel senso «fallimentaristico» del termine), i soggetti resistenti. È chiaro che i quindici giorni prescritti decorreranno dalla data di ricevimento della comunicazione del decreto¹¹⁴ e altrettanto pacifico è che la mancata introduzione di termini, entro i quali la causa deve essere assegnata e il decreto di fissazione dell'udienza emanato, induce a qualificare come ordinatoria la natura degli stessi, consentendo al giudice

¹¹³ Nella Relazione Illustrativa si è voluto in particolare precisare come, nei tribunali ove sia costituita una sezione fallimentare, sia possibile avvalersi, in qualità di istruttori, dei magistrati ad essa addetti, esperti in materia di procedure concorsuali.

¹¹⁴ Secondo una lettura aderente all'interpretazione costituzionalmente orientata offerta da: Corte cost., 30 aprile 1986, n. 120, in *Giust. it.*, 1986, I, 1, p. 1427 (con nota di Cerino Canova), in relazione al procedimento di impugnazione nel fallimento.

una maggiore elasticità in relazione all'esigenza di riunire le cause¹¹⁵.

Appare invece decisamente più singolare che la legge nulla disponga in merito al termine entro cui debba effettuarsi la notificazione del ricorso e del decreto al commissario e agli altri eventuali resistenti, come detto, totalmente rimesso alla libera decisione del giudice istruttore. Altresì degna di nota, pur ponendosi in coerenza con la scelta di non fissare alcun termine di notifica, è l'assenza di prescrizioni relative al tempo di costituzione dei medesimi soggetti, laddove invece il legislatore ha tenuto – all'apparenza inspiegabilmente – a esplicitare che la costituzione dell'opponente (che ha già depositato ricorso) debba avvenire non più tardi di cinque giorni liberi prima della predetta udienza, pena l'improseguibilità immediata del giudizio, dovendosi infatti interpretare la mancata costituzione del ricorrente come «abbandono», presunto *iuris et de iure*, dell'opposizione¹¹⁶. È certo che la perentorietà del termine, che non ammette ipotesi di costituzione tardiva, implichi altresì la rilevazione officiosa

¹¹⁵ E. Galanti, *Commento agli artt. 87 e 88*, cit., p. 690.

¹¹⁶ Nei primi commenti successivi all'entrata in vigore del Testo Unico si era soliti evidenziare come la previsione normativa relativa alla necessaria costituzione dell'opponente, pena l'improcedibilità del giudizio, costituisse (e costituisca tuttora) una novità rispetto alla precedente disciplina bancaria, ispirata all'opposto principio dell'impulso d'ufficio, la quale ammetteva esplicitamente la possibilità che il tribunale potesse pronunciare anche in caso di mancata comparizione dei reclamanti.

dell'intervenuta decadenza, non sanabile neppure dalla costituzione in giudizio delle parti resistenti.

La questione interpretativa sulla quale interrogarsi è semmai un'altra, concernendo sia quando la costituzione degli opposti possa/debba avvenire, sulla quale il silenzio del testo di legge si differenzia, anche qui per superficialità normativa, rispetto alla corrispondente disciplina fallimentare¹¹⁷, nonché, a monte, *cosa* il legislatore abbia inteso con la previsione della costituzione dell'opponente, successiva al deposito in cancelleria del ricorso, che già, di per sé, dovrebbe formalizzare la costituzione in giudizio¹¹⁸.

Proprio con riguardo a quest'ultima questione, la dottrina sembra, a quanto consta, non essersi mai

¹¹⁷ L'art. 99 l.f. precisa infatti che le parti resistenti devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza, «mediante il deposito in cancelleria di una memoria difensiva contenente, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova e dei documenti prodotti».

¹¹⁸ Tanto che, a mente, sia dell'art. 99 l.f. che dell'art. 415 c.p.c., nessuna prescrizione è dettata con riguardo alla costituzione («ulteriore») del ricorrente. È infatti pacifico che il ricorso depositato in cancelleria, ai sensi dell'ultima norma citata, assolva a due fondamentali funzioni, permettendo la presentazione della domanda al giudice e, al contempo, determinando proprio la costituzione in giudizio dell'attore, «cosicché non è configurabile la contumacia di quest'ultimo né, per logica conseguenza, è applicabile la relativa disciplina dettata per il rito ordinario»: N.S. Di Paola, *Costituzione delle parti, udienza di trattazione e richieste istruttorie e probatorie*, Padova, 2010, p. 187, richiamante *in terminis* la dottrina tradizionale di Tarzia e Mandrioli.

interessata, né si ritrovano pronunce giurisprudenziali sul merito. Cionondimeno, a ben osservare, se il legislatore ha scelto – e si suppone consapevolmente – di prevedere due momenti distinti per il deposito del ricorso di opposizione e per la costituzione in giudizio dell’opponente, successiva, un motivo sotteso deve essere ricercato. E lo stesso, da un lato, potrebbe trovare giustificazione nella stringenza del termine *ex lege* limitato a quindici giorni per la proposizione dell’opposizione, e, dall’altro, potrebbe astrattamente individuarsi alla luce del contenuto del ricorso, così come sopra prospettato. Nel senso che – andando però veramente oltre il tenore letterale con un’interpretazione quasi di carattere normativo – la definizione di un contenuto *minimo*, tale da consentire l’individuazione della domanda, permetterebbe il deposito di un (pre-)ricorso, integrabile, con particolare riguardo al corredo probatorio (e forse solo a questo) – da dedursi, come visto, a pena di decadenza nello stesso atto introduttivo –, entro e non oltre cinque giorni liberi prima dell’udienza, mediante un ulteriore deposito. Tuttavia, anche una simile interpretazione sembra mal conciliarsi con la sanzione comminata dalla legge in caso di «mancata costituzione», determinante infatti l’improseguibilità del giudizio di opposizione, anziché – semplicemente – l’intervento di preclusioni assertive e istruttorie. A meno che si ritenga, che un ulteriore deposito sia *sempre e comunque necessario*, a prescindere da un’eventuale modifica/integrazione del (pre-

)ricorso¹¹⁹, quantomeno per il deposito della cartolina di effettuata notifica, del decreto e del ricorso, al commissario liquidatore e alle altre parti.

Quanto invece alla costituzione dei soggetti resistenti, parrebbe doversi prendere a modello, nel colmare il *vacuum* normativo del Testo Unico, la disciplina del rito laburistico di cui all'art 416 c.p.c., rievocata anche dall'art. 99 l.f., peraltro astrattamente applicabile altresì nel giudizio di opposizione secondo la disciplina generale della liquidazione coatta, e comunque qui giustificabile stante l'espresso rinvio alle norme del codice di rito sul processo di cognizione, di cui pure il suddetto art. 416 fa pienamente parte¹²⁰.

¹¹⁹ Modifiche e integrazioni che si giustificerebbero in particolare in considerazione del fatto che tutti i ricorsi in opposizione, sia avverso il disconoscimento della propria posizione che contro il riconoscimento della pretesa altrui, sono convogliati entro un unico giudizio e, pertanto, dalla lettura degli altri (pre-)ricorsi – per la presentazione dei quali il *dies a quo* di decorrenza si ricorda non essere uguale per tutti i soggetti interessati – possono sorgere ulteriori domande, ovvero si renda necessaria una *mutatio libelli* che nel corso del giudizio non sarebbe più consentita, qualora il ricorrente non ricopra altresì la veste di resistente. Da qui, la necessità di una costituzione definitiva almeno cinque giorni prima dell'udienza nel frattempo fissata dal giudice istruttore, così di fatto anticipando anche l'unica possibilità (senza preclusioni) di un intervento in causa.

¹²⁰ Non pare comunque che il riferimento, quanto agli atti introduttivi, delle regole del processo laburistico, possa infirmare l'intero svolgersi del processo di opposizione, piuttosto inquadabile, coma dianzi già chiarito, nel rito ordinario.

Invero, la soluzione non sarebbe neppure così scontata. Ben potrebbe infatti interpretarsi il lacunoso disposto di legge come una scelta precisa o, quantomeno, quale retaggio della previgente disciplina bancaria che, come visto, privilegiava un'impostazione officiosa del processo di opposizione, posto che il combinato disposto degli artt. 77 e 78 della vecchia normativa non solo contemplava una notifica ai soggetti resistenti *preventiva* rispetto al deposito dell'atto di reclamo – senza dunque contenere alcuna indicazione circa la data d'udienza, resa nota solo mediante forme «pubbliche» di pubblicità –, ma altresì disponeva la possibilità per il tribunale di pronunciare in contumacia anche in caso di mancata comparizione (*rectius*, costituzione) dei reclamanti, senza dunque che ciò venisse reso possibile dalla costituzione dei resistenti in giudizio e da una loro richiesta espressa di prosecuzione¹²¹.

Ad ogni modo, rappresentando la partecipazione attiva al processo un onere, ancorché non un obbligo, per la parte interessata, che si concreta nella scelta di essa di costituirsi o meno in giudizio, il legislatore non può sottrarsi alla regolazione del come ciò possa avvenire. L'assenza di una norma che prescriva il tempo

¹²¹ Ai sensi dell'art. 290 c.p.c., infatti, nel dichiarare la contumacia dell'attore, il giudice istruttore, (solo) se il convenuto, da intendersi regolarmente costituito, ne fa richiesta, ordina che il giudizio sia proseguito, altrimenti dispone che la causa sia cancellata dal ruolo con conseguente estinzione del processo.

di costituzione dei resistenti prima dell'udienza fissata e la considerazione che l'opponente possa costituirsi fino a cinque giorni liberi prima della stessa, induce a ritenere che il commissario liquidatore, nonché i soggetti la cui pretesa riconosciuta sia stata impugnata, possano costituirsi, mediante presentazione di una memoria difensiva, direttamente in udienza, ma non oltre, se non vogliono incorrere nelle preclusioni che il rito ordinario del processo di cognizione associa all'evolversi del giudizio. Così argomentando emergerebbe però la grave difficoltà per i resistenti di formulare valide difese in cinque giorni, cioè dal momento in cui possano apprendere contezza del ricorso (completo), in precedenza notificato.

La lettera dell'art. 87 del T.U. non propone, dunque, una convincente struttura introduttiva del giudizio di opposizione, nemmeno perfezionabile con il richiamo alle vigenti norme del codice di rito. La soluzione allora che si avverte maggiormente garantista del diritto costituzionale di difesa, e che si intende qui propugnare, vuole che il giudice istruttore, nel momento in cui assegni il termine per la notificazione del ricorso e del decreto al commissario liquidatore e alle parti, fissi altresì il termine, precedente la data d'udienza, entro cui i medesimi soggetti debbano costituirsi, mediante deposito di una memoria difensiva, il cui contenuto ricalcherà in pieno, non già la previsione di cui al comma 7 dell'art. 99 l.f., quanto le prescrizioni contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 416 c.p.c.,

sostanzialmente inclusive della prima e meglio attagliabili a un giudizio di prima istanza giudiziale. Di talché, nella suddetta memoria difensiva dovranno proporsi, a pena di decadenza, le eventuali domande riconvenzionali oltre che le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, prendendosi posizione, «in maniera precisa e non limitata a una generica contestazione», sui fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, con deduzione di tutte le difese, in fatto e in diritto, corredate dall'indicazione specifica, e sempre a pena di decadenza, dei mezzi di prova dei quali il resistente intende avvalersi, con particolare riguardo ai documenti che contestualmente «deve» depositare. Una tale lettura, allora, favorisce anche il corretto inquadramento del contenuto del ricorso depositato e delle implicazioni desumibili dalla previsione normativa della successiva costituzione dell'opponente. Se, infatti, si accetta che la memoria difensiva del resistente sia il più possibile completa, dovendo contenere precise indicazioni «a pena di decadenza», è giocoforza affermabile che ciò diviene possibile solo se il ricorso al medesimo in precedenza notificato, sia esso stesso già completo, si da consentire una *giusta* difesa della controparte. Da qui, dunque, l'esclusione di consentire modifiche/integrazioni del ricorso, come sopra prospettato, in sede di «costituzione» del proponente, se non – ma ancora lo si scrive in forma dubitativa – per quanto concerne il materiale probatorio, sottointendendosi,

necessariamente, che la costituzione dei resistenti segua quella dell'opponente. Tuttavia, l'esiguo termine di cinque giorni prima dell'udienza, fissati *ex lege*, per la costituzione di quest'ultimo, non può che indurre a ritenere, da un lato, che la stessa si risolva nel deposito dell'attestante avvenuta notifica del ricorso e del decreto ai soggetti resistenti e, dall'altro, che il termine fissato dal giudice per la costituzione di questi ultimi non sia perentorio – stante l'assenza di una prescrizione di legge in tal senso –, potendo dunque i medesimi costituirsi al più tardi in udienza. Cionondimeno, il contenuto della memoria difensiva resta fermo. Anzi, a ben vedere, qui dovrebbe integrarsi anche con quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 167 c.p.c., in tema di comparsa di risposta nel rito ordinario di cognizione, nel senso che se il resistente intende chiamare un terzo in causa, dovrà farne esplicita menzione nello stesso atto introduttivo. Il che appare coerente anche con il ruolo rivestito dal commissario liquidatore, resistente *necessario* (anche in caso di impugnazione di diritti altrui), il quale, non solo dovrà assumere subito specifica posizione in merito all'oggetto dell'opposizione, al fine eventualmente di consentire un'ammissione immediata con decreto della pretesa azionata in caso di sua mancata contestazione¹²², ma altresì, alla luce della particolare tipologia di controversia portata a cognizione giudiziale – accomunante, sotto vari profili, più situazioni

¹²² Si veda in proposito quanto scritto *infra*, sub § 3.3.7.

sostanziali – ben dovrà, in quanto lo possa, chiamare in giudizio altro creditore o titolare (ammesso) a cui ritenga la causa (proprio di impugnazione di diritto altrui) comune.

Non sembra infatti di dover spendere parole sulla centralità della funzione esplicita dal commissario liquidatore in qualunque tipo di giudizio di opposizione, risultando sempre parte necessaria anche, qui si aggiunge, in caso di domanda di insinuazione tardiva. Lo stesso sarà pertanto tenuto a eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo sui quali si fondano il diritto o la prelazione, anche qualora avesse già preso posizione sul punto durante la fase amministrativa, ad esempio, in risposta al reclamo inoltrato dall'asserito pretendente. L'onere per il commissario di sollevare le eccezioni in senso stretto già nell'atto introduttivo, per non incorrere nelle preclusioni scaturenti dalla sanzione di decadenza, diviene inoltre un vero e proprio obbligo alla luce della responsabilità di cui il medesimo è gravato ai sensi dell'art. 84 del T.U., sia nell'esercizio delle sue funzioni come pubblico ufficiale, sia come rappresentante legale della banca, laddove tale ruolo venga ad assumere rilievo nel giudizio *de quo*¹²³.

Il commissario liquidatore, per quanto anzidetto, dunque, ben potrà/dovrà rilevare, essendo esso solo a ciò tenuto – trattandosi di eccezioni in senso stretto –,

¹²³ Sul tema, cfr. *supra*, § 3.3.1.

l'intervenuta prescrizione o compensazione dell'asserito diritto, nonché la risoluzione, l'annullamento ovvero l'inadempimento del contratto, ma anche la revocabilità dell'atto da cui deriva la pretesa creditoria; laddove invece il giudice, pur in assenza di espressa deduzione di parte, potrà sollevare, oltre alle anomalie attinenti alle questioni di rito, quali ad esempio il difetto di giurisdizione¹²⁴, la mancanza di legittimazione attiva¹²⁵ o la carenza di interesse ad agire, l'inefficacia assoluta per revocabilità automatica di taluni atti, o ancora l'avvenuto pagamento, la sussistente simulazione o novazione, nonché l'eccezione di condizione e di termine e quella di remissione o rinuncia al diritto¹²⁶.

¹²⁴ Qualora, ad esempio, il ricorrente deduca motivi attinenti alla procedura seguita dal commissario durante la prima fase di accertamento del passivo, per la cui cognizione, si è già più volte osservato, occorrerà rivolgersi alla giustizia amministrativa.

¹²⁵ Con riguardo alle quali si rinvia ai principi recentemente statuiti dalla Suprema Corte: Cass. civ., sez. II, 6 marzo 2008, n. 6132, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 385, ove si afferma che la legittimazione ad agire, così come quella a contraddire, deve essere accertata in relazione non alla sua sussistenza effettiva, bensì alla sua affermazione con l'atto introduttivo del giudizio, nell'ambito di una preliminare valutazione formale dell'ipotetica accoglibilità della domanda; tale accertamento, pertanto, deve rivolgersi alla coincidenza, dal lato attivo, tra il soggetto che propone la domanda e quello che nella domanda stessa è asserito titolare del diritto e, dal lato passivo, tra il soggetto contro il quale la domanda è proposta e quello che nella domanda è affermato soggetto passivo del diritto o comunque violatore di quel diritto.

¹²⁶ Gli esempi sono tratti dalla casistica proposta da: L. D'Orazio, *Commento all'art. 95*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, II, 2010, pp. 759-760, con riguardo alle

3.3.5 I temi di difesa: in particolare l'eccezione di compensazione

La tematica merita uno spazio a sé stante. È anzitutto da ricordarsi l'applicabilità anche nella liquidazione coatta bancaria dell'art. 56 l.f., in quanto previsione contenuta nella sezione II del capo III sotto il titolo II della legge fallimentare, espressamente richiamata dal comma 2 dell'art. 83 del T.U. Ne consegue pertanto che i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso la banca sottoposta a procedura i crediti che vantano nei confronti della stessa, a prescindere sia dalla esigibilità di essi, posto che i crediti suddetti si considerano scaduti dalla data di insediamento degli organi liquidatori, per effetto del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 83 succitato con il comma 2 dell'art. 55 l.f.¹²⁷, sia dalla loro omogeneità, considerato che i crediti non scaduti aventi per oggetto una prestazione non pecuniaria concorrono secondo il loro valore alla medesima data, giusta la previsione di cui all'art. 59 l.f. coordinata, ancora una volta, con i commi 1 e 2 dello stesso art. 83. Dunque la compensazione potrà

eccezioni proponibili dal curatore in vista dell'udienza di verifica dello stato passivo.

¹²⁷ Non pare il caso di richiamare sul tema quella giurisprudenza ormai pacifica sviluppatasi in materia fallimentare. Con specifico riguardo alla procedura concorsuale *de qua*, basti citare: Cass. civ., sez. lav., 13 gennaio 2006, n. 518, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 44, confermando l'ammissibilità della compensazione dei reciproci debiti e crediti nei riguardi dell'impresa in liquidazione coatta amministrativa, ancorché i crediti non siano scaduti prima della messa in liquidazione.

trovare applicazione anche nella procedura concorsuale *de qua* solo se, come nel fallimento, il fatto genetico delle obbligazioni reciproche sia anteriore al provvedimento di messa in liquidazione della banca¹²⁸ e, in generale, le obbligazioni medesime siano caratterizzate da autonomia, persistente quand'anche le stesse scaturiscano da un'unica fonte negoziale, purché non risultino legate da un vincolo di corrispettività¹²⁹.

Tanto premesso, è qui possibile prevedere casi diversi in cui la compensazione sarà sollevata. Fin da subito, infatti, la stessa può essere fatta valere dal creditore in sede amministrativa di verifica, eventualmente con richiesta di ammissione per la differenza tra i contrapposti crediti¹³⁰. E tale possibilità rimane ferma anche quando il contro-credito della banca sia superiore rispetto a quello vantato dal

¹²⁸ Con riguardo alla dichiarazione di fallimento: Cass. civ., sez. un., 16 novembre 1999, n. 775, in *Fall.*, 2000, p. 524 (con nota di Panzani).

¹²⁹ Cfr. sul tema: Cass. civ., sez. I, 11 maggio 2004, n. 8924, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Fallimento* [2880], n. 358.

¹³⁰ Cass. civ., sez. I, 13 marzo 1982, n. 1634, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 557. Vedasi però anche: App. Milano, 28 settembre 1993, in *Impresa*, 1994, p. 2556 (con nota di Melucco), secondo cui il creditore, in favore del quale una società, successivamente sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, abbia costituito un pegno irregolare di danaro, non ha necessità di insinuarsi al passivo, trovando applicazione l'art. 56 l.f. in materia di compensazione. Con ciò dunque implicando la possibilità per il creditore di far valere la compensazione anche semplicemente in via di eccezione in un ordinario giudizio instaurato nei suoi confronti dal commissario liquidatore. Si veda *infra* nel testo.

creditore insinuante, posto che il procedimento di verifica del passivo è reputato essere la sede naturale in cui domandare anche solo l'accertamento di un minor credito da compensare con un maggior contro-credito del soggetto sottoposto a procedura, senza, quindi, che a ciò possa ostare il fatto che il procedimento medesimo si concluda senza la concreta inserzione nello stato passivo del credito *accertato* in compensazione¹³¹. Nella fase amministrativa di formazione del passivo della banca in liquidazione coatta, la richiesta di compensazione sarà quindi indirizzata, verosimilmente attraverso lo strumento del reclamo o una domanda (sollecitatoria e non giudiziale) di insinuazione *ex art. 86*, commi 4 e 5, del T.U., al commissario liquidatore, il quale, in presenza dei presupposti di legge, procederà a definire lo stato passivo in conseguenza dell'intervenuta compensazione *legale*¹³². In proposito, i giudici di legittimità hanno creduto di ritenere che, allorquando al commissario liquidatore venga sottoposto dal creditore il diritto di operare la compensazione ai sensi dell'art. 56 l.f. e non vi sia un provvedimento di esclusione di tale diritto da parte dell'organo preposto alla procedura, interviene una *preclusione* che impedisce di modificare

¹³¹ Con riguardo alla compensazione nel fallimento: Trib. Padova, 18 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 1163.

¹³² Non si può infatti giungere ad ammettere la possibilità che il commissario, in sostituzione del giudice, pronunci - con efficacia costitutiva - compensazione qualora il debito opposto non sia liquido, ancorché di facile e pronta liquidazione.

lo stato passivo così formato¹³³. Nella specie, la Suprema Corte ha in particolare riconosciuto, quale effetto scaturente dall'esecutività dello stato passivo, un impedimento all'esigibilità del credito del soggetto in liquidazione coatta nei confronti del creditore che abbia fatto valere la compensazione, insinuando al passivo – con conseguente ammissione da parte del commissario liquidatore – il saldo tra il maggior credito di cui egli risultava titolare verso l'impresa sottoposta a procedura e il suo debito verso la stessa. A riguardo, dunque, è da precisarsi come l'effetto preclusivo non sarebbe circoscritto – a detta dei giudici di legittimità – (solo) al riconoscimento del saldo insinuato al passivo, quale risultato dell'operata compensazione, ma si estenderebbe altresì al *presupposto logico giuridico* che investe, oltre all'esistenza e alla qualità del credito insinuato – ché altrimenti non sarebbe possibile l'ammissione del residuo –, il controcredito opposto dal soggetto in liquidazione, giudicato infatti (dal collegio) non più esigibile in quanto estinto per compensazione *accertata* dal commissario liquidatore attraverso l'ammissione del saldo allo stato passivo divenuto esecutivo. Il che, peraltro, sarebbe – seppur non accettabile, quantomeno – astrattamente affermabile sulla premessa, aderente al caso di specie, che il controcredito sia inferiore a quello vantato dal creditore. Qualora invece lo stesso sia maggiore, cosicché per

¹³³ Cass. civ., sez. I, 24 agosto 1995, n. 8964, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 262.

operare la compensazione non venga in rilievo l'intero contro-credito, potrebbe sorgere il dubbio – da risolversi a parer di chi scrive in senso negativo – se la cognizione commissariale, a cui la Cassazione ha attribuito effetti preclusivi anche su profili non strettamente inerenti al «diritto di partecipare al concorso», si estenda comunque al contro-credito complessivamente considerato. Il quesito nasce spontaneo alla luce del fatto che l'orientamento giurisprudenziale qui riportato si pone in linea consonante con l'osservazione secondo la quale l'accertamento del commissario, proprio perché officioso, dovrebbe godere della massima espansione e, dunque, abbracciare tutte le conseguenze implicate dalla natura del rapporto¹³⁴. Tuttavia non è chiaro, dalla pronuncia nei termini anzidetti massimata, in quale contesto la preclusione intravista si trovi ad operare. E infatti, è difficile – in quanto porta a esiti insostenibili – immaginare una preclusione di accertamento circa, non solo l'esigibilità, ma *in apicibus* la stessa esistenza del contro-credito bancario, in sede extra-procedurale, ossia

¹³⁴ Così: Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 1994, n. 10955, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 576, la cui teoria ha condotto alla conclusione che, anche qualora l'accertamento commissariale non avvenga nei modi sopra esplicitati, come nel caso in cui non venga attribuito un accessorio del credito, il titolare del diritto accertando dovrà proporre opposizione allo stato passivo nel termine di legge e non già servirsi della domanda di insinuazione tardiva. Conclusione che quindi conferma che il deducibile in sede amministrativa non può più essere dedotto nella speculare fase giudiziale preposta quale rimedio alla mancata tempestività, potendo invece essere esclusivamente oggetto di una *revisio prioris instantiae*, nei termini che si andranno a chiarire nel proseguo.

di giurisdizione contenziosa ordinaria, tanto che gli stessi giudici di legittimità parlano di preclusione nel senso di immutabilità dello stato passivo dal quale emerge l'intervenuta compensazione. Cionondimeno, la stessa Corte ricorda che le opposizioni rappresentano l'«unico» rimedio di controllo giurisdizionale davanti all'A.g.o. per pervenire alla modifica dello stato passivo formato dal commissario, tanto che qualora quel rimedio non sia attivato nei termini stabiliti, detto stato passivo diviene immodificabile. Con il che, all'apparenza, estromettendo la possibilità d'instaurazione di un (anche successivo) giudizio ordinario extra-procedurale, per la cognizione di ciò che è già stato *deciso*. Conclusione che, solo a una prima lettura, si dimostra limitante, trovando invero, ad uno sguardo più attento, giustificazione nell'efficacia di giudicato *esterno* dell'epilogo del giudizio di opposizione¹³⁵. Conclusione, allora, pregevole nel momento in cui offre spunto per confermare che il giudizio di opposizione rappresenta la sede giurisdizionale naturale per la risoluzione di *tutte* le questioni attinenti al/i rapporto/i tra creditore e soggetto in liquidazione. Infatti, similmente a quanto ebbe a dirsi con riguardo alla cognizione commissariale, si è parimenti ritenuto che *anche* l'oggetto del giudizio

¹³⁵ Così come, specularmente, nel fallimento, la mancanza di ogni preclusione alla compensazione eccepibile alla curatela sarà dettata proprio dall'esclusione dell'efficacia di giudicato esterno non solo del decreto di esecutività, ma anche del provvedimento che decide sull'impugnazione eventualmente proposta.

di opposizione *possa* investire l'intero rapporto giuridico dedotto in causa¹³⁶. Meglio sarebbe però a dirsi che l'oggetto del giudizio *debba* investire tale rapporto, *a prescindere* dalla precedente valutazione commissariale, considerato che oggetto della domanda viene qui ad essere «il diritto di credito *tout court*» e non il (solo) diritto al concorso¹³⁷, con corrispondente degradazione dell'accertamento della relativa esistenza a *cognitio incidenter tantum*.

Se così è, allora, qualunque questione attinente all'intervenuta compensazione può essere riesaminata, senza limiti, in sede di opposizione. Il problema che si pone è semmai un altro, concernendo precipuamente la tutela del soggetto bancario in liquidazione, il quale, non potendo – per definizione – sfruttare il giudizio *de quo* per contestare la sussistenza dei requisiti dell'operata compensazione «concessa» dal commissario liquidatore, di fronte alla preclusione che la Cassazione accompagna alla determinazione commissariale, si troverebbe paralizzato, senza poter ricorrere all'A.g.o. per l'accertamento negativo dei presupposti anzidetti, *a fortiori* qualora il contro-credito

¹³⁶ R, Lener, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 1410; V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 290.

¹³⁷ La conclusione è mutuata da quanto già autorevolmente ritenuto in materia di giudizio di opposizione avverso lo stato passivo nel fallimento e deve, quindi, valere qui – per tutto quanto in precedenza disquisito – *a fortiori*. Il riferimento è in particolare alle considerazioni espresse dal Prof. Cesare Cavallini, in *Formazione ed impugnazione dello stato passivo: poteri processuali del creditore*, in *Fall.*, 2009, VI, pp. 702-703.

sia maggiore di quello fatto valere in compensazione dal creditore insinuante. La tesi giurisprudenziale appare quindi in tal senso non comprensibile, non potendosi ravvisare effetti preclusivi scaturenti dal (*non*-)giudizio commissariale diversi da quelli relativi al diritto di partecipare al concorso. Sicché, il contro-creditore ben potrà, a procedura terminata, instaurare un autonomo giudizio volto all'accertamento – per richiamare il caso suesposto – dell'esigibilità del(l'intero) diritto da esso vantato nei confronti del creditore eccipiente la compensazione in sede di verifica.

Per altro verso, immaginando un'ulteriore ipotesi, il creditore potrà far valere la compensazione, in via di eccezione, nel giudizio ordinario nei suoi confronti instaurato dal commissario liquidatore, volto all'accertamento di un credito dell'impresa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa. In proposito, la giurisprudenza ha infatti, e innanzitutto, ritenuto la domanda commissariale validamente proposta davanti al giudice determinato in base alle ordinarie regole sulla competenza, sia per il fatto che alla procedura di liquidazione coatta amministrativa non è applicabile l'art. 24 l.f., sia soprattutto perché tale azione non dipende in alcun modo dal procedimento concorsuale, sicché – qui si precisa – non opererebbe la *vis attractiva* sancita dall'ultimo comma dell'art. 83 del T.U.¹³⁸; né la

¹³⁸ Anche in sede fallimentare è stato ormai superato il risalente orientamento secondo il quale il giudice adito avrebbe dovuto

predetta domanda, a detta degli stessi giudici di legittimità, diverrebbe improcedibile ove il convenuto eccepisse un proprio credito in compensazione¹³⁹, al solo fine di conseguire il rigetto della domanda, e indipendentemente dalla circostanza che il credito opposto abbia formato o meno oggetto di verifica da parte dell'organo a ciò preposto¹⁴⁰. Dunque, quand'anche il creditore convenuto avesse proposto domanda di ammissione al passivo, ovvero il commissario liquidatore, nella comunicazione iniziale *ex art. 86 del T.U.* avesse riconosciuto il suo diritto di insinuazione, o, ad ogni modo, il credito stesso risultasse dall'elenco depositato, il creditore medesimo, nel giudizio instaurato in sede ordinaria dall'organo commissariale, può ben opporre in compensazione, fino alla concorrenza, il proprio credito, senza che gli si possa eccepire la rinuncia tacita alla stessa, quale automatica conseguenza della domanda di ammissione al passivo, o l'efficacia preclusiva del provvedimento di ammissione al passivo in via definitiva¹⁴¹.

rimettere la causa al giudice della procedura per la continuazione del giudizio nelle forme previste per la verifica del passivo.

¹³⁹ Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2006, n. 1758, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 962, con peculiare riguardo alla procedura a carico di un'impresa assicuratrice.

¹⁴⁰ Pretore Roma, 27 gennaio 1994, in *Giur. lav. Lazio*, 1994, p. 568 (con nota di Santagata), ove si conferma l'esclusione di uno spostamento della competenza a decidere l'intera controversia in favore del tribunale fallimentare.

¹⁴¹ Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6728, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1615. In termini identici anche: Cass. civ., sez. lav., 21 gennaio

Considerazioni, queste ultime, che emergono distintamente per la loro portata contraddittoria rispetto al pensiero che la stessa giurisprudenza di legittimità ha in passato sostenuto. E che, da un lato, hanno la virtù di limitare la preclusione nascente dalla definitività dello stato passivo solo a quanto espressamente esaminato dal commissario, e dunque accolto e respinto nell'alveo della procedura, sulla premessa che non possa mai operarsi - qui - alcuna «copertura del deducibile», laddove invece la «copertura del dedotto» è circoscritta a quanto dallo stato passivo risulti esaminato; dall'altro, tuttavia, le medesime conclusioni sembrano trascurare il ruolo svolto - ancorché per sua natura e non per espressa disposizione di legge - dal giudizio di opposizione.

La rilevanza di quest'ultimo emerge in particolare alla luce dell'apprezzamento che, se nulla vieta al creditore, convenuto dal commissario in un giudizio ordinario, di proporre *eccezione* di compensazione, vige al contrario - come già più volte ricordato - un espresso divieto di promuovere contro la banca in liquidazione alcuna azione, di talché anche la compensazione opposta come *domanda riconvenzionale* diretta ad accertare, con preclusione *pro iudicato*, il credito verso la banca in liquidazione, da insinuarsi al passivo per la parte eventualmente eccedente, sarebbe di sterile

1999, n. 535, in *Fall.*, 1999, p. 1318; Pretore Perugia, 17 dicembre 1994, in *Foro it. Rep.*, 1994, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.*[3980], n. 25.

operatività. Mentre invece ben potrebbe proporsi come *domanda principale* nel giudizio di opposizione *ex art. 87 del T.U.*¹⁴².

Si noti infine che l'eccezione di compensazione ben potrebbe essere sollevata anche dal commissario liquidatore, nel medesimo giudizio di opposizione promosso da chi rivendichi la propria pretesa esclusa dallo stato passivo. E ciò è possibile quand'anche il credito della banca in liquidazione, opposto in compensazione, sia prescritto, volendosi far proprio l'insegnamento tradizionale, peraltro testualmente

¹⁴² Cfr. anche: Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 1987, n. 2032, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 659, la quale sostanzialmente induce a delimitare la possibilità di proporre domanda giudiziale fondata sul credito opposto in compensazione solo in sede di opposizione, statuendo espressamente che la natura amministrativa del procedimento di verifica del passivo nella liquidazione coatta amministrativa, sino all'eventuale proposizione delle opposizioni e delle impugnazioni previste, comporta l'insussistenza di una competenza giudiziaria in ordine alla domanda fondata sul credito opposto in compensazione; sulla stessa domanda, pertanto, non potrà nemmeno insorgere una questione rientrante nella competenza di altro giudice ed idonea a determinare l'applicazione del combinato disposto degli artt. 34 e 35 c.p.c., con l'attrazione alla competenza del tribunale fallimentare della questione di compensazione. La precisazione si apprezza in particolare alla luce di ciò che le sezioni unite della stessa Corte avranno occasione di chiarire anni dopo con riguardo al contesto fallimentare, ossia che la domanda riconvenzionale con cui viene fatta valere la compensazione verso il fallito, in un giudizio ordinario instaurato dalla procedura, deve dichiararsi inammissibile, con possibilità del presunto creditore di insinuarsi al passivo, laddove invece la domanda azionata dalla curatela resta ferma innanzi al giudice adito: Cass. civ., sez. un., 10 dicembre 2004, n. 23077, in *Fall.*, 2005, p. 121.

espresso anche dall'art. 95 l.f., per cui è accettabile l'eccezione riguardante fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione.

3.3.6 (segue) e l'eccezione di revocatoria

Già in sede di formazione amministrativa del passivo, il commissario liquidatore può respingere una domanda di insinuazione presentata ai sensi del quinto comma dell'art. 86 del T.U., a causa e in conseguenza della revocabilità del titolo del credito con essa vantato, senza che a tal fine debba procedere alla proposizione formale di azione revocatoria. E, analogamente, sarà a dirsi, per il caso in cui l'organo amministrativo non provveda a inviare comunicazione iniziale al soggetto, che pure appare vantante una pretesa creditoria dai documenti bancari, per essere stato il medesimo controparte di un atto posto in essere dalla banca ora in liquidazione «giudicato» dallo stesso commissario revocabile.

L'esclusione dal passivo del credito, nascente da atto prospetticamente dichiarabile o costitutivamente qualificabile come inefficace, appare qui, come nel fallimento, l'unica soluzione, stante la valenza in entrambe le procedure concorsuali del principio di non ammissibilità delle riserve atipiche, tale essendo la riserva di azione revocatoria, da considerarsi sempre,

qualora apposta, *tamquam non esset*¹⁴³. Dal medesimo principio applicabile, tuttavia, non discendono automaticamente corollari identici nei due ambienti concorsuali. Infatti, sul presupposto che in sede di verifica possa (*rectius*, debba) disporsi, anticipatamente, l'esclusione, anziché l'ammissione con riserva, qualora il curatore sollevi l'inopponibilità alla massa dell'atto da cui il credito insinuato trae origine, è stato possibile affermare, con specifico riguardo alla procedura fallimentare, che quanto già ammesso al passivo non possa essere (più) oggetto di giudizio di revoca, esplicando l'irretrattabilità del decreto di esecutività dello stato passivo un'efficacia preclusiva nell'ambito della procedura. Ciò, naturalmente, sulla premessa che l'ammissione al passivo di un credito contiene sempre un'*implicita pronuncia*, oltre che sull'esistenza e sulla validità, anche sull'efficacia e dunque sull'opponibilità al fallimento del rapporto da cui sorge il credito medesimo. Non è invece scontato che le medesime conclusioni restino ferme anche nella liquidazione coatta (bancaria), proprio (e sempre) alla luce della natura del provvedimento finale di formazione dello stato passivo, lì decreto del giudice delegato, qui atto amministrativo del commissario liquidatore.

Invero, la giurisprudenza di legittimità, affrontando espressamente il tema, ha voluto sposare una soluzione identica, statuendo che, così come al curatore

¹⁴³ Si veda *supra*, sub § 2.1.3.

fallimentare non è consentito agire in revocatoria per far dichiarare inopponibile alla massa un atto in forza del quale un determinato credito sia stato già definitivamente ammesso al passivo – atteso che soltanto lo scopo di modificare lo stato passivo potrebbe sorreggere una tale azione, ma questo effetto non sarebbe raggiungibile per essere la modificazione del medesimo preclusa al di fuori dei rimedi previsti dagli articoli 98 e ss. l.f. –, analogamente è a dirsi anche con riferimento al commissario della procedura di liquidazione coatta amministrativa (quantomeno allorché la dichiarazione dello stato di insolvenza, presupposto dell'azione revocatoria, abbia preceduto la formazione dello stato passivo da parte del commissario), non ostandovi all'uopo la natura amministrativa, e non giurisdizionale, dello stato passivo formato dal commissario, che del pari produce effetti preclusivi, i quali non derivano dalla natura di tale atto, bensì dalla struttura stessa del procedimento concorsuale in cui si colloca, dalla sua concatenazione con adempimenti successivi da compiersi nel procedimento e dalle esigenze di certezza, stabilità e celerità a ciò inerenti. Tanto più che i limiti che, similmente al curatore, incontra il commissario, si ricollegano, nella specie, anche al generale divieto del venire *contra factum proprium* e si sostanziano nell'impossibilità di agire giudizialmente per far revocare un diritto in precedenza dallo stesso

commissario già riconosciuto nella formazione dello stato passivo¹⁴⁴.

Con pronuncia *tranchant*, la Suprema Corte mette così a tacere qualunque tendenza - che, pur riconoscendo, come è vero, che, nella procedura coatta amministrativa, lo stato passivo formato dal commissario liquidatore, una volta emanato e depositato in cancelleria, non possa più essere modificato o revocato ad opera di chi lo ha emesso, si dimostra - disposta a favore dell'ammissibilità di una revisione dello stato passivo medesimo, non solo in conseguenza delle impugnazioni previste, ma anche in virtù di ipotesi di revoca. Così, a ben vedere, i medesimi giudici di legittimità superano anche i propri stessi precedenti, nella misura in cui, in passato, hanno inteso prender posizione nel senso che la circostanza che il commissario abbia ammesso un credito al passivo non implica, di per sé, implicito riconoscimento dell'efficacia

¹⁴⁴ Cass. civ., sez. I, 4 settembre 2004, n. 17888, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2383, la quale precisa inoltre che tale principio, tanto nel fallimento, quanto nella liquidazione coatta amministrativa, manifestamente non contrasta con l'art. 24 Cost., potendo, semmai, dubitarsi della legittimità costituzionale dell'art. 100 l.f. (ante novella) ove interpretato nel senso che al curatore non sia consentito esperire il rimedio ivi previsto. Nella specie si è in particolare esclusa la proponibilità dell'azione revocatoria avente ad oggetto una causa di prelazione in virtù della quale il credito era già stato ammesso al passivo in via privilegiata, con conseguente impossibilità di modificare lo stato passivo, facendo retrocedere quel credito al rango di chirografario.

del titolo del medesimo e, quindi, non comporta rinuncia all'azione revocatoria contro il titolo stesso¹⁴⁵.

Pur essendo più risalente, quest'ultima interpretazione è quella che piace maggiormente e, ancorché non argomentata con i medesimi termini persuasivi impiegati dalla prima pronuncia citata, pare da preferire - con una sola correzione/precisazione -, diversamente sottraendosi, senza giustificazione sostenibile, la funzione dello *ius dicere* al giudice naturale, che verrebbe infatti privato del potere di

¹⁴⁵ Cass. civ., sez. I, 17 dicembre 1991, n. 13610, in *Fall.*, 1992, p. 589. Nella specie, con riguardo alla procedura di amministrazione straordinaria, è stato infatti ritenuto che in pendenza di revocatoria di ipoteca giudiziale, l'ammissione al passivo anche delle spese di iscrizione ipotecaria non comporta un riconoscimento implicito dell'efficacia dell'iscrizione medesima e, dunque, non può tradursi come una rinuncia alla suddetta azione. Diverge invece la statuizione, solo all'apparenza simile, secondo cui l'ammissione nell'elenco dei creditori, depositato presso la cancelleria del tribunale, di un credito in via chirografaria non preclude l'esercizio della azione revocatoria fallimentare da parte del commissario, diretta ad ottenere la declaratoria di inefficacia dell'ipoteca iscritta a garanzia del credito ammesso, nell'ipotesi in cui il creditore abbia chiesto in via tardiva il riconoscimento della suddetta prelazione: Trib. Torino, 20 dicembre 1984, in *Fall.*, 1985, p. 951 (con nota di Bozza). Diverge, si scriveva, lasciando in realtà sottintendere la conformità al pensiero che sarebbe stato vent'anni dopo affermato (da Cass. civ., sez. I, 4 settembre 2004, n. 17888, cit.), poiché l'ammissibilità dell'azione revocatoria si collega qui alla circostanza che il credito scaturente dal titolo asseritamente inopponibile alla massa non è stato ancora ammesso al passivo, essendo stato insinuato tardivamente. Ne consegue, pertanto, che la valutazione sulla revocabilità è semplicemente traslata in sede di accertamento delle domande presentate dopo la formazione commissariale dello stato passivo.

decidere sulla revocabilità dell'atto originante la pretesa insinuata.

Fermo restando che, ad avviso di chi scrive, è ancora sulla natura amministrativa dell'atto commissariale che occorre indirizzare l'attenzione per decifrare l'assenza di preclusioni, non valendo invece *ad argumentum* la struttura del procedimento di formazione del passivo nella liquidazione coatta (in specie bancaria) – per nulla contrassegnato da scadenze o comunque restrizioni sul merito dell'accertamento del diritto creditorio globalmente inteso –, se è vero che nel fallimento l'ammissione al passivo sancita dal decreto di esecutività contiene un'implicita statuizione anche sull'efficacia del rapporto da cui la pretesa insinuata trae fondamento, è altresì dimostrabile che la medesima «valutazione», pur compendosi anche in funzione dell'esito commissariale nella procedura *de qua*, non può non implicare a sua volta una rivalutazione illimitata sul medesimo oggetto. In altri termini, a differenza di quanto accade nel fallimento, ciò che qui non opera – si ribadisce ancora – è la «copertura del deducibile», intravedendosi, semmai, solo quella del «dedotto», ossia del (solo) diritto di partecipare al concorso, concretato nel diritto ai riparti e/o alle restituzioni. Se da un lato, infatti, non pare potersi negare – ecco la correzione – che anche l'ammissione al passivo da parte del commissario liquidatore implichi un inespresso riconoscimento (informale, se così si può dire) dell'efficacia del titolo su cui la pretesa ammessa si basa,

dall'altro, è da affermare l'impossibilità che tale valutazione possa precludere una pronuncia giudiziale, non solo meramente dichiarativa, ma altresì costitutiva di inefficacia per *giudicata* revocabilità dell'atto. E ciò, per aver valenza, deve ritenersi vero anche (e soprattutto, se non solo) quando la dichiarazione di insolvenza, su cui poggia il giudizio di revocatoria, è anteriore alla formazione del passivo. Ché, se fosse posteriore, non vi sarebbe neppure *cognitio sui generis* del commissario in punto di revocabilità e un conseguente adattamento del passivo sarebbe da reputarsi addirittura ovvio.

Con quanto astrattamente prospettato si vuole dunque giungere a dire che il commissario liquidatore possa esercitare azione revocatoria, inficiando così un credito risultante ammesso dallo stato passivo divenuto esecutivo, in quanto l'intoccabilità del medesimo da parte del soggetto che lo ha formato - in ciò rivelandosi, come anzi scritto, il significato ultimo dell'esecutività stessa che si traduce in (relativa) definitività - attiene solo al profilo partecipativo del concorso. E ciò sarebbe possibile sia in caso di evidenze sopravvenute non conosciute al tempo di formazione del passivo, sia qualora i presupposti di revoca fossero stati conoscibili in sede di verifica, ma di fatto trascurati. In quest'ultima ipotesi, ferma la responsabilità del commissario liquidatore che ammette, anziché escludere, il credito da titolo revocabile, non si può impedire al medesimo di «correggere» la posizione tenuta, opportunamente

instaurando giudizio di revoca, quale unico mezzo possibile per il commissario medesimo al fine di giungere a una modifica di quanto da esso stesso definito. Il che sarebbe reso affermabile proprio per le peculiari implicazioni che il giudizio di revoca comporta. Solo questo, infatti, a differenza di un giudizio di accertamento negativo sull'esistenza e/o validità del credito ammesso - radicalmente precluso al commissario dopo l'esecutività del passivo - è capace di *non* incidere sul diritto di partecipazione al concorso, posto che anche il soccombente in revocatoria è ammesso al passivo per il suo eventuale credito, corrispondente all'ammontare della restituzione a favore della procedura. E a stabilirlo è, nel fallimento, l'art. 70, comma 2, l.f. e, nella liquidazione coatta bancaria, l'art. 82, ultimo comma, del T.U., richiamante gli effetti indicati dall'art. 203 l.f., il quale, a sua volta, rinvia proprio a quelli del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, previsti dagli articoli 64-70 l.f. Pertanto, il diritto di partecipazione al concorso del soggetto ammesso in virtù di un titolo poi revocato rimane fermo, mutando solo il fondamento dell'ammissione. E tale diversa qualificazione giuridica non sarà impressa dal commissario liquidatore, bensì dal giudice all'esito della revocatoria attivata dal primo. Dunque, il diritto di partecipazione inizialmente riconosciuto dal commissario resta immutato, ma - in conseguenza della alterazione della base giuridica dell'ammissione - lo stato passivo viene a subire una

modifica in punto di *quantum* l'ammesso ha diritto di ricevere, posto che, a seguito di revocatoria, il credito ammesso, come detto, non sarà più quello risultante dal titolo revocato, ma coinciderà con l'equivalente di quanto il soccombente si sia visto costretto a restituire, monetizzato al momento della domanda di revoca, posto che è da tale tempo che, in virtù della natura costitutiva della relativa sentenza, scaturiscono gli obblighi in capo al soccombente¹⁴⁶.

Il caso prospettato non va comunque a toccare l'evolversi della fase giudiziale dell'accertamento del passivo, posto che il commissario liquidatore eserciterà l'azione revocatoria in separata sede, pur di fronte al medesimo organo giurisdizionale in quanto

¹⁴⁶ Ciò che appare chiaro in linea astratta diviene tuttavia oscuro se si guarda al caso di chi, pur subendo l'esito della revocatoria, non è tenuto a restituire alla procedura alcunché, come nel caso di revoca di trasferimenti immobiliari, sorgendo così l'interrogativo per quale ammontare e quando l'acquirente che ha perso il bene diviene legittimato all'insinuazione. Ipotesi che la dottrina risolve nel senso che la domanda di ammissione, per un importo corrispondente al valore dell'immobile al momento della proposizione dell'azione revocatoria, diverrebbe proponibile solo da quando il bene venga materialmente venduto dall'organo competente della procedura: V. Vitalone, *L'azione revocatoria fallimentare*, in V. Vitalone, S. Chimenti, R. Riedi, *Il diritto processuale del fallimento*. Torino, 2010, pp. 189-190. Traslando il caso nel contesto *de quo* si sarebbe allora portati a concludere che la «prima» ammissione volta alla rivendicazione del bene, ormai sterilizzata dall'intervenuta revoca del titolo fondante, non potrà essere succeduta senza soluzione di continuità dalla «seconda» ammissione relativa al controvalore del bene medesimo, stante il lasso temporale occorrente per la vendita del cespite. Per il resto dovranno invece valere le medesime considerazioni suesposte.

competente. Detto altrimenti, il commissario, non avendo legittimazione attiva nel giudizio di opposizione, non potrà sfruttarne il procedimento per attivare, in via principale, la revocatoria dell'atto in forza del quale un credito sia stato (erroneamente) ammesso.

Altra ipotesi risulta invece essere l'azionabilità della revocatoria proprio in sede di opposizione allo stato passivo promossa da chi contesti l'ammissione altrui, in specie reputando revocabile il titolo da altri vantato. Ciò sarebbe in particolare possibile in quanto il procedimento di cui all'art. 87 del T.U. rappresenta la fase giurisdizionale di verifica del passivo che si innesta nella procedura amministrativa, prendendo da essa origine, ma sviluppandosi poi come processo autonomo nel quale far confluire la cognizione *piena* di profili diversi attinenti a diritti *lato sensu* creditori nei confronti della banca in liquidazione e il cui accertamento positivo o negativo si pone piuttosto quale pregiudiziale tecnico o logico rispetto al diritto di partecipazione al concorso. Cosicché l'azione revocatoria *ordinaria* ben potrà essere esercitata davanti al giudice dell'opposizione, venendo meno in tale contesto il divieto di promuovere azioni contro la banca in liquidazione ai sensi dell'art. 83, ultimo comma, del T.U. Tuttavia qualche perplessità potrebbe sorgere dal fatto che il principio della *vis attractiva* sancito dalla medesima disposizione citata per le cause derivanti dalla procedura, di sicura applicazione per le

revocatorie esperite dal commissario liquidatore¹⁴⁷, non opera per l'azione di revoca ordinaria, salvo che il richiamo testuale all'art. 66 l.f., espresso dal comma 2 dello stesso art. 83, si possa interpretare nel senso che anche per tale azione l'organo funzionalmente competente a decidere nel merito è il medesimo che giudica sulla revocatoria fallimentare. Ad ogni modo, adattando alla fattispecie ora in esame il pensiero giurisprudenziale manifestato nel caso di giudizio di revoca promosso dal commissario liquidatore, cui segua giudizio di opposizione allo stato passivo promosso dal creditore - già convenuto nel primo giudizio, avverso il mancato riconoscimento della pretesa scaturente dall'atto revocato -, si giunge alla medesima soluzione nel mentre si ravvisa la necessità di riunire i procedimenti, qualora instaurati in separate sedi, stante la sostanziale interdipendenza delle questioni trattate nei due giudizi (quello di revoca e quello di opposizione), tanto che la sorte di una causa non potrebbe trovare definizione autonoma rispetto all'altra¹⁴⁸.

¹⁴⁷ E. Galanti, *Commento all'art. 83*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, IV, 2012, p. 1028.

¹⁴⁸ Proprio su tale assunto, quale conseguenza, è stato inoltre affermato che l'appello contro l'unica sentenza dovrà essere proposto nel termine breve: Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2008, n. 3381, in *Fall.*, 2008, p. 277 (con nota di Farina), seppur con riguardo alla procedura di amministrazione straordinaria.

Da qui, allora, un argomento *a fortiori* anche per sostenere che, di fronte all'opposizione promossa dal creditore escluso, il commissario liquidatore potrebbe ribattere, non solo proponendo ritualmente l'eccezione relativa alla revocabilità del titolo su cui l'asserita pretesa si fonda – anche se è prescritta la corrispondente azione¹⁴⁹ –, così operandosi la c.d. «revocatoria in via breve», presupponente una *cognitio incidenter tantum* con ambito di incidenza limitato esclusivamente al rapporto dedotto a fondamento della domanda di ammissione proposta in via di opposizione al passivo. Ma altresì il commissario liquidatore – qui solo qualora non sia prescritta la relativa azione – potrebbe agire per la revocatoria in via riconvenzionale, non ostandovi ragioni, a differenza di quanto sostenibile nella procedura fallimentare, per attuarsi in tale sede il recupero dell'attivo, potendo le questioni attinenti alla revocabilità degli atti compiuti – in assenza di prescrizione normativa contraria – trovare ingresso nella fase giudiziale di verifica del passivo anche oltre i limiti in cui si traducano nella mancata ammissione di un credito fondato su operazioni caducabili. La costruzione normativa del giudizio di opposizione non è infatti tale da far ritenere preponderante un'esigenza di celerità capace di escludere dilatazioni temporali non dettate dalla correlazione logica e giuridica che fa

¹⁴⁹ Per il noto brocardo latino *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, testualmente accolto dall'art. 69-bis l.f., applicabile, per generale rinvio normativo, anche nella liquidazione coatta bancaria.

apparire pregiudiziale la decisione sulla revocabilità o meno del credito rispetto alla decisione sull'accogliibilità dell'ammissione stessa¹⁵⁰, qui azionata in via di opposizione.

3.3.7 *La fase di trattazione*

Rispetto ai processi che prendono avvio nell'alveo della procedura fallimentare, il legislatore sceglie qui di escludere, tacendo sul punto espresse previsioni, il rito camerale, invece caratterizzante, sia pur solo a livello nominalistico, il procedimento impugnatorio uniforme disciplinato dall'art. 99 l.f.¹⁵¹. Esclusione coerente con la *funzione* del giudizio di opposizione allo stato passivo della banca in liquidazione, idonea a forgiare lo schema strutturale del processo entro il quale lo stesso si svolge. O, se si preferisce, il modello di processo ordinario di *plena cognitio*¹⁵², elevato dall'art. 87 del T.U. quale forma rituale a cui attenersi in *ogni* giudizio di opposizione (sia

¹⁵⁰ Nel senso restrittivo, in ambito fallimentare, argomentano invece: Cass. civ., sez. I, 2 aprile 1999, n. 3151, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 321; Cass. civ., sez. I, 14 gennaio 1998, n. 255, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2639 (con nota di Lascaro).

¹⁵¹ Sottolinea l'incongruità di qualsivoglia attribuzione al procedimento di cui all'art. 99 l.f. «della natura e della sostanza di tutela camerale dei diritti»: C. Cavallini, *Commento all'art. 99*, cit., pp. 866 e ss.

¹⁵² È da escludersi, infatti, che il ricorrente opti per il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-bis-702-quater c.p.c., applicandosi quest'ultimo alle sole cause per le quali il tribunale giudica in composizione monocratica: E. Galanti, *Commento all'art. 87*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, IV, 2012, p. 1069. Si veda *infra* nel testo, *sub* § 3.3.8.

che si tratti di opposizione in senso proprio, di impugnazione ovvero di domanda di insinuazione tardiva), vale a confermare la natura *extra-concorsuale* di (perlomeno) *taluni* profili della *res decisa* e, dunque, la funzione – per non dire il *potenziale petitum allargato* – del giudizio stesso, attinente all'accertamento «a tutto tondo» dei diritti di credito, reali e restitutori sui beni dell'attivo bancario, senza doversi interfacciare con una precedente *cognizione* (s'intende giudiziale) preordinata ad assumere l'incontrovertibilità propria di un *giudicato* endofallimentare a copertura del decreto di esecutività dello stato passivo di un giudice delegato.

La disciplina del giudizio di opposizione nella liquidazione coatta bancaria non è stata dunque toccata da quel vento riformatore dettato da esigenze – comunque sottese e imprescindibili – di speditezza e quindi snellezza del procedimento che sono servite a giustificare l'aspirazione legislativa, tradotta nell'adozione del famoso «contenitore neutro» del rito camerale, con riguardo al corrispondente processo nel fallimento, le cui regole – si ricorda – trovano applicazione anche nella liquidazione coatta non bancaria e non altrimenti disciplinata, in virtù dell'espresso richiamo operato dall'art. 209, comma 2, l.f. Il che basta a consolidare l'idea che l'opzione compiuta con riguardo al rito del procedimento di cui all'art. 87 del T.U., più che frutto di una convinta politica legislativa, sia il risultato di un mancato aggiornamento. Cionondimeno, ben venga una simile

dimenticanza, qualora di ciò si possa/debba parlare. E questo in quanto consente, con il mantenimento del modello «classico» di giudizio cognitorio, di meglio trovare argomenti per sostenere ciò che si sforza di affermare, *in primis* con riguardo al procedimento giudiziale di verifica dello stato passivo fallimentare e, poi, in modo non dissimile – se non più accentuato –, in relazione al processo impugnatorio di cui all'art. 99 l.f.¹⁵³. Ossia che l'oggetto del *decisum*, qui destinato a tradursi nel dispositivo di una *sentenza* idonea rivestire autorità di giudicato esterno – stante l'assenza di qualsivoglia limitazione –, concerne l'esistenza del diritto sostanziale, la cui cognizione, dunque, non è (o non dovrebbe essere) solo *incidenter tantum*.

Secondo il dettame legislativo, il procedimento di opposizione si svolge di fronte a un *unico* giudice, in un'*unica* udienza di comparizione, implicante altresì una trattazione/istruzione *contemporanea* di tutti i giudizi riuniti, sfociante in una remissione *congiunta* delle cause al collegio per la definizione di esse in un'*unica* sentenza. L'unicità del giudizio di opposizione emerge pertanto quale sua primaria caratteristica distintiva, atteggiandolo a *giudizio di classe*. Quest'ultima composta in particolare da *tutti* i soggetti opposenti, posto che il dato normativo non pone distinzione tra coloro che agiscono reagendo al mancato accoglimento, totale o parziale, delle proprie pretese e coloro che

¹⁵³ Ancora C. Cavallini, *Commento all'art. 99*, cit., p. 871, nota 8.

ricorrono avverso il riconoscimento di diritti altrui. Categorie che evidentemente danno luogo a due sottoclassi distinte, la cui interdipendenza, tuttavia, non consente una trattazione separata delle cause di cui le stesse sono portatrici. La sola ipotesi legale di separazione dei giudizi, contemplata dal quarto comma della disposizione in commento – e dunque la sola ad ammettersi –, rispecchia infatti, nella sostanza, la previsione generale di cui all’art. 277 c.p.c., ove afferma che qualora alcune opposizioni siano mature per la decisione, richiedendo invece le altre una più lunga istruzione, il giudice istruttore, con ordinanza, dispone la separazione delle cause, rimettendo al collegio quelle pronte per la pronuncia giudiziale. È chiaro, in tale contesto, che «la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile» per *tutte* le parti, risultando pertanto superfluo il riprodursi della condizione dettata dal codice di rito che subordina, seppur in modo non vincolante – in quanto priva di portata precettiva –, la separazione all’istanza di parte. Emerge dunque nitido il qualificarsi della norma *de qua* quale precipitato logico del principio di concentrazione, stante il perseguito intento di favorire la formazione del giudicato, per ciascuna opposizione, in un solo momento, lasciando dunque al collegio la possibilità di valutare complessivamente tutte le questioni attinenti alla revisione dell’operato amministrativo in sede di formazione dello stato passivo, ferma tuttavia la naturale adattabilità del processo alle esigenze di causa,

a conferma che il principio suddetto rappresenti qui, come in ogni altro processo civile, una mera aspirazione legislativa¹⁵⁴.

Da chiarirsi inequivocabilmente che il carattere tendenzialmente unitario non sottintende comunque un litisconsorzio necessario attivo, posto che la riunione delle cause risponde semplicemente a esigenze di opportunità e celerità processuali, discrezionalmente valutabili dal giudice¹⁵⁵. A conferma, basti pensare che l'eventuale appello contro la decisione del tribunale non deve per definizione svolgersi nei confronti di tutti i soggetti che furono parti nel giudizio di primo grado¹⁵⁶.

Dalla lettura dell'art. 87 del T.U. si avverte poi forte l'assenza di puntuali prescrizioni disciplinanti l'istruzione delle cause di opposizione, a cui, pertanto, saranno applicabili le norme contenute nelle sezioni II e III del capo II sotto il titolo I di apertura al libro secondo del codice di rito, rispettivamente dedicate alla trattazione e all'istruzione probatoria, di certo non trovando spazio la previsione di cui al terzo comma dell'art. 95 l.f., per quel che in particolare concerne l'incompatibilità, con le esigenze di speditezza del procedimento, dell'assunzione di prove di lunga

¹⁵⁴ Cass. civ., sez. II, 15 luglio 1997, n. 6471, in *Foro it. Rep.*, voce *Sentenza civile* [6100], n. 79.

¹⁵⁵ Con riguardo alle cause di opposizione avverso lo stato passivo nel fallimento: Cass. civ., sez. I, 20 maggio 1987, n. 4606, in *Fall.*, 1987, p. 1153.

¹⁵⁶ F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa*, pp. 615-616.

indagine. Al contrario, infatti, qui non si ammette deformalizzazione né sommarietà, potendo addirittura ravvisarsi un vero e proprio *dovere* di comparizione, non solo del ricorrente, ma altresì dei resistenti, stante l'uso da parte del legislatore del verbo modale all'imperativo, salvo però poi non comprendere quali siano le conseguenze nel caso in cui l'obbligo rimanga disatteso. Se, da un lato, il rinvio d'udienza appare scontato, dall'altro, meno ovvie appaiono le ripercussioni che lo stesso provoca alla luce della tendenziale riunione delle multiple cause di opposizione, in termini di antieconomicità, *in primis* temporale, provocata dalla mancata presenza in aula di anche solo un resistente (da ipotizzarsi diverso dal commissario liquidatore).

L'attuazione, in udienza, dell'*onere di contestazione*¹⁵⁷, già in passato espresso dalle sezioni unite della Suprema Corte¹⁵⁸ e oggi consacrato - a seguito della modifica apportata dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 - nell'art. 115 c.p.c. - il quale statuisce ora il *dovere* per il giudice di porre a fondamento della decisione (anche) «i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita» - impone alcune delucidazioni con peculiare riguardo, qui, alla figura del commissario liquidatore. All'apparenza sembrerebbero riproporsi, *sic et*

¹⁵⁷ Favorita peraltro dalla possibilità per i convenuti di costituirsi (tempestivamente anche) direttamente in udienza. Cfr. quanto scritto *supra*, *sub* § 3.3.4.

¹⁵⁸ Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2003, I, c. 604 (con nota di Proto Pisani).

simpliciter, le medesime problematiche riscontrabili con riguardo al curatore nel giudizio di verifica del passivo fallimentare dinnanzi al giudice delegato. Il tema, invero, ruota in particolare intorno al duplice ruolo rivestito dall'organo pubblico, da un lato agente – come il curatore fallimentare – nell'interesse della generalità dei creditori, e dall'altro – a differenza del curatore fallimentare – come *rappresentante legale* del soggetto sottoposto a procedura. Duplice ruolo che porta, tuttavia, a una divergenza dei risvolti processuali¹⁵⁹. Alla luce di quanto esposto anche in precedenza, la questione sembra, nella specie, potersi intendere, volgendo prioritaria attenzione al *petitum* della domanda di opposizione, sulla premessa che l'esito del giudizio con essa instaurato possa statuire, in via principale e con effetti esterni rispetto alla procedura in cui è inserito, sul diritto di credito vantato, la cui esistenza, dunque, non è accertata, ove espressamente richiesto, ai soli fini del concorso con cognizione meramente incidentale.

Occorre, infatti, operare un'opportuna distinzione, nel senso che la non contestazione del commissario liquidatore circa i fatti costitutivi del diritto di credito insinuato in opposizione vale ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 115 c.p.c., qualora il ricorrente proponga quale unica domanda principale l'accertamento del diritto di partecipare al concorso. In tal caso, infatti,

¹⁵⁹ Si legga in particolare quanto scritto *funditus* nel cap. IV, § 1.3.

rientra pienamente nella disponibilità del commissario, in quanto esplicazione di una propria funzione, prendere posizione – specifica – sulle asserzioni del ricorrente preordinate alla partecipazione suddetta, nei medesimi termini giustificandosi altresì le eccezioni in senso stretto che lo stesso commissario ha (più l'onere che) la facoltà di sollevare. Qui l'accertamento in merito all'esistenza, alla validità e all'efficacia del diritto vantato costituisce un mero antecedente logico da esplicarsi in via incidentale, i cui effetti, dunque, rimangono limitati al giudizio *de quo*, senza che possano vincolare la decisione di altro giudice sul medesimo oggetto dedotto in via principale. E proprio tra gli effetti endoprocessuali della non contestazione commissariale, al fine di accelerare l'iter processuale, si potrebbe ben ricomprendere l'emissione di un decreto di immediata ammissione al passivo, da confermarsi poi all'esito del giudizio con sentenza, prendendo a modello, seppur con gli opportuni accorgimenti di adattamento, l'art. 186-*bis* c.p.c., contemplante l'emissione (invero) di ordinanza di pagamento di somme *non contestate*, che, secondo la giurisprudenza, sarebbe proprio da porsi in relazione al disposto di cui all'art. 115, comma 1, c.p.c.¹⁶⁰. Il principio sotteso appare infatti lo stesso, nonostante sia prodromico, in un caso, all'inclusione istantanea nel passivo fallimentare, con pronuncia accertativa-costitutiva, al fine del concorso ai riparti e alle restituzioni, e, nell'altro, a un provvedimento

¹⁶⁰ Trib. Mantova, 22 settembre 2011, inedita.

anticipatorio di condanna, con conseguente rapida acquisizione di un titolo esecutivo. E, infatti, in entrambi i casi non può negarsi come presupposto indefettibile per godere delle anticipazioni predette sia la «non contestazione» del diritto vantato dall'attore al pagamento di somme di denaro, ovvero, qui si aggiunge, alla restituzione di beni in possesso della banca, ad opera della parte costituita. In particolare, la «non contestazione», per operare gli effetti *de quibus*, deve avere ad oggetto le somme e non (necessariamente) i fatti costitutivi dedotti a fondamento del diritto asserito¹⁶¹. Accettandosi il paragone, è spontaneo allora trasporre, nel contesto in esame, i medesimi elementi ricorrenti nell'istituto invocato, nei limiti della compatibilità, quali la necessità di un'istanza di parte proponibile fino al momento della precisazione delle conclusioni, la discrezionalità del giudice nelle valutazioni relative all'adottabilità del provvedimento in questione, nonché la revocabilità e la modificabilità del provvedimento medesimo con la sentenza conclusiva del processo¹⁶².

¹⁶¹ C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*. Torino, II, 2009, p. 112.

¹⁶² L.P. Comoglio, *I procedimenti anticipatori*, in M. Taruffo (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*. Torino, 2000, p. 349. Non potendo invece riconnettersi al provvedimento di ammissione immediata la qualità di titolo esecutivo, non scaturente infatti da una pronuncia di condanna, va da sé che il provvedimento medesimo non sarà destinato a sopravvivere, a differenza dell'ordinanza di pagamento, in caso di estinzione del processo.

Qualora, invece, il ricorrente accompagni alla domanda di ammissione al passivo, preliminarmente, la richiesta di accertamento *pro iudicato* del suo diritto (sia esso di credito, reale o restitutorio), alla luce della qualità di rappresentante legale della banca in liquidazione riconosciuta al commissario liquidatore e nonostante l'inapplicabilità dell'art. 43 l.f. come altrove dimostrato¹⁶³, il valore probatorio di un'eventuale non contestazione, parimenti a quello di ipotetiche ammissioni, anche in virtù dell'efficacia extra-concorsuale della pronuncia di epilogo, - lungi dall'essere disconosciuto per indisponibilità del diritto controverso - discenderà direttamente dalla legge, quale fonte del potere di rappresentanza anzidetto¹⁶⁴.

Diversamente, dalla sostituzione fallimentare processuale del curatore - implicante peraltro l'impossibilità di rendere interrogatorio formale e, dunque, confessare -, risultando a tale soggetto inibito disporre di diritti di appartenenza altrui, consegue necessariamente una rilettura degli effetti applicativi del principio di non contestazione in presenza di controversie relative a diritti non disponibili, sempre

¹⁶³ Si vedano in particolare le riflessioni svolte *sub* § 3.3.1.

¹⁶⁴ *Contra*: Cass. civ., sez. I, 12 maggio 1998, n. 4774, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2114, testualmente affermando che le ammissioni fatte dal commissario della liquidazione coatta amministrativa nel corso del processo non hanno alcun valore probatorio, essendo il commissario privo della disponibilità del diritto controverso.

qualora se ne voglia ammettere l'operatività¹⁶⁵. In particolare, è stato sostenuto che in presenza di diritti indisponibili, la non contestazione avrebbe solo valore di argomento di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.¹⁶⁶. Di talché, *se così* fosse anche nel nostro caso, qualora il commissario liquidatore non assumesse specifica posizione contraria – ad esempio – sull'esistenza del) credito vantato in opposizione, non potrebbero prodursi gli effetti legali della non contestazione, dovendo quindi il giudice comunque valutare i fatti costitutivi del diritto, pronunciandosi tanto sull'ammissibilità quanto sulla rilevanza dei mezzi di prova adottati dal ricorrente a fondamento di quanto asserito. Ma così *non è*. O, almeno, si crede che non sia, invocandosi all'uopo la previsione di cui al primo comma dell'art. 84 del T.U., prescrivente la *rappresentanza legale* della banca in liquidazione coatta in capo al commissario liquidatore, alla stregua di un organo amministrativo, nella specie decaduto.

Cambiando ora argomento e proseguendo nell'analisi della trattazione della causa, è a dirsi che si tende invece a escludere un intervento in causa di altri creditori o aventi diritto, sulla base della considerazione

¹⁶⁵ Ne esclude l'applicazione: I. Pagni, *La riforma del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1313. Similmente, in giurisprudenza: Trib. Varese, 27 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2011, p. 619 (con nota di Frus); Trib. Rovigo-Adria, 10 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 1383.

¹⁶⁶ L. D'Orazio, *Commento all'art. 95*, cit., p. 800.

che, se così non fosse si eluderebbe la previsione di cui al primo comma dell'art. 87 del T.U., il quale impone agli interessati di presentare autonome opposizioni entro precisi termini decadenziali¹⁶⁷. Il che, naturalmente, risponde al vero con riguardo all'intervento principale e litisconsortile autonomo, per definizione implicanti la libertà (ipoteticamente incondizionata) di svolgere attività assertiva con annessa attività istruttoria - con superamento quindi dell'argomento letterale di cui al secondo comma dell'art. 268 c.p.c.¹⁶⁸ -, non invece se riferito all'intervento adesivo dipendente, necessariamente ricondotto, tanto sul piano sostanziale, quanto su quello processuale, alla situazione giuridica dedotta dalle parti.

Ad avviso di chi scrive, nel processo di opposizione allo stato passivo l'ammissibilità dell'intervento in causa, sia volontario (nella specie quello più frequente sarebbe il litisconsortile) che su istanza di parte, ai sensi rispettivamente degli artt. 105 e 106 c.p.c., non deve invece essere disconosciuta, ma anzi valorizzata quale unica forma processuale possibile per replicare, nella procedura concorsuale *de qua*, e proprio nel contesto del giudizio *ex art. 87 del T.U. (sostanzialmente di primo grado)*, quell'ambiente e quella funzione che, nel

¹⁶⁷ V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 289.

¹⁶⁸ Si ricorda infatti che, secondo la norma di rito, il terzo non può compiere atti che al momento dell'intervento non sono più consentiti ad alcuna altra parte, salvo che comparisca volontariamente per l'integrazione necessaria del contraddittorio.

fallimento, si ritrovano nell'udienza di verifica dello stato passivo avanti il giudice delegato prevista dall'art. 95 l.f. Così, infatti, verrebbe favorita l'esplicazione di un vero contraddittorio (per legge *non necessario*, ma - si può ritenere - *opportuno* secondo i canoni giuridici *in subiecta materia*) tra i soggetti non solo (e non tanto) genericamente coinvolti, ma altresì portatori di un interesse concreto e attuale con *specifico* riferimento (non già a una *revisio prioris instantiae* sfociante in una potenziale modifica dello stato passivo, bensì) alla delineata situazione giuridica sostanziale dedotta dall'attore, stante la connessione di questa, per identità di titolo o di oggetto, con quella dell'interessato, ovvero una semplice comunanza di questioni di diritto, idonea a riflettersi sull'inquadramento del fatto prospettabile dal terzo. Inoltre, a sostegno di una simile interpretazione, soccorre oggi la previsione di cui all'art. 99, comma 8, l.f., la quale, al contempo, consente e limita «l'intervento di qualunque interessato», stabilendo che lo stesso possa avere luogo esclusivamente entro il termine previsto per la costituzione delle parti resistenti e con le modalità per queste dettate. Ora, è già noto, e qui si ribadisce, la non applicabilità della norma *de qua* nel contesto che qui occupa e non solo per l'assenza nel testo dell'art. 87 del T.U. di alcun termine di riferimento per la costituzione delle parti resistenti. Cionondimeno, ancora una volta sfruttando l'argomento *a fortiori*, il richiamo alla disciplina fallimentaristica pare proficuo, consentendo correttamente di concludere per

l'ammissibilità dell'intervento di terzi *anche* nel giudizio di opposizione avverso lo stato passivo della banca in liquidazione coatta amministrativa, sulla premessa immancabile della (perlomeno) conoscibilità dello stesso. Solo infatti su tale presupposto – capace altresì di limitare le ipotesi immaginabili¹⁶⁹ – si può ragionevolmente concretizzare il caso in cui il terzo intervenga nel giudizio di opposizione instaurato da un soggetto rivendicante la propria posizione reale o restitutoria esclusa dal commissario liquidatore, al fine di veder riaffermato giudizialmente il proprio proprio diritto, (già) riconosciuto, sul medesimo bene sul quale insiste l'asserita pretesa vantata dal ricorrente in opposizione, con la conseguente rinnovata esclusione di questi. Di talché, l'intervento configurabile nella fattispecie prospettata si atteggerà, a seconda del momento in cui avviene, quale intervento *ad adiuvandum* alla posizione processuale del commissario liquidatore, qualora le attività assertive ed istruttorie siano già precluse alle parti, ovvero litisconsortile se proposto al più tardi in prima udienza, rappresentando questa il

¹⁶⁹ La potenziale conoscenza del giudizio di opposizione da parte del ceto creditorio complessivamente considerato non è di agevole intendimento, soprattutto se si pensa alla già forte limitazione di pubblicità (tuttora) imposta dalla legge con riguardo alla posizione dei creditori chirografari ammessi, stralciata dagli elenchi depositati in tribunale dal commissario liquidatore, per volere tacito, ma indubbio, del comma dell'art. 87 T.U. Da qui, allora, la prospettazione di una teoria a favore di un'ideale pubblicità rivolta ai soggetti ammessi relativa alla pendenza del giudizio di opposizione, così da permettere ai medesimi l'intervento in causa a tutela delle loro ragioni.

momento ultimo per la costituzione dei resistenti in giudizio, così da non incorrere in preclusioni che, secondo il rito prescelto, colpirebbero i resistenti stessi. L'ammissibilità di un simile intervento consentirebbe in particolare al terzo di addurre anche fatti nuovi, ulteriori rispetto a quelli conosciuti e già reputati rilevanti dal commissario liquidatore al fine dell'inclusione negli elenchi, e, contestualmente, di offrire, a dimostrazione, nuovi mezzi di prova, così da ottenere un accertamento giudiziale del proprio diritto con efficacia *extra litem*.

Nulla infine si dice con riguardo all'intervento *iussu iudicis*, da disporsi ai sensi dell'art. 107 c.p.c., come noto, sulla base di una valutazione di opportunità, espressione di un potere discrezionale riservato al giudice, nel momento in cui questi ritenga che il processo debba svolgersi anche nei confronti di un terzo al quale la causa è comune. Non può escludersi che *proprio al tal fine*, quando risulti necessario per decidere, il giudice richieda, esercitando un potere attribuitogli dalla legge, l'esibizione da parte del commissario dell'elenco dei creditori chirografari, anche se quest'ultima, per espressa limitazione legislativa, si risolverà nella messa a disposizione di un mero estratto. L'ultimo comma dell'art. 87 del T.U. recita infatti che «l'elenco non viene messo a disposizione». Fermo il corretto intendimento di *cosa* nei fatti venga dedotto nel processo a seguito della predetta esibizione, è istintivo il pensiero di concepire una riduzione della portata della

chiamata del creditore chirografario estraneo al processo per ordine del giudice.

3.3.8 *L'esito del giudizio*

Ai sensi del quarto comma dell'art. 87 del T.U., il giudice istruttore, dopo aver provveduto all'istruzione delle varie cause, rimette le medesime al *collegio* affinché questo provveda alla definizione del giudizio. Tutte le cause di opposizione, infatti, nonché quelle conseguenti a dichiarazioni tardive di crediti, rientrano nel novero di quelle sulle quali, ai sensi dell'art. 50-*bis* c.p.c., il tribunale giudica in composizione collegiale.

La *sentenza* che, a seguito di giudizio di opposizione, ammette al passivo della liquidazione coatta amministrativa un credito in precedenza escluso – ma lo stesso sarebbe a dirsi anche nel caso inverso – non contiene una pronuncia di condanna, bensì di *accertamento*¹⁷⁰ ed è idonea a sostituire la determinazione commissariale, sia che la confermi, sia che la riformi. Si osserva in proposito come sia consentito alla decisione giudiziale di pronunciarsi *negativamente* sulla pretesa vantata dall'opponente, «anche oltre i limiti di quanto dallo stesso dedotto con il ricorso in opposizione»¹⁷¹, dando quindi origine a una *reformatio in pejus*.

¹⁷⁰ Cass. civ., sez. trib., 5 luglio 2011, n. 14816, in *Vita not.*, 2011, p. 1683.

¹⁷¹ R. Lener, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 1410; V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 290; cui fa seguito, aderendo: S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, p. 1469.

Soluzione, questa, accettabile solo se e nella misura in cui corrisponda all'esito di un rilievo officioso in una fase di *conflitto*, non apparendo all'uopo di secondario rilievo l'osservazione che qui il giudicante – a dispetto del giudice delegato nel fallimento in sede di verifica – è chiamato a dirimere una controversia. Di talché resta inopinabile – ma questo è vero anche nel fallimento già in fase di accertamento – l'impossibilità di ammettere un credito maggiore rispetto a quanto richiesto dall'opponente, ancorché risultante dalle scritture bancarie prodotte. Con ciò ribadendosi, anche alla luce della virata impressa alla disciplina *de qua* con il Testo Unico, che il giudice dell'opposizione resta privo di poteri «inquisitori» di indagine, risultando il processo governato dal potere di impulso delle parti in attuazione del principio del contraddittorio e dell'onere di prova. Il giudice dovrà dunque decidere su ciascuna domanda «nei limiti delle conclusioni formulate» – per richiamare il disposto dell'art. 95 l.f. –, non potendo statuire, secondo i cardini regolatori del processo civile, *ultra petita*, né fondare l'esito del giudizio su eccezioni non espressamente sollevate dalle parti, fatte salve quelle cc.dd. «in senso lato», sulle quali dovrà comunque stimolare il contraddittorio. Discorso diverso, svolto con riguardo al momento di predisposizione dello stato passivo nel fallimento, ma attagliabile anche al contesto *de quo* quale primo stadio giudiziale dell'accertamento del passivo bancario, attiene invece a una possibile – qualora opportuna – rivalutazione del

regime delle eccezioni. Chi la propugna¹⁷² spiega che il curatore, dinanzi a un credito prescritto o a una pretesa fondata su negozio annullabile (tipiche eccezioni «in senso stretto») ha l'*obbligo* (e dunque non meramente l'onere), proprio in ossequio alla sua (pubblica) funzione, di sollevare la relativa eccezione, non giustificandosi diversamente la facoltà di non eccepire, seppur tale categoria di eccezioni sia per definizione collegata alla *libera* scelta difensiva della parte di far valere o meno fatti idonei a paralizzare l'altrui domanda. Pertanto, la medesima dottrina sostenitrice conclude nel senso che, quantomeno in presenza di una condotta caratterizzata da negligenza - di fronte all'evidenza del fatto impeditivo, modificativo o estintivo della pretesa vantata non eccepito -, ben potrebbe giustificarsi l'intervento correttivo del giudice delegato. Ora, stante l'assenza, nella prima fase di accertamento del passivo bancario, di alcun momento giudiziale, rinviato alla fase di opposizione allo stato passivo, quale unico spazio in cui si possa porre rimedio alle mancanze del commissario liquidatore - così arginando la forse abbondante discrezionalità accordatagli dallo stesso diritto vivente -, il pensiero anzidetto ben potrebbe trovare fondata valenza anche in tale contesto. Senonché la struttura del processo di opposizione, stante in più il richiamo esplicito ai

¹⁷² S. Chimenti, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi*, in V. Vitalone, S. Chimenti, R. Riedi, *Il diritto processuale del fallimento*. Torino, 2010, pp. 241-243.

precetti del processo civile, appare limitante rispetto a una rimodulazione del regime delle eccezioni, determinando una rilettura del giudizio medesimo poco confacente alla sua natura, quale processo sì di primo grado, ma rigorosamente rispettoso del principio della domanda.

Conformemente a tali considerazioni è allora giusto ritenere, inoltre, che qualunque modifica intervenga sullo stato passivo debba limitarsi alle sole posizioni oggetto di opposizione, ancorché dettate da rilievi di carattere generale, così di fatto inibendosi al giudice di riscrivere per l'intero e officiosamente lo stato passivo¹⁷³. Tesi che peraltro verrebbe giustificata dalla considerazione che, opinando diversamente, si addiverrebbe a un'estensione di tutela a favore di soggetti prestatori di acquiescenza alla decisione commissariale, manifestata dalla mancata opposizione. A ben vedere, però, il pensiero già potrebbe trovare solido fondamento nel principio processuale «della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato», salvo tuttavia verificare la tenuta dello stesso di fronte al potere di rilevazione officiosa in un processo con oggetto *minimo* avente carattere inconfutabilmente pubblicistico¹⁷⁴. Ad ogni modo, appare di non

¹⁷³ V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., pp. 289-290.

¹⁷⁴ Una qual forma di disorientamento nell'approcciarsi al tema impostato è comunque comprensibile, anche alla luce del fatto che, in ossequio alla disciplina attualmente vigente, il giudizio (anche di opposizione al passivo nella liquidazione coatta bancaria) si regge

secondario rilievo, a sostegno del predetto argomento, la caducazione della previsione, un tempo contenuta nel primo comma dell'art. 79 della vecchia legge bancaria, per la quale la sentenza fa(ceva) «stato anche con riguardo ai non intervenuti».

Dunque, solo per le situazioni giuridiche oggetto esplicito di giudizio, il *decisum* sarà *totale* e *pienamente sostitutivo*, tanto che qualora un credito in sede amministrativa, in virtù di quanto in precedenza spiegato, sia stato ammesso «con riserva» – ad esempio di privilegio, per essere la questione della sua esistenza/validità/efficacia *sub iudice*¹⁷⁵ – il giudice dell'opposizione, in sentenza, non pare possa ritenere non sciolta la riserva, con conferma mera della risoluzione del commissario, posto che detta questione si pone come antecedente logico-giuridico ineludibile rispetto all'inserimento al passivo del credito – nel caso, in via chirografaria o privilegiata -. Giustamente, pertanto, si è visto che, ove risulti pendente un tal tipo di giudizio *pregiudiziale* rispetto alla corretta qualificazione del credito, debba essere *necessariamente* sospeso *ex art. 295 c.p.c.* quello concomitante relativo all'opposizione allo stato passivo, e ciò al fine di evitare

sul principio della domanda, con un'evidente inversione rispetto al testo originario contenuto nella legge bancaria del 1936, ispirata all'opposto criterio dell'impulso d'ufficio. Inversione che tuttavia non è capace di azzerare la rilevanza pubblicistica dell'oggetto della cognizione giudiziale.

¹⁷⁵ Sempre secondo i canoni fallimentari, data l'esclusione delle riserve atipiche rispetto al disposto dell'art. 96 l.f.

un possibile contrasto di giudicati¹⁷⁶. Da qui, allora, la deduzione circa l'obbligo per il giudicante dell'opposizione di dare un quadro *definitivo* dello stato passivo per tutte quelle posizioni giuridiche attive oggetto di sindacato, lasciando quale unico margine di incertezza (*i.e.* di ulteriore modifica del passivo) la salvezza di insinuazioni tardive.

Il tema dello scioglimento della riserva in sede di opposizione apre inoltre un'altra questione che è stata già oggetto di dibattito con riguardo agli sviluppi processuali nel fallimento, ovverosia se il risolversi della riserva suddetta debba avvenire necessariamente ed unicamente per il tramite del ricorso *ex art. 87* del T.U., seguendone il relativo procedimento, sull'accettabile premessa che un'«ammissione con riserva» rientra nell'ambiente semantico di quel concetto di soccombenza che assume qui – si è detto per finzione – rilievo ai fini della determinazione dell'interesse all'opposizione¹⁷⁷. *Prima facie* sembrerebbe proprio

¹⁷⁶ Cass. civ., sez. I, 11 dicembre 2000, n. 15606, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Procedimento civile* [5190], n. 337.

¹⁷⁷ Nella procedura concorsuale della liquidazione coatta (bancaria) la possibilità per i creditori e i titolari di altri diritti ammessi con riserva di esperire l'opposizione avverso lo stato passivo predisposto dal commissario liquidatore dovrebbe in realtà intendersi *di diritto*, in quanto, a differenza di quanto è da ritenersi nella corrispondente disciplina fallimentare, manca una domanda di ammissione immediata e incondizionata, la cui disattesa da parte dell'organo amministrativo con l'apposizione della riserva legittimerebbe l'unico caso di ammissibilità dell'opposizione avverso l'avvenuta insinuazione condizionata. Ipotesi che

questa la soluzione, stante la duplice considerazione che, da un lato, l'ipotesi non è espressamente disciplinata dalle norme sulla liquidazione coatta bancaria e, dall'altro, proprio queste ultime tendono a convogliare all'interno del processo di opposizione ogni reazione all'attività commissariale attinente alla formazione del passivo, senza prevedere forme semplificate per la soluzione di particolari questioni. Sennonché, si è altrove osservato come la disciplina *in subiecta materia* dettata dal Testo Unico operi un multiplo rinvio, di certo non programmato al tempo della sua redazione, ma reso attualmente possibile - e dunque sostenibile - dalla novella fallimentare, rendendo di fatto applicabile nel contesto *de quo* la previsione di cui all'art. 113-bis l.f., che acconsente a un'immediata modifica dello stato passivo, tramite decreto del giudice delegato, su istanza del curatore o della parte interessata. Trasfondendo allora la prescrizione nel nostro discorso, dovrebbe ammettersi che l'esito del giudizio di opposizione ben possa risolversi in un *decreto di scioglimento della riserva*, emesso, al ricorrere delle condizioni, su istanza dell'opponente o anche del commissario liquidatore. Il che vale a consentire, analogamente a quanto si ebbe a dire nel caso di non contestazione all'opposizione, un'ammissione *integrale* immediata, con beneficio di

suonerebbe remota anche qualora l'interessato avesse presentato domanda di insinuazione tempestiva ai sensi del comma 5 dell'art. 86 T.U.

accesso ai riparti e alle restituzioni dovuti senza necessità di attesa della sentenza definitiva del processo che, comunque, sarà, anche qui, destinata ad assorbire il decreto *in itinere* pronunciato.

La sentenza del collegio, all'esito del giudizio di opposizione, verrà infine resa pubblica mediante deposito in cancelleria, di cui dovrà darsi notizia alle (sole) parti *costituite*, proprio in virtù della già ricordata caducazione della previsione della vecchia legge bancaria, in ossequio alla quale il provvedimento giudiziale fa(ceva) stato anche nei confronti dei soggetti non intervenuti. Da qui, dunque, il risolto pratico di notiziare dell'esito del giudizio di opposizione i soli partecipanti.

3.3.9 *L'efficacia di giudicato esterno e l'eccezione al principio di «provvisoria esecutorietà» della sentenza di primo grado*

Effetto «necessario» *immediato* dell'accoglimento del ricorso in opposizione attinente alla propria posizione è l'ammissione del diritto - correttamente qualificato - nel passivo della banca in liquidazione, a cui si accompagna, quale effetto «necessario» *mediato* la partecipazione ai riparti e alle restituzioni. Ciò vale tanto per il soggetto ricorrente *ex art. 87*, che per quello agente ai sensi dell'art. 89 del T.U. Solo che, come già si è osservato, il primo potrà beneficiare degli accantonamenti disposti ai sensi dei commi 5 e 6

dell'art. 91 del T.U.¹⁷⁸, mentre il secondo avrà solo diritto di concorrere ai riparti e alle restituzioni successivi al ricorso con esito vittorioso, fermo, come detto, il recupero dei beni non ancora alienati, oggetto di diritti reali o di prelazione riconosciuti e ammessi. Qualora invece il giudice accolga il ricorso avverso il riconoscimento commissariale di un diritto altrui, gli effetti necessari, immediati e mediati, del provvedimento si concreteranno nell'esclusione di quest'ultimo dal passivo bancario, nonché nell'impossibilità per il disconosciuto titolare di accedere ai riparti e alle restituzioni, con obbligo restitutorio di quanto eventualmente avesse già percepito, stante la retrodatazione *ex tunc* degli effetti medesimi. Si è pertanto di fronte a un provvedimento di *accertamento (positivo o negativo) costitutivo* che, giudicando sul concorso, esplica effetti nella e per la procedura su cui si innesta.

Cionondimeno, qualora il provvedimento giurisdizionale risolutivo delle opposizioni, statuisca in definitiva (anche) sul diritto di credito in sé considerato, come già più volte sottolineato, la pronuncia di *mero accertamento dichiarativo* ivi racchiusa diviene idonea a formare *giudicato esterno*. Manca infatti, nella legge speciale, alcun riferimento alla limitazione degli effetti del pronunciamento giudiziale «soltanto ai fini del concorso», a differenza di quanto disposto per espresso

¹⁷⁸ Accantonamenti che, in particolare, il commissario procederà a disporre dal momento della notifica del ricorso in opposizione.

dalla disciplina fallimentare, giusta la previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 96 l.f. Del resto ciò appare più che coerente con riguardo tanto all'oggetto del *decisum*, quanto alla forma di sentenza, anziché, di decreto, del provvedimento di epilogo del giudizio¹⁷⁹.

Altra questione è invece il *dies a quo* di decorrenza dei predetti effetti, alla luce di quanto sancisce perentorio il terzo comma dell'art. 88 del T.U., ai sensi del quale «le sentenze pronunciate *in ogni grado* del giudizio di opposizione sono *esecutive con il passaggio in giudicato*» (c.vo nostro). Esplicita, dunque, è la rottura, innanzitutto, con il precetto generale contenuto nell'art. 282 c.p.c., per voce del quale «la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti». Il legislatore ha pertanto scelto di discostarsi puntualmente da quelle previsioni codicistiche, alle quali pur rinvia, qualora ritenga le stesse non consone all'ambiente nel quale si vogliono trasporre. Nei fatti, quindi, l'eccezione all'esecutorietà provvisoria della sentenza, che decide sulle opposizioni al passivo della banca in liquidazione coatta, implica che, fino all'acquisto di autorità di giudicato della pronuncia stessa, l'ammesso in opposizione non potrà beneficiare

¹⁷⁹ L'affermazione appare incontestabile e sembra valere *a fortiori* alla luce delle spinte interpretative in ossequio alle quali (anche) la cognizione piena sull'impugnazione dello stato passivo fallimentare appare «potenzialmente destinata *de jure condendo* ad acquisire autorità di giudicato *ultra litem* nonostante la perdurante formula utilizzata nell'ultimo comma dell'art. 96 l.f.»: così C. Cavallini, *Commento all'art. 99*, cit., p. 875.

dei riparti parziali, né di eventuali restituzioni – a cui nel frattempo il commissario liquidatore è tenuto a procedere –, mentre quello escluso, se era stato ricompreso nell’elenco da parte dell’organo amministrativo, rimane insinuato e, in assenza di inibitoria cautelare, conserverà il diritto di partecipare ai riparti e alle restituzioni, il quale sarà destinato a stabilizzarsi in caso di riforma in appello ovvero a caducare con conseguente ripetizione a favore della massa di quanto percepito in caso di passaggio in giudicato, vuoi della sentenza sfavorevole del tribunale ovvero, eventualmente, di quella di conferma di secondo grado, in base allo sviluppo processuale tradizionale.

I risvolti prospettati paiono francamente di difficile accettazione, tanto da indurre a dissentire apertamente con la scelta legislativa, per nulla in linea con l’evoluzione interpretativa affermatasi nell’ambiente concorsuale fallimentare e non solo, volendosi peraltro dare per scontata l’evidenza dello scontro tra la soluzione normativa adottata e l’esigenza, comunque non trascurabile qui come nel fallimento – già disattesa dalla struttura del procedimento di opposizione, così come (non) concepita dall’art. 87 del T.U. –, di garantire una tanto efficace quanto effettiva composizione degli interessi in gioco, in termini soprattutto di celerità.

Sulla premessa dell’idoneità di *ogni* sentenza a produrre gli effetti che le sono propri, a prescindere

dall'immutabilità che conseguirà con il passaggio in giudicato¹⁸⁰, si vuole pertanto qui sostenere la valorizzazione già del primo grado di giudizio quale strumento di risoluzione possibilmente definitiva, ancorché in via solo tendenziale, del conflitto, tale da far propendere per una provvisoria esecutorietà del provvedimento giudiziale *incondizionata*, anche rispetto alla stessa natura del *decisum*. A riguardo, ben si conosce l'orientamento prevalente – sostenuto anche da una giurisprudenza fiume –, il quale, imponendo un limite oggettivo all'operare della *regola iuris* di cui all'art. 282 c.p.c., non consente di ritenere che l'efficacia delle sentenze di primo grado aventi natura di accertamento e/o costitutiva sia anticipata rispetto alla formazione della cosa giudicata, con ciò affermando che dette sentenze possono vedere anticipata la loro efficacia rispetto a quel momento soltanto in forza di espressa previsione di legge¹⁸¹. Tuttavia, nel contesto *de quo*, non pare potersi far a meno di una produzione immediata degli effetti giuridici scaturenti dalla sentenza risolutiva del giudizio di opposizione, così da omologare al *dictum*

¹⁸⁰ La premessa, qui assunta alla stregua di un dogma, deriva chiaramente dalla dottrina liebmaniana, il cui sunto si può ben sviscerare dalla rilettura offerta da: C. Cavallini, *L'efficacia (riflessa) della sentenza nel pensiero di E.T. Liebman*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1221 e ss.

¹⁸¹ Tra le statuizioni più recenti sul tema si veda ad esempio: Cass. civ., sez. II, 26 marzo 2009, n. 7369, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1207. Non sembra in proposito di dover spendere, in tale sede, ulteriori approfondimenti, preferendo rinviare allo studio condotto dall'amico M. Gaboardi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2010, VI, pp. 633 e ss.

giudiziale la situazione sostanziale delle parti e, di riflesso, la posizione (qui *procedurale*) dei terzi¹⁸², da individuarsi negli altri concorrenti insinuati con riconoscimento al passivo, i quali, sia dall'ammissione che dall'esclusione altrui - sanciti dalla sentenza sull'opposizione - non possono che essere *interessati*, con maggior o minore grado a seconda che la categoria di questi ultimi coincida o meno con quella dei primi. Considerazioni, queste, che non vengono affatto meno per il carattere costitutivo dell'accertamento cristallizzato in sentenza, posto che, rispetto alla provvisoria esecutività della sentenza, altra è l'efficacia strettamente esecutiva della sola pronuncia di condanna - identificabile nell'idoneità della stessa a qualificarsi titolo esecutivo, legittimando così l'azione *in executivis* del creditore -, indi per cui anche la decisione costitutiva *deve (o dovrebbe)* poter produrre i propri effetti, relativamente a quanto statuito sul diritto sostanziale dedotto, fin dalla data della sua

¹⁸² Con il che si vuole sostenere la superfluità dell'inciso, giustamente reputato anacronistico, «tra le parti» che ancora si legge a conclusione dell'art. 282 c.p.c., posto che lo stesso, non solo non varrebbe a escludere immediati obblighi di comportamento da parte di *terzi* in ragione del loro ufficio o funzione (C. Consolo, *Commento all'art. 282*, in Comm. Consolo-Luiso. Milano, 2007, p. 261), ma altresì non impedisce l'esplicazione della provvisoria esecutorietà della sentenza nei confronti di portatori di interessi sostanziali (per citare ancora il pensiero liebmaniano sulla naturale efficacia riflessa della sentenza verso i terzi), ma non solo. Si veda di seguito nel testo.

pubblicazione¹⁸³, momento in cui la pronuncia giudiziale acquista i caratteri della imperatività e della (tendenziale) immutabilità, divenendo, con il deposito in cancelleria, giuridicamente esistente¹⁸⁴. E, a ben comprendere l'essenza esatta della provvisoria esecutorietà, la conclusione non muta neppure, rimanendo quindi pienamente valevole, con riguardo altresì alle sentenze di mero accertamento¹⁸⁵. Infatti, se così non fosse, non si sarebbe, forse, nemmeno avvertito il bisogno di sancire normativamente il contrario, proprio come eccezione alla generalità della regola, la cui funzione - sembra opportuno ricordare - è di stampo acceleratorio, in quanto volta a scoraggiare le impugnazioni pretestuose, proposte solo a scopi dilatori¹⁸⁶.

Per quanto anzidetto, considerato inoltre che la *ratio* sottesa all'art. 282 c.p.c. non viene meno, ma anzi si esalta proprio nel contesto concorsuale, non si può che ribadire il dissentimento rispetto alla presa di posizione

¹⁸³ Valgono in proposito ad insegnamento gli scritti di: C. Ferri, *In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 558; G. Impagnatiello, *La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 47; F. Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano, 1972, p. 59.

¹⁸⁴ Cfr. Cass. civ., 29 giugno 1985, n. 3886, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Sentenza civile* [6100], n. 29.

¹⁸⁵ In tal senso pregevole è l'interpretazione offerta da: A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*. Napoli, 1991, p. 195. Tra le pronunce di merito, inedite, si citano: Trib. Ivrea, 5 febbraio 2004; Trib. Monza, 13 maggio 2002.

¹⁸⁶ R. Vaccarella, *Il processo civile dopo la riforma*. Torino, 1992, p. 279.

del legislatore di settore, vedendo altresì il quadro prospettato complicarsi, per fare un esempio, nella misura in cui si ritenga per vero – come qui sostenuto – che la sentenza di epilogo del giudizio di opposizione possa statuire anche sull'azione revocatoria eventualmente proposta. Da qui, infatti, sorgerebbe il quesito se la portata del precetto di cui al comma terzo dell'art. 88 del T.U. si limiti a investire il contenuto *tipico* del *decisum*, ossia l'ammissione o meno del diritto di credito, reale o restitutorio, nel passivo bancario, oppure sia tale da espandersi su tutto l'oggetto decisorio, qualunque sia stato il *quid disputatum*. La questione nasce invero spontanea, posto che alla sentenza di revoca, che pur ha natura costitutiva – eccezion fatta per le ipotesi di cui agli artt. 64 e 65 l.f. –, si tende a riconoscere non solo la provvisoria esecutorietà del capo condannatorio¹⁸⁷, ma in generale l'idoneità a determinare immediatamente l'inefficacia degli atti riconosciuti pregiudizievoli, cosicché fin da subito il soccombente restituisca quanto ricevuto in conseguenza dell'atto revocato, ovvero il bene di cui si è inefficacemente disposto riassuma la funzione di garanzia cui era destinato¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Recentemente: Cass. civ., sez. I, 29 luglio 2011, n. 16737, in *Foro it.*, 2012, I, p. 182 (con nota di Impagnatiello).

¹⁸⁸ Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali si rinvia nuovamente a: M. Gaboardi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 633 e ss.

Per non giungere pertanto a risultati insostenibili, si auspica *de iure condendo* la soppressione della norma qui contestata, non riuscendo neppure a ravvisare, quale fondamento, una presunzione *iuris et de iure* dell'esistenza di «gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti» (nella specie la banca in liquidazione), la sola – ad oggi – capace di escludere la provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado, giusta la previsione di cui all'art. 283 c.p.c. Del resto, la scelta del legislatore di settore appare contraddittoria nel momento in cui, dalle stesse disposizioni del Testo Unico, si evince l'attribuzione di un'esecutività, paragonabile – se non addirittura perfettamente sovrapponibile – a quella di cui parla l'art. 282 c.p.c., allo stato passivo formato dal commissario liquidatore. Esecutività che, come visto, vale a fondare la legittimità della partecipazione ai riparti e alle restituzioni dei soggetti inclusi negli elenchi, per il solo fatto che questi ultimi siano stati depositati nella cancelleria del tribunale competente, che, senza troppe sorprese, è lo stesso chiamato a giudicare sulle eventuali e conseguenti opposizioni. Ma allora, come può l'*imperium* dell'organo amministrativo valere più di quello del giudice sulla medesima *quaestio facti*? L'attesa del passaggio in giudicato per la modifica allo stato passivo, già formato ed esecutivo, pur insuperabile per l'inequivocabilità del dato normativo, risulta pertanto non in linea né con la disciplina processuale generale, né con le previsioni riferite ad altri

ambienti concorsuali, ma addirittura incoerente con le altre opzioni legislative operanti nel contesto della medesima procedura in cui la norma, alla quale la stessa si riferisce, è applicata. Non resta allora che ribadire la più che mai rinforzata opportunità, in assenza di dati testuali volti ad escluderla, di un provvedimento interinale anticipatorio volto all'ammissione – ma è vero anche per l'esclusione – immediata del credito non contestato dal commissario liquidatore, lì sì con effetti provvisoriamente esecutivi, che si stabilizzeranno solo con il passaggio in giudicato della sentenza di conferma¹⁸⁹.

3.4 Le insinuazioni tardive

Nella sua terza declinazione, quale schema giuridico sfruttabile per l'insinuazione tardiva, così come esplicitato dall'art. 89 del T.U., il giudizio di opposizione si presenta come *alternativo* e *sostitutivo* dell'iter amministrativo che lo ha preceduto, in quanto volto a completare, modificandolo, il quadro risultante dallo stato passivo definito dal commissario liquidatore, qualora per alcune posizioni genericamente creditorie il giudizio commissariale sia stato carente. Alternativo, dunque, nell'accertamento del passivo limitatamente alle pretese non fatte oggetto di preventiva valutazione, le quali potranno trovare spazio nello stato passivo pur

¹⁸⁹ Il raggirò alla normativa settoriale appare al limite della liceità, ma consonante rispetto a uno scopo di garanzia di effettività e celerità del giudizio.

senza essere passate dalla *cognitio* amministrativa. E sostitutivo perché tale passaggio è totalmente stralciato dall'accertamento giudiziale, il quale, una volta riconosciute esistenti le pretese insinuate e riscontrata l'omissione del commissario liquidatore, racchiude in sé sia il «rescindente» che il «rescissorio», statuendo in via definitiva sulla composizione del passivo, o meglio, sui diritti tardivamente insinuati in esso inclusi. Anche in tale sede, pertanto, emerge la duplice personalità del giudizio di opposizione, la cui alternatività rispetto all'attività commissariale lo pone ad un pari livello nell'accertamento delle pretese, risultando quest'ultimo scevro da qualsiasi *pre-giudizio* e attivabile, *stricto sensu*, in prima istanza con riguardo alle pretese tardive. Al contempo, tuttavia, se si guarda al merito (accertamento dei diritti posticipatamente insinuati) non si può non considerare che la sua azionabilità consegue necessariamente per porre rimedio a un accertamento già svoltosi in modo non corretto, per non avere il primo (e tendenzialmente unico) «giudicante» competente (il commissario liquidatore) statuito su tutte le pretese insinuabili al passivo.

Legittimati a presentare domanda di insinuazione tardiva, con onere di sostenere le spese conseguenti al ritardo, qualora questo non sia dipeso da causa non imputabile, sono dunque coloro i quali non siano stati notiziati dal commissario liquidatore, per non essere la pretesa da essi asseritamente vantata risultante dai documenti bancari, e non abbiano provveduto nei

sessanta giorni dalla pubblicazione del decreto di liquidazione a richiedere il riconoscimento dei propri crediti e la restituzione dei propri beni ai sensi dell'art. 86, comma 5, del T.U. Non può tuttavia escludersi, che, nonostante la presentazione della domanda di ammissione tempestiva, la pretesa ad oggetto non sia stata esaminata dal commissario. Qualora quindi il creditore, pur tempestivamente insinuato, non venga ammesso al passivo, né riceva comunicazione di espresso disconoscimento ai sensi del comma 8 del predetto art. 86, potrebbe ben ritenersi consentita la proposizione di insinuazione tardiva *ex art. 89* succitato, a prescindere dalla preventiva spendita della relativa facoltà in via tempestiva, non caratterizzata, come già osservato, da alcuna preclusione in tal senso¹⁹⁰. A

¹⁹⁰ Si veda però: Cass. civ., sez. I, 14 ottobre 2010, n. 21241, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2438, secondo cui, senza esplicitare alcun *distinguo*, nel procedimento di liquidazione coatta amministrativa, l'insinuazione tardiva è ammissibile *esclusivamente* per quei crediti per i quali non sia stata già richiesta tempestivamente l'ammissione al passivo. Meglio argomenta nel medesimo senso, e dunque contraddicendo quanto nel testo affermato: Cass. civ., sez. I, 19 febbraio 2003, n. 2476, in *Fall.*, 2004, p. 398 (con nota di Guarnieri), secondo cui nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, in cui il commissario liquidatore dispone di un potere officioso per la formazione dello stato passivo (senza, cioè, che vi sia necessità di apposita domanda di ammissione da parte dei creditori), al fine di stabilire in concreto quale sia il rimedio di cui dispone il creditore, il cui credito non venga ammesso, occorre verificare se il creditore stesso abbia proposto domanda di ammissione o anche soltanto formulato le sue osservazioni ai sensi dell'art. 207 l.f. (*rectius*, presentato reclamo ai sensi dell'art. 86, comma 4, T.U.), posto che, in tal caso, egli non ha altro rimedio che l'opposizione, perché il provvedimento di esclusione, assunto *anche implicitamente* dal

conferma vale il richiamo del dato letterale dell'art. 89 del T.U. che, letto *a contrario*, esclude la legittimazione all'insinuazione tardiva *solo* di coloro che abbiano ricevuto la comunicazione commissariale e risultino inclusi nello stato passivo. Quanto anzidetto è comunque asseribile, rimanendo valido, alla sola condizione che *non* si accetti l'ammissibilità di un rigetto implicito da parte del commissario liquidatore. Una scelta opposta, come visto, creerebbe infatti non poco sconcerto con particolare riguardo ai creditori chirografari¹⁹¹. Diversamente, dovrebbe concludersi in aderenza a quel pensiero giurisprudenziale secondo cui è necessario, a pena di inammissibilità, che la domanda tardivamente proposta sia (totalmente) *nuova*, salvo che il *petitum* esigibile non sia stato richiesto per intero con l'insinuazione tempestiva, per un impedimento giuridico o di fatto, posto che nel qual caso non sarebbe configurabile la formazione di un «giudicato interno» impeditivo della insinuazione tardiva per la parte non

commissario, ha valore di rigetto, contro cui, per evitare la preclusione endofallimentare, occorre reagire ai sensi, qui, dell'art. 87 T.U.; al di fuori di tali ipotesi, ossia quando il credito non sia stato dedotto dal creditore ovvero, anche in mancanza di domanda o osservazioni/reclamo, non sia stato espressamente escluso d'ufficio, la proponibilità della domanda tardiva non incontra preclusione, perché il credito non è stato preso in considerazione.

¹⁹¹ È dunque evidente come la teoria sostenuta dalla succitata giurisprudenza non possa convergere con quanto qui si è reputato (ad avviso di scrive) di concludere, poggiando sulla premessa non condivisa che la mancata ammissione del credito al passivo possa desumersi da un rigetto commissariale implicito.

richiesta originariamente¹⁹². Anche se sull'opportunità (*rectius*, correttezza) di argomentare in termini di *giudicato*, continuano a nutrirsi dubbi sui quali, in codesta sede, si è già dibattuto ampiamente.

Quanto alla casistica, è stata ritenuta inammissibile la domanda di insinuazione tardiva per gli interessi relativi a un credito già ammesso al passivo¹⁹³, mentre, sulla premessa che il diritto alla rivalutazione monetaria dei crediti da lavoro può costituire oggetto di un autonomo giudizio anche dopo la formazione del giudicato sul credito-base, purché la precedente pronuncia non abbia negato esplicitamente o implicitamente il credito da svalutazione, si è reputato possibile dedurre tale credito come oggetto di insinuazione tardiva¹⁹⁴.

¹⁹² Cass. civ., sez. I, 29 settembre 1999, n. 10783, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 43.

¹⁹³ Cass. civ., sez. I, 14 ottobre 2010, n. 21241, cit. Semmai, una simile richiesta potrebbe trovare accoglimento in sede di opposizione, contestando la solo parziale ammissione che tiene conto del capitale, ma non degli interessi *medio tempore* maturati. E ciò sarebbe qui affermabile, a dispetto di quell'interpretazione ormai consolidata che, riferendosi alla disciplina fallimentare, esclude l'ammissibilità della richiesta di riconoscimento degli interessi non domandati con l'insinuazione tempestiva. Tesi, infatti, nel presente contesto non riproducibile in assenza di una precedente *domanda* in tal senso. Lo stesso sarebbe a dirsi per l'istanza di ammissione in via privilegiata di un credito già ammesso come chirografario.

¹⁹⁴ Cass. civ., sez. I, 29 settembre 1999, n. 10783, in *Fall.*, 2000, p. 1247.

Già si è avuta occasione per sottolineare che anche per le domande tardive di insinuazione¹⁹⁵ l'unico procedimento percorribile individuato dal legislatore è quello dettato dall'art. 87 del T.U.¹⁹⁶. Sennonché, stante l'assenza di limiti temporali stringenti entro cui incanalare le richieste, che possono infatti presentarsi finché non siano esauriti tutti i riparti e le restituzioni, la trattazione congiunta delle cause, quale principio regolatore del processo di opposizione, qui applicabile *in toto*, sfumerebbe non poco, non potendosi accettare il procrastinarsi della trattazione medesima al termine ultimo per presentare ricorso di ammissione al passivo. Anche perché ciò contrasterebbe evidentemente con l'intendimento dello stesso legislatore, laddove statuisce, *sub* art. 91, commi 9 e 10, del T.U., che coloro i quali propongano insinuazione tardiva conservano il diritto di concorrere *solo* ai riparti e alle restituzioni che venissero eseguiti dopo la presentazione del ricorso¹⁹⁷, salvi comunque i diritti reali e quelli di prelazione qualora i beni cui accedono non siano stati ancora

¹⁹⁵ Le quali sono necessariamente indirizzate all'autorità giudiziaria, per aver ormai il commissario liquidatore esaurito l'esercizio delle proprie funzioni di verifica, a seguito della conseguita esecutività dello stato passivo, mediante semplice deposito, che non ne permette successive modifiche ad opera del soggetto che lo ha formato. Al ricorso di insinuazione tardiva devono dunque attribuirsi gli effetti propri della domanda giudiziale.

¹⁹⁶ È giocoforza, dunque, che per tutto quanto qui non esplicitato il rinvio va alla trattazione svolta *supra*, *sub* § 3.3 e sottoparagrafi.

¹⁹⁷ Cfr. Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2009, n. 18013, cit.

alienati¹⁹⁸. È chiaro dunque che la prescrizione risulterebbe vanificata, con erosione del diritto garantito, se si accedesse all'ipotesi suddetta. Invero, ciò è apparentemente suscettibile di verificarsi già con l'anticipo del momento di trattazione per ciascuna causa di insinuazione tardiva al tempo «naturale» scandito dal ritmo processuale, posto che all'apparenza non vi sarebbe spazio, secondo il dettame legislativo, per un'ammissione immediata pur in assenza di contestazioni, dovendosi comunque attendere la rimessione al collegio per la definizione del giudizio con sentenza¹⁹⁹. Situazione a cui la legge pone rimedio con la previsione di accantonamenti che il commissario liquidatore provvederà a disporre ai sensi del comma 6 del succitato art. 91, quale effetto procedimentale della pendenza del giudizio, rientrando infatti i «tardivi» tra i soggetti dei quali non sia stata ancora definita l'ammissione allo stato passivo²⁰⁰.

¹⁹⁸ Da notarsi, per inciso, che la clausola di salvezza non pare possa operare con riguardo ai meri diritti di restituzione, in quanto non menzionati accanto ai diritti reali.

¹⁹⁹ Sottolinea la contraddizione di tale postulato con le esigenze di speditezza e snellezza che dovrebbero caratterizzare il procedimento di formazione del passivo bancario: S. Bonfatti, *Commento agli artt. 86-89*, p. 1477.

²⁰⁰ Il che, come spiega la stessa legge, è chiaramente preordinato al fine della distribuzione delle somme o della restituzione degli strumenti finanziari corrispondenti nel caso di riconoscimento dei diritti ovvero della loro liberazione a favore degli altri aventi diritto. È comprensibile allora che l'assolvimento del fine si giustifica solo per quei soggetti il cui ritardo non sia a essi imputabile.

Tuttavia, si è già avuto modo di osservare come il dato letterale dell'art. 87 del T.U. non sia stato di ostacolo nel dare, in ossequio allo spirito informatore della materia e superando le prospettate limitazioni, un'interpretazione «snellente» del giudizio *de quo*. Lo stesso infatti, con peculiare riguardo al processo attivato da domanda di insinuazione tardiva, è stato visto, anche dalla giurisprudenza, come caratterizzato da una prima fase, avente natura amministrativa, che può culminare, se il commissario non si oppone ed il giudice lo ritiene, nell'ammissione al passivo del credito con semplice decreto di tale giudice. Il che equivarrebbe a una piana applicazione degli effetti del principio di non contestazione *ex art. 115 c.p.c.* Qualora invece dovessero insorgere contestazioni, il giudice designato assume le vesti di giudice istruttore ed il giudizio prosegue con le forme del rito ordinario, per cui lo stesso credito non può più essere ammesso con decreto, dovendo su di esso pronunciarsi con sentenza il collegio²⁰¹. È tuttavia doveroso aggiungere, pur aderendo a tale interpretazione di ampio respiro, che il decreto emesso in prima battuta dovrà poi essere necessariamente confermato dal collegio in sentenza, non potendosi sottrarre al medesimo lo *ius dicere* sull'oggetto della domanda, con tutte le conseguenze (*rectius*, gli effetti) che il medesimo produce. Dunque, ciò che vale nel giudizio di opposizione in senso stretto, varrà anche in quello promosso a seguito di insinuazione tardiva.

²⁰¹ Cass. civ., sez. I, 23 luglio 2009, n. 17295, cit.

In particolare, nella specie, affinché la «prima fase» di trattazione – che può concludersi con decreto – svolga la funzione che le è stata riconosciuta, la stessa giurisprudenza, in aderenza alla linea già tracciata, è giunta a dichiarare l'inammissibilità della dichiarazione tardiva di credito avanzata all'udienza di trattazione di altra insinuazione tardiva in precedenza proposta, sottraendosi altrimenti al commissario liquidatore lo *spatium deliberandi*, intercorrente tra la notifica del ricorso e l'udienza stessa, per esaminare la domanda e stabilire se contestarla o meno²⁰². Ciò evidenzia l'impraticabilità concreta della riunione delle cause cui aspira il legislatore, posto che su una causa già radicata diviene processualmente impossibile innestare un'altra, la quale, pertanto, seguirà il suo corso naturale avviato con il deposito del ricorso, innescante a sua volta la fissazione di una prima udienza, svincolata nei termini e nelle preclusioni dallo storico di un processo eventualmente già in precedenza instaurato tra parti parzialmente diverse.

Si è anche scritto che si possono presentare tante domande di insinuazione tardiva, quante ne consente il realizzo dell'attivo, posto che la relativa presentazione diviene per legge inammissibile a completamento del riparto dell'attivo e ad esaurimento delle restituzioni, in un caso e nell'altro, anche di quanto sia stato eventualmente accantonato. Il limite temporale *ex lege*

²⁰² Cass. civ., sez. I, 23 luglio 2009, n. 17295, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 1101.

definito si è voluto intendere quale momento determinante il venir meno dell'interesse degli aventi diritto a veder riconosciuta la propria pretesa²⁰³, attesa l'irretrattabilità dei riparti e delle restituzioni già eseguiti²⁰⁴. In realtà, associare il suddetto limite alla perdita di interesse ad agire potrebbe essere fuorviante, tanto da far cadere nella tentazione di ravvisare ipotesi in cui un tale interesse possa sussistere pur dopo lo spirare del termine, con riferimento all'opportunità per il creditore depositante di far accertare il proprio credito in sede giudiziale, anche dopo la conclusione dei riparti e delle restituzioni, allo scopo di ricorrere, in quanto insoddisfatto, al sistema di garanzia dei depositi. È allora evidente che, correttamente intendendo il limite temporale legislativo quale termine decadenziale, alla stregua di qualunque altro termine introduttivo di

²⁰³ V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., p. 295.

²⁰⁴ A riguardo occorre precisare la parziale discrasia rispetto alla disciplina fallimentare, con particolare riferimento a quanto dettato dall'art. 112 l.f. In entrambe le procedure concorsuali, infatti, i creditori ammessi tardivamente concorrono soltanto alle ripartizioni posteriori alla presentazione del ricorso. Tuttavia, nel fallimento, è fatto salvo il diritto di prelevare le quote (accantonate) che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni se assistiti da diritti di prelazioni o se il ritardo è dipeso da cause a essi non imputabili. Nella liquidazione coatta bancaria, invece, l'art. 91, ai commi 9 e 10, del T.U. non contempla quale scriminante la non imputabilità del ritardo, facendo salvi solo i diritti reali e i diritti di prelazione esclusivamente qualora i beni ai quali i medesimi si riferiscono non siano stati ancora alienati. Previsione che viene interpretata nel senso che, dopo l'alienazione di detti beni, i diritti si trasferiscono sul *tantundem*, decurtato dell'ammontare dei riparti eventualmente già effettuati: L. Desiderio, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, cit., p. 371.

domanda giudiziale, l'ipotesi anzidetta non potrebbe sostenersi, nonostante si possa astrattamente riconoscere il potenziale interesse ad agire²⁰⁵.

Al termine decadenziale previsto dal legislatore per la presentazione delle domande di insinuazione tardiva si aggiunge altresì un'ulteriore restrizione nel caso di cessione del compendio attivo e passivo bancario, alla luce della considerazione che, ai sensi dell'art. 90, comma 2, del T.U., il cessionario risponde delle sole passività risultanti dallo stato passivo, con ciò implicando che potranno ricomprendersi nel compendio ceduto anche diritti riconosciuti sulla base di insinuazioni tardive attivate antecedentemente alla cessione, ma non anche pretese avanzate con domande successive al perfezionamento della cessione stessa, ancorché, tecnicamente, non sia intervenuto l'esaurimento dei riparti e delle restituzioni.

Non pare infine possibile che l'insinuante tardivo proponga, contemporaneamente, ricorso in opposizione avverso il riconoscimento di pretese altrui. L'impossibilità in tal caso, teoricamente non accettabile anche alla stregua della contraria soluzione adottata nel regime fallimentare, sarebbe dettata da un impedimento

²⁰⁵ Il caso di specie non troverebbe comunque valido fondamento, per riconoscimento dello stesso propulsore, posto che i fondi di garanzia, destinati a surrogarsi nelle ragioni dei depositanti, non potrebbero rivalersi su alcunché a ripartizione già esaurita: R. Lener, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., pp. 1419-1420.

tecnico dovuto al mancato rispetto – ancora una volta – dei termini decadenziali di avvio del procedimento.

4. La seconda fase giudiziale: i mezzi di gravame

Anche i giudizi di appello e ricorso in Cassazione risentono, nella loro articolazione, di quanto disposto dalla disciplina di settore in materia di procedimento uniforme di opposizione allo stato passivo, tant'è che l'ultimo comma dell'art. 88 del T.U. sancisce l'applicabilità delle prescrizioni del codice di rito (solo) per quanto non espressamente previsto, oltre che dalla norma medesima, anche dal precedente art. 87, così confermandone la piena operatività, con le sue luce e ombre, anche in sede di gravame avverso la sentenza che definisce il primo grado di opposizione.

L'unico profilo espressamente disciplinato dall'art. 88 del T.U. concerne i soli termini di impugnazione, ridotti alla metà rispetto a quelli comuni dettati dall'art. 325 c.p.c., decorrenti, senza distinzione di sorta, dalla data di notificazione della sentenza da impugnare²⁰⁶. Dunque, contro la sentenza del tribunale può essere proposto appello entro il termine di quindici giorni, anziché trenta, mentre il termine per ricorrere in

²⁰⁶ Tuttavia, in caso di mancata notifica si reputa – qui sì correttamente – applicabile la previsione dell'art. 327 c.p.c. relativa alla decorrenza del termine lungo di impugnazione dal deposito della sentenza che, in aderenza a un'interpretazione rigorosamente letterale, di fronte al mancato dettato normativo, si ritiene non altrettanto dimidiabile alla stregua di quello naturale: F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa*, p. 618.

Cassazione spirerà dopo trenta giorni, anziché sessanta²⁰⁷. Sul resto, il legislatore ha sposato la scelta del silenzio. Sarà pertanto ancora una volta all'art. 87 *in primis* a essere preso principalmente a riferimento.

Qualche dubbio potrebbe tuttavia sollevarsi con precipuo riguardo alla disciplina propriamente applicabile al grado di appello, posto che l'art. 88 del T.U., al primo comma, testualmente richiama dell'art. 87 i soli commi 4, in quanto compatibile, e 5, per poi operare, come scritto, un rinvio indistinto a (tutte) le norme sul giudizio di opposizione. Delle due, l'una: al processo di appello o si applica il medesimo rito dettato per quello di primo grado, conformemente a quanto dispone l'art. 359 c.p.c., in virtù del quale nel procedimento d'appello si osservano le norme dettate per il procedimento davanti al giudice di prime cure, in

²⁰⁷ Proprio in tema di termini di impugnazione, con specifico riguardo alla procedura di liquidazione coatta bancaria, è stato più volte precisato che, qualora il giudice di appello abbia qualificato la domanda proposta dal creditore come opposizione allo stato passivo, riformando la sentenza di primo grado che l'aveva invece qualificata come insinuazione tardiva, è inammissibile, ai sensi dell'art. 325 c.p.c. e dell'art. 88, comma 2, T.U., il ricorso per Cassazione proposto oltre il termine ridotto di trenta giorni dalla notifica della sentenza di appello, ancorché il ricorrente censuri la qualificazione della domanda risultante da tale sentenza, trovando applicazione il principio dell'ultrattività del rito e quello secondo cui l'individuazione del mezzo d'impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va effettuata sulla base della qualificazione giuridica del rapporto controverso adottata nel provvedimento impugnato: *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2009, n. 18013, cit.

ossequio dunque al richiamo all'art. 87²⁰⁸; o di quest'ultimo trovano spazio le sole norme espressamente menzionate, le quali, nello specifico, si riferiscono, da un lato, all'istruzione contemporanea delle cause con rimessione congiunta delle stesse al collegio per la decisione, salva l'eccezione al principio di concentrazione di cui all'art. 277 c.p.c., e, dall'altro, al divieto di esibizione dell'elenco dei creditori chirografari da parte del commissario liquidatore, se non per estratto. L'ultima soluzione appare la più coerente con la stessa costruzione normativa e comporta la salvezza della forma di citazione della domanda introduttiva d'appello – qui sì con deduzione dei motivi specifici dell'impugnazione a pena di inammissibilità –, nonché dei termini di comparizione delle parti previsti dall'art. 163-*bis* a cui l'art. 342 c.p.c. rinvia. Anche se, a riguardo, stante la dimidiazione dei termini per impugnare, diverrebbe possibile interrogarsi in ordine alla necessità, o quantomeno opportunità, di rispettare un altrettanto dimezzamento di tutti gli altri termini decadenziali (o meno) in cui il processo di scandisce.

Legittimato a proporre appello è naturalmente anche il commissario liquidatore, il quale, nel giudizio di opposizione, avanti il giudice di prime cure, ha rivestito necessariamente il ruolo di parte. E ciò deve ritenersi affermabile anche qualora oggetto dell'opposizione sia stato il riconoscimento di diritti altrui e il giudice abbia

²⁰⁸ Richiamo, come visto, generale, oltre che prioritario rispetto a quello in favore delle disposizioni del codice di rito.

accolto il ricorso. In tal caso, infatti, legittimato passivo avanti il giudice di prime cure sarà non solo il creditore o avente titolo la cui ammissione (amministrativa) allo stato passivo è stata (giudizialmente) disconosciuta, ma altresì il commissario liquidatore, posto che l'accoglimento del ricorso in primo grado incide sulla sua stessa determinazione in sede di formazione del passivo, sancendone dunque la soccombenza, *ergo* l'interesse al proporre appello. Per inciso, stante qualche incertezza in passato manifestata, si precisa che ai fini dell'impugnativa da parte del commissario liquidatore non occorre autorizzazione alcuna dell'Autorità amministrativa di vigilanza²⁰⁹.

Anche per il grado di appello si ripropone poi la questione dell'eccezione alla provvisoria esecutorietà della sentenza di epilogo, dovendosi derogare al combinato disposto di cui agli articoli 337 e 373 c.p.c., dato che l'art. 88, comma 3, del T.U. è chiaro nel subordinare al passaggio in giudicato l'esecutività delle

²⁰⁹ Autorizzazione che, secondo anche la più recente giurisprudenza, sarebbe richiesta unicamente nel caso si tratti di promuovere l'azione di responsabilità di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. e di compiere gli atti di straordinaria amministrazione corrispondenti a quelli contemplati dall'art. 35 l.f., nonché le attività necessarie per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, e non anche nel caso di proposizione di impugnazioni: Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 2008, n. 24908, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 1416. Nei medesimi termini anche: Cass. civ., sez. I, 3 marzo 1995, n. 2454, in *Fall.*, 1995, p. 1027.

sentenze pronunciate in *ogni* grado del giudizio di opposizione²¹⁰.

Da ultimo si vuole notare l'assenza di prescrizione alcuna in merito alla possibilità di contestare lo stato passivo formato dal commissario liquidatore, o eventualmente modificato dal giudice in opposizione, per motivi di *revocazione*, similmente a quanto dispone l'art. 98, ai commi 4 e 5, l.f., il quale ammette, straordinariamente, la possibilità che il provvedimento di accoglimento o di rigetto vengano revocati qualora, ormai decorsi i termini per proporre (qualunque tipo di) impugnazione, si scopra che il provvedimento medesimo sia stato determinato «da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile». Nella legge fallimentare viene dunque offerta la spendibilità di uno strumento a carattere eccezionale, volto a rilevare, ponendone rimedio, un vizio della volontà dell'organo che ha statuito «in via esecutiva» sullo stato passivo (nel fallimento, il giudice delegato, nella liquidazione coatta amministrativa, *in primis* il commissario liquidatore), così da consentire la riapertura del procedimento cognitorio di verifica nei casi previsti in via tassativa, in ossequio alla vincolatività della critica. Come già inteso, la previsione fallimentaristica risulta applicabile anche nella

²¹⁰ Per le critiche alla non giustificata scelta legislativa si rinvia quanto sopra scritto, *sub* § 3.3.9.

procedura concorsuale qui in esame sol che si guardi al rinvio operato all'art. 98 l.f., complessivamente inteso, dall'art. 209, comma 2, l.f. sulla disciplina della liquidazione coatta amministrativa in generale. Non pare dunque che il mancato richiamo esplicito alla previsione sia di ostacolo per consentire l'ingresso della revocazione anche nella liquidazione coatta bancaria, invocandosi all'uopo la generale valenza, anche nel contesto *de quo*, della legge fallimentare, sancita dalla norma di chiusura contenuta nell'ultimo comma dell'art. 80 del T.U. Senza voler qui disquisire in ordine alla portata dei motivi di revocazione fallimentare, nonché all'autonomia dalla stessa esplicita rispetto al corrispondente istituto di diritto comune, pare più opportuno soffermarsi sui profili attinenti alla legittimazione ad agire, rapportata all'oggetto dell'impugnazione, al rito e ai rapporti con la revocazione di cui all'art. 395 c.p.c.

Non sembra all'apparenza accettarsi innanzitutto una piana applicazione della previsione, qui rilevante, di cui all'art. 98 l.f. nella liquidazione coatta bancaria, per quel che in particolare concerne il novero dei soggetti legittimati attivi. Se infatti si accetta che la revocazione fallimentare, per quel gioco di rinvii suddetto, possa indirizzarsi anche avverso il provvedimento non giurisdizionale di definizione dello stato passivo da parte del commissario liquidatore – cui non potrebbe supplire la revocazione comune, giusta la previsione di cui all'art. 323 c.p.c., imponente quale

limite operativo la sottoposizione a revocazione delle sole sentenze – dovrebbe altresì dedursi l'impossibilità ad agire, contro la propria determinazione, del commissario stesso, la cui posizione non è qui assimilabile a quella del curatore fallimentare. Potranno invece far valere i tipici motivi di revocazione fallimentare i creditori, coloro che risultino titolari di diritti reali sui beni e sugli strumenti finanziari relativi a servizi di investimento in possesso della banca, nonché i clienti aventi diritto alle restituzioni dei medesimi strumenti. Invero, il problema precipuo, che vale a risolvere a monte anche la questione relativa alla cerchia di legittimati attivi e passivi, attiene al procedimento, con particolare riguardo all'individuazione dell'organo giudicante. Ora, da un lato, la domanda di revocazione secondo il codice di rito si propone avanti lo stesso giudice – da intendersi come stesso ufficio giudiziario – che ha pronunciato la sentenza impugnata, mentre, dall'altro, l'art. 99 l.f. – senza troppi scostamenti dalla regola ordinaria –, nel disciplinare un procedimento uniforme per qualunque tipologia di impugnazione proposta, comprende anche il giudizio di revocazione avverso il provvedimento del giudice delegato, il quale sarà dunque da incardinarsi presso il tribunale che decide in composizione collegiale. Trasponendo tale disciplina nell'ambiente concorsuale bancario, sembrerebbe allora che la decisione commissariale possa essere sindacata per revocazione «fallimentare» davanti al tribunale competente della procedura di liquidazione,

nel rispetto del procedimento disciplinato dall'art. 87 del T.U., dettante un paradigma procedimentale operante alla stregua del procedimento uniforme di cui all'art. 99 l.f. Ma, se è così, a differenza di quanto si ebbe ad affermare in materia di opposizione, non può escludersi una legittimazione ad agire del commissario liquidatore, avendo anch'esso interesse ad adeguare la situazione giuridica a quella fattuale sopravvenuta, non importando, qui, che il provvedimento impugnato sia di sua provenienza, dovendosi, in tale peculiare contesto, accettare una qual forma di deroga alle implicazioni scaturenti dall'esecutività dello stato passivo, ravvisabili *in primis* nell'intoccabilità di quest'ultimo ad opera del soggetto che lo ha formato, stante appunto la straordinarietà dello strumento *de quo*²¹¹. La discrasia rispetto alla disciplina fallimentare è dunque da ravvisarsi con riguardo ai soli legittimati passivi, in cui comparirà sempre, sia che venga impugnato il provvedimento di accoglimento che quello di rigetto, il commissario liquidatore, laddove invece il curatore diviene un mero «partecipante» del procedimento quando la revocazione sia proposta nei confronti di un concorrente la cui domanda sia stata accolta.

Con riferimento invece alla possibilità di impugnare per revocazione il provvedimento giudiziale del

²¹¹ In termini favorevoli: Trib. Grosseto, 22 marzo 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 756 (con nota di Oliva); Trib. Lecco, 18 settembre 1984, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 61.

tribunale, per quel che in particolare concerne la statuizione resa a seguito di domanda di insinuazione tardiva, sarebbe possibile interrogarsi sulla persistenza della valente operatività della revocazione fallimentare, dovendosi in alternativa propendere per l'eventuale impugnabilità della pronuncia per revocazione secondo il codice di rito, così distinguendo tra revocazione ordinaria e straordinaria, in ossequio al disposto di cui all'art. 395 c.p.c. Se in linea astratta non sembra esservi ostacolo alla concorrenza tra i due istituti – perlomeno fino alla chiusura della procedura di liquidazione –, lasciandosi aperta la questione sull'opportunità di quale sia meglio esperire, stante la parziale non sovrapponibilità dei presupposti (*rectius*, motivi), cionondimeno non può non ravvisarsi la superfluità di conservare due istituti simili quali rimedi rivolti a un medesimo obiettivo. In tal caso, la mancanza di un'espressa previsione e la prevalenza delle disposizioni del codice di rito sancita dallo stesso art. 88 del T.U. lascerebbero propendere per la sola esperibilità della revocazione comune avverso la sentenza del tribunale *ex* articoli 87 e 89 del T.U.²¹², sulla quale deciderà altro giudice dello stesso tribunale.

²¹² La stessa è peraltro la sola esperibile a seguito della chiusura della procedura, con il che sottintendendo che la revocazione fallimentare, per quanto l'art. 98 l.f. – a differenza dell'art. 102 l.f. ante novella – non ponga limiti temporali, rimanga esercitabile solo entro la procedura concorsuale nella quale la sua operatività è invocata.

Tesi di dottorato "La liquidazione coatta bancaria. Aspetti processuali tra diritto interno e comunitario"
di ARMELI BEATRICE

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

CAPITOLO VI

L'impugnabilità dei riparti e delle restituzioni

1. Gli adempimenti finali del commissario liquidatore - 2. Le contestazioni avverso la documentazione commissariale - 2.1 Il tempo entro cui presentare il ricorso - 2.2 I soggetti *interessati* a presentare contestazione - 2.3 L'oggetto del ricorso - 2.4 Il giudizio sulle contestazioni alla documentazione finale - 2.5 La sentenza di epilogo

1. Gli adempimenti finali del commissario liquidatore

La liquidazione coatta (anche) bancaria viene tradizionalmente qualificata come un procedimento amministrativo, i cui atti sono però sottratti al sindacato di mera legittimità davanti al tribunale amministrativo, per essere invece attribuiti al più puntuale controllo di merito del giudice ordinario¹. Rientra dunque pienamente in una delle previste fasi di ordinaria giurisdizione, oltre alle ipotesi fin qui analizzate, pure il momento terminale della procedura concorsuale, individuato dall'art. 92 del T.U., seppur in modo indefinito, negli adempimenti ultimi commissariali, che

¹ Trib. Milano, 30 giugno 1983, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, II, p. 517.

altro non rappresentano che il risultato di una contabilità sistematica, efficiente e affidabile, sulla quale l'assetto organizzativo della procedura liquidatoria si basa². Questi, nello specifico, si concretano nella redazione, e successiva sottoposizione all'Autorità di vigilanza, del bilancio finale di liquidazione, del rendiconto finanziario e del piano di riparto. Il primo rappresenta il documento nel quale confluiscono, da un lato, la rappresentazione dei risultati attivi e passivi della gestione e, dall'altro, lo stato patrimoniale della procedura, con la definizione della massa attiva e di quella passiva. Il secondo riguarda essenzialmente gli aspetti della gestione patrimoniale (qui in via esclusiva) attinenti all'impiego delle risorse finanziarie (già esistenti o ricavate dalla realizzazione dei cespiti) da destinarsi al soddisfacimento dei creditori. Da ultimo, il piano di riparto finale indica la destinazione dell'attivo residuo non ancora distribuito e delle somme accantonate, a fronte delle pretese in contenzioso e dei crediti sottoposti a condizione, anche per il caso in cui dette pretese siano riconosciute infondate o le somme non dovute agli ipotetici beneficiari³.

² V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, in G. Boccuzzi, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*. Milano, 1998, p. 324.

³ In tali termini sintetizza il contenuto della documentazione finale: L. Di Brina, *La chiusura della liquidazione*, in P. Ferro-Luzzi e G. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria*. Milano, Il, 1996, pp. 1517-1518.

La Banca d'Italia è quindi chiamata, una volta liquidato l'attivo, ma prima dell'ultimo riparto ai creditori o dell'ultima restituzione ai clienti, a valutare la documentazione presentatale, unitamente alla duplice relazione del commissario liquidatore e del comitato di sorveglianza, al fine di autorizzarne il deposito presso la cancelleria del tribunale funzionalmente competente, che, come al solito, sarà quello del luogo dove la banca ha la sede legale. L'atto autorizzativo, che si sostanzia non solo in un controllo di regolarità circa la sussistenza dei requisiti giuridici – e quindi con riguardo alla correttezza dell'impostazione tecnica e alla veridicità dei dati presentati, sempre nei limiti di una verifica *ab externo* –, traducendosi altresì in un assenso (discrezionale) sull'opportunità in merito alla chiusura della procedura⁴, costituisce un adempimento sì condizionante – ritenendosi comunque assolto anche con la semplice apposizione di un visto –, ma non integrativo della documentazione da presentare in cancelleria. Cionondimeno, appare opportuno farne menzione nella nota di deposito, nonché nel relativo avviso da pubblicarsi in Gazzetta Ufficiale. In particolare, si ritiene che l'autorizzazione governativa al deposito chiuda la fase pregiudiziale del sub-procedimento relativo alle formalità conclusive e, contestualmente, apra la fase contenziosa, seppur eventuale, subordinata alla presentazione di

⁴ V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 326; C. Bavetta, *La liquidazione coatta amministrativa*. Milano, 1974, p. 253.

contestazioni da parte di soggetti in qualche modo pregiudicabili in sede di distribuzione finale⁵. Nonostante non sia fissato alcune termine, è da reputarsi che la notizia dell'avvenuto deposito sia da pubblicizzarsi, quantomeno, tempestivamente, posto che è da tale momento che decorre *ex lege* il termine per presentare ricorso, fermo restando che, sempre per legge, la Banca d'Italia ha facoltà di stabilire forme integrative di pubblicità. A riguardo è da notarsi come l'art. 92 del T.U. non richiami affatto le modalità indicate dall'art. 86 che lo precede, per il deposito, e la conseguente pubblicazione, dello stato passivo. Eppure la divulgazione del piano di riparto sembra presentare proprio le medesime esigenze di tutela riconosciute, in detta sede, ai creditori chirografari. Da qui il quesito se il documento in questione debba riferirsi ai soli elenchi dei creditori prelazionari e dei titolari di diritti reali o di restituzione. La soluzione positiva trova in effetti conferma nel richiamo compiuto, dallo stesso art. 92 in commento, al comma 5 dell'art. 87 del T.U., in virtù del quale il giudice, che abbia a conoscere delle contestazioni (vertenti anche) sulla documentazione finale della liquidazione coatta bancaria, può richiedere al commissario liquidatore l'esibizione di un mero estratto dell'elenco dei creditori chirografari, il quale non si renderebbe affatto necessario se, nel piano di riparto finale, tale elenco fosse già analiticamente

⁵ L. Desiderio, *Commento all'art. 92*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio *et al.* Milano, 2010, *sub* § 1.

documentato. Pertanto, nel piano in esame si indicheranno le somme spettanti ai depositanti solo con dati aggregati, così assicurando le ribadite esigenze di riservatezza⁶.

2. Le contestazioni avverso la documentazione commissariale

Con scostamento formale rispetto alla corrispondente previsione contenuta nell'art. 213 l.f., il comma 3 dell'art. 92 del T.U. stabilisce che entro il termine, da qualificarsi perentorio – così come esplicita (invero) la disciplina generale –, di venti giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'avviso di avvenuto deposito della documentazione commissariale finale⁷, ogni interessato – non distinguendosi all'uopo alcuna specifica categoria – può proporre le proprie contestazioni, sul materiale depositato, con ricorso al tribunale della procedura. Pertanto, con un'unica previsione, si raggruppano differenti momenti contenziosi che nel procedimento fallimentare sono invece tenuti distinti, ponendosi infatti, da un lato, la reclamabilità del piano di riparto finale, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 117, comma 1, e 110,

⁶ R. Cercone, *Commento all'art. 92*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, II, 2012, p. 1117.

⁷ Termine da ritenersi immutabile anche dinnanzi a forme diverse di pubblicità integrativa legittimamente disposte dalla Banca d'Italia: F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa. In generale, delle assicurazioni e delle banche*. Milano, 1998, p. 636.

comma 3, l.f. e, dall'altro, la contestabilità del rendiconto in virtù dell'art. 116, comma 2, l.f. La scelta compiuta dal Testo Unico, tutt'altro che criticabile, pare risultare peraltro coerente con la circostanza per la quale la pendenza delle contestazioni previste, a prescindere da quale ne sia il documento in oggetto, non è in *alcun caso* in grado di pregiudicare l'attuazione del riparto finale e neppure, conseguentemente, la chiusura stessa del procedimento.

2.1 Il tempo entro cui presentare il ricorso

Innanzitutto appare impropria, per non dire illegittima, la decorrenza del termine per impugnare che è prevista, indistintamente per qualsiasi interessato, dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'avviso di deposito in cancelleria. Tant'è che, con riguardo alla formulazione dell'art. 213 l.f. previgente, in tutto analoga, è stata data sentenza di incostituzionalità, con specifico riferimento alla parte in cui faceva decorrere, nei confronti dei «creditori ammessi», il termine perentorio di venti giorni per proporre le contestazioni avverso il piano di riparto, totale o parziale, dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della notizia dell'avvenuto deposito del medesimo in cancelleria, anziché dalla relativa comunicazione effettuata a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento ovvero di altra modalità prevista dalla legge⁸. Allora, alla luce di tale pronuncia

⁸ Corte cost., 14 aprile 2006, n. 154, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1118.

correttiva, nonché conformemente al combinato disposto di cui agli articoli 86, comma 8, e 87, comma 1, del T.U., in tema di decorrenza del termine per presentare opposizione allo stato passivo, la previsione di cui all'art. 92, comma 3, in commento deve obbligatoriamente rileggersi nel senso che il termine perentorio di venti giorni di decadenza dall'azione inizierà a conteggiarsi, per i soggetti ammessi allo stato passivo che si dimostrino interessati - per qualunque ragione - a contestare il piano di riparto formato dal commissario liquidatore, dalla data di ricezione della raccomandata con cui lo stesso commissario avrà anticipatamente provveduto a dare ai medesimi notizia del deposito del piano, unitamente agli altri documenti rilevanti. Anche se, giusta la previsione del nuovissimo art. 31-*bis* l.f., introdotto - in contemporanea al tempo in cui si scrive - dal c.d. decreto Sviluppo 2012 *bis* (decreto legge 5 ottobre 2012, n. 179, recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese") in materia di comunicazioni del curatore, converrebbe prendere atto, pure nella sede che qui occupa, della spinta evolutiva contrassegnante le modalità di comunicazione tra gli organi della procedura e i soggetti interessati. In base alla disposizione fallimentare di nuovo conio, infatti, come regola generale, «le comunicazioni ai creditori e ai titolari di diritti sui beni che la legge o il giudice delegato pone a carico del curatore sono effettuate all'indirizzo di posta elettronica certificata da loro indicato nei casi previsti dalla legge». Solo nei casi di

omessa indicazione o mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario, è prevista, quale unica modalità, la comunicazione tramite deposito in cancelleria. Ciò che invero osta alla trasposizione acritica della previsione fallimentaristica nella procedura *de qua* è il fatto che qui, a differenza del fallimento, a parte i momenti in cui la legge acconsente al creditore pretermesso la presentazione di una domanda di insinuazione al passivo, rivolta, in via tempestiva, al commissario liquidatore o, tardivamente, al tribunale in composizione collegiale, è assente un giudizio di accertamento dello stato passivo promosso dall'iniziativa di parte - alla stregua dell'art. 93 l.f. -, per cui ben vi possono essere creditori o titolari di altri diritti ammessi allo stato passivo, senza che i medesimi si siano in alcun modo attivati e, dunque, senza, che a loro stessi sia data la possibilità di attuare, nei propri confronti, forme diverse e più celeri di comunicazione. Possibilità invece accordata ai creditori del fallito insinuatisi al passivo tramite domanda giudiziale, contenente, quale requisito di forma, ora, anche l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata. Ne deriva quindi, ai fini presenti, che la raccomandata da indirizzarsi ai soggetti ammessi al passivo rimane ancora il mezzo comunicativo più certo. Mentre invece per ogni altro interessato diverso dai predetti (soci bancari compresi), il suddetto termine di venti giorni continuerà a decorrere, così come *expressis*

verbis previsto, dal giorno di pubblicazione dell'avviso di deposito in Gazzetta Ufficiale, nonostante dia poche garanzie circa l'effettiva conoscibilità da parte dei destinatari a cui intende precipuamente rivolgersi.

2.2 I soggetti *interessati* a presentare contestazione

Un simile *distinguo* pubblicitario consente peraltro di stilare il novero dei soggetti potenzialmente interessati (*rectius*, legittimati) alla proposizione delle contestazioni *de quibus*, la cui posizione è declinabile solamente in via interpretativa, posto che l'attuale formulazione normativa fa generico e fumoso riferimento ai soggetti, appunto, «interessati», ove invece il previgente art. 82 della vecchia legge bancaria, più esplicitamente, richiamava i creditori ammessi che non avessero ricevuto i riparti di propria competenza, nonché i titolari di crediti maturati durante la procedura e parimenti insoddisfatti. Chiaramente, dunque, l'occasione processuale potrà essere sfruttata, *in primis*, dai creditori definitivamente insinuati al passivo, asseritamente danneggiati dalle modalità del riparto, che lamentino l'omissione, totale o (anche solo) parziale, evincibile dal piano, di attribuzione di somme ad essi spettanti sulla base dello stato passivo esecutivo, ovvero l'alterazione dell'ordine dei privilegi di cui i medesimi risultino titolari. Ma non solo. Infatti, anche i soggetti vantanti crediti verso la massa, in quanto sorti in costanza di procedura, possono proporre contestazione *ex art. 92, comma 3, del T.U.*, qualora, ad esempio, sia

stato negato il loro soddisfacimento in prededuzione. In proposito si fa per giunta notare che, per tale categoria di creditori, l'impugnazione della documentazione finale sarebbe pure l'unico rimedio possibile avverso le inadempienze della procedura⁹, non rinvenendosi infatti spazi diversi e ulteriori di contraddittorio. Ancora, la legittimazione al ricorso giurisdizionale deve essere riconosciuta ai creditori, o asseriti tali (e lo stesso è sempre a dirsi anche per i titolari di diritti diversi), i cui diritti siano sottoposti a condizione ovvero in corso di accertamento, nonché a quei soggetti il cui diritto potrebbe eventualmente sorgere a seguito dell'esperimento vittorioso di azioni revocatorie. In tal caso, la contestazione non potrà che attenersi all'entità degli accantonamenti all'uopo predisposti. Infine, si riconosce l'interesse a ricorrere anche dei soci della banca in liquidazione, se non (come in realtà dovrebbe essere) in quanto tali, (sicuramente) in quanto aventi diritto al residuo di liquidazione e, al contempo, gravati dell'obbligo di tacitazione dei crediti rimasti insoddisfatti nei limiti delle quote di attivo eventualmente apprese¹⁰, nonché l'interesse ad agire di

⁹ L. Di Brina, *La chiusura della liquidazione*, cit., p. 1520.

¹⁰ L. Desiderio, *Commento all'art. 92*, cit., § 1. Si ricorda in proposito la previsione di cui all'attuale art. 2495 c.c., ai sensi del quale, ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione, i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione. Ma non solo. Infatti, le medesime pretese possono essere fatte valere anche nei confronti

eventuali ulteriori soggetti, sempre in quanto e nella misura in cui i medesimi risultino – in aggiunta o alternativa ai primi – destinatari dell'avanzo di liquidazione, in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie.

2.3 L'oggetto del ricorso

Dalla rassegna “soggettiva” riportata si possono già cogliere, abbastanza agevolmente, i contorni del *petitum* da esplicitarsi nel ricorso, il quale, infatti, non può che riferirsi esclusivamente all'accertamento delle risultanze della documentazione finale e quindi, in sostanza, alla collocazione dei crediti propri o altrui – se privilegiati o in prededuzione¹¹ – risultante dal piano ultimo di riparto. Per contro sarà assolutamente precluso, in codesta sede, attivare la cognizione giudiziale in merito all'ammissione o alla collocazione dei crediti nello stato passivo, già peraltro divenuto esecutivo¹², nonché, a

dei liquidatori qualora il mancato pagamento sia dipeso da colpa di questi.

¹¹ Ritiene in particolare possibile la contestazione di posizioni altrui – da intendersi però sempre nella misura in cui dal collocamento del credito di terzi possa derivare pregiudizio per il soggetto ricorrente –: S. Bonfatti, *Commento all'art. 92*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli *et al.* Bologna, 2003, p. 1586.

¹² Cfr. Cass. civ., sez. I, 19 aprile 2001, n. 5769, in *Fall.*, 2001, p. 1024, secondo cui le contestazioni concernenti l'esistenza, entità e qualità dei crediti ammessi, in una procedura di liquidazione coatta amministrativa, sono proponibili soltanto con l'impugnazione dello stato passivo, ai sensi dell'art. 100 l.f., che l'art. 209 stessa legge richiama, e non anche con l'opposizione al piano di riparto, ai sensi

fortiori, instaurare liti sull'ammissione di nuovi crediti¹³ o di importi più elevati rispetto alle pretese già ammesse. In altri termini, l'impugnazione deve avere una stretta attinenza alla documentazione finale, non potendo invece tradursi in un attacco, anche solo indiretto, alla definitività dello stato passivo, riscontrabile qualora le contestazioni investano, non già l'ordine e il modo di distribuzione dell'attivo, bensì il diritto o meno a partecipare al riparto¹⁴. Da notarsi, comunque, come l'oggetto delle contestazioni non dovrebbe affatto ritenersi limitato al solo piano di riparto finale, potendo il medesimo estendersi pure ai piani *parziali* di cui all'art. 91 del T.U., in quanto anche questi ultimi consistono in attribuzioni definitive e irretrattabili. La disciplina prevista dall'art. 92, comma 3, è pertanto da considerarsi comprensiva di ogni ipotesi di riparto tra i creditori¹⁵. La differenza sta nel fatto che con l'impugnazione del riparto finale si

del successivo art. 213, con cui le contestazioni ammissibili sono limitate all'ordine di distribuzione delle somme. Più recentemente, sempre con riguardo alla disciplina generale sulla liquidazione coatta amministrativa, nel medesimo senso: App. Milano, 6 luglio 2011, inedita.

¹³ L. Desiderio, *Commento all'art. 92*, cit., § 1.

¹⁴ O. Capolino, *Commento all'art. 82 l.b.*, in AA.VV., *Codice commentato della banca*. Milano, I, 1990, p. 1011.

¹⁵ Trib. Milano, 12 giugno 2006, in *Guida al diritto*, 2006, 42, p. 60, seppur con specifico riferimento alla disciplina di cui all'art. 213 l.f. I termini della questione, tuttavia, non mutano. In ogni caso, alla medesima soluzione si è dimostrata favorevole anche la dottrina: S. Bonfatti, *Commento all'art. 91*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli et al. Bologna, 2003, p. 1576; F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 633.

contestano le distribuzioni e le restituzioni in esso *programmate*, mentre invece con quella dei riparti parziali a divenire oggetto di cognizione sono le distribuzioni e le restituzioni già *eseguite*¹⁶. Inoltre, seppur il piano di riparto finale risulti essere probalisticamente il più contestabile, ben possono essere suscettibili di revisione, in quanto parte della documentazione finale depositata, anche il bilancio e il rendiconto finanziario. Di talché, divengono ammissibili le contestazioni concernenti la legittimità o il merito di atti gestori degli organi della procedura, ove naturalmente di essi sia data specifica rappresentazione nei documenti impugnati. Dunque, non può accettarsi una critica generica all'attività commissariale compiuta e, al contempo, è indispensabile, ai fini dell'ammissibilità stessa del ricorso, che dette contestazioni mirino direttamente ed esclusivamente a una modifica del piano di riparto e non già a una dichiarazione di responsabilità del commissario per l'operato svolto¹⁷.

¹⁶ Lo sottende, ammettendo l'impugnabilità anche dei riparti parziali: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 326.

¹⁷ Si cita ancora, L. Di Brina, *La chiusura della liquidazione*, cit., p. 1521.

2.4 Il giudizio sulle contestazioni alla documentazione finale

Il procedimento previsto per la definizione delle contestazioni sollevate è il medesimo dettato per l'impugnazione dello stato passivo¹⁸, compreso pure il regime dei gravami, stante l'espresso richiamo agli articoli 87, commi da 2 a 5, e 88 del T.U. Trattasi dunque di giudizio di natura cognitoria, svolto dal giudice istruttore nominato dal presidente del tribunale, il quale provvederà, a istruttoria compiuta, alla rimessione delle molteplici cause, di regola unitariamente trattate, alla decisione congiunta da parte del collegio. Null'altro, in merito al procedimento, viene specificato, dovendosi quindi colmare il *vacuum* normativo – anche qui come nel giudizio di opposizione allo stato passivo – con un rinvio generale alle disposizioni codicistiche dettate in tema di rito processuale ordinario. Anche se, in tale sede, rispetto al giudizio sul quale la disciplina *de qua* si ricalca, appare ancora più inappropriato lo schema tipico del processo di cognizione di primo grado previsto dal libro secondo del codice di procedura civile. Le esigenze di snellezza e celerità, infatti, qui risultano impellenti, non trovandosi neppure spazio per (anche solo immaginare) accertamenti incidentali in merito a profili attinenti all'esistenza del diritto di credito, reale o di restituzione, da reputarsi già esauriti in sede di opposizione allo stato passivo, e, comunque,

¹⁸ In passato, invece, era dubbia l'applicabilità del rito ordinario del processo di cognizione.

preclusi nel procedimento di liquidazione, quando non per decorrenza dei termini *ex art. 87 del T.U.*, sicuramente per il divieto di azioni *ex art. 83 dello stesso Testo Unico*. Neppure potrebbe ipotizzarsi la necessità di sospendere il giudizio in questione, dilatandone così la tempistica, qualora, alla stregua di quanto sostenuto nel giudizio fallimentare sul rendiconto del curatore, si voglia far propria l'impostazione per la quale il giudizio stesso possa avere ad oggetto anche il merito della gestione commissariale, implicante l'accertamento pregiudiziale del dovuto esercizio di azioni revocatorie o di responsabilità nei confronti degli *ex-esponenti* aziendali, chiaramente in presenza dei rispettivi presupposti¹⁹. L'art. 92 del T.U. non sembra infatti consentire una tale eventualità, laddove, al comma 1, parli testualmente di rendiconto «finanziario», così limitando di gran lunga l'oggetto delle contestazioni che non potranno attenersi ad atti gestori di natura diversa.

La corrispondente previsione fallimentare, contenuta in particolare nel comma terzo dell'art. 213, prevede invece uno scenario diverso, lasciando quindi emergere, soprattutto a seguito dell'intervento riformatore del 2006, notevoli differenze sotto più di un aspetto²⁰, ma, al

¹⁹ Con riguardo alla procedura fallimentare, sostiene tale tesi: A. Bonsignori, *La liquidazione dell'attivo e il riparto*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. Ragusa-Maggiore, C. Costa. Torino, III, 1997, p. 554.

²⁰ Problemi di coordinamento con la disciplina fallimentare si ponevano già con riguardo al testo contenuto nell'art. 82 della vecchia legge bancaria. Per una sintetica individuazione delle

contempo, offrendo spunti per meglio intendere anche la disposizione *de qua*. È infatti previsto che le contestazioni debbano essere comunicate, a cura del cancelliere, all’Autorità di vigilanza, al commissario e al comitato di sorveglianza, affinché questi, nei venti giorni successivi, possano a loro volta, presentare le proprie osservazioni. L’art. 213 l.f., pur ignorando di dare avviso al soggetto passivo della procedura²¹ – perciò estromesso, di fatto, dal novero dei controinteressati – introduce quindi un momento processuale di rilevante portata, in quanto disciplina espressamente le modalità esplicative del contraddittorio tra le parti. Momento che, invece, omette di prevedere, con apposite norme, l’art. 87 del T.U. in codesta sede richiamato. È naturale che pure nel giudizio instaurato per risolvere le contestazioni in merito agli adempimenti commissariali finali un contraddittorio con la parte resistente sia indefettibile. Tuttavia, il valore aggiunto offerto dalla previsione fallimentaristica, di cui è formalmente priva la normativa di settore, è ben rinvenibile nella indubbia ricomprensione, tra i soggetti resistenti, oltre al commissario liquidatore, anche dell’Autorità di vigilanza – nella specie sarebbe la Banca d’Italia – la

questioni interpretative più rilevanti: O. Capolino, *Commento all’art. 82 l.f.*, cit., p. 1034.

²¹ Diversamente, nella procedura fallimentare, l’art. 116 l.f. stabilisce che dell’avvenuto deposito debba essere dato avviso anche al fallito, al fine di consentire pure a costui di presentare le proprie osservazioni e/o contestazioni.

quale, infatti, è chiamata ad autorizzare, con una valutazione – come visto – sia di forma che di sostanza, il deposito della documentazione finale impugnata, nonché del comitato di sorveglianza, la cui relazione, al pari di quella commissariale, correda il piano, il bilancio e il rendiconto ed è oggetto, come questi, di deposito in cancelleria²².

Sembrano dunque ravvisarsi gli estremi affinché la prevista possibilità di replica alle contestazioni proposte, da parte di tutti gli organi della procedura coinvolti, non venga affatto meno nel *sub*-procedimento giudiziale occasionato in virtù dell'art. 92, comma 3, del T.U. La disposizione generale di cui all'art. 213 l.f. non altera affatto gli equilibri costruiti nel procedimento di opposizione allo stato passivo, il cui rito qui si impone, servendo piuttosto ad integrarne la disciplina più che lacunosa. Mentre invece resterà lettera morta, dettando sul punto disposizioni incompatibili con la normativa di settore, con riguardo allo svolgersi del processo in

²² Lo scopo della comunicazione *ex lege* prevista ai suddetti soggetti, specificatamente identificato nell'offrire ai medesimi la pari possibilità di presentare le loro osservazioni, mi pare infatti possa deporre a favore dell'individuazione di una legittimazione passiva di tutti gli organi menzionati e non del solo commissario liquidatore, il quale, non pare essere tenuto a redigere alcuna memoria difensiva – così elevando la propria posizione, rispetto alle altre, a quella di soggetto resistente –, ma solo, si ripete, al pari dell'Autorità di vigilanza e del comitato di sorveglianza, a presentare le osservazioni che si rendessero opportune. Ritieni invece che la legittimazione passiva competa al solo commissario: V. Giorgi, *Commento all'art. 213*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, IV, 2010, p. 1099.

ossequio alle prescrizioni di cui all'art. 26 l.f., il quale, come noto, disciplina il giudizio di reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato - anche se per nulla si comprende il motivo per cui il richiamo, anziché all'art. 26, non vada all'art. 36 l.f., prescrivente il reclamo contro gli atti del curatore e, infatti, rievocato anche dall'art. 110 l.f. per le contestazioni avverso il progetto di riparto redatto nel fallimento, sia parziale che finale (*ex art. 117 l.f. che rinvia al precedente*)²³ -. Giudizio, comunque, che, a differenza di quello in commento, si conclude con decreto motivato, con effetti meramente endoprocedimentali. Diversamente, giusta la previsione dell'art. 87, comma 4, del T.U., il provvedimento giudiziale risolutivo delle contestazioni avrà forma di sentenza, dotata, quindi, di contenuto suscettibile di passare in giudicato con efficacia esterna, incontestabile pure a procedura conclusa. Del resto, ciò viene confermato dal comma quarto dell'art. 92 del T.U.

²³ Infatti, in ossequio alla disciplina fallimentare, oggetto di reclamo è solo il progetto di riparto redatto dal curatore e non anche il decreto del giudice delegato che lo rende esecutivo. Per quel che concerne invece i piani di riparto nella liquidazione coatta bancaria, si è già avuto modo di rilevare l'assenza di alcuna disposizione in merito all'esecutività degli stessi. Se, da un lato, dunque, deve ritenersi non necessaria una specifica pronuncia di esecutività, in quanto caratteristica intrinsecamente radicata nell'autoritatività del provvedimento commissariale dispositivo del riparto, dall'altro lato, si è ritenuto di concludere nel senso che le operazioni di distribuzione siano da fondare direttamente sugli elenchi dello stato passivo, già indicanti le somme riconosciute a ciascuno, i diritti di prelazione e l'ordine dei creditori stessi, e non quindi nel predetto piano, mera specificazione operativa dello stato passivo: cap. V, § 2.2, nota 49.

in commento, in ossequio al quale i riparti e le restituzioni finali possono intervenire solamente qualora sia decorso il termine di venti giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale senza che siano state proposte contestazioni – non prevedendosi a riguardo neppure un’udienza di approvazione della documentazione²⁴ –, ovvero nel caso in cui queste ultime siano state definite con sentenza passata in giudicato. Da tale disposizione si fa altresì discendere il corollario per il quale l’esecuzione dei riparti e delle restituzioni resterà *sospesa* sino alla definizione stessa delle contestazioni²⁵, suscitando così la questione se tale sospensione operi di diritto, oppure consegua a un apposito provvedimento giudiziale sollecitato dall’istanza di parte. Invero, come già ad inizio paragrafo principale avvertito, proprio la medesima disposizione citata indurrebbe ad adottare una soluzione opposta, riconoscendo la facoltà dell’organo liquidatore a procedere ugualmente all’ultimo riparto e a provvedere all’ultima restituzione, pur in pendenza di contenzioso, purché nel rispetto delle disposizioni sull’esecuzione dei riparti parziali. Infatti, lo stesso comma 4 dell’art. 92 del T.U., nonostante evidenzi una chiara contraddittorietà intrinseca, subordina sì i riparti e le restituzioni finali alla definizione (addirittura con

²⁴ Al contrario, nel fallimento, l’ultimo comma dell’art. 116 l.f., stabilisce che qualora non dovessero insorgere contestazioni sul rendiconto del curatore depositato in cancelleria, il giudice delegato, in apposita udienza, approva il conto con decreto.

²⁵ F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 637.

passaggio in giudicato) delle contestazioni proposte, ma lo fa «in conformità di quanto previsto dall'art. 91», in tema di riparti e restituzioni parziali. Quest'ultimo, in particolare, ai commi 5 e 6, dispone, quale regola generale, che i riparti e le restituzioni non devono in alcun modo pregiudicare la possibilità della definitiva assegnazione delle quote e dei beni spettanti a tutti gli aventi diritto. A tal fine, quindi, il commissario liquidatore provvederà ad accantonare le somme e gli strumenti finanziari corrispondenti alle pretese dei creditori e degli altri titolari *sub iudice*, che saranno poi, rispettivamente, distribuite e restituite nel caso di riconoscimento del diritto, ovvero, in caso contrario, liberati a favore degli altri creditori concorsuali. Infatti, ciò che differenzia la liquidazione coatta bancaria dalla disciplina generale della legge fallimentare è proprio la possibilità di procedere agli adempimenti finali e all'estinzione dell'ente quando ancora non sono definiti tutti i rapporti attivi e passivi²⁶. Ne consegue, pertanto, che è la disciplina sugli accantonamenti, in luogo dell'ipotizzata sospensione, a trovare spazio applicativo, (pure) in caso di contestazioni al piano di riparto finale²⁷. Piuttosto, in aderenza al dettato normativo di cui all'art. 92, comma 4, del T.U., alla liberazione degli

²⁶ V. Giorgi, *Commento all'art. 213*, cit., p. 1102.

²⁷ Con riferimento, invero, ancora al contenzioso sullo stato passivo: R. Cercone, *Commento all'art. 92*, cit., pp. 1114-1115, il quale, per giunta, sottolinea che, così come previsto per i riparti parziali, anche con riguardo a quello finale, deve riconoscersi all'organo liquidatore la facoltà di sostituire gli accantonamenti con idonee garanzie di soggetti ad alta solvibilità.

accantonamenti si potrà procedere soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza che ha definito le contestazioni per le quali gli accantonamenti stessi erano stati disposti.

2.5 La sentenza di epilogo

Ove il giudizio sulle contestazioni sia definito con l'accoglimento del ricorso, secondo il pensiero più recente, si ritiene che sia il commissario liquidatore a provvedere *iussu iudicis* alle opportune variazioni del piano di riparto ed, eventualmente, del rendiconto finale²⁸. Invero, la giurisprudenza pare lasciare margini per una conclusione diversa, nella misura in cui afferma, seppur in tema di liquidazione coatta amministrativa in generale, che il piano di riparto modificato o integrato dal presidente della sezione fallimenti del tribunale, lungi dal costituire un piano nuovo che sostituisca l'originario piano di riparto elaborato dal commissario liquidatore, costituisce il provvedimento terminale della procedura per la ripartizione degli oneri, sempre che le modifiche o le integrazioni siano la diretta conseguenza delle osservazioni o delle contestazioni sollevate. Tale principio, inoltre, conserverebbe la sua validità anche qualora, a seguito delle modifiche o delle integrazioni, la posizione di alcuni risulti aggravata rispetto alla situazione originariamente prevista dal commissario

²⁸ L. Desiderio, *Commento all'art. 92, cit.*, § 1; V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa, cit.*, p. 327.

liquidatore²⁹. La diversa soluzione, fatta propria dai giudici di legittimità, pare da preferire. Del resto, la stessa ben si pone in perfetta coerenza con la conclusione cui si è giunti – anche per induzione di legge – con riguardo all’epilogo del giudizio di opposizione allo stato passivo e di accertamento giudiziale delle domande di insinuazione tardive. Anche in tal caso, infatti, si è sostenuta la facoltà dell’organo giudicante ad apportare le necessarie modifiche allo stato passivo redatto, in fase amministrativa, dal commissario liquidatore, così rivelando un’efficacia non solo dichiarativa, ma altresì costitutiva della sentenza di chiusura³⁰. Appare dunque scemare l’incomunicabilità tra operato amministrativo e revisione giurisdizionale ordinaria. Appare, si dice, poiché è doveroso osservare come il controllo del giudice investa non già il merito dell’attività commissariale adempiuta – per quanto questo sia inevitabilmente *giudicato*, infatti, il tribunale non potrà ritenere i risultati conseguiti dalla politica commissariale economicamente inopportuni –, quanto la spettanza al riparto sulla base delle risultanze dello stato passivo o di una pregressa pronuncia giudiziale. Il confine con il giudizio di responsabilità nei riguardi dell’organo commissariale diviene dunque assai labile, pur mantenendo quest’ultimo, convenientemente, una

²⁹ Cass. civ., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14900, in *Foro it.*, 2000, voce *Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord.* [3980], n. 71.

³⁰ Si veda cap. V, § 3.3.8.

propria autonomia, tanto che la sussistenza di contestazioni, specie in merito al bilancio finale e al rendiconto finanziario, ancorché ritenute fondate, non implicano in via automatica un obbligo risarcitorio a carico del commissario, dando semmai – semplicemente – il pretesto per la proposizione di un'azione di responsabilità. Anche se, sembrerebbe, che il preventivo atto autorizzativo da parte della Banca d'Italia tuteli, e non poco, la posizione dell'organo liquidatore.

Tesi di dottorato "La liquidazione coatta bancaria. Aspetti processuali tra diritto interno e comunitario"
di ARMELI BEATRICE

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

CAPITOLO VII

La chiusura della procedura e i giudizi in corso: gli effetti reciproci

1. Il momento conclusivo della liquidazione coatta bancaria - 1.1 La regolamentazione dei giudizi pendenti - 2. La *perpetuatio legitimationis* del commissario liquidatore - 2.1 Spiegazione del fenomeno successorio - 2.2 L'estromissione nei giudizi relativi a rapporti oggetto di cessione - 2.3 Il trasferimento delle «azioni civili» - 2.3.1 La cessione delle azioni revocatorie - 2.3.2 La cessione delle azioni di responsabilità - 2.3.3 La cessione dell'azione di accertamento dello stato d'insolvenza

1. Il momento conclusivo della liquidazione coatta bancaria

Nella disciplina sulla liquidazione coatta amministrativa, anche bancaria, non sono indicate ipotesi specifiche di chiusura della procedura, né, tantomeno, è previsto un ricognitivo provvedimento terminale¹. Le uniche norme che ne sottintendono la conclusione sono quelle relative agli adempimenti finali, culminanti nell'ultimo riparto, e al concordato di liquidazione.

¹ Così, già: Trib. Roma, 19 dicembre 1984, in *Giur. merito*, 1985, p. 533 (con nota di Di Gravio).

Alla luce della finalità estintiva tradizionalmente riconosciuta alla procedura in esame, appare comunque possibile rinvenire, proprio tra le righe dell'art. 92 del T.U., la previsione deputata, seppur implicitamente, a sancire il momento di formale cessazione della liquidazione coatta della banca. È in particolare il comma 6 del predetto articolo a richiamare *in toto* l'applicazione delle disposizioni dettate dal codice civile in materia di liquidazione delle società di capitali, specificatamente relative alla cancellazione della società e al deposito dei libri sociali. Il rinvio, pertanto, non può che essere alle disposizioni di cui agli articoli 2495 e 2496 c.c. Da ciò consegue che, ultimata la distribuzione dell'attivo e depositati – qui nei modi stabiliti dall'Autorità di vigilanza ai sensi del comma 5 del medesimo art. 92 – le somme e gli strumenti che non possono essere distribuiti², i liquidatori sono tenuti, come obbligo di legge, a depositare i libri della società presso l'ufficio del registro delle imprese, affinché siano conservati per dieci anni e chiunque, anticipando le spese, possa esaminarli³. Inoltre, una volta approvato il bilancio di liquidazione – da tradursi nella specie come: una volta ottenuta l'autorizzazione da parte della Banca d'Italia per il deposito del medesimo (unitamente al

² Trattasi in particolare di beni riferiti a crediti in contenzioso, ammessi sotto condizione sospensiva, oppure relativi a titolari irreperibili o anche solo che non si sono presentati per la riscossione.

³ Il riferimento è ai libri sociali obbligatori ai sensi dell'art. 2421 c.c., nonché ai libri e alle altre scritture contabili prescritti nell'art. 2214 c.c.

rendiconto e al piano di riparto) nella cancelleria del tribunale competente – i medesimi liquidatori provvedono a richiedere, in adempimento del proprio dovere di diligenza, la cancellazione della società dal registro delle imprese, non oltre il tempo ragionevolmente necessario per la redazione e la documentazione della relativa istanza⁴. Il deposito dei libri sociali segna quindi formalmente la fine degli ultimi adempimenti e, con la contestuale cancellazione dell'impresa bancaria dal relativo registro – nonché, qui si aggiunge, dall'albo al quale risulta iscritta –, della stessa procedura liquidatoria⁵. Il conservatore del registro delle imprese procederà pertanto all'iscrizione con atto amministrativo, senza bisogno di alcun provvedimento giurisdizionale, previo accertamento della sussistenza dei presupposti formali della cancellazione, opponendo rifiuto – impugnabile con ricorso al giudice del registro delle imprese⁶ – solo nel caso di omissione di formalità essenziali del

⁴ M. Porzio, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale. Torino, 2007, p. 84.

⁵ Nel senso che la cancellazione della società dal registro delle imprese determina la chiusura formale della procedura, anche: L. Desiderio, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*. Milano, 1981, p. 398.

⁶ F. Dimundo, *Sub art. 2495*, in AA.VV., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, in G. Lo Cascio, *La riforma del diritto societario*. Milano, IX, 2003, p. 208.

procedimento ovvero nell'ipotesi di mancato deposito dei libri sociali⁷.

Il richiamo alle norme civilistiche conferma dunque, inequivocabilmente, il risultato ultimo a cui la procedura in esame è preordinata, che ben coincide con l'*estinzione* irreversibile dell'ente⁸. In particolare proprio tale irreversibilità esclude categoricamente una riapertura della liquidazione, finanche in caso di sopravvenienze attive o passive⁹. Mentre una

⁷ M. Pollio, *Gli adempimenti ulteriori per la chiusura della liquidazione*, in S. Bartolomucci, L. Mandrioli, M. Pollio, G. Viotti, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*. Milano, 2004, p. 204.

⁸ Che infatti l'iscrizione della cancellazione della società nel registro delle imprese abbia efficacia costitutiva e comporti l'estinzione della società stessa, restando peraltro irrilevante l'eventuale esistenza di rapporti giuridici ancora pendenti, rappresenta oggi un caposaldo che trova fondamento in un orientamento dottrinale pacifico e consolidato, da ultimo confermato anche a sezioni unite dalla Suprema Corte (Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4060, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1499). Non si può pertanto concordare con il pensiero espresso da: R. Costi, *L'ordinamento bancario*. Bologna, 2007, p. 830, per il quale l'estinzione dell'impresa sarebbe una conseguenza sì normale, ma non necessaria della procedura liquidatoria.

⁹ L. Desiderio, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, cit., p. 397. Semmai, l'eventualità di sopravvenienze attive o passive potrà divenire oggetto di apposita clausola contrattuale nel caso di (pregressa) cessione di attività e passività della banca in liquidazione ad altro ente creditizio, tenendo peraltro a mente che l'art. 90, comma 2, T.U., con disposizione comunque pattizamente derogabile, circoscrive la responsabilità del cessionario alle sole passività risultanti dallo stato passivo della liquidazione: R. Cercone, *Commento all'art. 92*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, II, 2012, p. 1121.

trasformazione dell'impresa bancaria, implicante la sua permanenza in vita, a seguito di modifica dell'oggetto sociale deliberata – eccezionalmente – dall'assemblea dei soci – le cui funzioni di regola cessano dal decreto di liquidazione (*ex art. 80, comma 5 del T.U.*) –, in relazione alla revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria, è prevista solamente a seguito dell'esecuzione del concordato di liquidazione, quale unica modalità alternativa di chiusura della liquidazione coatta senza estinzione dell'ente bancario passivo. E infatti l'art. 94, comma 2, del T.U. esplicita che (*solo*) qualora «non abbia luogo la modifica dell'oggetto sociale, i commissari procedono agli adempimenti per la cancellazione della società e il deposito dei libri sociali previsti dalle disposizioni del codice civile in materia di scioglimento e liquidazione delle società di capitali», proprio alla stregua – verrebbe da dire – di quanto previsto per la chiusura della procedura liquidatoria.

La certezza che la cancellazione della società bancaria dal registro delle imprese concluda la liquidazione coatta amministrativa a suo carico instaurata non è affatto trascurabile, come si avrà modo di appurare, ai fini in tale sede proposti, assumendo infatti notevole rilevanza anche sotto il profilo processuale.

1.1 La regolamentazione giudizi pendenti

È subito da avvertirsi che, nonostante manchi una determinazione legislativa esplicita in merito alla

chiusura della procedura di liquidazione coatta bancaria, il comma 7 del già citato art. 92 del T.U., ha cura di precisare che la pendenza di ricorsi e giudizi, senza distinzione di sorta, non preclude l'effettuazione degli adempimenti finali e, quindi, - come espressamente stabilito - neppure la chiusura della procedura stessa. Pertanto, i processi ancora pendenti a distribuzione ultimata, di qualsivoglia stato e grado, natura¹⁰ ed oggetto, ivi compreso quello di accertamento del passivo (comunque presupponente la conclusione della relativa fase c.d. amministrativa), nonché - per espressa dizione di legge - quello di accertamento dello stato di insolvenza, non possono ostacolare, non essendone affatto in grado, la conclusione del procedimento amministrativo. Cionondimeno, quest'ultima risulterà necessariamente subordinata all'esecuzione di accantonamenti o all'acquisizione di garanzie, affinché la controparte giudiziale della procedura, qualora risultasse vittoriosa, non sia pregiudicata dal termine della liquidazione coatta, anticipato rispetto alla fine del processo in corso. E ciò, né più né meno rispetto a quanto già si dispone in virtù dell'art. 91, commi 6 e 7, del T.U., con riguardo ai riparti e alle restituzioni parziali in presenza di pretese

¹⁰ In proposito, si è ritenuta non ostativa alla conclusione della liquidazione coatta bancaria la pendenza di ricorsi amministrativi contro i provvedimenti adottati dagli organi di vigilanza, compreso quindi anche il decreto di disposizione della liquidazione stessa: cfr. S. Bonfatti, *Commento all'art. 92*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli et al. Bologna, 2003, p. 1587.

di creditori o altri interessati per le quali non sia stata (ancora) definita l'ammissione allo stato passivo. Conclusione che risulta peraltro ben coerente con il generale principio dettato dal comma 5 dell'ultimo articolo menzionato, in virtù del quale i riparti e le restituzioni (siano essi parziali o finali) non devono pregiudicare la possibilità della definitiva assegnazione delle quote e dei beni spettanti a *tutti* gli aventi diritto. Il che, dunque, porta a ritenere che la disposizione degli accantonamenti avverrà per qualunque pretesa già azionata in giudizio – nel senso che è sufficiente la mera proposizione della domanda –, indipendentemente dalla circostanza che sulla stessa sia già intervenuta una pronuncia del giudice¹¹. In tale prospettiva, allora, la previsione degli accantonamenti si pone quale sorta di effetto sostanziale della domanda giudiziale.

Il *dictum* normativo appare dunque chiaro, anche se in apparente contraddizione con la previsione contenuta nel medesimo art. 92, *sub* comma 4, laddove questa sembri condizionare il riparto e la restituzione finale al passaggio in giudicato della sentenza che definisce le contestazioni insorte in merito all'ultima documentazione commissariale depositata in

¹¹ Nella stessa direzione sembra dirigersi anche il pensiero espresso da: L. Di Brina, *La chiusura della liquidazione*, in P. Ferro-Luzzi, G. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria*. Milano, II, 1996, pp. 1507-1508.

cancelleria¹². Invero, anche in tal caso – come già si è rilevato nel capitolo precedente¹³ –, l'adeguamento delle operazioni finali al dettato dell'art. 91 del T.U., imposto per legge, permette di concludere nel senso che il commissario liquidatore ben potrà giungere alla conclusione della procedura, purché effettuando opportuni accantonamenti o acquisendo idonee garanzie. Di talché, il vincolo del passaggio in giudicato della pronuncia giudiziale, decidente sulle contestazioni relative al bilancio finale, al rendiconto finanziario e (molto più probabilmente) al piano ultimo di riparto, serve solo a escludere, nella specie, la provvisoria esecutività della sentenza generalmente accordata dalla legge già alle sentenze di primo grado ai sensi dell'art. 282 c.p.c., senza necessità, quindi, di ricorrere all'istituto dell'inibitoria.

Ecco così ricondotto ad unità il quadro normativo, scevro di contraddizioni, ancorché apparentemente poco cristallino. Il risultato ottenibile coincide peraltro nel preservare la possibilità dell'organo liquidatore di valutare discrezionalmente, per ragioni di convenienza, il momento più opportuno per la chiusura della procedura, così da evitare oneri aggiuntivi sulla liquidazione e, in definitiva, sugli stessi creditori¹⁴,

¹² In questo senso: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, in G. Boccuzzi, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*. Milano, 1998, p. 330.

¹³ Cfr. cap. VI, § 2.4.

¹⁴ Si concorda pertanto con il pensiero espresso da: R. Cercone, *Commento all'art. 92*, cit., p. 1116, il quale riporta ad esempio

coerentemente dunque con lo scopo perseguito di consentire il termine della liquidazione quando si siano sostanzialmente esauriti i contenuti operativi della stessa e, tuttavia, residuino ancora pendenze giudiziarie¹⁵. Deve dunque senza ombra di dubbi reputarsi definitivamente superata quell'opinione restrittiva, forgiata nel vigore della vecchia legge bancaria, per la quale la chiusura della procedura avrebbe richiesto l'esaurimento anche della fase contenziosa, con ammissione solo degli accantonamenti relativi ai crediti sotto condizione sospensiva o inerenti a titolari non presentatisi per la riscossione o comunque irreperibili, per impossibilità di procedere appunto a riserve a fronte di pretese ancora in contenzioso¹⁶. Del resto, già prima della novella fallimentare del 2006, dottrina e giurisprudenza si erano spinte a riconoscere la chiusura del fallimento in pendenza di contenzioso, possibilità oggi consacrata dall'art. 117, comma 2, l.f., seppur con portata apparentemente più circoscritta rispetto alla prospettiva tracciata dalla normativa qui

proprio i costi connessi alla partecipazione a giudizi palesemente infondati o instaurati per mera azione di disturbo contro la liquidazione o ancora per importi esigui.

¹⁵ In questi termini si è espressa la stessa Relazione al d.lgs. 415/1996, modificativo della disciplina originariamente introdotta con il Testo Unico.

¹⁶ L. Desiderio, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, cit., p. 378; G. Bavetta, *La liquidazione coatta amministrativa*. Milano, 1974, p. 256.

analizzata¹⁷. Si può quindi concludere, osservando che la vigente disciplina, tanto settoriale, quanto generale, realizza un contemperamento tra le esigenze di economia procedimentale e di contenimento delle spese, da un lato, e, dall'altro, gli interessi dei terzi che abbiano vertenze in corso con la procedura¹⁸.

2. La *perpetuatio legitimationis* del commissario liquidatore

Se i processi in corso, attivati in occasione e/o in funzione della liquidazione coatta amministrativa, proseguono *de plano* nonostante l'intervenuta chiusura della procedura per estinzione dell'ente bancario, si pone giocoforza la questione relativa alla conduzione soggettiva dei medesimi, dandosi invece per scontato, quale corollario delle prescrizioni di legge, l'inesistenza della cessazione della materia del contendere. Anche in tal caso, è l'art. 92 del T.U. a fornire la soluzione, stabilendo al comma 8 che, «successivamente alla chiusura della procedura di liquidazione coatta, i commissari liquidatori mantengono la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi dei giudizi». Viene pertanto consacrata la *perpetuatio legitimationis* dell'organo commissariale¹⁹, con riguardo

¹⁷ Si badi peraltro che, nel fallimento, la chiusura della procedura non coincide con l'estinzione dell'impresa, a differenza di quanto invece si verifica nella liquidazione coatta, in specie, bancaria.

¹⁸ R. Cercone, *Commento all'art. 92, cit.*, p. 1122.

¹⁹ Il che implica la non necessarietà della predisposizione, al momento di chiusura della procedura, di meccanismi di auto-

a tutti i processi ancora in corso e non solo quelli relativi a crediti, posto che, come sopra rilevato, non è di ostacolo alla chiusura della procedura la pendenza di qualsiasi tipo di giudizio²⁰. La permanenza della legittimazione processuale risulta poi rafforzata dal testuale richiamo della previsione di cui al primo comma dell'art. 84 del T.U., in base a cui il commissario liquidatore, che non viene meno alla sua qualifica di pubblico ufficiale, permane *rappresentante legale della banca estinta*. Nulla cambia dunque in merito ai poteri e al funzionamento dell'organo liquidatore, con riguardo al quale, «nello svolgimento delle attività connesse ai giudizi», continuano a trovare applicazione, oltre alla norma suddetta, anche le prescrizioni contenute negli articoli 72, commi 7 e 9, 81, commi 3 e 4, e 84, commi 3 e 7, del T.U. Conseguentemente – limitando l'indagine ai fini qui rilevanti –, in caso di più commissari, i poteri di rappresentanza saranno sempre esercitati con la firma congiunta di due di essi, salvo il conferimento di deleghe; la Banca d'Italia avrà sempre la facoltà di revocare o sostituire i membri dell'organo commissariale, i quali rimarranno personalmente responsabili dell'inosservanza delle direttive ai medesimi impartite dall'Autorità di vigilanza. Con

esecuzione destinati ad operare all'esito dei giudizi: R. Cercone, *Commento all'art. 92, cit.*, p. 1123.

²⁰ Giustifica il mantenimento della legittimazione processuale sulla base della qualità di contraddittore necessario che assume il commissario liquidatore fin dall'inizio del giudizio pendente: F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa. In generale, delle assicurazioni e delle banche*. Milano, 1998, p. 638.

l'esplicitazione di tali previsioni si deve altresì avvertire che il riconoscimento della permanenza della legittimazione processuale in capo al commissario liquidatore ha chiaramente carattere eccezionale, ponendosi quale deroga alla regola generale di cessazione delle funzioni degli organi della procedura. Deroga che, destinata ad operare limitatamente alla gestione dei rapporti in contenzioso, non determina affatto l'ultrattività anche della liquidazione, dando anzi conferma ulteriore, proprio, della chiusura della procedura.

La legge, pur indicando agevolmente la strada, risolve invero solo in parte la questione prospettata, residuando infatti la necessità di meglio definire la posizione processuale ricoperta dal commissario liquidatore, non prima però di aver anteposto una premessa di carattere sistematico.

2.1 Spiegazione del fenomeno successorio

Aderendo all'ermeneutica sviluppatasi con riguardo all'estinzione delle società di capitali per cancellazione dal registro delle imprese in ossequio al disposto di cui all'art. 2495 c.c., pienamente applicabile pure nel contesto *de quo* per effetto del generale rinvio normativo sopra menzionato, è a dirsi che a seguito della divisione del patrimonio sociale, si realizzerebbe tra società e soci una *successione universale tra vivi*, non impedita peraltro dalla previsione della responsabilità limitata dei soci-

successori²¹. In concreto, l'estinzione (*ex lege* consentita e, anzi, espressamente prevista) della società titolare di rapporti attivi e passivi in corso non determina altresì l'estinzione di detti rapporti, i quali quindi (se pur sempre attraverso la spendita del nome della società cancellata) vengono giuridicamente imputati ai soci²². Sul piano processuale, dunque, si realizzerebbe in pieno la fattispecie di cui all'art. 110 c.p.c., verificandosi l'estinzione del soggetto destinatario degli effetti degli atti compiuti. Pertanto, i soci medesimi succedono nei processi in cui era parte (in senso *processuale*) la società²³, con applicazione delle norme di cui agli articoli 299 e seguenti c.p.c., in tema di interruzione del processo²⁴. Infatti, quando una parte viene meno, il giudizio non può proseguire se non a seguito di sostituzione della parte originaria da parte di un altro soggetto a cui imputare gli effetti degli atti processuali compiuti, *limitatamente* – si ritiene – *ai profili di rito*²⁵,

²¹ M. Speranzin, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. società*, 2004, p. 533.

²² Così, specificatamente nella materia in esame, già: L. Di Brina, *La chiusura della liquidazione*, cit., p. 1512.

²³ Si ricorda infatti che con l'apertura della procedura di liquidazione coatta, l'art. 84, comma 1, T.U. prevede che la rappresentanza legale della banca spetti al commissario liquidatore, il quale dunque, nei processi in cui la banca medesima di ponga quale parte attiva o passiva, assumerà il ruolo di parte in senso formale, lui solo avendo la capacità di compiere atti del processo.

²⁴ M. Speranzin, *L'estinzione delle società di capitali*, cit., p. 540; M. Porzio, *La cancellazione*, cit., p. 92.

²⁵ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile. Principi generali*. Milano, I, 2000, p. 337.

posto che gli effetti di merito si possono attribuire soltanto al titolare della situazione oggetto della decisione. È dunque il *successore a titolo universale*, nella specie individuato nei soci – tra essi in litisconsorzio necessario –, che subentra nel rapporto processuale, prendendo il posto del soggetto estinto, con permanenza nei suoi confronti di tutti gli effetti giuridici favorevoli e sfavorevoli già prodottisi in capo al dante causa. Nella successione in senso tecnico, quindi, il successore riprende il processo dal punto in cui l'ha lasciato la parte quando è venuta meno.

Correttamente, allora, dovrà intendersi che il commissario liquidatore, nei giudizi in corso in cui la banca risulti parte in senso processuale, continuerà a rivestire il ruolo di parte in senso formale, in quanto *rappresentante legale dei soci-successori a titolo universale*, dato che la società bancaria, cancellata dal registro delle imprese e perciò estinta, è ormai uscita di scena con la chiusura della procedura di liquidazione coatta amministrativa. Peraltro, la natura successoria del trasferimento del debito già sociale in capo ai soci implica per questi ultimi la possibilità di far valere tutte le eccezioni proprie della società nei confronti del vantante titolo²⁶. Incanalando comunque la vicenda nel contesto peculiare in esame, non si è mancato di rilevare come la fattispecie possa risolversi mediante l'attivazione di meccanismi idonei a trasferire a terzi la

²⁶ M. Speranzin, *L'estinzione delle società di capitali*, cit., p. 542.

posizione processuale della banca in liquidazione – in tempo antecedente alla chiusura –, la quale può dunque essere estromessa e poi estinguersi senza riflessi sui procedimenti in corso. Ciò infatti è quello che tipicamente si verifica nell'ipotesi di cessione del contenzioso, eventualmente nell'ambito di una più ampia cessione di attività e passività della banca in procedura ad altro ente creditizio. In tal caso, allora, si avrà di fronte una successione – se del caso – universale *a titolo particolare*, con applicazione non già dell'art. 110, bensì dell'art. 111 c.p.c.

Non è possibile a tal punto esimersi da qualche, se pur breve riflessione, attinente al *trade-off* – se così si può dire – connesso alle due ipotesi successive prospettabili che il commissario liquidatore ha, di fatto, il potere di realizzare in via alternativa. Innanzitutto è da chiarirsi che assumono in tale discorso rilevanza le sole cause pendenti in cui il commissario medesimo operi quale legale rappresentante della banca in liquidazione e non anche in quelle in cui agisca *iure proprio*. Risultano pertanto, ai fini contingenti, escluse dal novero, ad esempio le azioni revocatorie, mentre la trattazione potrebbe complicarsi non poco con riguardo ai casi “di confine”, ove può non essere ben chiaro se l'organo commissariale agisca in proprio o quale rappresentante ovvero combinando entrambe le qualità, pensandosi in proposito, al giudizio di opposizione allo stato passivo *ex art. 87 del T.U.*, con riguardo al quale si è qui sostenuta la possibilità di promuovere azione di

accertamento del credito – con preclusione *pro iudicato* – nei confronti della banca in liquidazione²⁷. Dunque, tutte le volte in cui il commissario liquidatore sia parte in senso formale nel processo, rappresentando (legalmente) la banca in liquidazione, che resta parte in senso processuale, se opererà per la cessione del contenzioso (*i.e.* del rapporto controverso²⁸), aprirà le porte alla disciplina di cui all’art. 111 c.p.c., realizzando, come detto, una successione a titolo particolare. In tal caso, quindi, successore sarà il cessionario, il quale sarà investito degli effetti della sentenza, *di merito e – qualora prenda parte attiva nel processo – (anche) di rito*²⁹, ai sensi del comma 4 dell’articolo citato. Qualora invece il commissario scelga di far estinguere la società, cancellandone l’iscrizione nel registro delle imprese, con conseguente chiusura della procedura concorsuale aperta a suo carico, senza cessione del rapporto controverso, si è spiegato che ciò che si verifica è una successione a titolo universale ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 110 c.p.c. e i soci, in quanto “eredi”, subentrati quali parti in senso processuale al posto della banca estinta – permanendo *ex lege* il potere di rappresentanza e, quindi, (anche) la legittimazione

²⁷ Si veda cap. V, § 3 e sottoparagrafi.

²⁸ Cfr. *infra*, § 2.3.

²⁹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 31 ottobre, 2005, n. 21107, in *Foro it. Mass.*, 2005, p. 1921, secondo la quale la disciplina di cui all’art. 111 c.p.c. non opererebbe con riguardo agli effetti di rito, tra le quali è compresa la condanna alle spese; pertanto tale condanna non spiega effetti nei confronti del successore a titolo particolare che sia rimasto estraneo al processo.

processuale del commissario liquidatore – subiranno sì gli effetti della pronuncia giudiziale, ma soltanto quelli *di rito* e, per intendersi, precipuamente quelli relativi alle spese. Di talché, è evidente che la controparte processuale, in prospettiva di un esito a suo favore, riceverà maggior tutela nel caso di cessione, restando tuttavia soggetta al diritto potestativo del commissario liquidatore, il quale, a seconda dei casi, potrà valutare la convenienza o meno di una cessione.

Da non confondere con il fenomeno di successione in senso tecnico ora descritto, è invece la previsione dettata dal secondo comma dell'art. 2495 c.c., anch'essa pienamente valente nel contesto che qui occupa. Come regola generale, sarebbe già intuitivo prevedere, ma la legge lo esplicita, che, ferma l'estinzione della società, dopo la relativa cancellazione, i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro diritti, con domanda – se proposta entro un anno dalla cancellazione – notificata (anche) presso l'ultima sede della società, nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione³⁰, nonché nei riguardi dei liquidatori, qualora il mancato pagamento sia dipeso da colpa di

³⁰ Da chiarirsi comunque che l'attribuzione ai soci di ciò che dovesse eventualmente residuare non è in sé automatica, quando *ab origine* e per previsione speciale (anche statutaria) si sia disposto che l'avanzo di liquidazione venga destinato a soggetti diversi o impiegato per determinate finalità.

questi³¹. Il principio, dunque, è che i creditori sociali potranno agire solo contro i soci e/o i liquidatori, ma non anche contro la società ormai estinta³². In altri termini, non potranno ammettersi insinuazioni tardive, primo perché l'art. 89 del T.U. è chiaro nel fissare nell'esecuzione dell'ultimo riparto e dell'ultima restituzione il momento terminale di proposizione delle stesse; e, secondo, in quanto, quand'anche proposte, le relative domande risulterebbero in difetto di interesse, stante l'assenza di attivo residuo su cui legittimamente rivalersi. È invece a dirsi che il diritto azionato da parte del creditore sociale insoddisfatto nei confronti dei suddetti legittimati passivi, conservando la propria causa e la propria natura giuridica, rimane soggetto al medesimo termine prescrizionale cui soggiacerebbe se fosse stato fatto valere direttamente nei riguardi della società³³. Si ritiene inoltre che la responsabilità dei liquidatori verso i creditori sociali rimasti insoddisfatti abbia natura aquiliana³⁴. È comunque da precisarsi che

³¹ La notifica presso la sede della società troverebbe in particolare giustificazione in relazione alla natura della domanda stessa, rivolta tanto contro i liquidatori in colpa quanto contro i soci, che rispondono solidalmente del medesimo debito: M. Speranzin, *L'estinzione delle società di capitali*, cit., p. 549.

³² M. Porzio, *La cancellazione*, cit., p. 90.

³³ In tali termini: Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2003, n. 5113, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 393 (con nota di Spiotta), che dunque conclude nel senso dell'esclusione del diritto suddetto rispetto a quelli per i quali l'art. 2949, comma 1, c.c. stabilisce il termine di prescrizione di cinque anni.

³⁴ F. Dimundo, *Sub art. 2495*, cit., 228. Si veda altresì: Cass., sez. I, 10 novembre 2006, n. 24039, in *Foro it. Mass.*, 2007, p. 241, ove si

la previsione civilistica dell'azione esercitata dai creditori contro gli organi liquidatori per aver pregiudicato il pagamento dei loro crediti è da ricondursi nell'alveo della norma speciale di cui all'art. 72, comma 9, del T.U., dedicata alla responsabilità civile degli organi dell'amministrazione straordinaria, a cui fa espresso rinvio il comma 8 dell'art. 92 del T.U., replicando dunque la previsione dell'art. 84, comma 6, deputata a sancire la medesima responsabilità già in costanza di procedura. In sostanza, quindi, proprio per effetto delle prescrizioni speciali richiamate, la pretesa dei creditori sociali non potrà essere attivata se non previa autorizzazione da parte della Banca d'Italia. In ogni caso, ai liquidatori escussi spetta la rivalsa contro i soci, per aver pagato un debito non proprio, ma della società estinta³⁵. La fattispecie, si scriveva, non va confusa in quanto non sottintende alcun fenomeno successorio, come nel caso dei giudizi in corso. Qui, infatti, i soci e il commissario liquidatore si ritrovano su un pari piano di parti in senso processuale e godono di legittimazione passiva, in quanto titolari del diritto a contraddire, quale espressione diretta della posizione

precisa che, poiché la responsabilità dei liquidatori di società di capitali prevista dall'art. 2495 c.c. ha natura di responsabilità aquiliana conseguente a fatto illecito, la relativa obbligazione non è pecuniaria, bensì di valore; pertanto, non essendo applicabile il comma 3 dell'art. 1182 dello stesso codice, bensì il comma 4, il *forum destinatae solutionis*, ai sensi dell'art. 20, ultima parte, c.p.c., coincide con il domicilio del debitore.

³⁵ M. Pollio, *Gli adempimenti ulteriori per la chiusura della liquidazione*, cit., p. 200.

sostanziale nella specie ricoperta. Dunque, il commissario liquidatore non risponderà affatto quale legale rappresentante dei soci-successori, bensì in proprio, similmente a costoro, instaurandosi tra i medesimi il legame processuale del litisconsorzio necessario.

Al di fuori di questa ipotesi peculiare, ritornando dunque al caso della *perpetuatio legitimationis* del commissario liquidatore in pendenza di giudizi al momento di chiusura della procedura amministrativa, resta fermo che tale soggetto godrà di un'ultrattività delle funzioni non solo qualora operi in rappresentanza della banca, ma – come sopra già sottinteso – anche quando abbia agito *iure proprio*. Si pensi al classico esempio del processo revocatorio instaurato in costanza di procedura. La considerazione offre anche lo spunto per chiarire che il mantenimento della legittimazione processuale in capo al predetto soggetto valga solo con riguardo ai *giudizi già in corso*, determinandosi come sempre la pendenza dei medesimi sulla base della notifica della domanda giudiziale ovvero del deposito del ricorso introduttivo. Non avrebbe invece alcun senso prevedere l'instaurazione di nuovi giudizi a procedura ultimata. In tal caso, comunque, più che la mancanza di legittimazione del commissario, sarebbe la carenza di interesse ad agire a determinare la chiusura in rito del processo eventualmente instaurato, con pronuncia di inammissibilità della domanda. Indi per cui il comma 8 dell'art. 92 del T.U. deve essere letto, in

via interpretativa, nel senso che l'organo liquidatore conserva la legittimazione processuale, *limitatamente ai giudizi pendenti*, anche nei successivi stati e gradi di *detti* giudizi. Come sempre, poi, anche a tal fine, non è richiesta alcuna preventiva autorizzazione, potendo semmai la Banca d'Italia, nell'esercizio del suo discrezionale potere direttivo, marginare il potere di impugnativa del commissario accordatogli *ex ante* dalla legge, anche solo per mere ragioni di opportunità.

2.2 L'estromissione nei giudizi relativi a rapporti oggetto di cessione

Dopo aver chiarito che la pendenza di eventuali giudizi non osta alla chiusura della liquidazione coatta amministrativa bancaria e che in tali giudizi il commissario liquidatore conserva la propria legittimazione processuale – eventualmente in qualità di parte solo in senso processuale, quando opera come rappresentante legale (non più della banca estinta, bensì) dei soci-successori a titolo universale –, l'art. 92 del T.U., al nono e ultimo comma, si preoccupa di prevedere la possibilità per il commissario stesso di essere estromesso dal giudizio in corso, qualora questo inerisca a un rapporto oggetto di cessione ai sensi dell'art. 90, comma 2, del medesimo T.U., nel quale sia subentrato il cessionario. E verrebbe quasi da pensare che le prescrizioni in precedenza esaminate siano state scritte proprio avendo a mente liquidazioni in cui siano state realizzate cessioni di attività e passività, di talché

non può non cogliersi il filo conduttore che lega le diverse norme racchiuse nella disposizione in commento. Infatti, la situazione *ex lege* regolata si verifica in particolare quando lo strumento della cessione sia stato impiegato proprio in fase terminale, per accelerare la conclusione della procedura liquidatoria in corso.

È chiaro, comunque, che il tema in esame presuppone, *in apicibus*, la corretta risoluzione della questione sulla cedibilità dei rapporti in contenzioso, la quale suscita ambiguità specie in relazione a quelle posizioni processuali che originano da prerogative o diritti esercitabili unicamente dai rispettivi titolari. È il caso ad esempio dell'azione revocatoria fallimentare, di quella di responsabilità nei confronti dei vertici aziendali o ancora di quella per la dichiarazione dello stato di insolvenza. La dottrina più recente tende in ogni caso ad ammettere la cedibilità anche di tali azioni, avendo in effetti le medesime un contenuto patrimoniale – come tale – trasferibile a terzi, non trascurandosi altresì la circostanza che la cessione delle posizioni processuali è appunto finalizzata alla conclusione della procedura. Semmai, fermo restando che l'estromissione rappresenta un passaggio tecnico necessario per svincolare la liquidazione, e la sua stessa possibilità di chiusura, dai giudizi in corso, senza bisogno di attivare la norma sulla *perpetuatio legitimationis* del commissario liquidatore, nei casi suddetti, ove quindi l'estromissione potrebbe risultare –

quantomeno – inopportuna³⁶, nulla toglie all'organo liquidatore di sfruttare l'ultrattività della propria legittimazione – magari anche su eventuale indicazione della Banca d'Italia –, potendo piuttosto la presenza in giudizio *anche* del cessionario essere valutata ai fini dell'acquisizione della garanzia sostitutiva degli accantonamenti a tutela degli interessi delle controparti processuali³⁷.

³⁶ In proposito, non si è mancato peraltro di accettare la previsione normativa dell'estromissione, in termini generali, solo nel caso in cui il cessionario sia un'altra banca, ravvisandosi altrimenti un'inadeguata tutela per il terzo, posto che in capo al medesimo persisterebbe l'interesse a che il commissario liquidatore rimanga in giudizio al fine di essere meglio garantito: F. Del Vecchio, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 639.

³⁷ R. Cercone, *Commento all'art. 92*, cit., p. 1124. Ritene opportuno che al trasferimento di rapporti controversi si associ (formalmente) il rilascio di garanzia ex art. 92, comma 7, T.U. del cessionario a favore della procedura per le eventuali ragioni di debito che dovessero emergere dal giudizio ceduto: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 332, con riferimento però al testo dell'art. 90, comma 2, T.U. anteriore alla modifica che implicava, tacendo sul punto, una valenza cumulativa dell'accollo dei debiti da parte del cessionario. Una clausola contrattuale che regolamenti specificatamente la fattispecie si avverte comunque sempre consigliata, *a fortiori* alla luce della formulazione oggi vigente dell'ultima norma citata, la quale, come già ricordato, delimita la responsabilità del cessionario alle sole passività risultanti dallo stato passivo. Di talché le suddette ragioni di debito traenti causa dalla conclusione del giudizio, pendente al tempo della chiusura della procedura, sarebbero per definizione giocoforza escluse – assumendo ad ipotesi che la verifica dello stato passivo possa dirsi definitivamente conclusa, anche in fase giudiziale –.

Pur facendosi salva la validità del pensiero riportato, pare però che il fenomeno a commento necessiti di spiegazioni ulteriori che non possono prescindere da una lettura in chiave processualistica.

Innanzitutto, deve ricordarsi che, a norma del secondo comma dell'art. 90 del T.U., il commissario liquidatore, con il parere favorevole del comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, può cedere, in *qualsiasi* stadio della procedura, «le attività e le passività, l'azienda, rami d'azienda nonché beni e rapporti giuridici individuabili in blocco». Dunque, la cessione può avvenire sempre e solo in costanza di procedura liquidatoria, con ciò escludendosi la possibilità di trasferire rapporti controversi dopo la chiusura della stessa. Tuttavia, il comma 9 dell'art. 92 del T.U., letto nel contesto in cui è inserito in relazione al momento terminale della liquidazione coatta bancaria, regola il caso di estromissione del commissario liquidatore per subentro del cessionario, solo qualora il caso medesimo si verifichi successivamente alla conclusione della suddetta procedura. Da qui, allora, la deduzione che, durante la procedura, l'estromissione del commissario nei giudizi relativi a rapporti oggetto di cessione potrà avvenire secondo le disposizioni processuali ordinarie. In particolare, sulla premessa (da dimostrare) che la cessione, anche «aggregata» di attività e passività, dà luogo a un fenomeno di *successione a titolo particolare*, il riferimento normativo è senza dubbio rappresentato

dall'art. 111 c.p.c. Prendendo infatti a modello la fattispecie della cessione in blocco della totalità di attività e passività – ch  se il discorso regge per questa, *a fortiori* si dimostrer  valevole anche per le altre ipotesi di cessione –, pu  riscontrarsi solo un'assonanza con il paradigma della successione a titolo universale, implicando un subentro globale e generalizzato del cessionario in tutte le situazioni giuridiche (anche ignote al tempo dell'atto di cessione) di cui la banca cedente risultava titolare. Mera assonanza si scriveva, e non gi  corretta identificazione, in quanto la qualificazione della fattispecie stessa non pu  certo fondarsi sulla semplice estensione quantitativa dell'oggetto di cessione, implicando piuttosto, quale *causa* del trasferimento, l'estinzione del soggetto precedente titolare, cui consegue l'acquisto da parte di un diverso soggetto della generalit  dei rapporti trasmissibili intestati al primo, in ragione di una determinazione volontaria o legale. Ora, alla luce della lettera di legge, che ammette la cessione in costanza di procedura liquidatoria,   evidente come l'operazione trovi la sua unica causa nell'assoggettamento a liquidazione coatta della banca cedente e non gi  nell'estinzione della medesima, che seguir  solo successivamente, segnando il termine della procedura. In altre parole, dunque, l'estinzione del precedente titolare pu  semmai porsi qui come *conseguenza* della cessione, qualora con essa si voglia anticipare la conclusione della procedura, e non come causa della stessa. A prescindere quindi dall'oggetto di

cessione, che può ben abbracciare anche l'intero patrimonio della banca in liquidazione, la vicenda successoria che dalla stessa trae origine deve confermarsi essere a titolo particolare, con espunzione dell'applicabilità dell'art. 110 c.p.c., per il quale il venir meno di una parte nel processo comporta la prosecuzione del giudizio dal successore universale o in suo confronto. Nel caso di successione a titolo particolare, invece, il processo prosegue di principio tra le parti originarie, anche perché, a differenza della vicenda successoria a titolo universale, non si verifica solamente un mutamento soggettivo, ma è altresì realizzata una variazione oggettiva del rapporto ceduto: la situazione sostanziale dell'avente causa non è infatti identica dal punto di vista oggettivo alla situazione della parte originaria, risultando piuttosto a questa collegata da un vincolo di dipendenza³⁸. L'operatività dell'art. 111 c.p.c. nel caso di specie pare d'altronde essere confermata, implicitamente, dallo stesso comma 9 dell'art. 92 del T.U., laddove parla di estromissione del commissario liquidatore, quale rappresentante legale della banca in liquidazione dante causa, importando invero un'evidente deroga alla disciplina generale, posto che la previsione speciale acconsente, a dispetto di quanto previsto dal comma 3 dell'art. 111 c.p.c., che l'estromissione avvenga in base a una discrezionale determinazione unilaterale dell'organo commissariale, formalizzata in un'istanza all'autorità giudicante, senza

³⁸ Così: F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., p. 346.

dunque necessità di acquisire il consenso delle altre parti processuali, le quali, pertanto, all'estromissione non possono opporsi dinanzi al contestuale subentro del cessionario, individuato tradizionalmente in un'altra banca o, comunque, in un altro intermediario. In altri termini, l'estromissione dal giudizio del commissario liquidatore che ne fa istanza si pone quale *atto dovuto* del giudice³⁹. Tuttavia, come sopra avvertito, tale regola varrà solo con riguardo ai processi pendenti *dopo* la chiusura della procedura di liquidazione e non già quando il processo pende a procedura ancora aperta. Di talché l'applicazione della regola medesima si traduce in pratica nel solo e peculiare caso in cui la cessione è realizzata all'unico fine di concludere la liquidazione coatta, nel senso che con la cessione si compiono altresì gli adempimenti finali previsti dall'art. 92 del T.U. – potendo peraltro valutarsi come superfluo il deposito da parte del commissario liquidatore del piano ultimo di riparto, dato che gli ammessi allo stato passivo si dovranno rivalere direttamente nei confronti del cessionario, al quale quindi passa la gestione delle ultime restituzioni e distribuzioni -. Qualora invece la cessione, nel cui oggetto rientra anche il rapporto controverso, non comporti immediatamente la chiusura

³⁹ V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 331. Si veda altresì: App. Salerno, 12 febbraio 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 1233, affermando che nell'ipotesi di cessione di attività e passività, ai fini dell'estromissione dal giudizio (nella specie di opposizione allo stato passivo), non è necessaria alcuna specifica deliberazione giudiziaria sull'istanza presentata dal commissario liquidatore.

della procedura, realizzandosi una successione *inter vivos* a titolo particolare del diritto in causa, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., il processo inerente al rapporto controverso ceduto prosegue, sempre come regola, tra le parti originarie, potendo il successore, *i.e.* cessionario, intervenire o essere chiamato in giudizio e l'alienante esserne estromesso, ma solo se – ecco la differenza rispetto alla disciplina speciale – le altre parti vi consentano. Anche e soprattutto nel caso di cessione del rapporto controverso nel contesto di una liquidazione coatta bancaria risulta comunque quanto mai opportuno provvedere all'intervento del successore a titolo particolare, tamponando così la portata di quell'eccezione al principio del contraddittorio posta dall'art. 111 c.p.c., il quale, oltrepassando i limiti soggettivi di efficacia della sentenza – in virtù dei quali la pronuncia giudiziale non è vincolante per chi non ha preso parte al processo –, estende la vincolatività degli effetti della sentenza stessa, che abbia a pronunciare sul rapporto controverso ceduto, anche all'avente causa, nonostante questo non sia stato chiamato a partecipare al processo, così preferendo tutelare la controparte, in ossequio al brocardo latino *prior in tempore, potior in iure*.

2.3 Il trasferimento delle «azioni civili»

La dizione omnicomprensiva di cui all'art. 90, comma 2, del T.U. permette di includere nel compendio cedibile anche – si accetti, qui come nel proseguo, l'improprietà della terminologia – le azioni civili, le

quali dunque rientrerebbero fra gli elementi attivi dell'oggetto trasferito. Invero, la strumentalità della tutela giurisdizionale rispetto alla situazione sostanziale dedotta o deducibile in giudizio farebbe sì che il trasferimento del rapporto giuridico implichi l'attribuzione *automatica* al cessionario delle relative azioni *a titolo originario* e non già derivativo. Non si avrebbe quindi, in senso stretto, un trasferimento dell'azione, bensì, per effetto spontaneo della cessione del diritto sostanziale sottostante, l'insorgenza *ex novo* in capo all'avente causa dello strumentale diritto di azione, senza che intercorra a riguardo alcuna vicenda giuridica traslativa⁴⁰.

Tale assunto non può essere trascurato per la migliore comprensione di quelle fattispecie traslative maggiormente problematiche, quali quelle relative alle azioni revocatorie, di responsabilità e di accertamento dello stato di insolvenza, sulla cui risoluzione la dottrina ha già avuto modo, più o meno approfonditamente, di interrogarsi.

⁴⁰ W. Bigiavi, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 137 e ss. Sull'autonomia dell'*actio* rispetto al diritto sostanziale sottostante: V. Andrioli, *Diritto processuale civile*. Napoli, I, 1979, pp. 277 e ss. Si veda altresì: L. Devoto, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*. Milano, 1980, pp. 17 e ss., secondo cui gli artt. 81 e 111 c.p.c. rappresenterebbero indici chiari della volontà del legislatore di eliminare ogni possibilità all'autonomia privata di trasferire il diritto d'azione.

2.3.1 *La cessione delle azioni revocatorie*

Con particolare riguardo alla c.d. «cessione delle revocatorie», come dianzi già rilevato, dubbi sono sorti in merito alla stessa ammissibilità, sulla base della considerazione che si tratta di azioni il cui esercizio «compete al commissario liquidatore». È infatti la legge medesima a sancire l'inderogabilità della prerogativa commissariale, come emerge dal dato testuale di cui all'art. 203 l.f., richiamato dall'art. 82, comma 3, del T.U. E ciò è vero per tutte le azioni revocatorie concorsuali, nel cui insieme ricadono quindi non solo quelle fallimentari (*ex* articoli 64, 65 e 67 l.f.), ma altresì la revocatoria ordinaria (*ex* art. 66 l.f., al quale il comma 2 dell'art. 83 del T.U. fa peraltro singolarmente rinvio).

In merito alla preliminare questione relativa alla cedibilità delle predette azioni, non può non farsi richiamo – oggi più di ieri – alla disciplina fallimentare all'uopo dettata. Anteriormente alla novella del 2006, la cessione delle revocatorie era infatti già prevista dall'art. 124, comma 2, l.f., il quale la ammetteva come patto di concordato fallimentare, a favore del terzo che si fosse accollato l'obbligo di adempiere il concordato medesimo, ma solo limitatamente alle azioni già proposte dal curatore. Post-riforma, la possibilità di cedere azioni revocatorie (di qualunque tipo) è stata sancita dall'art. 106 l.f., che attualmente accorda tale facoltà al curatore, purché i relativi giudizi siano già pendenti, confermando così il limite imposto nella

previgente disposizione citata. La condizione della pendenza dell'azione ai fini della "sua" trasmissibilità pare quindi doversi importare anche nel contesto che qui occupa, così salvando quell'esclusività della prerogativa commissariale che la disciplina speciale, al pari della normativa fallimentaristica generale, stabilisce per l'esercizio dell'azione stessa⁴¹. A meno che si voglia condividere quel pensiero per il quale, onde rispettare detta legittimazione attiva esclusiva, sarebbe sufficiente la previsione dell'inizio dell'azione in base ad impegni negoziali assunti nel patto di cessione⁴². Sulla base poi

⁴¹ Invero, più che a tutela del «diritto esclusivo di azione» da parte dell'organo amministrativo della procedura, la *Relazione* al d.lgs. 5/2006 ha motivato la scelta di limitare la cessione alle sole revocatorie *pendenti* con l'esigenza di evitare che, in una materia così delicata, l'esercizio delle stesse potesse assumere una connotazione negativa di tipo speculativo, evitando dunque il moltiplicarsi di azioni giudiziarie concorsuali esperite dal cessionario nel tentativo di massimizzare il ricavo atteso dall'acquisto. Non è comunque neppure da trascurarsi la circostanza che solo a seguito della promozione dell'azione potranno essere maggiormente evidenti al curatore/commissario liquidatore gli elementi necessari alle opportune valutazioni di convenienza economica della cessione: S. Masturzi, *Commento all'art. 106*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, II, 2010, p. 993.

⁴² In tal senso: M. Perrino, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*. Torino, 2005, p. 290. La soluzione prospettata mi pare comunque eccessiva, elevando di molto il grado di aleatorietà del successo dell'iniziativa, in quanto rigetta del tutto di considerare l'impianto, soprattutto probatorio, del giudizio di revoca. Oltre, dunque, a non rispettare fedelmente il dato letterale normativo, richiedente l'esercizio dell'*azione* da parte del commissario liquidatore, ed estraniandosi altresì dai principi di sistema espressi dalla legge fallimentare, presa a riferimento dallo stesso Testo

dell'insegnamento per il quale la cessione non avrebbe propriamente ad oggetto l'azione giudiziale finalizzata all'accertamento dichiarativo/costitutivo dell'inefficacia dell'atto di disposizione del patrimonio, bensì il diritto controverso⁴³ – salvo poi verificare in che cosa questo di preciso consista –, la cessione delle revocatorie concorsuali pendenti può ben essere inquadrata come un'ipotesi di successione a titolo particolare⁴⁴, ai sensi e per gli effetti processuali di cui all'art. 111 c.p.c., alla stregua di quanto sopra descritto. Pertanto, il processo prosegue tra le parti originarie, salva la possibilità di intervento del successore a titolo particolare e di estromissione del commissario liquidatore, previo

Unico, indurrebbe quasi l'organo della procedura, funzionalmente deputato a recuperare il compendio patrimoniale sottratto alla garanzia generica dei creditori, a spogliarsi anticipatamente di un proprio compito, suscitando così l'interrogativo su possibili profili di responsabilità. Semmai, si potrebbe aderire al pensiero espresso da D. Vattermoli, *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*. Milano, 2001, pp. 205-206, per il quale – sulla premessa che la cessione non ponga fine alla procedura di liquidazione coatta (il che può anche essere) – ritiene che il commissario liquidatore possa iniziare il giudizio revocatorio anche dopo l'atto di cessione comprensivo dell'eventuale credito scaturente dall'accoglimento dell'azione.

⁴³ D. Vattermoli, *La «cessione» delle revocatorie*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 454, in aderenza dunque all'impostazione classica surriferita.

⁴⁴ Con riferimento alla cessione delle revocatorie nell'ambito fallimentare di soluzioni concordatarie, si sono espresse a favore della ricostruzione della fattispecie come successione a titolo particolare: Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2007, n. 4766, in *Fall.*, 2007, p. 775 (con nota di Perrino); Trib. Genova, 27 maggio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460 (con nota di Costantino); Trib. Terni, 23 marzo 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1800.

consenso del terzo convenuto in revocatoria *ex art. 111*, comma 3, c.p.c., se l'estromissione avviene in costanza di procedura concorsuale, ovvero in virtù della sola determinazione unilaterale del dante causa, qualora il fenomeno (non quello sostanziale di cessione, bensì quello processuale di estromissione) avvenga a liquidazione coatta già esaurita.

Deve ora chiarirsi che *cosa* in effetti è oggetto di cessione. Orbene, con riferimento all'ipotesi più lineare di revoca di atti traslativi di cosa determinata, continua a valere l'ormai consolidato orientamento secondo cui il patto espresso di relativa cessione equivalga a un patto di alienazione anticipata del bene oggetto dell'atto revocando, subordinatamente all'esito positivo del giudizio di revoca. Il che significa riconoscere in capo al cessionario l'acquisto della piena titolarità del bene in caso di pronuncia giudiziale di revoca, con ciò implicandosi - coerentemente con la soluzione interpretativa per cui la revoca rende inefficace l'acquisto del terzo, ma non ne invalida l'atto, così escludendosi il riacquisto del bene da parte del soggetto decotto - un astratto assoggettamento del bene all'azione esecutiva concorsuale. Astratto, si scriveva, in quanto passaggio di fatto saltato, posto che quel che la procedura trasferisce al cessionario non è il diritto di sottoporre il bene alla liquidazione (discendente dalla dichiarata inefficacia dell'atto pregiudizievole), bensì il *risultato* stesso dell'attività espropriativa. Come da altri chiaramente spiegato, pertanto, l'organo amministrativo

della procedura che dovrebbe alienare forzatamente il bene dopo la dichiarazione/costituzione di inefficacia dell'atto, lo trasferisce (liquidandolo) anticipatamente al cessionario, sia pure sotto condizione di esito vittorioso del giudizio di revoca, che produrrà effetti *ex tunc*, a partire dalla data della domanda giudiziale⁴⁵. L'alienazione anticipata del bene oggetto dell'atto revocando (o meglio sarebbe a dirsi, l'alienazione anticipata del diritto alla restituzione del bene oggetto dell'atto revocando) discende quindi dalla funzione liquidatoria della cessione dell'azione⁴⁶. Il terzo soccombente sarà pertanto tenuto a riconsegnare il bene direttamente al cessionario, provvedendo altrimenti quest'ultimo all'attivazione dei rimedi tipici accordati al *dominus* della cosa.

Allargando ora la prospettiva anche alle ipotesi di revocatorie di atti traslativi di cose generiche o di pagamenti, in cui il risultato dell'azione vittoriosa è il sorgere di un credito della procedura nei confronti del convenuto alla corresponsione del valore sottratto alla garanzia patrimoniale generica, può - alla luce di

⁴⁵ Cfr. M. Perrino, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, cit., p. 286.

⁴⁶ Cass. civ., 24 novembre 1981, n. 6230, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 269, la quale si esprime testualmente nel senso che la cessione dell'azione revocatoria all'assuntore del concordato fallimentare non ha funzione strumentale, ma liquidatoria, in quanto comporta, insieme con il trasferimento dell'azione, l'alienazione anticipata, da parte della massa fallimentare, del bene oggetto dell'atto revocando, subordinatamente all'esito positivo dell'azione medesima.

quanto sopra - affermarsi che la relativa cessione si risolverà nella costituzione in capo al cessionario proprio del diritto di credito condizionata, come al solito, all'esito positivo dell'azione. Ciò dunque che ancora una volta può essere propriamente trasferito è il *diritto al risultato economico* che attraverso l'esercizio dell'azione si intende perseguire⁴⁷.

Così chiarito l'oggetto di cessione, verrebbe da ripensare, confinando la valutazione al caso di specie, l'intendimento offerto ad inizio paragrafo in merito all'acquisto a titolo originario del diritto di azione conseguente all'acquisto a titolo derivativo del rapporto giuridico sostanziale sottostante. Intendimento, infatti, che non avrebbe valenza assoluta, trovando una lampante eccezione proprio nel caso di cessione di revocatorie, posto che qui, oggetto della vicenda traslativa è proprio e solo il risultato atteso dall'esperimento vittorioso dell'azione. Ciò non significa stravolgere la concezione per la quale a essere ceduto non è lo strumento di tutela, bensì il diritto sostanziale tutelato, ma sicuramente implica un accorciamento della distanza tra diritto di azione e diritto azionato ai fini della determinazione dell'oggetto di cessione. Dal che altresì consegue che l'acquisto da parte del cessionario del diritto (*rectius*, dell'azione) di revoca non può essere a titolo originario, quanto piuttosto, e sempre, a titolo derivativo. Qui, infatti, al

⁴⁷ D. Vattermoli, *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., p. 198.

fine di realizzare il fenomeno successorio, la cessione dell'azione anticipa - e giustifica - quella del diritto sostanziale, nel senso che quest'ultimo sorge se e solo se l'azione viene esercitata e vinta. Il rapporto è quindi invertito rispetto a quanto tradizionalmente sostenuto, nel senso che il diritto di azione (qui da intendersi in senso stretto) verrebbe acquistato dal cessionario a titolo derivativo dal commissario liquidatore, in qualità di primo titolare (l'unico per legge che può disporre di *quel* diritto), mentre il diritto azionato, o meglio, il risultato a cui si giunge mediante il riconoscimento giudiziale del diritto azionato, sarebbe acquistato dal medesimo soggetto a titolo originario, in virtù di un'astratta e anticipata vendita coattiva⁴⁸. L'automaticità, quindi, si

⁴⁸ Non può dunque qui valere l'assunto giurisprudenziale secondo il quale l'acquisto di un bene da parte dell'aggiudicatario in sede di esecuzione forzata, pur essendo indipendente dalla volontà del precedente proprietario, ricollegandosi ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione, avrebbe natura di acquisto a titolo derivativo e non originario, in quanto si traduce nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato: Cass. civ., sez. II, 5 gennaio 2000, n. 27, in *Giur. it.*, 2000, p. 1141. Non può valere perché il bene viene qui acquistato non già per effetto di una procedura esecutiva, che risulta essere anticipata e per di più in via meramente astratta, bensì in base all'esito favorevole dell'azione revocatoria esperita. In altri termini, il diritto all'ottenimento del bene sorge *ex novo* e non in via derivata, risentendo del modo d'essere del diritto del precedente titolare esecutato, anche e soprattutto perché, per effetto della pronuncia di revoca giammai si può configurare un riacquisto del bene da parte del soggetto passivo della procedura concorsuale (fallito o banca in liquidazione coatta) con conseguente ritrasferimento dello stesso al cessionario. Per quanto poi, per i medesimi motivi anzidetti, non rilevi al pari dell'orientamento contrario, potrebbe sfruttarsi a favore di quanto

collegherebbe all'acquisto del diritto sostanziale (*i.e.* del risultato economico che attraverso l'esercizio dell'azione si persegue) e non già a quello del diritto di azione, imprescindibile per realizzare la cessione del primo. Da qui, allora, anche la necessità pratica che la cessione delle azioni revocatorie non possa che avere luogo in base a pattuizioni espresse nell'atto di cessione, non potendo le medesime essere genericamente ricomprese nel compendio attivo in blocco trasferito, in virtù di una mera pertinenza ipotetica rispetto alle posizioni giuridiche globalmente trasferite.

Da ultimo è doveroso menzionare come l'acquisizione da parte del cessionario del c.d. «risultato utile» conseguito dall'esercizio vittorioso della revocatoria ceduta comporti nondimeno una correlativa responsabilità in capo al medesimo soggetto per il controcredito del terzo, almeno, si ritiene, nel caso in cui la controprestazione effettuata dal terzo sulla base dell'atto revocato sia confluita nel compendio in blocco trasferito al cessionario beneficiario finale della revocatoria⁴⁹. Il che dunque non deve reputarsi essere la

qui affermato, il pensiero propugnato da un'isolata sentenza della Suprema Corte, secondo cui, non potendosi l'aggiudicatario considerare avente causa dal debitore espropriato, la vendita forzata occasionerebbe un acquisto a titolo originario: Cass. 4899/1990, inedita.

⁴⁹ La precisazione è di: M. Perrino, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, cit., p. 292. Reputa in particolare che, in tale caso, il terzo debba essere soddisfatto come qualunque altro creditore chirografario non tardivo nei limiti e nella misura concordati per questi ultimi nell'atto di cessione: D. Vattermoli, *Le*

regola, di talché, in caso contrario (ancorché davvero improbabile), sarà la procedura medesima a dover provvedere nel rispetto della disciplina di cui all'art. 70, comma 2, l.f., operante anche nell'ambiente concorsuale in tale sede esaminato per effetto del richiamo previsto dall'art. 203 l.f., a cui l'art. 82, comma 3, del T.U. fa a sua volta rinvio. Dunque, il terzo soccombente in revocatoria, quando non può far valere il suo eventuale credito, dato dal valore del bene o della somma restituita, mediante insinuazione al passivo, si rivarrà nei confronti del cessionario⁵⁰. Prospettiva, questa, che induce a riconoscere al terzo soccombente in revocatoria il diritto di trattenere in compensazione sulla somma da versare al cessionario un importo corrispondente alla quota che gli sarebbe spettata per effetto dell'insinuazione *ex art. 70, comma 2, l.f.*, pari alla percentuale di riparto ottenuta dai creditori del medesimo rango nell'ambito dei riparti (eventualmente) effettuati nell'alveo della procedura liquidatoria⁵¹.

cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, cit., p. 209.

⁵⁰ Cfr. sul punto: D. Vattermoli, *La «cessione» delle revocatorie*, cit., p. 462, il quale parla di accollo *ex lege* del debito da parte del cessionario a favore del terzo revocato. Più morbido, invece, si dimostra: A.R. Briguglio, *La cessione «autonoma» delle azioni revocatorie: problemi (processuali e sostanziali) e proposte di soluzione*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 499, per il quale sarebbe opportuno che l'atto di cessione prevedesse una clausola che stabilisca l'accollo del cessionario del debito nascente nei confronti del terzo soccombente in revocatoria, in virtù dell'art. 70, comma 2, l.f.

⁵¹ Con riguardo al contesto fallimentare: S. Masturzi, *Commento all'art. 106*, cit., p. 996.

2.3.2 La cessione delle azioni di responsabilità

Il concetto di fondo sotteso alla spiegazione del trasferimento delle revocatorie si ritrova anche nell'ipotesi di cessione delle azioni di responsabilità, il cui esercizio, di conio concorsuale, è dall'art. 84, comma 5, del T.U. attribuito - ancora una volta - in via esclusiva al commissario liquidatore, richiedendosi qui, in aggiunta, anche l'audizione del comitato di sorveglianza e la previa autorizzazione della Banca d'Italia. La legittimazione riconosciuta in capo a un unico soggetto sembra peraltro cumulare in un unico mezzo di tutela i presupposti delle diverse azioni previste, traendo ciò giustificazione dallo specifico contesto nel quale dette azioni sono destinate ad essere esercitate. Tale assunto, lungi dal confondere i distinti presupposti delle diverse azioni, può ben rilevare ai fini dell'individuazione dell'oggetto di cessione, idoneo a ricomprendere «in blocco» tutte le azioni di responsabilità *ex lege* previste e specificatamente individuate nell'azione sociale di responsabilità, in quella dei creditori sociali contro i membri dei cessati organi amministrativi e di controllo e il direttore generale, nell'azione contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, nonché nell'azione del creditore sociale contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Anche in tali casi, ciò che viene realmente trasferito è il diritto di credito a una somma di denaro,

corrispondente al risarcimento che *potrà* essere dovuto (trattasi quindi sempre di *risultato economico* futuro e incerto⁵²) dai soggetti passivi dell'azione a conclusione del giudizio di responsabilità. Inoltre, nonostante per le ipotesi in esame non si ravvisi alcun riscontro nella corrispondente disciplina fallimentare, è da ritenere che le medesime ragioni sottese alla necessità della pendenza del giudizio al fine del trasferimento "dell'azione" si ritrovino vevoli anche per i casi *de quibus*. *A fortiori*, ove si ponga l'accento sull'indispensabilità delle condizioni per legge prescritte relative all'audizione del comitato di sorveglianza - le cui funzioni si esauriscono con la chiusura della procedura - e all'autorizzazione della Banca d'Italia. Controlli, questi, in grado di scongiurare azioni temerarie o comunque non sufficientemente ponderate, capaci di mettere a repentaglio la stabilità sistemica. Di talché l'iniziativa giudiziale non può che restare in capo al commissario liquidatore⁵³, transitando sul cessionario unicamente il risultato utile dell'azione.

⁵² Cfr. Trib. Frosinone, 19 aprile 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2515, affermando espressamente che nell'ambito delle cessioni di attività e passività di una banca in liquidazione coatta amministrativa è possibile includere il credito risarcitorio derivante dall'esperimento dell'azione di responsabilità nei confronti dei membri dei cessati organi amministrativi e di controllo, anche se tale credito risulti incerto sia nell'*an* che nel *quantum*.

⁵³ Nel senso che l'azione *de qua* rappresenti esercizio di una irrinunciabile e intrasferibile funzione pubblicistica e, ciononostante, al cessionario vada riconosciuta una legittimazione attiva concorrente, in quanto acquirente del credito risarcitorio e,

2.3.3 *La cessione dell'azione di accertamento dello stato d'insolvenza*

L'ipotesi in questione pare – a quanto consta – non essere stata ancora esplorata, nonostante se ne riconosca l'ammissibilità anche con dubbi in fatto di possibile estromissione del commissario liquidatore. Chiaramente il caso cui riferirsi è quello contemplato dal comma 2 dell'art. 82 del T.U., prevedente la dichiarazione giudiziale di insolvenza postuma rispetto all'apertura della liquidazione coatta bancaria.

Innanzitutto deve rilevarsi, a differenza di quanto sostenuto con riguardo alla cessione di azioni revocatorie e di responsabilità, che l'azione di accertamento *de quo* non è prerogativa esclusiva del commissario liquidatore, riconoscendo infatti la legge la legittimazione attiva anche al pubblico ministero, nonché la procedibilità d'ufficio da parte del tribunale del luogo in cui la banca ha sede legale. Di talché, verrebbe meno la necessarietà della pendenza

quindi, portatore di un interesse giuridicamente apprezzabile all'esercizio dell'azione: D. Vattermoli, *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., p. 212. Dimenticandosi però che la *legitimatio ad causam* presuppone una titolarità *attuale* del diritto azionato, mentre invece il cessionario *ante causam* sarebbe solo titolare di una mera aspettativa discendente, peraltro, dall'esito stesso del giudizio che si vorrebbe da lui poter essere attivato. Per Trib. Frosinone, 19 aprile 1996, cit., invece, la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di responsabilità dovrebbe essere individuata coordinando le norme disciplinanti la procedura di liquidazione coatta amministrativa e le clausole del contratto di cessione, così dicendo tutto e niente.

dell'azione ai fini della sua cedibilità - sempre che si concordi di collegare detta pendenza con l'esclusività della legittimazione commissariale -. L'osservazione, tuttavia, non deve far propendere per un maggiore allargamento delle maglie di ammissibilità di tale cessione, che anzi in codesta sede si tenta, a dispetto di quanto ipoteticamente sempre prospettato, di negare recisamente.

Di ardua definizione appare infatti l'oggetto di cessione, anche (e proprio) ricorrendo ai principi sopra espressi con riguardo alle altre fattispecie traslative. Si fatica, in altri termini, a individuare *quel risultato economico (sostanziale)* attribuibile al cessionario. Qui, infatti, l'azione di accertamento - proprio in quanto tale - non rileva in sé, ma solo ai fini degli *effetti* che la stessa *ex lege* produce. Limitando il discorso a quelli *concorsuali*, gli stessi si traducono nella possibilità di colpire con l'inefficacia, attraverso lo strumento fallimentare della revocatoria, gli atti pregiudizievoli ai creditori. Allora, delle due l'una, ma, in entrambe, identica conclusione. Se si vuole escludere il trasferimento del *diritto di azione in senso proprio* - alla luce della teoria tradizionale -, non rinvenendosi qui alcun oggetto sostanziale da trasferire, se non via *più che mediata*⁵⁴, si dovrebbe altresì rigettare la stessa

⁵⁴ Se infatti lo scopo ultimo dell'accertamento dell'insolvenza è l'esperibilità dell'azione revocatoria, a rigore - seguendo l'impostazione per le altre ipotesi adottata - oggetto di trasferimento sarebbero i risultati potenzialmente ottenibili

possibilità di cessione dell'azione di accertamento dell'insolvenza. Quand'anche però si intendesse rivoluzionare lo scenario nel senso di ammettere la cedibilità dell'azione, l'impostazione si scontrerebbe con il dato imperativo di legge, dettato dalla norma cardine di cui all'art. 81 c.p.c., secondo cui, al di fuori dei casi espressamente disciplinati, «nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui». Poiché, dunque, la cessione in questione si risolverebbe in un trasferimento pattizio della legittimazione ad agire, non sottintendendo l'alienazione di alcun rapporto sostanziale sottostante, la stessa si porrebbe fuori dai limiti di legge e pertanto non potrebbe essere ammessa.

dall'esercizio vittorioso di un numero indeterminato di revocatorie fallimentari, rimesso discrezionalmente al cessionario.

Tesi di dottorato "La liquidazione coatta bancaria. Aspetti processuali tra diritto interno e comunitario"
di ARMELI BEATRICE

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2013

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

CAPITOLO VIII

La tutela dei depositanti e degli investitori: l'intervento dei fondi di garanzia e del sistema di indennizzo

1. Inquadramento generale - 1.1 Breve introduzione storica - 1.2 La disciplina sostanziale - 1.2.1 Le modalità di intervento in particolare - 2. Lettura processuale - 2.1 Ricostruzione interpretativa in merito all'operare dei fondi di garanzia - 2.2 I dettagli normativi nel caso di attivazione del sistema di indennizzo - 2.3 Riflessioni conclusive

1. Inquadramento generale

1.1 Breve introduzione storica

Il nostro ordinamento ha sperimentato per la prima volta un sistema generalizzato di assicurazione in caso di difficoltà bancarie con l'istituzione, nel 1978, del «Fondo Centrale di Garanzia», creato allo scopo di fornire alle Casse rurali e artigiane in temporanea difficoltà i mezzi finanziari e patrimoniali atti a conseguire il ripristino della normalità. È però solo nel 1997 che la garanzia dei depositi diviene la finalità principale dell'Istituto, sostituito quindi nel «Fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo», alla stregua di quanto già si era provveduto a realizzare con

la creazione, dieci anni addietro, del «Fondo interbancario di tutela dei depositi», quale consorzio volontario tra banche, costituito al fine di assicurare, appunto, adeguata protezione ai depositi presso le consorziate. Con l'entrata in vigore del Testo Unico, la regolamentazione dei sistemi di garanzia viene rimessa a un'unica disposizione, attribuite alla Banca d'Italia il potere di coordinare l'attività di detti sistemi con la disciplina delle crisi. In seguito, il decreto legislativo 4 dicembre 1996, n. 659, in attuazione della Direttiva CE 30 maggio 1994, n. 19 «relativa ai sistemi di garanzia dei depositi»¹, ha provveduto a inserire nel predetto testo di

¹ La direttiva in parola si è in particolare prefissa lo scopo di promuovere uno sviluppo armonioso delle attività degli enti creditizi nell'insieme della Comunità, eliminando qualsiasi restrizione alla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi e, al contempo, rafforzando la stabilità del sistema bancario e la tutela dei risparmiatori; del resto, i meccanismi che essa istituisce, in particolare l'adesione obbligatoria – giudicata non in contrasto con il principio di proporzionalità governante la normazione comunitaria – di tutti gli enti creditizi ai sistemi di garanzia dei depositi, come pure la copertura, ad opera dei sistemi di garanzia di ciascuno Stato membro, dei depositanti delle succursali create da enti creditizi in altri Stati membri, hanno l'effetto d'impedire ai Paesi dell'Unione di far leva sulla tutela dei depositanti per ostacolare le attività degli enti creditizi autorizzati in altri Stati membri. Infatti, la prescrizione in forza della quale la copertura di cui si giovano i depositanti delle succursali create dagli enti creditizi in Stati membri diversi da quelli in cui sono stati autorizzati non può eccedere la copertura offerta dal corrispondente sistema di garanzia dello Stato membro ospitante, sottintende che il livello e la portata della copertura offerti dal sistema di garanzia non debbano divenire strumenti di concorrenza, posto che il mercato subirebbe perturbazioni proprio dovute al fatto che le succursali di alcuni enti creditizi possano

legge la sezione IV del capo I, sotto il titolo IV². Attualmente, dunque, la disciplina rilevante, da ultimo revisionata nel 2011 per effetto della Direttiva CE 11 marzo 2009, n. 14, modificativa della precedente, è contenuta negli articoli da 96 a 96-*quater* del T.U. e dettagliata dalle norme statutarie dei due Fondi³, gli unici, nel panorama giuridico italiano, precipuamente deputati alla tutela del cliente al dettaglio in caso di crisi

offrire livelli di copertura superiori a quelli garantiti dagli enti creditizi autorizzati nello Stato ospitante. L'obbligo per gli Stati membri di accogliere nei loro sistemi di garanzia dei depositi le succursali degli enti creditizi autorizzati in altri Stati membri, al fine di completare la garanzia di cui già si giovano i loro depositanti per via della loro appartenenza al sistema di garanzia del loro Stato membro di origine, non costituisce inoltre una violazione del principio del controllo da parte di detto Stato, posto, tra l'altro, che il principio del controllo da parte dello Stato membro di origine non è stato posto dal legislatore comunitario nel settore del diritto bancario con l'intendimento di subordinarvi in modo sistematico ogni altra regola in questo settore. L'illustrazione riportata è stata offerta da: Corte giust. Comunità europee, 13 maggio 1997, n. 233/94, in *Dir. banc.*, 1998, I, p. 187 (con nota di Vattermoli).

² Si segnalano sul tema gli scritti di: O. Capolino, G. Coscia, E. Galanti, *I sistemi di garanzia dei depositi*, in AA.VV., *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*. Padova, 2008; G. Boccuzzi, *I rapporti tra sistemi di garanzia dei depositanti e autorità di vigilanza nell'esperienza italiana e internazionale*, working paper 9 febbraio 2005, in www.fttd.it; I. Mecatti, *I sistemi di garanzia dei depositanti*. Siena, 2004; P. Bongini, *La tutela dei depositanti nell'ordinamento italiano*. Bologna, 1999; C.M. Ruggeri, E. De Lillo, *Le crisi bancarie e la tutela dei depositi (commento al d.lgs. 4 dicembre 1996, n. 659)*, in *Fall.*, 1997, p. 350; D. Vattermoli, *Il nuovo sistema di tutela dei depositanti*, in *Dir. banc. Merc. Fin.*, 1997, II, p. 15.

³ I Fondi godono infatti di una rilevante autonomia regolamentare su aspetti importanti dell'organizzazione e del funzionamento dei sistemi.

bancarie, destinati però a banche di tipo diverso⁴. Deve peraltro fin d'ora osservarsi come la normativa occasionata dall'ultima modifica, che ha innalzato il livello di copertura e contratto drasticamente la tempistica del rimborso, miri dichiaratamente ad accrescere l'efficacia dell'intervento dei sistemi di garanzia a favore dei depositanti, nonostante - si rileva - comporti, quale duplice esternalità negativa, da un lato, l'affievolimento della responsabilità dei depositanti nella scelta della banca meno rischiosa, aumentando così l'azzardo morale, e, dall'altro, una riduzione degli spazi di manovra delle autorità competenti per organizzare piani di intervento alternativi alla liquidazione coatta amministrativa. Di talché assumerà un preminente rilievo l'attività di coordinamento preventivo che la Banca d'Italia è chiamata a svolgere ai sensi dell'art. 96-ter, comma 1, lett. b), del T.U.⁵, unitamente a un completo e anticipato scambio informativo da parte della medesima Autorità di vigilanza a favore dei sistemi di garanzia⁶.

⁴ Si chiarisce in proposito che, mentre il Fondo di Garanzia dei Depositanti è riservato alle banche di credito cooperativo, il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi è aperto a tutte le altre banche. Cfr. art. 2, comma 1, Statuto FITD; art. 6, comma 1, Statuto FGDC.

⁵ Stessa funzione è riconosciuta alla medesima Autorità di vigilanza con riguardo ai sistemi di indennizzo a tutela degli investitori per la prestazione di servizi e attività di investimento posto in essere dall'ente bancario. Si veda *infra* nel testo.

⁶ R. Cercone, *Commento all'art. 96-bis*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, II, 2012, pp. 1231-1232. Deve infatti ricordarsi che il comma

1.2 La disciplina sostanziale

È in particolare previsto che l'adesione a uno dei (due suddetti) sistemi di garanzia dei depositanti sia *obbligatoria* per le banche italiane⁷, *facoltativa* per le

9 dell'art. 7 del T.U. conferisce alla Banca d'Italia - con attenuazione del regime del segreto d'ufficio - la possibilità di comunicare ai sistemi di garanzia italiani, nonché, a condizione che sia assicurata la riservatezza, a quelli esteri, le informazioni e i dati in suo possesso necessari al funzionamento dei sistemi medesimi. È del resto necessario, ai fini della sua stessa operatività, che il Fondo sia tempestivamente informato dell'evoluzione della crisi, quando questa possa sfociare in una procedura di liquidazione coatta amministrativa. Si veda peraltro: T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 28 maggio 2004, n. 598, in *Guida al diritto*, 2004, 30, p. 108 (con nota di Remus), secondo cui gli atti e i documenti redatti e acquisiti dalla Banca d'Italia nell'esercizio delle crisi bancarie non sono suscettibili in via generale di collocazione nell'astratto modello dell'attività di vigilanza, che l'art. 7 T.U. assoggetta al segreto d'ufficio, e possono quindi formare oggetto di diritto d'accesso.

⁷ È singolare come, nonostante la dizione dell'art. 96 T.U. deponga nel senso un'obbligatorietà di adesione a carico dei soggetti bancari, la disattesa della prescrizione non venga espressamente sanzionata. Tale adesione, del resto, non figura tra i requisiti dettati dall'art. 14 del T.U. per il rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria, nonostante la Direttiva comunitaria, da cui la disciplina in vigore trae origine, indichi espressamente che l'adesione è richiesta per poter raccogliere depositi presso il pubblico, attività costituente l'operare (proprio) della banca. Le prescrizioni regolamentari dettate dalla Banca d'Italia prevedono comunque che, successivamente all'iscrizione all'albo, la banca è tenuta a inviare copia del certificato attestante l'adesione a uno dei sistemi di garanzia dei depositi istituiti e riconosciuti in Italia. Depone inoltre nel senso di un'obbligatorietà dell'adesione *ab origine*, quale presupposto stesso per l'esercizio dell'attività, la prescrizione dettata dal comma 4 dell'art. 96-*quater* T.U., imponente la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria nel caso di venir meno dell'adesione medesima.

succursali di banche comunitarie operanti in Italia, al fine di integrare la tutela offerta dal sistema di garanzia dello Stato di appartenenza cui la banca medesima aderisce in virtù del classico principio dell'*home country*⁸, nonché *alternativa* per il caso di succursali di banche extracomunitarie autorizzate in Italia, le quali aderiscono a un sistema di garanzia italiano solo qualora già non partecipino a un sistema di garanzia estero equivalente.

Entrambi i sistemi di garanzia, ai quali le banche sono in vario modo tenute ad aderire, sono consorzi di diritto privato tra banche aderenti, riconosciuti dalla Banca d'Italia, la quale esercita sui medesimi un'attività di supervisione, approvandone gli statuti ove conformi agli standard legislativamente prescritti⁹. I Fondi, reperendo le risorse finanziarie per il perseguimento delle loro finalità dalle banche aderenti¹⁰, provvedono

⁸ Regola nota sotto il nome del c.d. *topping up*, in base alla quale è configurabile un obbligo per il sistema dello Stato membro ospitante di consentire l'adesione ai sistemi nazionali della succursale stabilita in un altro Stato membro per integrare l'eventuale livello di protezione inferiore esistente nel Paese della banca madre.

⁹ Cfr. art. 1, comma 1, Statuto FITD; art. 1, comma 1, Statuto FGDCC. In particolare, per quanto non previsto dagli statuti e dai regolamenti operativi, troveranno applicazione le disposizioni di cui al libro V, titolo X, capo II del codice civile in materia di consorzi.

¹⁰ L'onere contributivo è determinato in base alla massa protetta e alla situazione di rischiosità espressa dall'andamento di taluni parametri tecnici. Ove questi ultimi superino le soglie di allarme

pertanto alla tutela dei depositanti delle banche italiane, delle succursali comunitarie delle banche italiane ed, eventualmente, di quelli delle succursali extracomunitarie delle banche italiane, nonché, nei casi suddetti, assicurano copertura anche a favore dei depositanti di succursali comunitarie ed extracomunitarie operanti in Italia. Il presupposto *ex lege* richiesto per l'intervento dei Fondi a favore dei depositanti di banche italiane è rappresentato, sulla carta, unicamente dall'apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa. Tuttavia, potrebbe non essere considerata affatto estranea, ad integrazione di detto presupposto, pure l'oggettiva impossibilità per la banca sottoposta a liquidazione coatta di procedere alla restituzione dei depositi, almeno, in misura pari all'ammontare dei rimborsi di cui il sistema di garanzia interessato è chiamato a farsi carico¹¹. È comunque possibile prevedere statutariamente ulteriori casi e forme di intervento. Tant'è che sia il Fondo

stabilite dai Fondi, le banche aderenti risultano peraltro suscettibili di esclusione dal consorzio di appartenenza.

¹¹ Nel medesimo senso depone il pensiero di: R. Cercone, *Commento all'art. 96-bis*, cit., p. 1236, secondo il quale, ove la liquidazione bancaria sia in grado di assicurare ai depositanti le medesime utilità derivanti dall'intervento del Fondo, non vi sarebbe motivo per una sua attivazione. L'Autore riporta in particolare, quale esempio, il caso in cui il commissario liquidatore provveda a realizzare, immediatamente dopo l'avvio della procedura concorsuale, un'operazione di cessione di attività e passività a un'altra banca. Anche in tal caso, comunque, è possibile prevedere una peculiare forma di intervento eventuale del Fondo: si veda *infra*, sub nota 27.

Interbancario dei Depositi, sia il Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo hanno previsto la possibilità di intervento anche nel caso di amministrazione straordinaria della banca¹², nonché in assenza di procedura formalizzata di gestione della crisi a fronte di un piano di risanamento aziendale da sostenere¹³. Per quel che concerne invece l'operatività dei Fondi nel caso di adesione in via integrativa al sistema di garanzia italiano da parte delle succursali comunitarie operanti in Italia, la legge individua come unico presupposto l'intervento del sistema di garanzia dello Stato di appartenenza¹⁴. Nulla invece è prescritto in merito all'intervento dei Fondi a favore di succursali extracomunitarie autorizzate in Italia. Mentre invece a livello statutario è prevista la possibilità di garantire i depositanti delle succursali extracomunitarie delle banche italiane, a condizione che nei Paesi ospitanti non

¹² Cfr. art. 4, comma 1, Statuto FITD; art. 3, comma 1, Statuto FGDC.

¹³ Cfr. art. 29 Statuto FITD; art. 35 Statuto FGDC. Si veda peraltro: T.A.R. Lazio, sez. I, 26 aprile 2004, n. 3528, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, II, p. 221, secondo cui la messa in liquidazione coatta amministrativa di una banca deve ritenersi giustificata qualora la gravità della situazione economica della banca stessa trovi conferma nell'intervento del fondo di garanzia dei depositanti e nella sentenza, ancorché appellata, con cui è stato dichiarato il suo stato di insolvenza.

¹⁴ Dunque, il requisito fattuale per l'intervento del sistema di garanzia italiano nei confronti dei depositanti di succursali di banche comunitarie operanti in Italia, non risiede nell'apertura di specifiche procedure a carico della banca stessa, bensì nel solo intervento dell'equipollente - e tuttavia meno garantista - sistema nel Paese d'origine.

siano operativi sistemi di garanzia o che questi non consentano l'adesione delle succursali predette e, in ogni caso, nei limiti consentiti dai Fondi italiani ed, eventualmente, dai sistemi di garanzia degli Stati di insediamento¹⁵.

Tutte le volte in cui i Fondi sono chiamati ad intervenire, subordinatamente all'autorizzazione della Banca d'Italia, la copertura assicurata, entro il limite massimo di 100 mila euro¹⁶, aggiornabile in funzione del tasso di inflazione¹⁷, riguarda essenzialmente i crediti relativi ai fondi acquisiti dalle banche con obbligo di restituzione, sotto forma di depositi o altra forma¹⁸ - è chiaro il riferimento alla nozione di «raccolta del risparmio» ai sensi dell'art. 11 del T.U. -, nonché agli assegni circolari e agli altri titoli di credito ad essi

¹⁵ Cfr. art. 3 Statuto FITD; art. 6 Statuto FGDC.

¹⁶ L'ammontare del rimborso è in particolare da calcolarsi con riferimento al totale dei fondi rimborsabili intestati a ciascun depositante. Nel caso poi di fondi cointestati, deve individuarsi la quota di pertinenza di ogni cointestatario, da sommare agli ulteriori fondi ad esso intitolati, ai fini dell'applicazione del massimale previsto. Mentre nell'ipotesi di fondo congiunto, questo è da intendersi ripartito in proporzioni uguali tra i diversi cointestatori, salvo specifiche disposizioni.

¹⁷ Il progressivo incremento della protezione da parte dei sistemi di garanzia a favore dei depositanti (inizialmente il limite segnalato ammontava a 20 mila euro) potrebbe peraltro esser causa di un indebolimento della sostenibilità finanziaria per gli ordinamenti europei e delle banche stesse, atteso l'aumento delle contribuzioni a loro carico a sostegno dei Fondi.

¹⁸ È il caso, ad esempio, di quelli detenuti a titolo di conto corrente, deposito a risparmio, certificato di deposito.

assimilabili¹⁹. Sono invece esclusi dalla tutela, tra gli altri, i fondi rimborsabili al portatore, le obbligazioni²⁰, i pronti contro termine e le passività computate nei mezzi patrimoniali delle banche²¹. Inoltre, gli strumenti finanziari della clientela detenuti dalle banche nell'esercizio dei servizi e delle attività di investimento, inclusi qui i titoli oggetto di operazione pronti contro termine, sono protetti dal «Fondo Nazionale di Garanzia»²², ai sensi della disciplina in materia di

¹⁹ È palese dunque l'intento sotteso di tutelare anche la funzione dei mezzi di pagamento e la fiducia del pubblico nel loro utilizzo.

²⁰ Anche se è da segnalare come il Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo abbia esteso la tutela, attraverso l'istituzione di un nuovo fondo su base volontaria, pure alle obbligazioni.

²¹ L'elenco completo delle esclusioni è dettato dal comma 4 dell'art. 96-*bis* del T.U., potendo a riguardo distinguersi ipotesi soggettive ed oggettive, a seconda che le medesime attengano a particolari qualità del creditore o al tipo di rapporto instaurato con la banca. Si vuole tuttavia segnalare la fattispecie contemplata alla lett. l) della predetta disposizione, inglobante nell'esclusione della tutela dei sistemi di garanzia «i depositi per i quali il depositante ha ottenuto dalla banca, a titolo individuale, tassi e condizioni che hanno concorso a deteriorare la situazione finanziaria della banca, in base a quanto accertato dai commissari liquidatori». Trattasi quindi di depositi oggetto di revocatoria, il cui carattere pregiudizievole giudizialmente sancito con una pronuncia di inefficacia trancia ogni possibilità di tutela da parte del Fondo. Il discorso, tuttavia, non può così esaurirsi *sic et simpliciter*, pensando infatti che anche il credito *diverso* del depositante soccombente in revocatoria è ammesso allo stato passivo. Solo che l'origine del titolo su cui la pretesa si basa, differente rispetto al pregresso rapporto di deposito, vale a far venire meno il diritto di rimborso da parte del sistema di garanzia nella specie operante.

²² Istituito dall'art. 15, legge 2 gennaio 1991, n. 1 e riconosciuto «sistema di indennizzo», avente personalità giuridica di diritto

sistemi di indennizzo degli investitori, entro il limite di 20 mila euro²³. In ogni caso non sono mai coperti dalla protezione i clienti cc.dd. «istituzionali» (altri intermediari o organismi pubblici), a conferma quindi che la tutela offerta dai predetti Fondi sia da confinare al cliente *inconsapevole*.

1.2.1 Le modalità di intervento in particolare

I commi 6, 7 e 8 dell'art. 96-bis del T.U. rappresentano le norme chiave per la disciplina dell'intervento dei sistemi di garanzia dei depositi, oggi (tendenzialmente) obbligatorio - in presenza dei presupposti di legge surriferiti -, nel senso che i depositanti godono di un *diritto soggettivo* alla protezione da parte del Fondo a cui la propria banca aderisce, potendo pertanto azionarlo nelle forme previste in generale dall'ordinamento²⁴. Sono

privato, ai sensi dell'art. 62, comma 1, decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415.

²³ Art. 5 D.M. 14 novembre 1997, n. 485. In ogni caso, l'intervento del suddetto Fondo è subordinato esclusivamente - per quel che qui interessa - all'apertura di una procedura di liquidazione coatta bancaria, non operando invece nell'ipotesi di amministrazione straordinaria o altra procedura informalizzata di gestione della crisi: art. 3, comma 1, Statuto FNG. Come sempre, comunque, la copertura finanziaria delle spese di funzionamento e degli interventi istituzionali del Fondo è a carico dei soggetti aderenti.

²⁴ R. Cercone, *Commento all'art. 96-bis*, cit., p. 1235. Il pensiero invero deve essere corretto - da qui l'avverbio «tendenzialmente» - alla luce della prescrizione contenuta nell'art. 4 Statuto FGDC, in ossequio alla quale *tutti* gli interventi sono *condizionati* alla previa valutazione e deliberazione degli organi del Fondo. Pertanto, si precisa, né le consorziate, né i depositanti potranno esercitare nei

innanzitutto ammessi al rimborso i crediti, tra quelli oggetto di tutela, che possono essere fatti valere nei confronti della banca in liquidazione coatta amministrativa. Deve dunque considerarsi l'azionabilità, seppur astratta, dei fondi rimborsabili verso l'ente bancario in procedura concorsuale, per essi intendendosi i saldi creditori risultanti da negozi - non esclusivamente riconducibili al deposito - che diano al risparmiatore quanto meno il diritto alla restituzione di una quantità di mezzi monetari pari a quella dal medesimo consegnata²⁵. Azionabilità che di fatto si risolve nella possibilità di insinuare i crediti al passivo, scontando naturalmente gli interessi maturati dopo l'apertura della liquidazione - salvo si tratti di crediti prelaزيونari -, nonché la parte eventualmente compensata con debiti di cui il beneficiario del rimborso è gravato nei confronti della banca medesima. Azionabilità, si scriveva, «astratta», posto che il rimborso non è affatto condizionato alle risultanze dello stato passivo, dati anche i tempi entro cui il medesimo deve avvenire che, matematicamente, non sono capaci di inglobare pure la fase di verifica dello stato passivo (ancorché semplicemente amministrativa)²⁶. Il rimborso

confronti del Fondo medesimo alcuna azione per pretendere gli interventi stabiliti.

²⁵ I. Mecatti, *Commento all'art. 96-bis*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio et al. Milano, 2010, § 2, richiamante il medesimo pensiero di Cercone.

²⁶ Basti infatti pensare che, ai sensi del primo comma dell'art. 86 del T.U., il commissario provvede a comunicare ai soggetti interessati il

avviene, di regola mediante l'erogazione di somme in contanti²⁷, entro venti giorni lavorativi dalla data in cui si producono, ai sensi dell'art. 83, comma 1, del T.U., gli effetti del provvedimento di liquidazione, ovverosia dalla data di insediamento degli organi liquidatori e, comunque, dal terzo giorno successivo a quello di adozione del decreto ministeriale. Il predetto termine, certamente derogabile in senso migliorativo, potrebbe peraltro essere prorogato dalla Banca d'Italia, ma solo in

riconoscimento del loro diritto anche a un mese (seppur non oltre) dalla nomina.

²⁷ In particolare, per i depositi in valuta, il calcolo del rimborso dovuto verrà effettuato con riferimento al cambio del giorno di emanazione del decreto di liquidazione coatta: cfr. art. 11 Regolamento FITD; art. 20 Regolamento FGDC. Deve in più, a riguardo, segnalarsi come questa sia la forma dell'intervento individuata in base alle norme statutarie dei due Fondi in questione, non precludendosi tuttavia modalità anche sostitutive, ove idonee ad assicurare ai depositanti un'utilità paragonabile a quella propria del rimborso. Il caso classico individuato è quello del sostegno a operazioni di cessione di attività e passività della banca in liquidazione ad un'altra banca, mediante la copertura del deficit di cessione derivante dallo sbilancio tra i valori passivi e attivi trasferiti. Cfr. art. 28 Statuto FITD. In tal modo la finalità del Fondo si sostanzierebbe nel conseguimento del più ampio obiettivo di assicurare la continuità del rapporto bancario. Si è inteso comunque ammettere tale possibilità solo se l'onere a carico del sistema di garanzia sia prognosticamente e verosimilmente minore di quello che deriverebbe dal rimborso dei depositi: S. Maccarone, *Commento agli artt. 96-96-quater*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli et al. Bologna, 2003, pp. 1631 e 1634, il quale ricorda - tra i fortunatamente pochi interventi dei Fondi - il sostegno in favore della Cassa di Risparmio di Prato, consistente nella sottoscrizione di un aumento di capitale che comportò l'acquisto da parte del Fondo di una partecipazione poi ceduta a un prezzo pari alla metà del suo costo.

circostanze del tutto eccezionali - non altrimenti definite -, per altri dieci giorni lavorativi al massimo²⁸. Una volta effettuati i rimborsi, i Fondi *subentrano* nei diritti dei depositanti nei confronti della banca sottoposta a procedura e, nei limiti dei rimborsi stessi, percepiscono i riparti erogati dalla liquidazione in via prioritaria rispetto ai depositanti rimborsati, da intendersi qui concorrenti per il residuo non oggetto di rimborso²⁹. La legge dispone dunque l'antegrazione del Fondo rispetto *solo* ai beneficiari del suo intervento - concorrendo invece nel rispetto delle cause legittime di prelazione con gli altri creditori diversi dai depositanti -, in sede di restituzione e riparto. È in ogni caso da precisare che qualora il Fondo sia intervenuto, in ossequio alle proprie previsioni statutarie, in precedenza rispetto all'apertura della procedura

²⁸ Si coglie quindi l'occasione per osservare come, ad avviso di chi scrive, il restringimento legale dei tempi di rimborso, totalmente svincolati dall'accertamento del passivo bancario, appaia inopportuno, alla luce delle ingombranti conseguenze processuali e sostanziali che lo stesso comporta, come si avrà modo di illustrare nel proseguo. Implicazione necessaria del fatto che la struttura della liquidazione coatta bancaria non permetta che in venti giorni il credito sia accertato è pertanto la necessità, per il sistema di garanzia, di procedere autonomamente, reperendo dagli organi concorsuali o direttamente dai depositanti la documentazione legittimante il rimborso, così da effettuarlo nei tempi *ex lege* fissati al ricorrere delle condizioni. In tal senso: I. Mecatti, *Commento all'art. 96-bis*, cit., § 1.

²⁹ È pertanto evidente che, qualora l'attivo di liquidazione fosse sufficiente, l'intervento del Fondo, ove se ne riconosca l'ammissibilità, superando così quel requisito implicito sopra ipotizzato, avrebbe unicamente lo scopo di assicurare il rimborso in tempi più brevi rispetto a quelli dei riparti di liquidazione.

concorsuale a carico della banca, in un'ottica preventiva di risanamento, o anche in tempo successivo, ma senza che il suo operare si sia tradotto nel rimborso *ex lege* previsto a tutela dei depositanti – possibilità peraltro cumulabile con le iniziative già intraprese –, lo stesso resterà creditore della liquidazione, senza vantare, per legge, alcun titolo di prelazione³⁰. Non si può comunque esimersi dal notare come nel caso in cui l'intervento del Fondo si sia concretizzato nel pagamento dello sbilancio di cessione, risolvendosi questo in un pagamento alla procedura di una somma sufficiente a bilanciare i conti a favore della banca cedente, il Fondo medesimo acquisti un diritto di credito da iscriversi nel passivo della liquidazione in prededuzione, in quanto debito direttamente assunto dalla procedura nei confronti della banca cessionaria³¹.

Deve da ultimo chiarirsi che gli interventi del Fondo, in qualunque forma attuati, lasciano impregiudicate eventuali azioni risarcitorie o comunque dirette alla tutela del patrimonio dell'azienda³².

³⁰ S. Maccarone, *Commento agli artt. 96-96-quater*, cit., p. 1635, il quale precisa che nel meccanismo del Fondo vi è un solo intervento obbligatorio e tipico ed è il rimborso dei depositi, mentre tutti gli altri casi di intervento, prima e/o dopo il provvedimento di liquidazione, sono facoltativi e scontano un giudizio di convenienza.

³¹ Ancora: S. Maccarone, *Commento agli artt. 96-96-quater*, cit., pp. 1635-1636, criticante la prassi passata, ove il Fondo ha pagato lo sbilancio di cessione direttamente alla banca cessionaria.

³² Cfr. art. 5, comma 2, Statuo FGDCC.

2. Lettura processuale

2.1 Ricostruzione interpretativa in merito all'operare dei fondi di garanzia

Il subentro, a rimborso effettuato, dei sistemi di garanzia nei diritti dei depositanti, alle medesime condizioni di fatto e di diritto³³, determina chiaramente una modificazione del lato *attivo* dell'obbligazione di restituzione a carico della banca in liquidazione. Modificazione peraltro parziale qualora il rimborso non sia stato in grado di coprire l'intero ammontare del credito del depositante, in quanto superiore a 100 mila euro, limite massimo di copertura. Di talché, la banca in liquidazione si troverà debitrice direttamente nei confronti del Fondo intervenuto per una somma pari alla quota di rimborso e continuerà ad essere gravata dell'obbligo di restituzione verso il depositante per il residuo non rimborsato. Di tale mutamento deve pertanto darsi conto nello stato passivo che andrà conseguentemente intestato al sistema di garanzia per la somma dei depositi rimborsati³⁴.

³³ La surrogazione – si ricorda – non si risolve nell'attribuzione al *solvens* di un diritto nuovo, bensì di un diritto che già apparteneva all'*accipiens*, e, di conseguenza, attua il subingresso anche nei diritti accessori di garanzia (che invece è escluso in caso di regresso).

³⁴ Peraltro, laddove l'intervento abbia luogo successivamente al deposito dello stato passivo – ipotesi invero remota alla luce del nuovo stringente arco temporale entro cui la legge obbliga il Fondo a provvedere –, più voci ritengono che lo stesso commissario liquidatore possa eccezionalmente modificare il predetto stato,

Il subentro suddetto realizza dunque un'ipotesi di surrogazione legale, *ex art. 1203, n. 3), c.c.*³⁵, la quale opera di diritto e – qui, sembrerebbe, pure – in via automatica³⁶. Per effetto del meccanismo legale, infatti, non si richiederebbe il consenso del creditore soddisfatto alla surrogazione stessa e, neppure, la dichiarazione formale ed espressa del *solvens* di volersi surrogare. Dal punto di vista processuale, la fattispecie in esame soggiace, in assenza di una disciplina *ad hoc*, alle norme generali del codice di procedura civile, realizzando una peculiare forma di *successione a titolo particolare nel diritto di credito*³⁷. Emerge pertanto il carattere derivativo del diritto acquistato mediante surrogazione. Ove dunque il processo con oggetto inerente il diritto di credito non sia ancora instaurato, il surrogato perde la legittimazione ad agire; qualora invece la surrogazione si sia realizzata successivamente a tale processo, questo deve continuare tra le parti

nonostante lo stesso sia divenuto, proprio con il deposito, esecutivo e, per definizione, irrettabile ad opera del suo autore. In tal senso: R. Cercone, *Commento all'art. 96-bis*, cit., p. 1245; V. Tusini Cottafavi, *L'accertamento dello stato passivo*, in G. Boccuzzi, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*. Milano, 1998, p. 286. Cfr. però quanto scritto in senso dissonante *sub cap. V, § 2.2.*

³⁵ In virtù di detta norma, infatti, la surrogazione legale opera (anche) a vantaggio di colui che, essendo tenuto *per* altri al pagamento del debito, aveva interesse a soddisfarlo.

³⁶ Che sia peraltro questa la generale regola operativa della surrogazione legale: Cass. civ., 24 novembre 1981, n. 6240, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Obbligazioni in genere* [4500], n. 20.

³⁷ Il pensiero sotteso è quello di: V. Andrioli, *Surroga legale e successione nel rapporto litigioso*, in *Assicurazioni*, 1948, II, p. 48.

originarie, salvo intervento del surrogante con possibilità di estromissione del surrogato, ferma in ogni caso l'estensione degli effetti della sentenza nei confronti del surrogante, quale, appunto, successore a titolo particolare nel diritto controverso, in ossequio alla disciplina dettata dall'art. 111 c.p.c.³⁸. In altri termini, con la surrogazione (del sistema di garanzia che ha rimborsato il credito del risparmiatore), il surrogante (Fondo) subentra nella stessa posizione sostanziale e processuale in cui si sarebbe trovato il surrogato (depositante) se avesse agito direttamente verso il debitore (la banca in liquidazione) ovvero succede al medesimo nel processo, se già promosso, a norma dell'art. 111 c.p.c.³⁹. E il processo di cui si parla coincide con ogni ipotesi giudiziale nella quale il depositante riveste il ruolo di attore. *In primis*, dunque, si tratterà del giudizio di opposizione/accertamento allo/dello stato passivo – a seconda che la domanda presupponga o

³⁸ In riferimento all'ipotesi di surrogazione dell'assicuratore: Cass. civ., sez. III, 27 febbraio 1998, n. 2219, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Assicurazione (contratto)* [0570], n. 212.

³⁹ Cass. civ., sez. un., 28 maggio 1994, n. 5246, in *Riv. dir. internaz. privato e process.*, 1995, p. 397, la quale – sembra interessante riportare – ha statuito nel senso che è valida una clausola di deroga alla giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 2 c.p.c., in relazione ad una domanda proposta da un assicuratore italiano nei confronti del convenuto straniero in virtù del diritto di surroga previsto dalla legge; l'esercizio di tale diritto dà luogo infatti ad una peculiare forma di successione particolare nel diritto di credito, per effetto della quale quest'ultimo si trasferisce all'assicuratore con tutte le sue caratteristiche anche di natura processuale, ivi compresa l'esistenza o meno dei criteri di giurisdizione stabiliti dall'art. 4 c.p.c.

meno la verifica amministrativa (asseritamente) errata del credito, risolvendosi nel secondo caso in domanda di insinuazione tardiva -. Ma non solo, dovendosi infatti menzionare anche i giudizi attivati dall'impugnazione dei riparti e delle restituzioni. In tutte le ipotesi menzionate, il Fondo, in quanto surrogante-successore a titolo particolare nel diritto controverso, resta soggetto alle stesse eccezioni opponibili al depositante surrogato, sia di rito che di merito, fondate su situazioni di fatto già esistenti al momento della surrogazione⁴⁰, non potendo, per altro verso, vantare diritti maggiori di quelli che competono in concreto al suo dante causa e rimanendo per giunta vincolato da eventuali giudicati in ordine al diritto di credito del surrogato⁴¹.

Ora, sulla premessa che la nuova disciplina, imponente un obbligo di intervento del Fondo, nella specie interessato, in tempi decisamente ristretti rispetto all'evolversi della procedura di liquidazione e,

⁴⁰ In tema di surrogazione dell'assicuratore: Cass. civ., sez. III, 22 luglio 1991, n. 8168, in *Arch. circolaz.*, 1991, p. 891.

⁴¹ Cfr. sempre con riguardo al caso di surrogazione dell'assicuratore: Cass. civ., sez. III, 23 maggio 1996, n. 4755, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 1997, p. 659 (con nota di Zanchetta), specificatamente affermando che l'assicuratore, agente in surrogazione nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili, ai sensi dell'art. 1916 c.c., non può vantare diritti maggiori di quelli che competono in concreto al suo dante causa a titolo risarcitorio ed è vincolato da eventuali giudicati in ordine al diritto risarcitorio del surrogato, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., direttamente applicabile nei suoi confronti, perché successore a titolo particolare di quest'ultimo.

peculiarmente, rispetto alla fase di accertamento *giudiziale* dello stato passivo – con riflessi pratici davvero inopportuni –, le regole dettate dall’art. 111 c.p.c. non paiono destinate a trovare, nel contesto *de quo*, concreta applicazione. Cionondimeno una loro esclusione per mancata rispondenza con la fattispecie del caso non deve essere accolta *de plano*. Innanzitutto, il Fondo provvederà – si immagina, data l’assenza di alcuna prescrizione regolamentare e neanche statutaria – ad effettuare il rimborso sulla base di un’apposita istanza presentata dal risparmiatore coinvolto, all’uopo informato dalla banca stessa rappresentata dal commissario liquidatore, oserei dire – data la stringenza dei tempi – quasi contestualmente alla nomina stessa. Per procedere alle operazioni di rimborso il Fondo effettuerà quindi un confronto tra l’istanza presentata dal singolo e la documentazione in possesso della banca – la medesima impiegata dal commissario per procedere all’accertamento –, garantendo il rimborso in quei casi in cui riscontri una piena rispondenza dell’istanza con la documentazione bancaria, senza procedere a particolari indagini istruttorie, inibite – si ripete – dalla tirannia della *deadline ex lege* fissata, rimettendo invece i casi che appaiono poco chiari alla fase di verifica del passivo⁴².

⁴² A riguardo è da precisare che nell’effettuazione degli interventi, il Fondo opera quale mandatario senza rappresentanza delle consorziate e non già solo della banca che necessita l’intervento: art. 26, comma 1, Statuto FGDC. Nel medesimo senso depone anche l’art. 4, comma 2, Statuto FITD, ai sensi del quale il Fondo effettua gli interventi per conto e nell’interesse delle consorziate.

Ove questa si concluda con l'ammissione dei crediti inizialmente non rimborsati, il Fondo attuerà dunque il suo scopo successivamente – in deroga all'obbligo di rimborso tempestivo che la ponderazione degli interessi in gioco sembra imporre –, subentrando nel diritto del surrogato. Sembra infatti assurdo sostenere un rimborso indiscriminato, comportante un'eventuale ripetizione da parte del Fondo delle somme corrisposte erroneamente a favore dell'asserito depositante, la cui posizione sia poi risultata non ammessa allo stato passivo⁴³. Ciò detto, per recuperare l'operatività dell'art. 111 c.p.c., indubbiamente norma scritta *per il processo* disciplinato dal codice di rito, non si può rigettare *a priori* l'ipotesi in cui il commissario liquidatore, senza attendere lo spirare del mese *ex art. 86, comma 1, del T.U.*, proceda velocemente a inviare le comunicazioni prescritte, così in un qual modo aprendo il procedimento amministrativo di verifica dello stato passivo. Bene, se si accetta che pure tale procedimento abbia in sé una forma di *giudizio* che si conclude con la redazione dello stato passivo depositato in cancelleria del tribunale competente e, per questo, *ex se* esecutivo,

⁴³ Si coglie peraltro l'occasione per sottolineare come il subentro del Fondo nei diritti dei depositanti non debba risolversi in un'aggregazione indifferenziata di diritti di credito, rimanendo invece opportuno il mantenimento di una distinzione degli stessi, cosicché il Fondo che si insinua al passivo, lo fa cumulando, nella sua pretesa, tutti i *singoli* crediti da esso rimborsati. E questo, perché, come detto, trattandosi di surrogazione, si realizza una successione nel diritto e non nasce invece *ex novo* un diritto di credito del Fondo per il rimborso effettuato.

non sembra eccessivamente azzardato proporre una traslazione, con gli adattamenti imprescindibili, delle regole processualistiche anche in codesta sede⁴⁴. Di talché, in pendenza di procedura, la verifica da parte del commissario liquidatore prosegue nei riguardi del depositante (ancorché già rimborsato), quale parte originaria, che potrà, ad esempio, anche presentare reclami ai sensi del comma 4 dell'art. 86 del T.U., allegando i documenti giustificativi, qualora ritenga che la somma riconosciuta dal commissario liquidatore nella raccomandata ad esso indirizzata, coincidente con quella rimborsata dal Fondo, sia inferiore alla sua pretesa. Ora, la situazione dell'avente causa (Fondo) è non già collegata dal punto di vista oggettivo a quella del dante causa (depositante) da un vincolo di *dipendenza*, nel senso che – detto in termini simmetrici – la situazione del dante causa, parte originaria, è pregiudiziale rispetto a quella dell'avente causa, come invece si è soliti affermare nel caso di *cessione* vera e propria del diritto controverso. Bensì, trattandosi qui di *surrogazione* la situazione dell'avente causa è realmente *identica* rispetto a quella del dante causa. In ogni caso, e qui si può dire *a fortiori*, la determinazione vincolante sulla situazione del dante causa avrà effetto anche nei confronti del surrogante. Ciò che quindi il commissario liquidatore conclude con il deposito dello stato passivo “in merito” al diritto del depositante vincolerà anche il

⁴⁴ Le riflessioni discendono dallo studio di: F.P. Luiso, *Diritto processuale civile. Principi generali*. Milano, I, 2000, pp. 344 e ss.

Fondo, al quale, pertanto, nel rimborso anticipato rispetto alla determinazione commissariale, converrà essere prudente, con stime piuttosto in difetto, salvo poi integrare tempestivamente quanto ancora eventualmente dovuto al depositante – che, se del caso, come detto, avrà provveduto a proporre reclamo sottoponendo all’attenzione dell’autorità competente il documenti giustificativi, innalzanti l’ammontare della sua pretesa -. Deve altresì considerarsi che per la parte di credito rimborsata, la successione del Fondo produce l’estinzione del diritto di credito del depositante, ovvero in qualche modo “dedotto” nella fase commissariale di verifica. Per cui, in ossequio alla regola generale (e generalizzabile anche a pronunce diverse da quelle giudiziali) in base alla quale la decisione si deve fondare sulla situazione esistente al momento – qui si semplifica, adattando – in cui la stessa viene adottata, il commissario dovrà tenere conto anche degli effetti estintivi che si sono prodotti in conseguenza della successione nel diritto di credito da accertare. Sennonché, diviene possibile manipolare i riflessi di detti effetti nel “giudizio” in corso, avvalendosi, in base alle circostanze, della c.d. «teoria dell’irrelevanza». Nel senso che, se il commissario ritiene che la pretesa del depositante – sia essa stata o meno azionata, ai sensi dell’art. 86, comma 5, del T.U. – è infondata, nonostante l’intervenuto rimborso, può applicare la predetta teoria, non tenendo dunque conto dell’avvenuta surrogazione ed escluderà il presunto credito dallo stato passivo – e

qui però resta da verificare come il Fondo possa in pratica ripetere quanto erroneamente versato a beneficio del depositante -. Se invece, il commissario liquidatore riscontri correttezza nell'operare del Fondo, applicherà l'opposta «*teoria della rilevanza*», divenendo in tal caso oggetto di "cognizione" il diritto proprio del Fondo, che però nella specie - come sopra osservato - è identico a quello del surrogato, cosicché non si impone la necessità di modificare l'oggetto predetto. Resta comunque fermo che, tecnicamente, il permanere del depositante quale destinatario finale della determinazione commissariale stilante lo stato passivo bancario, depone nel senso della qualifica del depositante medesimo di *sostituto* del Fondo surrogante per la parte di credito rimborsata. Quest'ultimo tuttavia, intervenendo, dal punto di vista sostanziale, a beneficio del depositante, al contempo interviene nella procedura di verifica⁴⁵, dando luogo a un'ipotesi di litisconsorzio unitario con il proprio dante causa. A tal punto, richiamando la disciplina processualistica, si dovrebbe ammettere l'"estromissione" del depositante surrogato. In realtà la conclusione non è universale. È noto, infatti, che presupposto indefettibile dell'estromissione è che la successione abbia avuto luogo in relazione all'*intero oggetto* della domanda. Dunque, se il rimborso effettuato dal Fondo è stato in grado di coprire l'intero ammontare

⁴⁵ È infatti stabilito che il Fondo debba curare con la dovuta diligenza il recupero delle somme impiegate: art. 26, comma 2, Statuto FGDCC.

della pretesa restitutoria del depositante, quest'ultimo esce tranquillamente di scena e, qui, si deve ritenere, in modo automatico, senza necessità di consenso alcuno. Qualora invece la copertura del sistema di garanzia non sia stata totale, o perché il credito risultava superiore al tetto massimo di 100 mila euro o perché, per qualunque ragione, dallo stesso Fondo sia stata riconosciuta una pretesa inferiore rispetto a quella vantata, il depositante rimarrà in gioco, eventualmente proponendo – se del caso – opposizione allo stato passivo, qualora la determinazione commissariale abbia coinciso con la scelta del Fondo. Impugnazione peraltro da consentirsi, a rigore, anche al Fondo per la quota imprudentemente rimborsata e non ammessa al passivo⁴⁶.

2.2 I dettagli normativi nel caso di attivazione del sistema di indennizzo

Alla luce delle indubbe problematiche riscontrate nell'ipotizzare l'applicabilità della nuova disciplina per il caso di intervento del sistema di garanzia a tutela dei depositanti anticipato – perché così vorrebbe l'osservanza del termine di venti giorni – rispetto alla definizione dello stato passivo con cui anche i crediti dei

⁴⁶ L'interesse ad agire è peraltro giustificabile sulla base della previsione statutaria in base alla quale le attività e i beni di qualunque natura, acquisiti o recuperati per effetto degli interventi, sono attribuiti alle consorziate, secondo le rispettive quote di contribuzione all'intervento medesimo: contestualmente ai sensi dell'art. 30 Statuto FITD, ovvero ad esaurimento degli interventi medesimi, quando non possibile in occasione di riparti anticipati, giusta la previsione di cui all'art. 30 Statuto FGDCC.

depositanti vengono accertati, decisamente più apprezzabile si rivela essere la normativa più dettagliatamente costruita con riguardo al caso di intervento del Fondo Nazionale di Garanzia a tutela degli investitori, alla quale, ad avviso di chi scrive, occorrerebbe uniformarsi pure con riguardo all'ipotesi suddetta.

Innanzitutto, anche al fine di meglio comprendere la distinzione tra i rispettivi ambiti oggettivi di intervento dei sistemi di garanzia, da un lato, e di quello di indennizzo, dall'altro, è a dirsi che quest'ultimo si rivolge a protezione del soggetto «investitore», da intendersi quale persona fisica o giuridica che affida denaro o strumenti finanziari agli intermediari nell'ambito di «operazioni di investimento»⁴⁷. Il Fondo in questione indennizza dunque gli investitori per i crediti derivanti dalla prestazione di «servizi e attività di investimento», così come definiti dall'art. 1, comma 5, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico Finanziario, di seguito T.U.F.), nonché del «servizio accessorio» di custodia e amministrazione di strumenti finanziari *ex art. 1, comma 6, del medesimo T.U.F.*⁴⁸, effettuate dall'intermediario all'uopo

⁴⁷ Si deve in ogni caso escludere dal novero dei soggetti indennizzabili quelli (in diverso modo) riconducibili alla categoria dell'investitore istituzionale, nonché quelli - da ricomprendersi per logica nei predetti - che abbiano concorso a determinare l'insolvenza del soggetto aderente, come accertato dagli organi della procedura concorsuale: art. 4 Regolamento operativo FNG.

⁴⁸ Cfr. artt. 1 e 2 Regolamento operativo FNG.

autorizzato che, nella specie, può coincidere anche con un ente bancario. L'art. 59 del T.U.F. chiarisce peraltro, così ponendo in rilievo la mancanza di cui pecca la legislazione bancaria, che il rilascio dell'autorizzazione alla prestazione di servizi e attività di investimento è subordinato all'adesione a un sistema di indennizzo a tutela degli investitori riconosciuto (direttamente) dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob⁴⁹. In particolare, il Fondo garantisce il rimborso dei crediti vantati da ciascun investitore fino all'ammontare massimo complessivo di 20 mila euro che, però, *non è cumulabile* con l'indennizzo erogato ai sensi dell'art. 96-bis del T.U. bancario⁵⁰. Ecco qui - deve riconoscersi - il calare di un velo di opacità in merito al significato esatto della previsione, posto che, nonostante si imponga al Fondo di adottare opportune misure di coordinamento con i sistemi di tutela dei depositi bancari, nulla è a riguardo previsto, neppure dal Regolamento operativo del Fondo medesimo, che si limita a riprodurre la disposizione tal quale⁵¹. Sembrerebbe dunque che qualora il depositante sia anche investitore nei termini anzidetti presso la

⁴⁹ L'art. 2, comma 7, Statuto FNG aggiunge inoltre, mettendo in risalto un'ambizione di trasparenza di cui ancora le corrispondenti norme sull'operatività dei sistemi di garanzia sembrano essere prive, che i soggetti aderenti sono tenuti ad informare i clienti investitori sull'adesione al Fondo e sull'indennizzo, tanto che l'adesione al Fondo deve essere indicata negli atti e nella corrispondenza.

⁵⁰ Art. 5, commi 1 e 4, D.M. 485/1997.

⁵¹ Cfr. art. 9 Regolamento operativo FNG.

medesima banca, nel caso in cui questa “fallisca” riuscirà a recuperare, al più, quanto tiene sul conto e non già quanto abbia anche investito in strumenti finanziari. Il che è bene saperlo, nel senso che le somme maggiori conviene (ancora) tenerle, ancorché ferme, su un conto corrente, piuttosto che investirle in strumenti potenzialmente non rimborsabili. Chiaramente il discorso regge nell’ipotesi in cui si voglia rimanere “fedeli” alla medesima banca, non potendo, ad avviso di chi scrive, valere il predetto divieto di “cumulatività” qualora lo sfortunato risparmiatore si veda “fallire” sia la banca presso cui è depositante, sia quella per mezzo della quale ha concluso operazioni di investimento. La lettera di legge, pur rimanendo vaga - e quindi anche in tal senso legittimamente interpretabile⁵² -, non pare spingersi fino a tal punto.

Oltrepassando comunque questa spontanea digressione - suscitata non a torto dall’attuale scenario - è importante precisare che pure qui la tutela garantita dal Fondo è estesa anche a soggetti stranieri, nei confronti di: succursali di banche italiane insediate in Stati comunitari, mediante la corresponsione di un indennizzo non eccedente il livello massimo di tutela offerto dal corrispondente sistema previsto nello Stato ospitante e, comunque, non superiore alla soglia di 20 mila euro; succursali insediate in Italia di banche comunitarie, aderenti al Fondo, limitatamente

⁵² Specie ove si consideri che al medesimo Fondo Nazionale di Garanzia aderiscano entrambe le banche coinvolte.

all'attività svolta in Italia - requisito invece non previsto nella disciplina bancaria -, subordinatamente all'intervento del sistema di indennizzo proprio dello Stato d'origine ed esclusivamente per la differenza tra l'indennizzo garantito dal Fondo italiano e quello previsto dal predetto sistema dello Stato d'origine, purché non eccedente la soglia dei 20 mila euro; succursali insediate in Italia di banche extracomunitarie, aderenti al Fondo, sempre limitatamente all'attività svolta in Italia ed entro la soglia massima nel nostro ordinamento garantita, subordinatamente all'intervento del sistema di indennizzo proprio dello Stato d'origine o, qualora questo non sia previsto, in caso di assoggettamento di tali succursali alle procedure concorsuali dello Stato italiano⁵³. Nei confronti delle banche italiane, invece, presupposto per l'operare del sistema di indennizzo è, unicamente, l'apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa⁵⁴. Non resta dunque che vedere come, in concreto, il meccanismo di rimborso previsto si realizzi e che il Regolamento operativo ha il pregio di spiegare in modo puntuale, non scomodando pertanto ardite costruzioni sul piano processual-civilistico.

Si chiarisce fin da subito che, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del Regolamento operativo, il Fondo

⁵³ Le ipotesi suddette sono esplicitate dall'art. 2, comma 2, Regolamento operativo FNG.

⁵⁴ Art. 3, comma 1, lett. a), D.M. 485/1997; art. 5, comma 1, Regolamento operativo FNG.

interviene ad indennizzare gli investitori per i crediti *chirografari* o derivanti dalla mancata restituzione *integrale* del denaro e/o degli strumenti finanziari o del loro controvalore. Deve dunque dedursi che i creditori privilegiati non sono coperti dalla garanzia offerta dal Fondo e che quest'ultimo non opera in via automatica, intervenendo solo ad integrazione di quanto la procedura non riesca autonomamente a soddisfare. Inoltre, quale regola aurea, è previsto che l'indennizzo si rivolga a quei crediti che siano stati *riconosciuti in via definitiva* dagli organi della procedura concorsuale, calcolandosi infatti il medesimo sulla base dell'importo accertato in tale sede, al netto di eventuali riparti parziali. In particolare, l'art. 6, comma 1, del Regolamento operativo, precisa che il credito, in caso di liquidazione coatta amministrativa, si intende definitivamente riconosciuto in tre ipotesi: quando sia diventato esecutivo lo stato passivo – il che avviene con il mero deposito di esso presso la cancelleria del tribunale competente a cura del commissario liquidatore – e non sia stata proposta opposizione ai sensi dell'art. 87 del T.U.; quando, proposta opposizione, questa sia stata decisa con sentenza passata in giudicato; ovvero, nell'ipotesi di insinuazione tardiva *ex art. 89 del T.U.*, quando il credito sia stato ammesso al passivo con sentenza passata in giudicato. Subordinare l'intervento del Fondo all'accertamento definitivo dello stato passivo, pur scontando lungaggini temporali, ha chiaramente il vantaggio di rendere certo

l'intervento medesimo, in un'ottica di stabilità che invece non pare prioritaria nella disciplina prescrivente l'operare dei sistemi di garanzia a tutela dei depositanti. Mentre infatti quest'ultima predilige avere di mira la tempestività dell'intervento, all'apparenza non importando la capienza dell'attivo liquidabile e presumendosi la "bontà" dell'ignaro depositante richiedente, quella in esame preferisce condizionare il rimborso alla circostanza che il credito vantato sia in effetti accertato dalla procedura, ma non riesca a venir appieno soddisfatto. Alla luce poi della discrasia tra le soglie massime di rimborso, in un caso 100 mila euro, e, nell'altro, appena 20 mila, la sproporzione delle scelte compiute dal legiferante appaiono abnormi.

Altresì disciplinata è la modalità di ottenimento del rimborso da parte dell'investitore indennizzato. L'art. 10 del Regolamento operativo prevede infatti che gli investitori, i cui crediti siano stati ammessi al passivo, debbano presentare al Fondo apposita istanza, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, anche se, in prospettiva a venire, una maggiore informatizzazione potrebbe risultare opportuna. In ogni caso, l'istanza deve pervenire al destinatario entro *centottanta* giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'avviso di avvenuto deposito dello stato passivo, ai sensi dell'art. 86, comma 8, del T.U. Termine che andrà invece a riferirsi dal passaggio in giudicato della sentenza che decide sull'opposizione o sull'insinuazione tardiva. Giustamente, dunque, il termine non è unico, bensì

differenziato a seconda della posizione soggettiva ricoperta. Inoltre, a miglior tutela dell'investitore è prescritto che la scadenza del termine non è ad esso opponibile, qualora dimostri di essere stato nell'impossibilità di rispettarlo per causa ad esso non imputabile. Tuttavia, la medesima disposizione da ultimo citata contiene, all'ultimo comma, una norma che non può affatto trascurarsi e che potrebbe giocare a sfavore dell'investitore che faccia affidamento sul predetto termine di centottanta giorni, specie ove si tratti di soggetto ricorrente *ex art. 87 o 89 del T.U.* Infatti - sembrerebbe proprio - a prescindere dalla scadenza surriferita, le istanze di indennizzo e la documentazione integrativa, che la disciplina - come meglio si vedrà - richiede, *devono* pervenire al Fondo *prima* del riparto finale dell'attivo. È questa pertanto a doversi considerare la *vera* scadenza, anche alla stregua del fatto che il mancato rispetto del termine di centottanta giorni non implica di per sé decadenza dal diritto di indennizzo e non solo qualora il ritardo non sia colpevole. A proposito, l'art. 12, comma 2, del Regolamento operativo chiarisce che le istanze che pervengano oltre il predetto termine saranno comunque prese in considerazione dal Fondo, a condizione, però, che non vengano modificate situazioni pregresse nel frattempo intervenute.

In qualunque ipotesi si rientri, il contenuto dell'istanza, che deve essere personalmente sottoscritta, è dettagliato dall'art. 11 del Regolamento operativo, il

quale, prima di elencare la documentazione a corredo⁵⁵, impone di indicare l'importo dei crediti ammessi allo stato passivo per i quali si chiede l'indennizzo e dichiarare se l'ammissione dei crediti stessi sia o no definitiva. Ciò significa, da un lato, che, affinché l'investitore possa esattamente quantificare l'importo del suo credito è necessario che sia informato di un giudizio prognostico da parte del commissario liquidatore sulla possibilità di rimborso garantita dalla procedura, posto che l'intervento del Fondo pare, come detto, previsto ad integrazione dei riparti di liquidazione e non quale mezzo per rifondere integralmente (entro i limiti del tetto massimo fissato) il credito dell'investitore. Delle due l'una: o si rigetta tale costruzione, interpretando diversamente la condizione, posta dal secondo comma dell'art. 5 del Regolamento operativo, della «mancata restituzione integrale», divenendo così superfluo ogni immaginato giudizio prognostico, tanto che l'importo trascritto nell'istanza equivarrà all'intero ammontare del credito vantato;

⁵⁵ È in particolare prescritto che l'istanza vada corredata: con copia autentica dello stato passivo; certificato della cancelleria del tribunale attestante se l'ammissione dei crediti sia stata o meno oggetto di opposizione ai sensi dell'art. 87 T.U.; copia autentica della sentenza passata in giudicato in caso di ammissione allo stato passivo conseguente a una domanda di opposizione o di insinuazione tardiva; attestazione degli organi della procedura concorsuale che il credito derivi dalla prestazione di servizi e attività di investimento; dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà attestante che nei confronti del titolare o dei contitolari dei crediti ammessi non sussista alcuna delle situazioni di esclusione elencate all'art. 4 dello stesso Regolamento operativo.

oppure, se si accetta l'interpretazione per la quale il Fondo interviene subordinatamente all'incapacità della procedura di rimborsare l'investitore per l'intero credito, non si può non rilevare un difetto di coordinamento tra la normativa regolamentare con la disciplina sulla liquidazione coatta bancaria e, pertanto, provare a ipotizzare un ulteriore compito in capo al commissario liquidatore, che, durante la verifica del passivo, effettuerà al contempo una ricognizione dell'attivo disponibile, stimando quanto la procedura possa essere in grado di rimborsare al singolo investitore, cosicché, quando provvederà a comunicare l'ammissione del credito al passivo, procederà altresì a render nota la percentuale stimata di rimborso. E lo stesso sarà chiamato a fare all'esito del giudizio di opposizione o di insinuazione tardiva favorevole al ricorrente, posto che con la sentenza il giudice potrà – semmai, qualora se ne sposi la tesi – procedere direttamente all'ammissione del credito al passivo, modificando lo stato in precedenza formato, ma non certo effettuerà alcuna stima sulla possibilità di rimborso, integrale o meno, del credito a carico della procedura. Dall'altro lato, la norma di cui all'art. 11 predetto implica la possibilità per l'investitore di inoltrare l'istanza al Fondo, ancorché la sua pretesa non sia stata definitivamente accertata, o perché ha presentato ricorso per opposizione in quanto il suo credito è stato ammesso al passivo per un ammontare inferiore a quanto ritiene gli sia dovuto, o perché nei

suoi confronti è stata proposta impugnazione da parte di un creditore concorrente, o ancora perché, essendo stata la sua posizione totalmente estromessa dalla verifica commissariale, ha presentato al giudice domanda di insinuazione tardiva. Dunque è solo il termine finale di proposizione dell'istanza a essere correlato alla definitività dell'accertamento e non anche il momento di decorrenza iniziale, che, astrattamente, può ben coincidere con la data di apertura della procedura di liquidazione coatta a carico della banca debitrice. Il che, peraltro, ha il vantaggio di consentire al Fondo di procedere agli opportuni accantonamenti ai sensi dell'art. 12 del Regolamento operativo. In generale, infatti, sulla base delle istanze pervenute entro *centonovanta* giorni dalla data in cui è stato depositato lo stato passivo, il Fondo stesso è chiamato ad accertare le proprie disponibilità finanziarie e quantificare gli impegni per il pagamento degli indennizzi, provvedendo all'accantonamento – in conti individuali, infruttiferi e rubricati a nome degli aventi diritto – per il caso in cui i crediti vantati nell'istanza risultassero ammessi a seguito di opposizione o di insinuazione tardiva. Successivamente, il Fondo dispone il pagamento degli indennizzi – nell'ordine e con le priorità determinati alla data in cui è stato depositato, e dunque reso esecutivo, lo stato passivo⁵⁶ –, sempre e solo relativamente ai crediti ammessi *in via definitiva*, entro *novanta* giorni dalla scadenza dei termini previsti

⁵⁶ Art. 14 Regolamento operativo.

per l'invio dell'istanza ovvero dalla data in cui l'istanza è pervenuta qualora questa sia tardiva. È fatta comunque salva la possibilità di domandare, con richiesta motivata, al Ministero dell'economia e delle finanze, una proroga del suddetto termine di novanta giorni, se per circostanze eccezionali – non meglio definite –, non risultasse certo garantirne il rispetto nell'effettuazione dei pagamenti⁵⁷. In ogni caso, il rimborso è subordinato al perfezionamento da parte del beneficiario dei documenti indicati negli articoli 11 e 16 del Regolamento operativo. Quindi, le scritture richieste a corredo dell'istanza possono essere presentate anche in un secondo tempo, condizionando unicamente il pagamento dell'indennizzo e non l'ammissibilità dell'istanza medesima, la quale, di conseguenza, vincolerà il Fondo a prenderla sempre in esame ai fini della verifica delle disponibilità finanziarie destinate alla copertura dell'intervento. Tale documentazione, tuttavia, da sola, ancora non è sufficiente, posto che, allo scopo di avere la certezza che il versamento dell'indennizzo non dia luogo a un indebito (oggettivo), il Regolamento operativo del Fondo esige che vengano forniti certificati ulteriori comprovanti l'effettiva definitività dell'ammissione del credito vantato al passivo della banca in liquidazione⁵⁸. A

⁵⁷ Art. 13 Regolamento operativo.

⁵⁸ L'avente diritto deve pertanto far pervenire al Fondo: il certificato della cancelleria del tribunale, rilasciato in data non anteriore a trenta giorni da quello dell'inoltro al Fondo, attestante che nei confronti del credito iscritto nello stato passivo non sia stata

documentazione integrata, dunque, il Fondo provvederà al pagamento che, eventualmente, potrà anche essere parziale e proporzionato all'importo dei singoli indennizzi, qualora l'ammontare degli impegni quantificati superi le disponibilità finanziarie destinate alla copertura dell'intervento. In tal caso, a norma dell'art. 15 del Regolamento operativo, il rimborso residuo verrà assicurato entro *novanta* giorni dall'acquisizione di nuove disponibilità finanziarie.

Anche la disciplina in esame, come quella relativa ai sistemi di garanzia, dispone espressamente la surrogazione del Fondo nei diritti degli investitori fino a concorrenza dell'importo degli indennizzi pagati, che può anche non coprire l'ammontare totale del credito, o perché questo supera i 20 mila euro (soglia massima garantita dall'indennizzo) o perché la procedura è in grado di assicurare il rimborso, almeno, di una certa percentuale del credito stesso. In particolare, affinché la surrogazione possa in concreto attuarsi, l'art. 17 del

presentata opposizione (da intendersi qui come "impugnazione" nel senso fallimentaristico del termine, stante anche la citazione dell'art. 98, comma 3, l.f.), né istanza di revocazione ex art. 98, comma 4, l.f. (applicabile per estensione anche ai crediti ammessi al passivo della banca in liquidazione), ché, altrimenti, il Fondo dovrà provvedere all'accantonamento dell'indennizzo; una duplice dichiarazione degli organi della procedura concorsuale, sempre rilasciata in data non anteriore a trenta giorni da quello dell'inoltro al Fondo, attestante, da un lato, se il credito iscritto al passivo sia stato o meno assoggettato a vincoli di indisponibilità e, dall'altro, se siano state fatte ripartizioni parziali e, in caso affermativo, in quale misura; l'atto di quietanza sottoposto ad autentica notarile e registrazione.

Regolamento operativo prevede la notifica, da parte del Fondo, agli organi della procedura, ossia il commissario liquidatore e, si può ipotizzare, per dovuta conoscenza, anche la Banca d'Italia, circa i pagamenti effettuati, così percependo, entro tali limiti, le somme dei riparti dell'attivo liquidato.

Da ultimo è da segnalare la previsione contenuta nell'art. 18 del Regolamento operativo, ai sensi della quale per le controversie inerenti la concessione degli indennizzi è competente il Foro di Roma. Previsione che non passa in secondo piano laddove si pensi che una sua corrispondente manchi nella disciplina bancaria con riguardo ai sistemi di garanzia a tutela dei depositanti, *a fortiori*, considerando – come in nota già osservato – che l'art. 4 dello Statuto del Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo, addirittura, stabilisce che né le consorziate, né i depositanti potranno esercitare nei confronti del Fondo medesimo alcuna azione per pretendere un suo intervento.

2.3 Riflessioni conclusive

Alla luce di quanto sopra, viene allora spontaneo riflettere in merito al differente approccio adottato dalla disciplina bancaria e da quella finanziaria, deputata anch'essa a trovare applicazione di fronte all'apertura di una procedura di liquidazione coatta amministrativa a carico della banca che, oltre a svolgere la funzione bancaria in senso proprio, esercita altresì servizi e

attività di investimento⁵⁹. La prima appare pretenziosa, ma di – quantomeno – incerta applicazione, tanto che la troppa tutela che con essa si vuole garantire sembra risolversi in una non (giusta) tutela – almeno nell’ipotesi in cui l’intervento venga effettuato in un contesto di liquidazione coatta amministrativa –, dato che si offre al sistema di garanzia un terreno quanto mai farraginoso sul quale muoversi, a discapito, dunque, degli stessi potenziali beneficiari. Per contro, il dettaglio normativo proposto non solo e non tanto dalla fonte primaria, quanto piuttosto dallo Statuto e, ancor di più, dal Regolamento operativo del Fondo Nazionale di Garanzia, a tutela degli investitori, al di là di alcuni passaggi perfettibili in virtù di un migliore coordinamento con le regole governanti la liquidazione coatta amministrativa bancaria – che già di loro richiedono un’urgente revisione –, è da apprezzare, non imbrigliando affatto le modalità dell’intervento in rigidi schemi, ma, al contrario, garantendo al Fondo certezza di azione e agli investitori interessati sicurezza sul come e quando potranno ottenere il ristoro a loro accordato. L’unica nota dolente, si deve ribadire, è dato dal non

⁵⁹ Da ricordarsi sono in particolare i recenti casi che hanno interessato la Banca MB S.p.A. in l.c.a, posta in procedura il 5 maggio 2011, con deposito dello stato passivo presso il Tribunale di Milano in data 30 marzo 2012, e la Banca Network Investimenti S.p.A. in l.c.a., posta in procedura, con sede nel medesimo foro, il 16 luglio 2012, la cui fase di accertamento dello stato passivo, al tempo in cui si scrive, risulta essere ancora in corso. Entrambe le banche risultano aderenti al Fondo Nazionale di Garanzia a tutela degli investitori.

meglio spiegato divieto di “cumulo” degli indennizzi *ex lege* previsti, di cui quindi il depositante-investitore non può godere, per quanto i medesimi facciano capo a Fondi tra loro diversi e le cui consorziate *possono eventualmente* coincidere solo *parzialmente*⁶⁰.

⁶⁰ I soggetti aderenti al Fondo Nazionale di Garanzia sono infatti, oltre alle banche, le società di intermediazione mobiliare, le società fiduciarie, le società di gestione del risparmio e, in generale, gli altri intermediari finanziari.

CAPITOLO IX

Il concordato di liquidazione

1. Introduzione sistematica - 2. Il procedimento - 2.1 Il tempo della proposta concordataria - 2.2 La legittimazione alla richiesta - 2.3 L'oggetto della domanda giudiziale e il contenuto della proposta concordataria - 2.4. Il deposito della documentazione e la relativa comunicazione: l'individuazione dei soggetti *interessati* - 2.5. Il giudizio di approvazione e le possibili opposizioni - 3. L'esecuzione e i momenti contenziosi eventuali

1. Introduzione sistematica

La previsione di cui all'art. 80, comma 6, del T.U., in virtù della quale l'unica procedura concorsuale cui le banche possono essere sottoposte è la liquidazione coatta amministrativa, permette fin da subito di chiarire come il c.d. «concordato di liquidazione», disciplinato dagli articoli 93 e 94 del T.U., rappresenti un'*alternativa*, non già alla predetta procedura, bensì alla fase terminale di essa, identificata negli ultimi riparti e restituzioni¹, non disdegnando - anzi in un qual modo sottintendendo - una finalità di *ristrutturazione*

¹ Sulla stretta inerenza dello strumento del concordato alla procedura di liquidazione coatta, quale alternativa rispetto al realizzo dell'attivo e al conseguente riparto fra i creditori, cfr.: App. Genova, 21 novembre 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, p. 342.

dell'impresa bancaria, da escludersi nel caso di procedura liquidatoria classica². Trattasi pertanto di una *modalità diversa di chiusura* della liquidazione coatta amministrativa, tutta peculiare finanche rispetto al corrispondente strumento regolato dalle previsioni generali contenute nella legge fallimentare e, precisamente, nell'art. 214. L'autonomia della normativa bancaria viene dunque ancora una volta in rilievo, nonostante una sua interpretazione totalmente svincolata dai tracciati propri dell'ambiente fallimentare – per quel che in particolare concerne il c.d. «concordato fallimentare» di cui all'art. 124 l.f. (richiamato peraltro anche dal predetto art. 214) – paia portare ad esiti sterili e, se non altro, a dir poco anacronistici.

² Deve a riguardo ricordarsi che, mentre l'esito terminale della liquidazione coatta amministrativa è l'estinzione dell'ente bancario, la soluzione concordataria non comporta il venir meno dell'impresa (a riguardo si parla di «diritto individuale alla sopravvivenza» dell'ente), “confermando” solo la caducazione della qualifica bancaria, già avvenuta per effetto della revoca dell'autorizzazione con l'apertura della procedura concorsuale, ai sensi dell'art. 80 T.U. Il secondo comma dell'art. 94 T.U. stabilisce infatti che, eseguito il concordato, l'assemblea dei soci della banca è convocata dall'organo liquidatore affinché sia deliberata la modifica dell'oggetto sociale in relazione alla revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria. In altri termini, non sarà più possibile per l'impresa svolgere attività creditizia, eventualmente residuando la possibilità di esercitare unicamente quella finanziaria. Solo qualora tale modifica non abbia luogo, il commissario liquidatore, al pari di quanto previsto al termine della procedura di liquidazione coatta secondo l'iter tradizionale, procederà agli adempimenti previsti per l'estinzione della società bancaria, così, però, sostanzialmente vanificandosi il sotteso obiettivo concordatario di ristrutturazione aziendale.

Seppur di impiego, oggi più di ieri, fortemente potenziale, è dimostrato che, nella prassi, il concordato di liquidazione, anche a causa della sua lacunosa disciplina, è stato più che scarsamente utilizzato³, essendosi invece privilegiato il succedaneo strumento della cessione di attività e passività bancarie, sempre al fine di definire anticipatamente la procedura liquidatoria in corso, grazie al quale si è reso possibile ovviare alla traumatica conseguenza della chiusura degli sportelli bancari, diversamente inevitabile⁴. Tant'è che neppure la disciplina specificatamente dettata per l'intervento dei sistemi di garanzia e di indennizzo a tutela dei depositanti e degli investitori ha ritenuto di coordinare l'operare di detto intervento nel caso di chiusura della liquidazione per concordato, contemplando invece l'ipotesi di cessione del compendio bancario attivo e passivo. Ad ogni modo, l'incremento delle difficoltà connotanti la realizzazione della fattispecie di cessione, implicante - di regola - un

³ Si è soliti infatti menzionare soltanto due pronunce giudiziali specificatamente inerenti alla tematica in oggetto: cfr. E. Galanti, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*. Roma, 1991, n. 24, p. 102.

⁴ U. Morera, *Il concordato di liquidazione*, in P. Ferro-Luzzi, G. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria*. Milano, II, 1996, pp. 1522-1523; D. Ferrero, *A proposito del concordato nella liquidazione coatta delle imprese bancarie*, in *Credito popolare*, 1975, p. 84. Passano in rassegna similitudini e differenze tra i due istituti in questione: S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento agli artt. 93-94*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli et al. Bologna, II, 2003, pp. 1613-1616.

integrale e immediato soddisfacimento dei creditori, ha già indotto a ipotizzare una rivalutazione del concordato di liquidazione, anche alla luce della non perfetta equivalenza degli effetti dei due istituti, posto che la cessione non comporterebbe, a differenza del concordato avente efficacia esdebitatoria, attenuazioni alla responsabilità patrimoniale della banca, oltre il fatto che, di per sé, non determinerebbe tecnicamente la chiusura della liquidazione, nonostante la faciliti, laddove invece al concordato non può che seguire il termine della procedura⁵. Al di là dei dovuti chiarimenti sui temi ora sollevati – da esplicitarsi meglio nel proseguo – una maggiore valorizzazione del concordato di liquidazione è da ritenersi in effetti auspicabile, perlomeno nel momento in cui si riesca ad offrirne un'interpretazione conforme non solo ai più recenti canoni ermeneutici sviluppatisi nel contesto fallimentare, ma altresì alle prospettive di riforma in pancia agli studi della Commissione europea, di cui si è già fatto cenno nel capitolo introduttivo, e che

⁵ V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, in G. Boccuzzi, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*. Milano, 1998, pp. 333-334, il quale non manca di rilevare i trascorsi motivi di insuccesso del concordato di liquidazione. Più recentemente, ha previsto che il concordato bancario possa assumere maggiore spazio come strumento alternativo alla dissoluzione liquidativa dell'organismo imprenditoriale: L. Di Brina, *Commento all'art. 93*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, II, 2012, p. 1127.

troveranno ulteriore spiegazione nell'Appendice al presente lavoro.

Come ultima nota in premessa, rifugge l'idea di proporre un inquadramento circa la natura contrattuale o meno dell'istituto in questione, stante l'indubbia specialità che lo denota, capace di alterare quell'equilibrio tra composizione negoziale degli interessi in gioco e controllo giurisdizionale di (mera) validità. Il carattere autoritativo della procedura, strutturata esclusivamente in momenti giudiziali e amministrativi, emerge infatti preponderante, fin dal previgente sistema⁶, di talché il profilo negoziale del concordato appare relegato a un ruolo marginale, se non addirittura integrante una mera *fictio*, coerentemente con la marcata tutela di interessi più generali rispetto a quelli dei (soli) creditori⁷.

Non resta quindi che analizzare la disciplina, facendo menzione dei profili sostanziali che connotano il procedimento di concordato di liquidazione per comprenderne così più agevolmente gli aspetti prettamente processuali.

⁶ Si veda in proposito: G. Bavetta, *La liquidazione coatta amministrativa*. Milano, 1974, p. 264.

⁷ Cfr. sul tema: L. Di Brina, *Commento all'art. 93*, cit., p. 1133.

2. Il procedimento

2.1 Il tempo della proposta concordataria

L'art. 93 del T.U. esordisce, con evidente discrasia rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 214 l.f., affermando la proponibilità del concordato di liquidazione in *qualsiasi* stadio della procedura coatta bancaria, non vincolando dunque la presentazione della proposta alla formazione esecutiva dello stato passivo⁸. La richiesta concordataria deve in particolare essere inoltrata – si ritiene, in assenza di prescrizioni sul punto

⁸ Si ricorda invece che, ai sensi dell'art. 124 l.f., a cui di fatto l'art. 214 l.f. si (dovrebbe) conforma(re), la proposta di concordato fallimentare può essere avanzata prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo *a condizione che* sia stata tenuta la contabilità e i dati risultanti da essa e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori. Il requisito, come consta, non è riprodotto nella normativa in esame, anche se sembrerebbe il risultato di una norma di buon senso, pacificamente trasponibile anche nel contesto che qui occupa, rendendo la proposta concordataria sicuramente più credibile. Del resto, la stessa *Relazione* al Testo Unico predica una disciplina sul concordato di liquidazione *coordinata* con quella dettata dall'art. 214 l.f. Sostiene che la proposta debba presupporre necessariamente la fase amministrativa di formazione dello stato passivo: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., pp. 334-335. Vi è comunque concordia nell'ipotizzare la proponibilità del concordato in una fase piuttosto avanzata della procedura, posto che il tratto di tendenziale indipendenza enunciato dalla normativa viene sostanzialmente limitato dalla impossibilità di procedere a valutazioni inerenti al concordato stesso, in assenza di un, seppur sommario, accertamento delle attività e passività bancarie: G. Ruta, *Il sistema della legislazione bancaria*. Roma, 1975, p. 755.

–, con ricorso, al tribunale del luogo dove ha sede legale l'impresa bancaria, ossia al medesimo ufficio giudiziario che la disciplina del Testo Unico individua, in più momenti, come quello (funzionalmente) competente per la procedura.

2.2 La legittimazione alla richiesta

La legittimazione attiva è dalla stessa legge riconosciuta al commissario liquidatore, su parere favorevole del comitato di sorveglianza, nonché alla banca in liquidazione, su parere del medesimo organo liquidatore, qui dunque sufficiente, ancorché non integrato dalla valutazione del comitato di sorveglianza, posto che il sistema di *check and balance* sembra potersi dire comunque realizzato. La duplice legittimazione processuale *ex lege* prevista depone peraltro nel senso che il commissario liquidatore, ove intenda procedere, agirà *in proprio* e non già quale *legale rappresentante* della banca in liquidazione. Specularmente, quindi, laddove sia questa ad attivarsi, si avrà una riviviscenza delle funzioni di rappresentanza in capo all'organo bancario (in genere amministrativo) alle stesse destinato. È da ricordare infatti che, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del T.U., le uniche eccezioni alla regola della cessazione delle funzioni degli organi bancari, conseguenti all'emanazione del decreto amministrativo di liquidazione, attengono alla disciplina del concordato, richiamandosi specificatamente all'uopo anche il primo comma dell'art. 93 del T.U., proprio in tema di

presentazione della proposta concordataria. In ogni caso, il commissario liquidatore gioca un ruolo chiave anche nell'ipotesi in cui la scelta del concordato passi tramite una vera e propria determinazione bancaria. A riguardo, la norma da ultimo citata menziona espressamente l'art. 152, comma 2, l.f., disciplinante le modalità di adozione della proposta concordataria nel caso di società. Vale allora la pena spendere qualche parola alla luce della novella fallimentare intervenuta nel 2006 che ha modificato la disposizione richiamata, lasciandone ignaro il Testo Unico. Ante-riforma era infatti previsto che la proposta e le condizioni del concordato venissero approvate dall'assemblea straordinaria, salvo pregressa delega agli amministratori. Ora è invece previsto che, ferma diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, la proposta e le condizioni predette siano deliberate direttamente dagli amministratori. È pertanto a tale organo che andrà riferita l'iniziativa - concependosi il rinvio posto dalla legislazione bancaria di carattere dinamico -, seppur, eventualmente, su proposta del commissario liquidatore, il quale sarà dunque agevolato nella successiva stesura del parere conforme da presentare a corredo della proposta stessa.

In entrambi i casi previsti, si è di fronte a una legittimazione *condizionata*. Già è ovvio che il parere accompagnante l'istanza al giudice debba essere positivo, ché, altrimenti, il giudice, pur non essendo da questo vincolato, sarà certo meno propenso ad

accogliere la richiesta concordataria. Ma viepiù. La proposta, meglio se già integrata del parere favorevole dell'organo del caso competente, *deve essere autorizzata* dalla Banca d'Italia, le cui valutazioni investono profili sia di *legittimità* che di *convenienza* del progetto concordatario, avendo di mira la tutela degli interessi dei depositanti (e degli investitori), individualmente e globalmente considerati, nonché gli obiettivi più generali di pubblica stabilità⁹. La pretesa soggettiva all'attivazione del concordato di liquidazione si atteggia dunque in prima battuta quale *interesse legittimo* che trova il suo compiuto soddisfacimento nel rilascio dell'autorizzazione ad opera dell'Autorità (amministrativa) di vigilanza¹⁰. Solo a tal punto la predetta pretesa evolve a *diritto soggettivo* azionabile in giudizio davanti all'A.g.o. Da ciò può allora osservarsi che, qualora la Banca d'Italia neghi l'autorizzazione richiesta, l'interesse legittimo non soddisfatto può essere fatto valere (anche se la legge non lo esplicita) nelle opportune sedi della giustizia amministrativa. Nel caso in cui, invece, l'autorizzazione predetta sia concessa, la valutazione effettuata dall'Autorità di vigilanza sarà *comunque* oggetto di revisione, ma non

⁹ Conforta tale interpretazione la *Relazione illustrativa* associata al Testo Unico.

¹⁰ Nel senso che il potere riconosciuto alla Banca d'Italia affievolisce a interesse legittimo il diritto di proporre il concordato, inserendosi il medesimo nel ventaglio delle facoltà spettanti all'Autorità di vigilanza per la direzione della procedura liquidatoria: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 337.

dinnanzi al giudice amministrativo, bensì per opera di un esercizio di giurisdizione ordinaria, la cui cognizione, infatti, avrà (*rectius*, potrebbe potenzialmente avere) il medesimo oggetto di quella esplicita dalla pubblica amministrazione¹¹. Non si può quindi non cogliere, ancora una volta, quell'integrazione di poteri amministrativi e giurisdizionali caratterizzante la procedura di liquidazione coatta bancaria, capace di rimettere in discussione la classica ripartizione giurisdizionale o, perlomeno, di rifiutarne la tradizionale delimitazione.

2.3 L'oggetto della domanda giudiziale e il contenuto della proposta concordataria

È curioso constatare che la legge non dica affatto a cosa «la proposta al tribunale» sia preordinata. In altri termini, non è specificato il *petitum* (né immediato, né mediato) del ricorso, sottintendendosi una qual forma di *approvazione*. A differenza di quanto previsto dall'art. 214 l.f., infatti, non opera alcun esplicito richiamo alle disposizioni di cui all'art. 129 l.f. in tema di giudizio di omologazione del concordato fallimentare, differenziandosi ampiamente le previsioni in esame, di cui all'art. 93 del T.U., anche per quel che concerne il regime delle impugnazioni, come infatti si avrà modo di illustrare. In effetti, nel caso che qui occupa, risulterebbe

¹¹ Come si avrà modo di illustrare nel proseguo, la coincidenza dell'oggetto delle due valutazioni, amministrativa e giudiziale, emerge in particolare nell'ipotesi di contestazioni sulla convenienza della proposta concordataria.

inopportuno disquisire in termini di *omologazione* in senso proprio, posto che, per come nasce la proposta di concordato di liquidazione, manca *ab origine* una decisione *negoziale* da convalidare e, al contempo, risulterebbe sconveniente che il giudice ordinario *omologhi* l'autorizzazione concessa dalla Banca d'Italia. Del sotteso intreccio dei poteri autoritativi, amministrativi e giudiziari, si è del resto già detto e, pur di non far emergere incongruenze di sistema e, ciononostante, pur di non rinunciare alla tutela giurisdizionale dell'A.g.o. nella materia in oggetto, il legislatore sceglie di tacere, dando quindi compito agli interpreti di delineare (*in primis*, ma non solo) l'oggetto della domanda.

Per far ciò, deve innanzitutto compiersi un passo indietro, ribadendo con evidenza che il concordato bancario di liquidazione, a differenza del concordato fallimentare, è *totalmente indipendente* da qualsivoglia forma di approvazione creditoria, nel senso che qui i creditori "siedono in panchina", risultando, giusto formalmente, tutelati solo dalla possibilità legale di proporre opposizione. È infatti assolutamente irrilevante una loro manifestazione di volontà di consenso alla proposta concordataria. Tale passaggio è perciò saltato e - può dirsi - *sostituito* dal "giudizio" favorevole della Banca d'Italia che autorizza la presentazione dell'istanza al tribunale. Se così è, allora, quel procedimento di omologazione di cui all'art. 129 l.f. è di fatto rimpiazzato dal procedimento di

approvazione appena accennato dall'art. 93 del T.U., che, per quanto non equivalente – se non altro per ragioni di tipo sistematico –, ne condivide più che la forma, la sostanza.

Ciò che in conclusione si domanda al tribunale è dunque un vero e proprio *assenso* alla proposta concordataria, che ha già incontrato il parere favorevole dell'organo della procedura, individuato dalla legge a seconda del caso, nonché l'autorizzazione a procedere da parte dell'Autorità di vigilanza. Il subordinare la realizzazione del concordato a questi tre passaggi, da un lato, evidenzia l'ingombranza della scelta di chiudere la procedura di liquidazione coatta in modo alternativo rispetto al riparto finale dell'attivo –anche a paragone dell'opzione della cessione del compendio aziendale che, ai sensi dell'art. 90, comma 2, del T.U., è rimessa alla sola discrezionalità amministrativa, non richiedendosi all'uopo alcun intervento giurisdizionale – e, dall'altro, giustifica l'esclusione del ceto creditorio dalla determinazione della proposta stessa alla stregua di quanto invece tradizionalmente previsto in tema di concordato.

La suddetta non perfetta equivalenza tra il giudizio di omologazione *ex art. 129 l.f.* e quello di approvazione *ex art. 93 del T.U.* porta a interrogarsi altresì sui *limiti* dell'attività cognitiva del giudice adito, risolvendosi la questione nel tanto popolare dibattito sulla possibilità o meno per il decidente di scendere nel *merito* della

proposta, confinando altrimenti l'attenzione ai soli aspetti di *rito* o, meglio, di *legalità* dell'iter procedurale. Prima di affrontare *funditus* il tema, occorre anteporre una premessa attinente al contenuto del progetto di concordato.

A riguardo, è innanzitutto a dirsi che la legge, in coerenza con lo stile sintetico generalmente adottato, abbozza soltanto un contenuto *minimo* dal quale la proposta concordataria non può prescindere, pena – si può ipotizzare – la sua *inammissibilità* in sede giudiziale e, forse, prima ancora, in sede amministrativa. È dunque previsto che il piano debba indicare: 1) la percentuale offerta ai creditori chirografari; 2) il tempo del pagamento; 3) le eventuali garanzie. Le interpretazioni che sono state avanzate alla luce di tale scarno, eppure incisivo, dettato normativo hanno in particolare posto in evidenza: la necessità di soddisfacimento *integrale* dei crediti della massa, da saldare in prededuzione, nonché di quelli privilegiati, accettandosi dunque lo stralcio solo di *parte* della quota dei crediti chirografari, ancorché non sia definita alcuna soglia percentuale garantita che può dunque benissimo assestarsi anche al di sotto del 50 per cento, se non addirittura a livelli prossimi allo zero – la cui piena coincidenza, peraltro, non si può neppure *a priori* escludere –; la totale *discrezionalità* nella determinazione delle tempistiche di rimborso; la mera *eventualità* del rilascio di garanzie, a prescindere dalla tipologia di concordato adottata. In merito a tal'ultimo aspetto, il comma terzo dell'art. 93

del T.U. contempla espressamente l'ipotesi di concordato con assuntore, al quale, peraltro, possono anche cedere le azioni revocatorie, non essendovi alcun divieto di legge a riguardo¹². Sembra allora palese come la normativa qui illustrata torni a manifestare il suo carattere d'altri tempi, assolutamente inadeguato rispetto agli scenari attuali. Inadeguatezza che si coglie non tanto in potenziali limiti operativi sottesi - ch , essendo il dettato normativo cos  generico, non paiono ravvisabili ostacoli ad interpretazioni estensive coerenti con le scelte attuali compiute in ambito fallimentare -, quanto in possibilit  non appieno sfruttate che invece un chiaro, ancorch  elastico, tracciato legislativo potrebbe agevolare. Esulando il tema dal cuore (processuale) del presente lavoro, si sceglie semplicemente di osservare come tutta la strumentazione normativa (e di prassi) fino ad oggi sviluppatasi in tema di concordato fallimentare - specificatamente con riguardo alla suddivisione dei creditori in *classi*, al trattamento *differenziato* tra i creditori appartenenti a classi diverse¹³, nonch  alla ristrutturazione dei debiti e al soddisfacimento dei

¹² Cos : App. Roma, 1  aprile 1997, in *Corriere giur.*, 1998, p. 1077 (con nota di Tarzia).

¹³ Nel senso che nella procedura amministrativa di liquidazione coatta, la proposta di concordato *ex art.* 214 l.f. possa legittimamente prevedere la suddivisione dei creditori chirografari in classi, indicando percentuali differenziate di soddisfacimento dei rispettivi crediti, fermo perch  restando il pagamento integrale dei creditori privilegiati (*contra infra* nel testo): Trib. Ferrara, 3 luglio 2006, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1171 (con nota di Tomasso).

crediti attraverso *qualsiasi* forma - debba (in quanto possa) trovare ingresso anche nella regolazione del concordato bancario di liquidazione, in virtù - perlomeno - del generale rinvio alla disciplina fallimentaristica sancito dall'ultimo comma dell'art. 80 del T.U. Basti infatti solo pensare all'opportunità della suddivisione in classi, a seconda che creditori siano depositanti-risparmiatori o investitori istituzionali (giusto per semplificare, proponendo un macro-esempio). Ciò, naturalmente, comporta anche una rivisitazione delle interpretazioni in passato affermatesi, specie sulla indispensabilità del pagamento integrale dei creditori privilegiati che, come noto, non rappresenta più una condizione insormontabile.

Deve ora riconoscersi come la premessa sia servita per enucleare un certo grado di discrezionalità, vuoi in capo a chi la proposta concordataria è chiamato a disegnare, vuoi in capo a chi la stessa è chiamato a valutare, non trovandosi infatti appigli per commisurare l'apprezzamento a parametri precisi. E il discorso chiaramente vale sia per l'organo della procedura che deve esprimere parere, sia per l'Autorità di vigilanza che deve concedere l'autorizzazione e, tanto più, per il giudice, il cui intervento è volto ad approvare in via definitiva la proposta stessa. Fermo, come predetto, che la valutazione *amministrativa*, per definizione, non potrà esimersi da una valutazione *di merito*, rientra ora in gioco la questione suesposta circa la duplicazione di una tale valutazione ad opera del

giudice. A tal punto sembra opportuno rievocare gli orientamenti espressi in campo fallimentare, ove si è inteso escludere un giudizio di *convenienza* da parte del tribunale, salvo si tratti di «convenienza comparativa» nell'ipotesi in cui un creditore dissenziente contesti la bontà della proposta ai sensi dell'art. 129, comma 5, l.f.: in tal caso, infatti, il giudice dovrà valutare se il credito risulti soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili e, perciò, se il trattamento del credito sia migliore qualora la liquidazione avvenga nelle forme del procedimento esecutivo fallimentare¹⁴. Invero, occorre assumere fin d'ora un accorgimento metodologico importante, atto a chiarire come la tendenza a negare all'autorità giudiziaria un controllo *ex officio* sul contenuto della proposta di concordato prenda le mosse dall'accentuazione del profilo privatistico che, soprattutto con l'ultima riforma fallimentare, si ricollega all'istituto *de quo*, concepito quale *accordo* tra debitore e maggioranza ponderata dei creditori. Sulla base di tale concezione c.d. «ultraprivatistica» del concordato si è pertanto esclusa una generale sindacabilità del tribunale in merito alla fattibilità (concependola – seppur impropriamente – alla stregua del concetto di convenienza) della proposta

¹⁴ La questione si è posta peraltro identica – e ancor prima – nel caso di concordato preventivo, replicando la previsione nel testo citata quella dell'art. 180, comma 4, l.f. Nel proseguo si terrà pertanto conto anche dell'esegesi sviluppatasi in tema di concordato preventivo.

concordataria, essendo la valutazione di questa rimessa esclusivamente in capo ai creditori¹⁵. Con fare altalenante, si è poi però corretto il tiro, riconoscendo al giudice un essenziale ruolo di controllo, non limitato alla mera verifica della regolarità formale della procedura, ma estendibile altresì (a profili di *legittimità sostanziale* inerenti) al contenuto del piano, in ordine alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità, a una sua non manifesta infondatezza, nonché all'assenza di atti di frode¹⁶. Ciò viene in particolare giustificato in virtù di un'ontologica differenza tra l'istituto concorsuale in esame e il contratto, a cui si è soliti ricondurre superficialmente il primo¹⁷. Ancora però non si arriva ad affermare una generale valutazione di convenienza *ex officio*, da ammettersi – anche alla luce del tenore letterale normativo – *solo* in caso di opposizione (e dunque su domanda del creditore) e *solo* se il progetto di concordato preveda la suddivisione in classi, così

¹⁵ Cfr., tutte in tema di concordato preventivo: Cass. civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 348 (con nota di Vecchione); Cass. civ., sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2095 (con nota di Perrino); Cass. civ., sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fall.*, 2011, p. 167 (con nota di Fabiani, Bozza).

¹⁶ Cass. civ., sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, in *Fall.*, 2012, p. 39 (con nota di Patti).

¹⁷ Si spiega lucidamente, infatti, che il contratto ha effetto nei confronti dei soli soggetti che hanno prestato il consenso, mentre invece il concordato (preventivo), pur essendo stato approvato sulla base di un consenso solo maggioritario, produce effetti nei confronti di tutti i creditori, anche assenti e dissenzienti. Da qui, allora, l'essenzialità dell'intervento del giudice. Già: F. Carnelutti, *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 65.

alimentando i dubbi di illegittimità costituzionale da ingiustificata disparità di trattamento per il caso di concordato senza classi. Guardando forse anche all'esperienza sviluppatasi oltreoceano¹⁸, si è comunque concluso nel senso che, pure in assenza di opposizioni, la *cognitio iudicis*, oltre alla forma, deve, quantomeno, investire la verifica circa l'assenza di condotte poste in essere in violazione del sommo canone di buona fede, propendendosi a ravvisare margini per un controllo di fattibilità del piano (che altro è rispetto a un esame di convenienza in senso stretto) pure in sede omologa.

Quanto illustrato, per quanto non affatto trascurabile al fine di meglio interpretare anche il concordato bancario di liquidazione, non può ricevere accoglimento indiscriminato nel contesto che qui occupa per le connaturate differenze tra l'istituto *de quo* e quello del concordato fallimentare e che proprio i ragionamenti sottesi alle suesposte conclusioni pongono in evidenza. Deve infatti riconoscersi come la ricostruzione privatistica del concordato affermata in ambito fallimentare non trovi riscontro nel caso di concordato bancario, il cui progetto, forgiato dal commissario liquidatore – l'operato del quale è da reputarsi preponderante anche quando l'iniziativa sia di

¹⁸ Come abbastanza in voga ricordare, infatti, i concetti di fiducia, buona fede e ragionevolezza equitativa rappresentano i parametri a cui si commisura la valutazione dell'autorità giudiziaria nel momento in cui conferma il piano ai sensi del *Chapter 11* del *U.S. Bankruptcy Code*, entrando pertanto nel merito della proposta concordataria.

provenienza bancaria, per il tramite dell'organo amministrativo - non è da sottoporre al ceto creditorio affinché, tramite il voto, la maggioranza possa esprimere accettazione, bensì diviene unicamente oggetto di autorizzazione da parte dell'Autorità di vigilanza. Può quindi concepirsi, *non* già come *accordo* tra banca-debitrice e creditori¹⁹, quanto piuttosto come atto unilaterale che *può anche* atteggiarsi quale espressione di autonomia privata, qualora presentato direttamente dalla banca in liquidazione, ma che trova il suo perfezionamento per il tramite di un atto *amministrativo*, unico capace di conferirgli *validità*. L'*efficacia*, ovverosia la possibilità di produrre effetti nel mondo giuridico, verrà invece attribuita, al pari del concordato fallimentare, per mezzo di una pronuncia giudiziale, previo un *certo tipo* di verifica, il cui contenuto resta tutto da specificare, alla luce della considerazione - ora più comprensibile - che il concordato bancario di liquidazione ben rappresenta un *unicum* nel suo genere. Ne consegue, dunque, che, per quanto il contenuto di esso possa dirsi assimilabile al

¹⁹ *Contra*: V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 337, secondo il quale il perfezionamento dell'accordo tra proponente e creditori (nonché eventuali altri interessati, tra cui i soci) deriverebbe dalla mancata proposizione di opposizioni, la quale, dunque, per fatti concludenti, integrerebbe l'accettazione della proposta. Parla anche di natura contrattuale del concordato laddove non siano state proposte contestazioni dagli interessati, per effetto di una sorta di accettazione tacita di questi, propendendo invece per un'opposta natura giudiziale in caso di intervenuta sentenza reiettiva delle stesse: U. Morera, *Il concordato di liquidazione*, cit., p. 1527.

corrispondente strumento fallimentare, del quale anzi appare opportuno mutuarne la disciplina, diverge *in toto* il procedimento giudiziale di convalida, in un caso denominato *ex lege* di omologa, nell'altro interpretativamente immaginato come di *approvazione* – comunque da meglio declinarsi a seconda che intervengano o meno opposizioni –, anche se per ragioni di ordine più sistematico che di sostanza.

Il discorso deve ora integrarsi con quanto si andrà a dire, non prima però di aver rilevato come la giurisprudenza abbia, piuttosto recentemente, sostenuto, in tema di concordato nella liquidazione coatta amministrativa *in generale*, che il controllo giudiziario consisterebbe nella verifica di compatibilità fra l'interesse pubblico alla conservazione dell'impresa, espresso dall'autorità amministrativa, e quello dei creditori alla soddisfazione delle loro ragioni. Conseguentemente, risulterebbe anche irragionevole non consentire modifiche migliorative della originaria proposta di concordato eventualmente idonee a fondare detto giudizio di compatibilità e a salvaguardare sia l'interesse pubblico sia l'interesse del ceto creditorio²⁰.

²⁰ App. Bologna, 30 aprile 2010, in *Fall.*, 2011, p. 205 (con nota di Tomasso). Prepara il terreno alla consacrazione di tale orientamento, già: Trib. Varese, 4 aprile 2006, in *Nuova giur. civ.*, 2007, p. 448 (con nota sempre di Tomasso), affermando che spetta all'autorità amministrativa l'individuazione del pubblico interesse al mantenimento dell'impresa attraverso la sua esdebitazione e al tribunale la comparazione tra questo interesse pubblico e l'interesse

2.4 Il deposito della documentazione e la relativa comunicazione: l'individuazione dei soggetti *interessati*

Il comma 4 dell'art. 93 del T.U. stabilisce che della «proposta di concordato», unitamente al «parere degli organi liquidatori», sia effettuato deposito nella cancelleria del tribunale competente ed, eventualmente, sia data pubblicità nelle ulteriori forme stabilite dalla Banca d'Italia a sua completa discrezione. L'anomalia che balza subito all'occhio sta nel fatto che il parere, di cui per legge è richiesto il deposito, è o, meglio, sarebbe solo quello del commissario liquidatore, chiamato quindi, in ogni caso, a esprimersi sulla proposta, dandone completa illustrazione. Penso comunque che tale adempimento commissariale, per quanto imprescindibile, non esoneri dal dovere di depositare la documentazione rilevante *completa*. Di talché, qualora la proposta sia ascrivibile al commissario stesso, unitamente a una sua *relazione illustrativa* da accompagnarsi alla proposta medesima, debba depositarsi *anche* il parere (positivo) espresso dal comitato di sorveglianza, facendosi dunque rientrare pure quest'ultimo nel concetto *lato* di «organi liquidatori». La legge, inoltre, non lo esplicita, ma è da ritenersi *doveroso* il deposito dell'atto autorizzativo rilasciato dalla Banca d'Italia, quale prova documentale dell'assolvimento della condizione dell'azione.

del ceto creditorio, indipendentemente dalla presenza di opposizioni.

Riepilogando, dunque, oggetto di deposito saranno: l'istanza di approvazione sottoscritta dal ricorrente; la proposta di concordato; la relazione illustrativa o il parere del commissario liquidatore; il parere eventuale del comitato di sorveglianza; l'autorizzazione della Banca d'Italia.

La circostanza che la documentazione oggetto di deposito sia il più possibile completa è servente alla necessità di rendere edotti tutti soggetti potenzialmente coinvolti, suscitando, se del caso, un loro interesse, concretamente radicato, a proporre opposizione. Il comma 5 della norma in commento stabilisce infatti che entro *trenta* giorni dal deposito è possibile proporre opposizione con ricorso, da depositarsi anch'esso in cancelleria. È subito da notarsi come i contro-interessati non siano singolarmente notiziati dell'avvenuto deposito della proposta di concordato, mediante la classica notifica, assicurante che il destinatario sia posto nella condizione di far valere tempestivamente il suo diritto. Il legislatore, con una scelta più che discutibile, ha infatti optato per una forma *minimal* di presupposto di conoscibilità. E per quanto la Banca d'Italia possa prevedere strumenti integrativi di pubblicità – possibilità meglio da tradursi come doverosità – il termine per la presentazione di opposizioni decorrerà sempre e comunque dal primo deposito, riducendo quindi la possibilità promuovere contestazioni alla proposta di concordato. Deve infatti sottolinearsi come, prima del deposito in cancelleria del progetto

concordatario, i creditori della banca in liquidazione siano rimasti totalmente ignari circa la prospettiva di chiusura della procedura in modo alternativo rispetto alla tradizionale ripartizione dell'attivo, sulla quale, pertanto, avrebbero potuto ben fare affidamento. Dunque, di punto in bianco - si può proprio dire - si troveranno di fronte (quando eventualmente l'avvenuto deposito giungerà a loro notizia) un piano concordatario da comprendere, valutare e, se a proprio detrimento, da contestare nel breve lasso temporale scandito dal decorso di un mese dal deposito stesso. La giustificazione che la platea dei destinatari coinvolti è troppo vasta per provvedere a comunicazioni puntuali, per quanto l'unica attendibile, regge poco o, comunque, può essere superata. Così, infatti, come il commissario liquidatore provvede, entro un mese dalla nomina, a comunicare a ciascun titolare di diritto di credito, reale o restitutorio il riconoscimento della propria pretesa ai sensi dell'art. 86, commi 1 e 2, del T.U., analogamente può provvedere qualora si tratti di notificare i medesimi soggetti dell'intercorsa autorizzazione della Banca d'Italia a procedere con un concordato di liquidazione, da sottoporsi al controllo del tribunale, dinanzi al quale i soggetti interessati possono presentare le proprie opposizioni. Per evitare dispendiose moltiplicazioni comunicative, sarebbe peraltro opportuno prevedere che, qualora si intenda realizzare un concordato di liquidazione, di questo (ossia del contenuto della proposta, della relazione commissariale, dei pareri e

dell'autorizzazione amministrativa) sia dato riscontro dal commissario liquidatore, o direttamente quando effettua le prime comunicazioni ai sensi dei primi due commi dell'art. 86 citato - avendo quindi già contezza anche delle posizioni creditorie da soddisfare in via concordataria - ovvero nel momento in cui lo stesso organo liquidatore provvede al deposito dello stato passivo e a comunicare senza indugio ai non ammessi il disconoscimento della propria pretesa. Ciò non significa far coincidere il deposito dello stato passivo con quello della documentazione concordataria - il che può anche essere, intersecandosi però forse troppo il giudizio *ex art. 87*, con quello *ex art. 93* del T.U. -, ma vuol dire semplicemente sfruttare un momento di pubblicità già per legge previsto per informare, *in anticipo*, in ossequio al canone comportamentale di buona fede, i soggetti coinvolti dal progetto di concordato potenzialmente più interessati a contestarlo nella sede e secondo le tempistiche all'uopo dettate dall'art. 93 del T.U. - ossia i creditori, ammessi e non -, cosicché l'atteso deposito della documentazione concordataria servirà solo a far decorrere il termine di opposizione.

Con il deposito dell'istanza il giudizio *ex art. 93* del T.U. può dunque dirsi pendente²¹ e, tuttavia, nessun

²¹ L'apertura di detto giudizio rappresenterebbe peraltro il momento ultimo entro cui è possibile revocare la proposta di concordato: Trib. Udine, 5 giugno 2008, in *Fall.*, 2009, p. 227 (con nota di Terenghi), giustificante l'assunto sulla base della particolare struttura del procedimento di concordato nella liquidazione coatta amministrativa, per la cui formazione non sono previsti né la

effetto *speciale* è ricondotto dalla legge a tale evento. Sicuramente, posto che si tratta di un concordato *non preventivo*, ossia non di una procedura sostitutiva a quella (già) in corso, ma di una fase della stessa alternativa soltanto al modo di operarne la chiusura, proseguiranno gli effetti già prodottisi con l'apertura della liquidazione coatta amministrativa. Ma è proprio in relazione a tale procedura che è da cogliersi l'"indifferenza" legislativa per l'iniziativa intrapresa. Infatti, la presentazione della proposta di concordato al tribunale non interferisce in alcun modo con il proseguo della procedura liquidatoria, neppure con l'effettuazione dei riparti parziali - che anzi la legge fa esplicitamente salvi all'ultimo comma dell'art. 93 del T.U. (ove si legge che durante la procedura di concordato il commissario liquidatore può procedere a parziali distribuzioni dell'attivo ai sensi dell'art. 91) -, nonostante il concordato proposto sia proprio preordinato alla *sostituzione* della fase di riparto. Per logica, la scelta legislativa non sembra affatto conveniente, obbligando anche il giudice ad interfacciarsi con una proposta di concordato *dinamica*, cioè in continua evoluzione, proprio nei suoi termini essenziali riguardanti il *quantum* da ripartire e il *quid* da restituire, condizionata dal procedere della liquidazione coatta che all'uopo si sceglie di non arrestare. Cionondimeno, la soluzione si deve giustificare in

votazione dei creditori, né il calcolo di maggioranze per silenzio assenso.

quanto a beneficio del ceto creditorio nel suo complesso, il cui soddisfacimento non è ritardato al momento della decisione giudiziale sulla proposta concordataria, bensì può ben realizzarsi in corso di procedura se le condizioni della liquidazione coatta – totalmente prescindenti dalla proposta concordataria – lo consentono. Piuttosto è il caso di rilevare come l'assenza di regolamentazione temporale della procedura di approvazione giudiziale del concordato bancario, attivabile per legge «in qualsiasi stadio della procedura di liquidazione coatta», rischia di vanificarne totalmente gli effetti, se troppo a ridosso della fase terminale di quest'ultima, dovendo infatti il commissario liquidatore procedere *medio tempore* ai riparti e alle restituzioni parziali, non già in base a quanto programmato nel piano, ancora privo di effetti, ancorché autorizzato dall'Autorità di vigilanza, bensì adempiendo al dovere del proprio ufficio *come se* il piano concordatario non fosse stato neppure immaginato. Da qui, forse, l'opportunità di chiedere al tribunale, insieme al deposito della proposta di concordato, una qual forma di *cautela* che possa legittimare l'inibizione a procedere ai sensi dell'art. 91 del T.U. D'altronde, a ben leggere il comma 7 dell'art. 93 in esame, le «parziali distribuzioni dell'attivo» vengono configurate come mera *possibilità*. Di talché, il commissario liquidatore *può anche non* procedere a tali distribuzioni. L'incertezza di quale sia in effetti la regola discende dalla circostanza che, come già osservato, la legge non prevede l'arresto della

procedura liquidatoria per il sol fatto che una proposta di concordato sia stata depositata in tribunale e, quindi, nel silenzio normativo, si è portati a credere che tutto prosegua *normalmente*. Salvo poi rinvenirsi dubbi, riscontrandosi la *possibilità* suddetta. Da qui l'auspicabile intervento giudiziale - ove a monte sia mancata una direttiva della Banca d'Italia in tal senso - che, preliminarmente, disponga, su richiesta commissariale, la sospensione dei riparti che andranno poi effettuati celermente sulla base del piano *approvato*.

La legge prevede poi che i ricorsi di opposizione vengano comunicati al commissario liquidatore, da immaginarsi direttamente dalla cancelleria del tribunale ricevente. Non è tuttavia a riguardo previsto alcun termine. Si ipotizza pertanto che il cancelliere adempierà al compito immediatamente alla scadenza dei trenta giorni, oltre i quali le opposizioni saranno (sempre) inammissibili. Diversamente, proprio per come la procedura è strutturata, sarebbe più che agevole per l'opponente dimostrare di essere stato nell'impossibilità di venire a conoscenza dell'avvenuto deposito, così richiedendo la rimessione in termini per radicare in giudizio il proprio ricorso. Sembrerebbe inoltre che il commissario sia l'unico contraddittore necessario, non prevedendo la legge comunicazioni ulteriori ad altri soggetti. L'unico, quindi, - all'apparenza - anche quando la proposta di concordato sia stata presentata dalla banca in liquidazione in nome e per conto proprio. Tale soluzione appare comunque

criticabile perché contro la logica processuale, per la quale - è banale rilevarlo - il ricorrente, per definizione, è *parte* del giudizio e, in quanto tale, deve essere posto nelle condizioni di conoscere le difese avversarie per fondare (anche durante lo svolgersi del processo) la propria pretesa che, nella specie, dinnanzi a un'opposizione - e la precisazione non è casuale - coincide con il *diritto soggettivo* ad attualizzare il piano concordatario. Appare quindi fuori luogo limitare, sottacendo ulteriori ipotesi, la comunicazione al solo commissario liquidatore, posto che quest'ultimo, nel giudizio *ex art. 93 del T.U.*, *non* agisce come rappresentante legale della banca in liquidazione, la quale, proprio in tale occasione e per previsione espressa di legge, mantiene la funzionalità dei propri organi (anche rappresentativi). La comunicazione di eventuali opposizioni, pertanto, andrà indirizzata (anche) all'ente creditizio. E non solo, deve ritenersi, quando questo abbia presentato istanza, bensì *in ogni caso*, cioè pure nell'ipotesi in cui ricorrente sia stato il commissario liquidatore *in proprio*, quale esplicazione dei suoi poteri discrezionali conferitigli dal ruolo ricoperto. Per intendersi, qui, la posizione del commissario è assimilabile a quella del medesimo soggetto rivestita nel caso di esercizio di azione revocatoria, con riguardo al quale l'organo liquidatore agisce, si è detto, *iure proprio*. Anche in tale situazione, infatti, la banca ha un interesse a partecipare al giudizio e, a ben vedere, non solo in caso di opposizioni, ma

finanche in quello in cui il giudice è chiamato soltanto a esprimere una mera approvazione, senza contenzioso. Con il concordato, infatti, viene *disposto* il patrimonio bancario, in modo diverso rispetto a quello per legge prescritto. Dunque, qualora non sia stata la banca stessa ad assumere una tale iniziativa, attivata invece dal commissario liquidatore con il benestare del comitato di sorveglianza e della Banca d'Italia, la banca in liquidazione si ritrova in una posizione di soggezione rispetto alle decisioni amministrative assunte, che avrà il potere di reclamare, non già davanti al giudice amministrativo, bensì dinnanzi all'A.g.o. ai sensi dell'art. 93 del T.U., perché così dice la legge e perché, comunque, è in gioco il suo diritto soggettivo di disposizione del proprio patrimonio. Quindi, se la banca medesima ritiene di contestare la proposta concordataria, si attiverà mediante opposizione. Qualora invece aderisca all'iniziativa commissariale, in quanto l'oggetto sotteso del giudizio è un suo diritto soggettivo, sarà certamente parte in causa, sia che vi siano opposizioni, sia che queste manchino.

Ciò offre spunto per chiarire il novero dei soggetti *interessati* a proporre opposizione che non si riduce al ceto creditorio, per quanto questo lo rappresenti per la stragrande maggioranza, inglobandosi anche, come visto, la banca stessa se, della proposta concordataria, non sia l'artefice. Ma non solo. Si può infatti pensare anche alle iniziative dei sistemi di garanzia e di indennizzo, rispettivamente, a tutela dei depositanti e

degli investitori, che, si ricorda, agiscono per conto delle consorziate e non della sola banca in difficoltà, risultando quanto appreso dall'attivo liquidato a beneficio ultimo delle consorziate medesime. *Idem* può dirsi per il cessionario, nel caso in cui prima della proposta concordataria sia intervenuta una fattispecie di cessione parziale del compendio patrimoniale bancario, posto che per tale soggetto, chiamato per legge a rispondere delle sole passività risultanti dallo stato passivo, può apparire incerta l'estensione della responsabilità da garantire, in assenza di precisa prescrizione concordataria. Il discorso risulta comunque generalizzabile a tutti i protagonisti in vario modo coinvolti dal piano, anche quelli che, per il tramite di pregressi accordi privatistici collaterali al piano medesimo, abbiano assunto impegni finanziari a sostegno della proposta concordataria e che poi, per qualunque ragione, intendano impugnare. Certo è che, ai fini dell'ammissibilità stessa dell'opposizione, prima ancora che ai fini del suo accoglimento, il ricorrente dovrà fondare un interesse concreto e attuale ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

2.5 Il giudizio di approvazione e le possibili opposizioni

Il legislatore continua poi a tacere sullo svolgersi del processo, sia nel caso in cui non siano state proposte opposizioni, sia nel caso in cui queste siano pervenute in cancelleria. È bene comunque distinguere le due

ipotesi, nonostante l'identità dell'esito giudiziale riconosciuta dalla legge. Il comma 6 dell'art. 93 del T.U. stabilisce infatti che «il tribunale decide con sentenza in camera di consiglio sulla proposta di concordato, tenendo conto delle opposizioni e del parere su queste ultime reso dalla Banca d'Italia». Ecco dunque che riemerge il tema sull'oggetto del *decisum* e sulla tipologia di decisione, talvolta inquadrata, indiscriminatamente, nell'ambito della volontaria giurisdizione. In realtà, come si avvertiva, appare opportuno scindere il caso in cui il tribunale decida in assenza di opposizioni da quello in cui la pronuncia giudiziale, oltre a caratterizzarsi per il medesimo contenuto assunto nel primo caso, statuisca, risolvendolo, sul contenzioso sottoposto alla sua cognizione.

Nello scenario in cui non siano proposte opposizioni, il tribunale deciderà sulla base della documentazione depositata. Non è prevista la fissazione di alcuna udienza e, conseguentemente, neppure l'audizione del commissario liquidatore e della banca, i quali, invece, ad avviso di chi scrive, dovrebbero essere sempre sentiti, non rilevando chi dei due abbia intrapreso l'iniziativa. Del resto, la stringenza dei tempi di procedura non sembra essere stata la priorità del legislatore – se mai una priorità si riesca a ravvisare nella disciplina in commento –, posto che non è tracciata alcuna cadenza temporale, rimettendo tutto alla scelta ponderata dell'organo giudicante. Infatti, non

interrompendosi la procedura di liquidazione per l'avvio parallelo del procedimento di concordato, mancano interessi da tutelare mediante una sollecita definizione. Ad ogni modo, come detto, sarà sulla base del riscontro documentale che il giudice fonderà il suo giudizio, potendo l'eventuale audizione prospettata fornire solo chiarimenti. Stante l'assenza di opposizioni, il giudice non esercita, in effetti, *giurisdizione* – presupponente l'esistenza di una *controversia* sull'applicazione del diritto –, bensì un'*amministrazione pubblica del diritto privato*, rientrandosi dunque in un caso di *giurisdizione volontaria*²². L'attività giudiziale si qualifica perciò di tipo amministrativo sia sotto il profilo strutturale, in quanto non è idonea al giudicato, ma caratterizzata dalla revocabilità e dalla modificabilità, sia sotto il profilo funzionale, poiché non tende ad attuare veri e propri diritti, quanto piuttosto (meri) *interessi*²³. Ciò troverebbe peraltro conferma, seppur non causa determinante, nella circostanza che il tribunale è chiamato a decidere «in camera di consiglio», scontrandosi però, per contro, con la previsione della forma che la decisione giudiziale è destinata *sempre* – almeno così pare dal tenore letterale – ad assumere, ossia quella di *sentenza*, della quale non è facile affermare, per tradizione, la non idoneità al giudicato. *A fortiori* se, proseguendo nella lettura

²² Di «amministrazione del diritto privato» affidata ad organi giurisdizionali parlava: P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova, I, 1941, p. 41.

²³ C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*. Torino, IV, 2007, p. 325.

normativa, se ne riscontra l'appellabilità, con conseguente ricorribilità in Cassazione, ai sensi dell'art. 88 del T.U., ossia in ossequio alla disciplina dettata per le opposizioni allo stato passivo. Una contraddizione di fondo inevitabilmente c'è. E, se l'interprete ha il potere di dissipare gli effetti distorsivi, ricostruendo soluzioni accettabili, il legislatore ha il dovere di rimuoverli del tutto, dettando una disciplina chiara ed *effettivamente* applicabile. Va da sé, comunque, che, in assenza totale di normativa, si sfrutteranno le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio di cui agli articoli 737 e seguenti c.p.c., destinate a trovare applicazione a tutti i procedimenti, come quello in esame, che, a prescindere dalla loro collocazione e in correlazione con un oggetto che non incide su diritti o non li incide in situazioni di contrasto, si svolgono davanti ad organi giurisdizionali, con caratteristiche di maggiore speditezza, attenuazione delle garanzie del contraddittorio e delle prove, ed operano in senso genericamente costitutivo. Se dunque la veste del procedimento in camera di consiglio è ritagliata sull'esercizio della volontaria giurisdizione, invocata nel contesto che anche qui occupa, l'ostacolo all'apparenza insormontabile, risiede nella circostanza che la sentenza del tribunale menzionata dall'art. 93 del T.U., impugnabile in appello, manca assolutamente dei caratteri della revocabilità e della modificabilità e, comunque, della non-idoneità a dar luogo a cosa giudicata. Ogni dubbio a riguardo è infatti cancellato

dal richiamo testuale al comma terzo dell'art. 88 del T.U., ai sensi del quale «le sentenze pronunciate in ogni grado del giudizio di opposizione sono esecutive con il passaggio in giudicato». Disposizione che *pare* applicabile anche in assenza di opposizioni alla proposta di concordato perché, a monte, come detto, l'esito del giudizio è, *in ogni caso*, qualificato per la forma di sentenza. Tuttavia, se tale norma, da un lato, revoca ogni perplessità sull'idoneità a formare giudicato della sentenza in esame, dall'altro, induce ragionevolmente a circoscrivere, in via ipotetica, il caso in cui tale idoneità è destinata a valere, ossia quello nel quale il tribunale interviene a risolvere la controversia sorta dalla proposizione di una o più opposizioni. Si estrania così il diverso caso in cui dette opposizioni non sono pervenute. Del resto, *non è la forma* di sentenza a vincolare nel senso di un'attribuzione necessitata della capacità di dar luogo a giudicato. Basta infatti leggere l'art. 737 c.p.c. per trovarne conferma, laddove limpidamente si statuisce che i provvedimenti che debbano pronunciarsi in camera di consiglio si chiedono con ricorso - come quindi, giustamente, sopra ipotizzato - al giudice competente, rivestendo forma di decreto motivato, «salvo che la legge disponga altrimenti».

Si è allora portati a concludere, anche espandendo lo sguardo alla disciplina dettata dall'art. 214 l.f., che, in assenza di opposizioni, il tribunale, verificata la completezza e la regolarità della documentazione

depositata e, in particolare, il parere *favorevole* degli organi competenti corredato dell'*autorizzazione incondizionata* della Banca d'Italia, deciderà, in camera di consiglio, con *decreto non reclamabile*, ma sempre revocabile e modificabile, con il quale *approva* la proposta di concordato²⁴, dando alla medesima effetti *costitutivi*.

In presenza invece di opposizioni – il cui contenuto investirà di norma il pregiudizio arrecato dal concordato all'opponente, in termini di soddisfacimento delle proprie pretese rispetto ad altre possibili soluzioni (quali cessione o riparto finale)²⁵ –, tempestivamente comunicate sia al commissario liquidatore, sia alla Banca d'Italia, il giudice, oltre all'audizione dei medesimi in contraddittorio con l'interessato opponente, dovrà assumere i mezzi istruttori eventualmente richiesti dalle parti o disposti d'ufficio. In tal caso, la decisione sulle opposizioni, tutte riunite nello stesso processo, verrà assunta con *sentenza*, questa

²⁴ Già in passato non si è mancato di negare che, nell'ipotesi in cui non siano state proposte opposizioni, il tribunale abbia a svolgere un'attività di cognizione in senso proprio, sostenendosi infatti che la mancanza di una *res litigiosa* ridurrebbe l'attività del giudice ad un mero accertamento della sussistenza dei requisiti legali stabiliti per il concordato: S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento agli artt. 93-94*, cit., p. 1603.

²⁵ V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., p. 337.

sì impugnabile secondo le già ricordate disposizioni in tema di opposizioni allo stato passivo²⁶.

La dizione del sesto comma dell'art. 93 del T.U., per voce del quale il tribunale, sulla proposta di concordato, decide «tenendo conto delle opposizioni e del parere su queste ultime reso dalla Banca d'Italia», sembra peraltro suggerire la possibilità per il tribunale di pronunciarsi (positivamente) sulla proposta di concordato, anche senza aver ancora deciso sulle opposizioni, lasciandosi semmai il dubbio se tale mancata decisione debba intendersi nell'accezione di decisione *definitiva*, nel senso di sentenza passata in giudicato, o in quella di decisione formata in primo grado, priva ancora della predetta autorità e finanche priva di esecutività, in ossequio al disposto di cui all'art. 88, comma 3, del T.U., esplicitamente rievocato. Senza troppe forzature, potrebbe essere ben quest'ultima la soluzione prospettabile, posto che la legge impone al giudice di tener conto «delle opposizioni» e non già della decisione su di esse. Ciò dunque vuol dire che, pur pervenute le opposizioni, il tribunale potrà comunque, sempre verificata completezza e regolarità della documentazione depositata, approvare con decreto la

²⁶ Ricordano come, per l'ipotesi in cui siano state proposte opposizioni, la funzione di cognizione del tribunale resti vincolata agli ordinari principi processuali, tra cui quello della limitazione del potere decisorio all'oggetto determinato dalle deduzioni delle parti: S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento agli artt. 93-94*, cit., p. 1603.

proposta concordataria²⁷, compiendo un esame sommario e preliminare, comparativo tra il merito delle opposizioni formulate e il parere sulle medesime espresso – si badi, non già dal commissario liquidatore, bensì – dalla stessa Banca d'Italia, alla quale, dunque, dovrà essere assegnato discrezionalmente un termine decorrente dalla comunicazione delle opposizioni. Da notarsi, per giunta, come la Banca d'Italia, a differenza del commissario liquidatore e della banca in liquidazione, non è chiamata a rispondere alle opposizioni con memoria difensiva, in quanto *parte processuale resistente*, ponendosi il suo intervento nel processo piuttosto *a latere* dello stesso, da realizzarsi (solo) con la formulazione di un *parere* sulle opposizioni presentate. In particolare, oggetto di valutazione da parte dell'Autorità di vigilanza non è la fondatezza delle opposizioni, bensì la *convenienza* a far “cadere” la proposta concordataria in virtù degli argomenti sostenuti dall'opponente. In altri termini – e qui il richiamo alla disciplina fallimentare del concordato è più che servente –, la Banca d'Italia, qualora reputi che il proseguimento della procedura liquidatoria non consenta comunque di soddisfare la pretesa dell'opponente in misura superiore rispetto alla prospettata alternativa concordataria, formulerà un

²⁷ *Contra*: L. Desiderio, *Commento agli artt. 93-94*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio et al. Milano, 2010, p. 740, secondo il quale solo con il passaggio in giudicato della decisione che abbia respinto le opposizioni, il concordato potrà considerarsi approvato.

parere negativo sulla contestazione sollevata, di cui il tribunale, pur senza esserne vincolato, dovrà tenere conto nel compimento del suddetto esame preliminare, avente proprio il medesimo oggetto della valutazione formulata dall'Autorità di vigilanza²⁸. Un esame, quindi, sulla *convenienza* della proposta concordataria²⁹, il quale, nell'ipotesi in cui desse esito positivo, a detrimento dunque dell'interessato opponente, aprirebbe all'opportunità di un'approvazione immediata della proposta stessa con un decreto che verrà confermato con la sentenza definitiva, cioè non più impugnabile - la sola a essere esecutiva - che decide sfavorevolmente sulle opposizioni. Resta in ogni caso fermo che, qualora nel corso dell'istruttoria il giudice ritenga di dissentire dal risultato del pregresso esame preliminare, così anche discostandosi dal parere formulato dalla Banca d'Italia, dando invece ragione alla sconvenienza della proposta, il decreto di approvazione inizialmente adottato resterà revocabile o anche solo modificabile.

²⁸ Si veda a riguardo: Cass. civ., sez. I, 18 marzo 2008, n. 7263, in *Fall.*, 2008, p. 893 (con nota di Tomasso), secondo cui la tutela del credito, secondo i principi di responsabilità patrimoniale *ex art.* 2740 c.c., fonda la possibile approvazione del concordato se il sacrificio, anche parziale, dei creditori in funzione della conservazione dell'impresa sia almeno equivalente a quello che ad essi viene prospettato dall'alternativa ipotesi della liquidazione.

²⁹ Ritiene che, a tutela generale dei creditori, l'organo giudiziario sia chiamato *sempre* (e quindi anche in assenza di opposizioni) a esprimere un giudizio «sulla congruità e sulla ragionevolezza» della proposta concordataria: U. Morera, *Il concordato di liquidazione*, cit., p. 1527.

La ricostruzione appare quasi un deterrente per il soggetto interessato a proporre opposizione. Infatti, difficilmente la Banca d'Italia esprimerà un parere positivo sulla contestazione sollevata, posto che l'autorizzazione a sottoporre la proposta concordataria al vaglio del tribunale proviene da essa stessa. E di fronte a un parere sfavorevole dell'Autorità di vigilanza, il giudice altrettanto difficilmente formulerà un esame preliminare discordante sulla convenienza della proposta, dando dunque apertura all'attuazione della soluzione concordataria. Ciò, di conseguenza, induce a ritenere che, per "sperare" di contrastare la proposta di concordato, che ha già superato l'esame degli organi liquidatori e dell'Autorità amministrativa, l'opponente dovrà identificarsi in un soggetto "forte", o perché di carattere istituzionale o perché rappresentativo di una molteplicità di interessi convergenti sulla caducazione della proposta *sconveniente*.

Infine è previsto che, del deposito della «sentenza» in cancelleria – quale forma imprescindibile, ma non necessariamente esaustiva di pubblicazione della decisione (eventualmente resa nota nelle altre forme stabilite dallo stesso tribunale) – viene data comunicazione ai commissari e agli opposenti con biglietto di cancelleria. La disposizione, come le altre del medesimo genere distribuite nella disciplina in commento, è da reputarsi più che anacronistica, specie alla luce delle innovazioni apportate dal già citato d.l.

179/2012. Decisamente più consona sarebbe la previsione della comunicazione e del decreto di approvazione del concordato di liquidazione e della sentenza risolutiva delle opposizioni a mezzo PEC ai medesimi soggetti, sempre a cura della cancelleria.

3. L'esecuzione e i momenti contenziosi eventuali

La disciplina sul concordato di liquidazione è completata dall'art. 94 del T.U., in ossequio al quale spetta al commissario liquidatore, con l'assistenza del comitato di sorveglianza e nel rispetto delle direttive dettate dalla Banca d'Italia, sovrintendere all'esecuzione del piano concordatario che resta pertanto affidata all'ente bancario o, eventualmente, all'assuntore. Di prioritario intendimento risulta quindi, innanzitutto, il momento a partire dal quale il concordato può dirsi esecutivo. Ad avviso di chi scrive lo stesso deve riconoscersi con la pubblicazione del decreto di approvazione. Non si può infatti far riferimento alla disciplina dettata dall'art. 88, comma 3, del T.U., eppure richiamata espressamente, in quanto applicabile alla sentenza di epilogo del giudizio *ex art.* 93, la quale pospone l'esecutività della pronuncia, e, dunque, la produzione degli effetti della stessa proposta concordataria, al passaggio in giudicato della pronuncia stessa, così prospettando un lasso temporale potenzialmente abnorme che renderebbe vana la stessa possibilità di chiudere la procedura di liquidazione

coatta in via concordataria³⁰. Se quindi durante la procedura di concordato, come già ricordato, il commissario liquidatore può, comunque, procedere a parziali distribuzioni dell'attivo ai sensi dell'art. 91 del T.U. -pertanto ignorando astrattamente la prospettiva concordataria -, dall'approvazione giudiziale il medesimo soggetto adeguerà lo svolgersi della liquidazione coatta alle prescrizioni contenute nel piano concordatario, ferma la regola di cui al richiamato art. 92, comma 5, per cui le somme e gli strumenti che non possono essere distribuiti in base al piano, devono essere depositati nei modi stabiliti dalla Banca d'Italia per la successiva distribuzione agli aventi diritto, salva, in ogni caso, la possibilità di acquisire idonee garanzie in sostituzione degli accantonamenti - con il parere favorevole del comitato di sorveglianza e previa autorizzazione dell'Autorità di vigilanza *ex art.* 91, comma 7, del T.U. -. Dall'efficacia sostanzialmente immediata del piano concordatario *approvato*, allora, è possibile ricavare un eventuale interesse, concreto e attuale, del soggetto opponente a richiedere una qual forma di tutela *cautelare*, anche in via d'urgenza.

L'ultimo comma dell'art. 94 in commento uniforma la disciplina dell'eventuale contenzioso che può sorgere

³⁰ Cfr. però: App. Roma, 1° ottobre 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 1030, secondo cui non può procedersi a risoluzione del concordato nella liquidazione coatta amministrativa allorché l'esecuzione dei pagamenti, *secondo la proposta* (c.vo nostro), decorre dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione (*rectius*, approvazione), e avverso detta sentenza risulti proposto appello.

sull'esecuzione del concordato con quella dettata dalle previsioni generali contenute nella legge fallimentare *sub art. 215*, il quale, a sua volta, si ispira, rievocandola, alla normativa forgiata in tema di concordato fallimentare, ai sensi degli articoli 137 e 138 l.f. Due pertanto sono le ipotesi di caducazione del concordato di liquidazione, il quale infatti può venir meno per risoluzione o annullamento.

La prima. Il tribunale – lo stesso che ha approvato la proposta concordataria – pronuncia con sentenza in camera di consiglio la risoluzione del concordato *se (e solo se)* lo stesso *non è eseguito*. L'espressione è foriera di dubbi interpretativi, laddove lascia indefiniti i presupposti oggettivi, e la relativa quantificazione, di tale mancata esecuzione. Si crede di ritenere che possa fondare la risoluzione del concordato anche un'esecuzione solo parziale dello stesso e, comunque, non aderente al contenuto del piano approvato e/o alle direttive impartite dall'Autorità di vigilanza. Pertanto, la fattispecie non dovrebbe differire da quella contemplata per la risoluzione del concordato fallimentare, coincidendo con ogni ipotesi di non esatto o regolare adempimento della proposta concordataria, compreso quello afferente alla prestazione delle garanzie offerte quale condizione di accettazione della proposta³¹, nonché con riguardo agli obblighi assunti

³¹ L. Desiderio, *Commento all'art. 94*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione. Padova, II, 2012, p. 1138.

nei confronti della Banca d'Italia, e dunque a prescindere dal soddisfacimento dei creditori. In particolare, il tribunale risolve il concordato su iniziativa, presentata con ricorso, del commissario liquidatore o, si legge all'art. 215 l.f., di uno o più creditori. Il novero dei soggetti legittimati attivi appare però, nel caso *de quo*, limitante, dovendosi infatti annoverare - ad avviso di chi scrive - anche la banca in liquidazione, l'Autorità di vigilanza, nonché ogni interessato che risulti in un qual modo coinvolto dall'attuazione del piano concordatario, come ad esempio può essere il terzo assuntore che, in quanto tale, dovrà peraltro essere sempre chiamato a partecipare al giudizio, giusta la previsione di cui al comma terzo dell'art. 137, l.f., a cui l'art. 215 l.f. rinvia, insieme ai commi 2, 4, 5 e 6 del medesimo articolo. Ciò vuol dire che il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato; che il processo instaurato seguirà le prescrizioni dettate dall'art. 15 l.f., con particolare riguardo alla natura camerale del giudizio e alla necessità del contraddittorio con il soggetto debitore (*i.e.* la banca in liquidazione e/o il terzo assuntore); e che la *sentenza* che risolve il concordato, comunque reclamabile (al pari di quella che respinge il ricorso) ai sensi dell'art. 18 l.f. - ossia secondo le modalità previste per l'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento - riapre la procedura di liquidazione coatta amministrativa ed è -

eccezionalmente per la disciplina in commento - provvisoriamente esecutiva. È evidente come le incongruità siano molteplici, trasfondendosi nel contesto in esame regole e principi propri della disciplina fallimentare non accolti altrove nella normativa sulla liquidazione coatta bancaria. Un miglior coordinamento sarebbe pertanto stato opportuno.

Lo stesso è a dirsi con riguardo alla seconda ipotesi di caducazione del piano concordatario. A riguardo, è previsto che, su istanza dei medesimi soggetti anzidetti, il concordato di liquidazione possa essere annullato a norma dell'art. 138 l.f., qui si precisa, necessariamente in contraddittorio con il soggetto debitore, ogniqualevolta si scopra che sia stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo. Anche in tal caso trovano applicazione le medesime disposizioni dettate per il procedimento di risoluzione, rinvenendosi, quale unica differenza, il termine entro cui presentare il ricorso, qui indicato, a pena di decadenza, allo scadere dei sei mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, dei due anni dall'ultimo adempimento previsto.

Una volta riaperta la procedura di liquidazione coatta amministrativa, a seguito della risoluzione o dell'annullamento del concordato, spetta alla Banca d'Italia adottare i provvedimenti che ritiene necessari, nell'esercizio ponderato dei suoi poteri discrezionali,

fermo restando che l'iter liquidatorio dovrebbe comunque riprendere il suo corso *automaticamente* ad opera del commissario liquidatore, senza quindi necessità di intervento da parte dell'Autorità di vigilanza³², la quale, perciò, ha solo la facoltà di dettare a riguardo proprie direttive.

Fuori dai predetti casi, l'unica azione esperibile contro il concordato di liquidazione dalla legge ammessa, seppur non espressamente disciplinata, sarebbe quella di *esecuzione* che può essere richiesta, qui, solo dai creditori, in alternativa a quella di risoluzione. Possibilità che emerge dal disposto di cui al comma terzo dell'art. 93 del T.U., laddove si legge che, ove l'obbligo di pagare le quote di concordato sia assunto da terzi, «l'azione dei creditori per l'esecuzione del concordato non può esperirsi che contro i terzi assuntori entro i limiti delle rispettive quote»³³. Un problema potrebbe peraltro – e non indifferentemente – sorgere qualora dinnanzi alla mancata esecuzione del concordato all'azione di esecuzione dei creditori si sovrapponga quella di risoluzione da parte del commissario liquidatore. La dottrina invero pare

³² L. Desiderio, *Commento agli artt. 93-94*, cit., p. 741.

³³ Già prima del Testo Unico, vedasi: Cass. civ., 21 giugno 1984, n. 3658, in *Foro it. Rep.*, 1984, voce *Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord.* [3980], n. 61, confermando che in caso di chiusura della liquidazione coatta amministrativa di un istituto di credito con un concordato, il creditore dell'istituto ha azione diretta nei confronti di chi, ponendo fine alla procedura di liquidazione, si sia assunto l'obbligo di pagare i debiti oggetto della liquidazione medesima.

risolvere la questione – se non si erra nella lettura – in un *aut aut*, ritendo che alla risoluzione del concordato non si farà luogo quando l'obbligo dell'adempimento sia assunto da un terzo, dovendosi in tal caso escutere il solo patrimonio del terzo assuntore³⁴.

³⁴ Così: L. Desiderio, *Commento all'art. 94*, cit., p. 1138. Vedasi altresì: C.M. Pratis, *La disciplina giuridica delle aziende di credito*. Milano, 1972, p. 422, il quale precisa che, ove il terzo assuntore sia una banca, in caso di infruttuosa escussione, si porrebbe l'eventualità di un suo assoggettamento a procedura liquidatoria.

CAPITOLO X

Le azioni di responsabilità

1. L'azione nei confronti degli *ex* esponenti aziendali - 2. L'azione nei confronti degli organi della procedura - 2.1 La responsabilità civile del commissario liquidatore - 2.2 La responsabilità civile dei membri del comitato di sorveglianza - 3. L'azione nei confronti dell'Autorità di vigilanza - 3.1 La responsabilità nei riguardi dei terzi - 3.2 La responsabilità nei riguardi degli organi liquidatori

1. L'azione nei confronti degli *ex* esponenti aziendali

L'art. 84, comma 5, del T.U. disciplina l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei cessati membri degli organi amministrativi e di controllo, nonché contro il direttore generale, il soggetto incaricato della revisione legale dei conti ovvero la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento verso la banca in liquidazione coatta amministrativa. La norma prende in considerazione, in particolare, l'azione sociale di responsabilità - che, secondo le regole ordinarie, può essere promossa, a causa dell'inosservanza di (qualunque) dovere proprio delle

cariche suddette¹, in seguito a deliberazione dell'assemblea o del collegio sindacale *ex art.* 2393 c.c., ovvero per iniziativa dei soci rappresentanti una soglia minima di capitale sociale secondo le prescrizioni di cui all'art. 2393-*bis* c.c. - e l'azione del creditore sociale - esercitabile, ai sensi dell'art. 2394 c.c., (unicamente) per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e, specificatamente, quando quest'ultimo risulti insufficiente al soddisfacimento dei crediti -. Per entrambe le tipologie di azione, sia quella sociale che quella del creditore sociale, introducendo sempre una controversia ordinaria², la norma speciale citata sancisce in via espressa - perfettamente il linea con quanto avrebbe successivamente affermato anche l'attuale art. 2394-*bis* c.c., pacificamente applicabile anche alla s.r.l.³ - la legittimazione processuale attiva del commissario liquidatore, condizionando però, rispetto alla generale

¹ Con peculiare riferimento al caso di specie, è stato affermato che gli obblighi di diligenza e vigilanza la cui inosservanza comporta a carico degli amministratori la responsabilità di cui all'art. 2392 c.c., si concreterebbero, con riguardo alla gestione dell'attività bancaria, nel compimento di un'adeguata istruttoria ai fini della concessione del credito, nella richiesta di garanzie o nel ricorso ad altre cautele e, nel caso di insolvenza del cliente, nella sospensione di ulteriori erogazioni, nonché nel sollecito ricorso alle procedure di recupero, nella redazione di un bilancio d'esercizio alla stregua dei criteri indicati dall'Autorità di vigilanza: Trib. Sulmona, 21 settembre 1993, in *P.Q.M.*, 1993, III, p. 38.

² Cass. civ., sez. I, 24 marzo 1999, n. 2772, in *Società*, 1999, p. 1065 (con nota di Picone).

³ Trib. Udine, 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 808 (con nota di Bianca).

previsione codicistica, l'esercizio delle azioni medesime, da un lato, all'audizione preliminare del comitato di sorveglianza, il cui parere è da qualificarsi obbligatorio, ma non vincolante⁴, e, dall'altro, alla preventiva autorizzazione della Banca d'Italia – che terrà conto del parere motivato del predetto comitato⁵ –. In particolare, quest'ultima è dovuta, si ritiene, per ogni grado di giudizio e anche nei casi di rinuncia e transazione dell'azione⁶, nonché per la costituzione come parte civile del commissario liquidatore nel processo per bancarotta⁷, ma non per l'accertamento tecnico

⁴ Così: Trib. Cuneo, 18 dicembre 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 617, seppur con riguardo all'azione del commissario straordinario di società sottoposta ad amministrazione straordinaria.

⁵ Tale parere si pone pertanto come servente alla stessa autorizzazione amministrativa, caratterizzandosi quale ineliminabile momento istruttorio nell'ambito della medesima fattispecie. Di talché, in sua mancanza, non pare ammissibile la sanatoria per opera di un parere tardivo, con la conseguenza che diverrebbe necessario riproporre l'intero iter autorizzatorio, affinché l'Autorità di vigilanza acquisisca il parere del comitato di sorveglianza *prima* di concedere l'autorizzazione a procedere – questa sì rilasciabile in via tardiva rispetto all'intrapresa azione commissariale che viene così sanata *ex tunc*, ai sensi dell'art. 182 c.p.c., dalla nullità di cui sarebbe stata altrimenti affetta –. Cfr. sul tema: Trib. Vigevano, 9 marzo 1983, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1984, II, p. 83.

⁶ G. Bavetta, *La liquidazione coatta amministrativa*. Milano, 1974, p. 129.

⁷ Posto che la costituzione di parte civile si sostanzia in un'azione di responsabilità nell'ambito del processo penale: Cass. pen., sez. V, 16 dicembre 2004, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Bancarotta* [0860], n. 79. Si coglie peraltro l'occasione per ricordare come in capo al commissario liquidatore, in quanto pubblico ufficiale, sia configurabile un obbligo di denuncia, ove abbia acquisito notizia di

preventivo proposto in funzione accessoria ed anticipatoria rispetto all'azione di responsabilità civile⁸, in quanto reputato ammissibile il rilascio di un'autorizzazione postuma e tardiva nel corso del giudizio già avviato⁹.

fatti aventi una potenziale rilevanza penale, non richiedendosi all'uopo una valutazione sulla configurabilità di una puntuale fattispecie di reato o sulla punibilità del medesimo, essendo piuttosto sufficiente il possesso, da parte del commissario liquidatore, di elementi di cognizione tali da identificare nelle linee essenziali gli estremi di un reato.

⁸ Trib. Potenza, 16 febbraio 1998, in *Giur. merito*, 1999, p. 253 (con nota di Volanti), che, nella specie, ha ritenuto insussistente il c.d. *periculum in mora*, quale requisito per l'autorizzazione di un accertamento tecnico preventivo volto ad anticipare l'azione di responsabilità civile verso i componenti degli organi della cessata amministrazione straordinaria di una banca: a) in difetto di plausibili indizi di possibili occultamenti, distruzioni o deterioramenti della documentazione contabile in custodia del commissario liquidatore; b) nella previsione di una possibile cessione a terzi delle attività e delle passività della banca in liquidazione coatta amministrativa, in quanto la banca cedente conservava intatta la sua soggettività giuridica, per cui i libri e le scritture contabili della pregressa situazione economica rimanevano pur sempre affidati al commissario liquidatore sino alla cessazione delle sue funzioni; c) nella previsione di un'eventuale incorporazione in altra banca, in quanto, a norma dell'art. 2501, comma 2, c.c., è preclusa alle società soggette a procedure concorsuali la partecipazione ad operazioni di fusione.

⁹ Vedasi in proposito quanto affermato da: Trib. Roma, 20 marzo 2002, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 729 (con nota di Di Gravio), secondo cui nei giudizi di responsabilità di amministratori e sindaci, introdotti dal commissario liquidatore nella liquidazione coatta amministrativa, la mancanza di autorizzazione a stare in giudizio si risolve in un difetto di presupposto processuale, la c.d. *legittimatio ad processum*, che, viziando il rapporto processuale nel suo momento genetico, può essere rilevato anche d'ufficio dal giudice,

Nulla si dice, invece, in merito all'azione individuale del socio e del terzo *ex art. 2395 c.c.*, la quale, pertanto, rimane impregiudicata, così come del resto conferma la stessa disposizione, letta nella sua posizione sistematica, in ossequio alla quale le previsioni precedenti – tra cui anche il citato *art. 2394-bis*, attribuyente una legittimazione attiva straordinaria al commissario liquidatore – lasciano inalterato il diritto al risarcimento del danno, azionabile entro cinque anni dal compimento dell'atto pregiudizievole, spettante al singolo socio o al terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi dagli stessi soggetti sopra menzionati, appartenenti all'intero novero degli esponenti aziendali (per effetto del rinvio da altre norme operato alla disciplina sulla responsabilità degli amministratori)¹⁰.

Non si reputa confacente con il presente lavoro illustrare i meandri, più che spinosi, del tema sulla responsabilità degli amministratori (in generale replicabile anche per gli altri soggetti succitati), su cui gli interpreti del diritto commerciale si sono tanto spesi. Rimandando pertanto allo stato dell'arte, così come oggi consolidato in materia – stante l'inalterità dei termini

finché la patologia non sia stata eliminata con la produzione, *anche tardiva* (c.vo nostro), della suddetta autorizzazione.

¹⁰ Nel senso che la legittimazione rimane ferma in capo al singolo socio o al singolo terzo preteso danneggiato, e non può essere trasferita né estesa al commissario liquidatore, anche: S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento all'art. 84*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli *et al.* Bologna, II, 2003, p. 1379.

della questione pure nel contesto *de quo* –, si sceglie qui di affrontare *breviter* le peculiarità connotanti l'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli (ormai) *ex* esponenti aziendali della banca in liquidazione coatta amministrativa – cessati dalla carica con l'apertura della procedura concorsuale – da parte del commissario liquidatore. Non senza peraltro trascurare che, nella pratica, le azioni di responsabilità definite «più terribili» si siano viste non tanto nel fallimento, quanto piuttosto nella liquidazione coatta amministrativa, specie proprio in materia bancaria¹¹, ove tali azioni nascono e si fondono sulle relazioni degli ispettori della Banca d'Italia e sui relativi verbali, ai quali la giurisprudenza – si ricorda – attribuisce particolare rilievo ai fini del *fumus* della responsabilità¹².

¹¹ V. Giorgi, *Commento all'art. 206*, in C. Cavallini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, IV, 2010, p. 1047, richiamante il pensiero espresso da A. Bassi, *Lezioni di diritto fallimentare*. Bologna, 2009, pp. 219 e ss.

¹² Vedasi *ex multis*, proprio con riguardo al giudizio sulla responsabilità degli *ex* esponenti della banca in liquidazione coatta, dalla pronuncia meno recente: Trib. Benevento, 8 gennaio 1992, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, p. 333, che in particolare equipara l'attività ispettiva dell'Autorità di vigilanza a una vera e propria consulenza tecnica d'ufficio; Trib. Sulmona, 21 settembre 1993, cit.; Trib. Potenza, 11 giugno 1994, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, p. 610; Trib. Frosinone, 6 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, p. 298; Trib. Benevento, 7 dicembre 1995, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 167; Trib. Frosinone, 19 aprile 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2515, affermate *in terminis* che gli accertamenti ispettivi della Banca d'Italia, oltre che agli accertamenti del commissario liquidatore – che ha veste di pubblico ufficiale e che agisce quale titolare di un irrinunciabile *munus publicum* –, sui quali si fonda la pretesa al risarcimento del

Fin da subito deve darsi conto della questione relativa al mantenimento, o meno, di un'originaria distinzione tra le azioni di cui agli articoli 2393 e 2393-*bis* c.c., da un lato, e 2394 c.c., dall'altro, pur confluendo le stesse in capo a un unico soggetto, nella specie il commissario liquidatore. In giurisprudenza appare ripetitiva l'affermazione che quest'ultimo diventi invero titolare di un'unica azione, la quale, pur essendo ontologicamente correlata a quelle originarie (e non sorgendo perciò *ex novo* in capo al soggetto dalla stessa legge designato quale legittimato all'esercizio), assume carattere *unitario ed inscindibile*¹³, sia perché necessariamente cumula i presupposti e gli scopi di

danno vantata nei confronti dei cessati organi di una banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, costituiscono attendibili fonti di valutazione per desumere l'entità del danno stesso, nonché per costituire il *fumus boni iuris* necessario per la concessione della misura cautelare del sequestro. Cfr. però anche, in senso parzialmente dissonante, la pronuncia secondo cui le ammissioni fatte dal commissario della liquidazione coatta amministrativa nel corso del processo non avrebbero alcun valore probatorio essendo il commissario privo della disponibilità del diritto controverso: Cass. civ., sez. I, 12 maggio 1998, n. 4774, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2114.

¹³ Cass. civ., sez. I, 24 marzo 1999, n. 2772, in *Giur. it.*, 1999, p. 1869; Cass. civ., sez. I, 7 novembre 1997, n. 10937, in *Fall.*, 1998, p. 697; Cass. civ., 10 giugno 1981, n. 3755, in *Fall.*, 1981, p. 899. Sul piano dell'onere probatorio ciò comporta che chi agisce debba dimostrare l'inadempimento dell'amministratore ad uno o più obblighi impostigli dalla legge o dall'atto costitutivo, il nesso causale tra la condotta e le conseguenze pregiudizievoli, il danno riconducibile in via immediata e diretta alla condotta dolosa o colposa dell'amministratore: Trib. Milano, 28 novembre 2005, in *Società*, 2007, p. 67 (con nota di Fanti).

entrambe le azioni suindicate, sia perché è sempre finalizzata al risultato di acquisire all'attivo ciò che sia stato sottratto al patrimonio sociale per fatti imputabili agli esponenti aziendali¹⁴. Traslando allora nel caso nostro in esame tale pensiero, affermatosi – seppur con voci dissonanti in dottrina¹⁵ – con precipuo (ma non solo) riguardo alla figura del curatore fallimentare agente *ex art. 146 l.f.*, può conseguentemente dirsi che, quando il commissario liquidatore si attivi in base all'art. 84, comma 5, del T.U., le due azioni ivi previste dovranno ritenersi contemporaneamente proposte, sicché la responsabilità potrà essere dedotta ed affermata tanto con riferimento ai presupposti

¹⁴ Sul punto si è in particolare, piuttosto recentemente, precisato che il danno risarcibile sia, in linea di principio, quello causalmente riconducibile, in via immediata e diretta, alla condotta (colposa o dolosa) dell'agente e non possa essere identificato, in generale, nella differenza tra attivo e passivo accertato in sede concorsuale; tuttavia, anche una rigorosa applicazione delle regole sul nesso di causalità materiale può giustificare la quantificazione del danno nella differenza fra attivo e passivo se, per fatto imputabile agli organi sociali, si sia venuto a determinare il dissesto della società e la conseguente sua sottoposizione a procedura concorsuale: Trib. Milano, 10 febbraio 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1178 (con nota di Bodellini).

¹⁵ Vedasi in proposito: A. Silvestrini, *Commento all'art. 2394-bis*, in *Commentario* a cura di M. Sandulli, V. Santoro, *Società per azioni, società in accomandita per azioni*. Torino, II/1, 2003, p. 503, secondo cui non sarebbe possibile che il curatore, esercitando cumulativamente le due azioni, finisca per combinare i presupposti dell'una e dell'altra, optando fra le varie soluzioni possibili, in tema di prescrizione, di ripartizione dell'onere della prova, di ammontare del danno e di eccezioni opponibili, per quella in concreto più favorevole per la procedura.

dell'azione dei creditori sociali, quanto con riferimento ai presupposti dell'azione sociale. Come peraltro chiarito dalla Suprema Corte¹⁶, la circostanza che il competente organo della procedura concorsuale sia legittimato a promuovere unitariamente ed inscindibilmente l'azione sociale di responsabilità e quella del creditore sociale non significa affatto che nel processo non debbano comunque essere esaminati i diversi profili di responsabilità: l'azione esercitata, nella specie, dal commissario liquidatore non sarebbe dunque un terzo tipo di azione di responsabilità, bensì un'azione *cumulativa*, con l'effetto che la procedura può avvalersi, a seconda dei casi, dei presupposti dell'una o dell'altra – qui si aggiunge nel rispetto dei termini prescrizionali per ciascuna previsti¹⁷ –.

¹⁶ Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 75 (con nota di Salafia).

¹⁷ Cfr. a riguardo: L. Nazzicone, *Commento all'art. 2394-bis*, in G. Lo Cascio (a cura di), *La riforma del diritto societario, Società per azioni – amministrazione e controlli*. Milano, V, 2003, p. 216, precisante che l'azione *ex art. 2393* potrà essere esercitata nel termine di prescrizione di cinque anni dalla verifica del danno, che decorre dalla cessazione dell'amministratore dalla carica, sempre che a tale data si sia verificato il danno (art. 2393, comma 3, c.c.); l'azione *ex art. 2394*, in combinato disposto con l'art. 2949, comma 2, c.c., può essere esercitata nel medesimo termine prescrizionale di cinque anni, decorrenti dalla verifica del danno o, se successiva, dalla verifica della condizione di proponibilità costituita dall'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei creditori, a norma del secondo comma dell'art. 2394 c.c. Vedasi recentemente anche: Trib. Catania, 23 giugno 2011, in *Società*, 2012, p. 377 (con nota di Sgarbi, Cavanna), affermando che l'azione di responsabilità dei creditori sociali (ovvero del

Con specifico riguardo alla fattispecie qui in esame, proprio alla luce del disposto di cui all'art. 84, comma 5, del T.U., si è inoltre precisato che il commissario liquidatore ha il *potere-dovere* di promuovere, ricorrendone i presupposti, l'azione di responsabilità sociale contro i membri dei cessati organi amministrativi e di controllo, in virtù di una legittimazione *ex lege* e nell'esercizio di una irrinunciabile e intrasferibile funzione pubblicistica. In particolare, si ritiene che l'iniziativa commissariale debba investire due profili, da identificarsi in uno di legittimità e uno di convenienza, inerenti cioè alla sussistenza dei presupposti della responsabilità civile, da sottoporre alla cognizione giudiziale¹⁸, da un lato, e, dall'altro, all'idoneità dell'azione a tutelare le ragioni patrimoniali della banca, così da consentire all'Autorità

curatore fallimentare della società ormai fallita) verso amministratori e sindaci è soggetta a prescrizione quinquennale decorrente dal momento in cui i creditori sono in grado di venire a conoscenza dell'insufficienza del patrimonio sociale ai fini della soddisfazione dei loro crediti; il *dies a quo* della prescrizione inizia a decorrere, di regola, dalla data di deposito della sentenza di fallimento (a cui equiparare la data di apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa *ex art. 83 T.U.*), sebbene non si possa escludere che l'insufficienza sia resa nota a tutti i creditori in epoca anteriore: in tal caso, però, grava sull'amministratore o sul sindaco che eccepisce la prescrizione l'onere di provare che tale incapienza patrimoniale si sia manifestata e sia divenuta conoscibile prima della dichiarazione di fallimento; App. Milano, 21 gennaio 1994, in *Società*, 1994, p. 923 (con nota di Salafia).

¹⁸ Potendo a riguardo sfruttare, pur senza ripetere, le conclusioni raggiunte nel provvedimento di messa in liquidazione coatta che ben può riferirsi all'esistenza di irregolarità nella gestione della banca, come emerse nei verbali ispettivi della Banca d'Italia.

di vigilanza, in sede autorizzativa, di delibare – secondo comunque la propria valutazione discrezionale – non solo in ordine alle condizioni dell'azione¹⁹, ma altresì con riguardo alla conformità dell'iniziativa con gli obiettivi della liquidazione²⁰. Da notarsi, peraltro, come l'atto autorizzativo rilasciato dall'Autorità di vigilanza per la procedibilità dell'azione di responsabilità non pare essere suscettibile di sindacato, a mente di quella pronuncia che, a riguardo, ha ritenuto inammissibile il ricorso al giudice amministrativo per difetto di uno specifico interesse, risultando il diritto di difesa (degli asseriti responsabili) già pienamente assicurato nell'ambito del giudizio davanti all'A.g.o.²¹.

La legittimazione processuale del commissario liquidatore non sarebbe comunque esclusiva, concorrendo infatti anche con quella della banca cessionaria in caso di cessione delle attività e passività,

¹⁹ Chiarisce come la Banca d'Italia non possa in ogni caso influire sull'impostazione dell'azione, non rientrando nelle competenze di detta Autorità le modifiche del *petitum* o della *causa petendi*, ovvero il potere di indicare i soggetti passivi verso i quali l'azione dovrà essere esperita, di spettanza invece degli organi della procedura: G. Fauceglia, *L'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, in *Giur. comm.*, 1997, III, pp. 329 e ss.

²⁰ V. Tusini Cottafavi, *La liquidazione coatta amministrativa*, in G. Boccuzzi, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*. Milano, 1998, p. 257.

²¹ Così: T.A.R. Campania, 19 gennaio 1989, in *Trib. amm. reg.*, 1989, I, p. 1033. Discorso contrario sarebbe invece a dirsi in caso di autorizzazione negata (si veda *infra* nel testo, al paragrafo successivo).

rientrando infatti nell'oggetto di cessione pure l'azione di responsabilità medesima²². A riguardo non sono tuttavia mancate migliori precisazioni, indicanti, (proprio) sulla base del fatto che la cessione importerebbe naturalmente anche il trasferimento delle azioni di responsabilità - a meno che lo stesso non venga espressamente escluso - il verificarsi di una separazione tra il soggetto del diritto sostanziale (la banca cessionaria) e quello munito di legittimazione processuale (il commissario liquidatore della banca cedente), tale da dare luogo a una vera e propria sostituzione processuale, salva la possibilità di estromissione del commissario liquidatore, ai sensi del secondo comma dell'art. 111 c.p.c.²³ o, più specificatamente, dell'art. 92, comma 9, del T.U. (in virtù del quale, si ricorda, il commissario liquidatore è estromesso, su propria istanza, dai giudizi relativi ai rapporti oggetto di cessione, nei quali sia subentrato il cessionario).

²² Trib. Frosinone, 19 aprile 1996, cit. In tal caso, peraltro, non è stata ritenuta necessaria l'autorizzazione da parte della Banca d'Italia che è invece indispensabile solo per l'esercizio doveroso della funzione pubblica afferente all'organo liquidatore della procedura: la banca cessionaria sarebbe infatti portatrice di una tutela privatistica nell'interesse patrimoniale, in quanto acquirente, non già dell'azione di responsabilità, bensì del credito di risarcimento da questa derivante, ovvero del risultato economico-patrimoniale della stessa. Cfr. quanto scritto sul tema, *supra*, cap. VII, § 2.3.2.

²³ S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento all'art. 84*, cit., p. 1382.

Da ultimo, si vuole dar conto della risolta questione, in passato sollevata e dibattuta, relativa al susseguirsi delle procedure, con particolare riguardo ai limiti dell'efficacia dell'autorizzazione amministrativa. Il caso, in particolare, si pone quando la banca in liquidazione coatta è stata precedentemente sottoposta ad amministrazione straordinaria e, proprio in tale sede, la Banca d'Italia, giusta la previsione di cui all'art. 72, comma 5, del T.U., ha concesso l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte dei commissari straordinari. *Ab origine*, a fronte di una decisione della Suprema Corte, che aveva ritenuto efficace l'autorizzazione data ai commissari straordinari anche nei confronti del commissario liquidatore²⁴, si affermava una soluzione dottrinale maggiormente restrittiva che, muovendo dalle diverse finalità sottese alle due procedure, escludeva qualsiasi ultrattività della predetta autorizzazione²⁵. Oggi il problema deve riconoscersi superato, alla luce del dato testuale della disposizione da ultimo citata, la quale, revocando ogni dubbio, stabilisce che «gli organi succeduti all'amministrazione straordinaria proseguono le azioni di responsabilità e riferiscono alla Banca d'Italia in merito alle stesse». Dunque, una nuova autorizzazione non si rende affatto necessaria, bastando invece l'assolvimento di un

²⁴ Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 1978, n. 396, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1978, II, p. 261.

²⁵ Vedasi: G. Fauceglia, *L'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., pp. 329 e ss. e i riferimenti ivi menzionati.

obbligo comunicativo a carico del commissario liquidatore succeduto.

2. L'azione nei confronti degli organi della procedura

La disciplina sulla liquidazione coatta amministrativa bancaria non contiene espressamente una norma sulla responsabilità del commissario liquidatore e del comitato di sorveglianza, i quali possono comunque essere revocati o sostituiti dall'Autorità di vigilanza, a sua discrezione, ai sensi dell'art. 81, comma 3, del T.U.²⁶. Si impone pertanto una differenza rispetto a quanto invece previsto, con specifico riferimento però alla sola figura commissariale, dall'art. 199 l.f. sulla liquidazione coatta

²⁶ Fatte salve le ipotesi di revoca o sostituzione per cause naturali (morte, malattia), per volontà dell'interessato (dimissioni, trasferimenti) o per decadenza dovuta al venir meno dei requisiti di professionalità e onorabilità (impliciti) per la nomina, la previsione pare sottendere una responsabilità *disciplinare* dei soggetti contemplati. La discrezionalità riconosciuta in capo all'Autorità di vigilanza sembrerebbe peraltro implicare la possibilità di individuare esigenze di procedura comportanti la sostituzione del commissario liquidatore o di un componente del comitato di sorveglianza, non solo in caso di disattesa dei canoni comportamentali di diligenza professionale, ma anche in assenza di manchevolezze dei medesimi, non risultando invece la revoca scindibile da un carattere, quantomeno in senso lato, sanzionatorio. La suddetta discrezionalità, che non può comunque eludere un obbligo motivazionale, resta in ogni caso sindacabile dinanzi al giudice amministrativo, senza che possa poggiarsi sul rilievo per cui gli organi della procedura (sostituiti o revocati) non avrebbero un diritto soggettivo a ricoprire l'ufficio cui sono stati nominati.

in generale e dall'art. 38 l.f. con riguardo al curatore fallimentare. L'art. 84 del T.U., dopo aver riconosciuto, al comma 1, la qualifica di pubblico ufficiale del commissario liquidatore, si limita, al comma 5, a sancire la responsabilità personale dei membri degli organi liquidatori - lasciando in dubbio (da risolversi però positivamente) se in essi debba ricomprendersi anche il comitato di sorveglianza - in caso di inosservanza delle direttive emanate dalla Banca d'Italia. Salvo poi, al successivo comma 6, richiamare le previsioni all'uopo dettate, in tema di amministrazione straordinaria, dall'art. 72, in particolare comma 9, del T.U., in ossequio al quale «le azioni civili contro i commissari e i membri del comitato di sorveglianza per gli atti compiuti nell'espletamento dell'incarico sono promosse previa autorizzazione della Banca d'Italia».

In sostanza, dal quadro legislativo esaminato, manca una previsione analoga a quella riprodotta dal secondo comma dell'art. 199 l.f., mutuata dalla disciplina sul fallimento, per la quale, durante la liquidazione, l'azione di responsabilità contro il commissario liquidatore revocato è proposta dal nuovo liquidatore con l'autorizzazione dell'Autorità che vigila sulla liquidazione. Previsione che, se da un lato, è da ritenersi pacificamente applicabile anche nel contesto in esame, non foss'altro per il generale rinvio compiuto dall'ultimo comma dell'art. 80 del T.U. alle disposizioni contenute nella legge fallimentare, dall'altro, non può dirsi risolutiva, o meglio esaustiva, per il corretto

intendimento del novero dei soggetti legittimati a promuovere un'azione di responsabilità nei confronti dell'organo liquidatore. Oltre infatti al nuovo commissario, qualora il precedente venga revocato, deve riconoscersi in generale - e dunque anche nell'ipotesi di mancata revocata - la legittimazione ad esercitare l'azione risarcitoria in capo a *qualunque* interessato, stante l'assenza di prescrizioni normative contrarie o limitanti. E ciò è tanto più vero con riguardo all'azione nei confronti dei membri del comitato di sorveglianza, ove nulla è prescritto o può richiamarsi a riguardo.

Se queste possono considerarsi le prime note a commento della lettura del dato normativo considerato, non si può trascurare di affrontare *funditus* (entro gli spazi che il presente lavoro concede) il tema in oggetto con un approccio maggiormente sistematico, volendosi però, in codesta sede, soffermarsi esclusivamente sui profili di responsabilità civile degli organi della liquidazione. Si tralasciano pertanto le questioni inerenti alla responsabilità disciplinare (suaccennate in nota) - nonostante si dia conto come le stesse si intreccino con i primi - e, ancor di più, quelle relative alla responsabilità penale delle medesime figure - con riguardo alla quale, certamente, la qualifica di pubblico ufficiale (quantomeno) del commissario liquidatore giocherebbe un ruolo tutt'altro che secondario -.

2.1 La responsabilità civile del commissario liquidatore

Il sopra citato art. 84, comma 3, del T.U. individua un caso peculiare di responsabilità che sorge per l'inosservanza delle direttive emanate dall'Autorità di vigilanza in occasione e in funzione dello svolgersi della procedura di liquidazione, e ciò - si ritiene - sia per la gravità di tale ipotesi nell'ambito della procedura liquidatoria, sia per sensibilizzare i destinatari al rispetto delle direttive medesime, ma senza tuttavia esaurire il novero dei casi in cui la responsabilità degli organi della liquidazione in generale, e del commissario liquidatore in particolare, può essere ravvisata. In altri termini, non può essere vero che, al di fuori dell'ipotesi della violazione delle direttive, il commissario liquidatore e il comitato di sorveglianza siano esenti da ogni responsabilità²⁷. È infatti pacificamente afferabile che il commissario liquidatore risponda, in generale, dei danni procurati dall'inadempimento dei compiti su di lui gravanti, tra cui ricade anche il dovere di diligenza professionale, commisurato alla delicata natura dell'incarico²⁸. In ipotesi peraltro di organo

²⁷ A. Pisani Massamormile, *La responsabilità degli organi della liquidazione coatta amministrativa delle banche*, in U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria. La gestione delle crisi bancarie*. Milano, III, 1996, p. 100.

²⁸ Si è ad esempio ritenuto, seppur con riguardo alla figura del commissario in una procedura di amministrazione straordinaria, che il comportamento di tale soggetto, diretto a riconoscere la causa di prelazione di un credito vantato come ipotecario, benché

commissariale pluripersonale, giusta la possibilità di delega, anche per categorie di operazioni, a uno o più commissari, in virtù dell'art. 72, comma 7, testualmente richiamato dall'art. 84, comma 6, del T.U., la responsabilità sarà regolata in ossequio alle previsioni di cui all'art. 2392 c.c. in tema di amministratori di società per azioni. Di talché, i commissari liquidatori saranno ritenuti solidalmente responsabili dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti, a meno che si tratti di funzioni in concreto attribuite a uno o più componenti dell'organo liquidatore. In ogni caso, i commissari saranno solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. Deve inoltre ricordarsi come, a norma dell'ultimo comma dell'art. 84 del T.U., il commissario liquidatore, possa farsi coadiuvare nello svolgimento delle operazioni da terzi, con oneri a carico della liquidazione, nonché, in casi eccezionali, possa delegare a terzi il compimento di singoli atti, in tal caso a proprie spese. Mentre nel primo caso è verosimile che il

inefficace, costituisca violazione di un dovere essenziale d'ufficio, idoneo a comportare la lesione al principio fondante del concorso paritario dei creditori; esso ha legittimato, perciò, il nuovo commissario a far valere come interesse proprio della procedura quello dei creditori ipotecari di grado posteriore e chirografari danneggiati dall'indebita preferenza e ad esercitare l'azione di responsabilità contro il commissario revocato ai sensi dell'art. 199 l.f.: Cass. civ., sez. I, 11 febbraio 2000, n. 1507, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord.* [3980], n. 89.

commissario sia chiamato a rispondere secondo lo schema della *culpa in eligendo* e della *culpa in vigilando*, considerato che, secondo la lettera di legge, l'impiego dei tecnici avviene «sotto la propria responsabilità», nel secondo potrebbe parlarsi di responsabilità solo per *culpa in vigilando*, mancando la predetta precisazione normativa. Ad ogni modo, alla responsabilità commissariale dovrà affiancarsi anche quella del coadiutore o del delegato, ravvisandosi peraltro, anche per l'esercizio dell'azione nei loro confronti, la necessità del rilascio di un provvedimento autorizzatorio da parte della Banca d'Italia - pur se la legge non lo prevede espressamente -, *a fortiori* ove si consideri che già la prevista facoltà commissariale di ausilio è subordinata al benessere dell'Autorità di vigilanza.

Quanto sopra scritto sarebbe però incompleto se non si argomentasse anche in merito alla natura della responsabilità commissariale, dovendosi all'uopo distinguere tra le violazioni degli obblighi propri di qualunque soggetto giuridico, da cui chiaramente scaturisce una responsabilità extra-contrattuale *ex art.* 2043 c.c., da quelle dei doveri imposti in ragione dell'ufficio ricoperto. In questo secondo caso il dubbio pare risolversi a favore, ancora, di una natura *extra-contrattuale*, anche alla luce degli interessi (pubblicistici) che l'azione del commissario di una banca in

liquidazione coatta è chiamato, contestualmente, a perseguire²⁹.

Condivisa tale impostazione, allora, la soluzione non muta neppure con riguardo a quella *species* contemplata dal Testo Unico del *genus* di responsabilità civile declinata nell'inosservanza delle direttive provenienti dalla Banca d'Italia, quale, appunto, forma peculiare di violazione del dovere generale di diligenza. A riguardo, pare opportuno precisare una sottile differenza tra il presupposto oggettivo della responsabilità disciplinare e quello della responsabilità civile in commento. Per l'integrazione del primo, infatti, potrebbe dirsi sufficiente una qualunque manifestazione di disattesa alle istruzioni di vigilanza. Per la sussistenza, invece, di una responsabilità civile occorre un'inosservanza circostanziata di quei provvedimenti formalmente emanati dalla Banca d'Italia relativi allo svolgimento della procedura, con finalità di indirizzo e con contenuto indicativo dei compiti da porre in essere in

²⁹ Così: A. Pisani Massamormile, *La responsabilità degli organi della liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., pp. 96-97. Cfr. però, in senso contrario, quanto affermato da: Cass. civ., sez. I, 11 febbraio 2000, n. 1507, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Fallimento* [2880], n. 347, secondo cui l'azione di responsabilità contro il curatore revocato (e contro il commissario dell'amministrazione straordinaria) decorrerebbe dal provvedimento di revoca e contestuale nomina del nuovo curatore (o commissario) e si prescriverebbe, in ragione del fatto che *non ha* natura extracontrattuale, nell'ordinario termine decennale.

vista degli obiettivi da realizzare³⁰. Sarà dunque l'attuazione o meno di questi ultimi a rappresentare il *discrimen* per la mancanza o la sussistenza di una responsabilità in capo al soggetto che, detti obiettivi, aveva il compito di concretizzare. In proposito, è opportuna una breve digressione che consente di rilevare come non esistano invero canoni precostituiti circa le modalità di adempimento delle direttive, occorrendo piuttosto trovare un punto di giusto equilibrio tra l'autonomia innegabile del commissario liquidatore e la vincolatività delle direttive medesime. Queste ultime, infatti, lasciano al destinatario un certo margine di operatività, determinando in capo allo stesso – secondo quanto alcuno sostiene – non già un obbligo di uniformarsi strettamente, bensì di non disattesa senza motivo plausibile. Considerazione che consente in aggiunta di affermare come l'osservanza delle prescrizioni dell'Autorità di vigilanza non escluda un'indagine sulla colpa dell'agente, né l'eventuale anti-giuridicità del comportamento tenuto³¹. Detto altrimenti, sul commissario liquidatore può gravare una responsabilità risarcitoria anche qualora le direttive della Banca d'Italia risultino essere rispettate.

³⁰ G. Bocuzzi, R. Lener, *Commento all'art. 84*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione. Padova, I, 2001, pp. 667 e ss.

³¹ A. Pisani Massamormile, *La responsabilità degli organi della liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., pp. 100-101.

Il discorso tende allora ad inserirsi in quello inerente alle ipotesi in cui, a monte, la predetta Autorità di vigilanza conceda l'autorizzazione all'esercizio dell'azione di responsabilità. Trattasi di una condizione dell'azione avente un chiaro valore difensivo in favore degli organi liquidatori, di intatta conformità costituzionale, posto che l'eventuale provvedimento di diniego resta impugnabile dinanzi al giudice amministrativo³². Lo scopo perseguito è dunque quello di evitare che vengano intraprese azioni pretestuose e tendenti a influenzare l'operato degli organi interessati³³. La Banca d'Italia sarà dunque chiamata a valutare le circostanze oggettivamente, superando il latente conflitto di interesse, sia concedendo l'autorizzazione nel caso in cui la responsabilità del commissario possa dirsi sussistente, nonostante l'osservanza delle direttive impartite (il caso è limite, ma non escludibile *a priori*), sia negando la medesima in quello (inverso) in cui l'operato, pur nei fatti non propriamente conforme alle istruzioni di vigilanza, sia risultato comunque non pregiudizievole nell'interesse

³² Si badi peraltro che nel momento in cui la Banca d'Italia concede l'autorizzazione all'esercizio dell'azione, non può, coerentemente, anche non procedere alla revoca del soggetto interessato. Cfr. in proposito: S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento all'art. 84*, cit., p. 1388, secondo cui laddove la revoca non precedesse l'autorizzazione, quantomeno, dovrebbe essere contestuale ad essa. Mentre invece non si può escludere che, quand'anche non autorizzi l'azione di responsabilità civile, la medesima Autorità di vigilanza provveda ad adottare misure sul piano disciplinare.

³³ G. Boccuzzi, R. Lener, *Commento all'art. 84*, cit., pp. 667 e ss.

della procedura. Si reputa infatti che la Banca d'Italia debba sì valutare il rispetto o la violazione delle norme di legge e regolamentari, ma al contempo debba altresì verificare se gli obiettivi della procedura, *globalmente* considerati, siano stati pregiudicati dal comportamento censurato³⁴. Perché, se così non fosse, l'autorizzazione andrebbe negata e l'interesse del singolo eventualmente danneggiato soggiacerebbe a quello della massa unitariamente considerata, ovvero a quello generale pubblicistico collegato alla gestione delle crisi bancarie.

Manca, da ultimo, da rilevare l'insieme dei soggetti che possono dirsi legittimati a presentare un'azione di responsabilità per danni nei confronti dell'organo liquidatore. Come già inizialmente osservato, non può limitarsi detta legittimazione soltanto al nuovo (e peraltro eventuale) commissario, da estendersi invece a qualunque soggetto a riguardo interessato. Oltre ai creditori, allora, è ipotizzabile un'iniziativa da parte dei soci della banca in liquidazione, perlomeno con riferimento alla quota - astrattamente - loro spettante in via postergata rispetto agli altri pagamenti, ma anche da parte dei terzi, ad esempio pregiudicati dalla violazione di un obbligo di riservatezza, oppure del soggetto cessionario, rinnovandosi in tal caso l'interrogativo sulla possibile natura contrattuale della responsabilità del commissario liquidatore, quando il pregiudizio scaturisca da un vizio o da un non corretto

³⁴ Ancora: A. Pisani Massamormile, *La responsabilità degli organi della liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., pp. 101-102.

adempimento del contratto di cessione. In ogni caso, l'autorizzazione da parte della Banca d'Italia, quale condizione dell'azione, sarebbe ineludibile, riferendosi la legge a tutte le azioni civili, senza alcuna distinzione.

Nulla si dice infine in ordine al giudice competente a conoscere dell'azione, permanendo peraltro dubbi anche sull'importabilità nel contesto *de quo* della soluzione adottata con riguardo all'azione di responsabilità da esercitarsi nei confronti del curatore fallimentare. In tal caso si sostiene infatti che la competenza, in costanza di procedura, spetterebbe solo al tribunale fallimentare, seguendo invece gli ordinari criteri a fallimento concluso.

2.2 La responsabilità civile dei membri del comitato di sorveglianza

Si è sopra ritenuto di sostenere che anche i membri del comitato di sorveglianza siano, al pari del commissario liquidatore, *personalmente* responsabili, in generale, dell'inosservanza dei doveri loro imposti in ragione dell'ufficio ricoperto e, in particolare, della violazione delle direttive impartite dall'Autorità di vigilanza. I termini della questione, pertanto, non differiscono, potendo anche qui accogliersi *in toto* quanto scritto con riguardo alla figura del commissario liquidatore. Difatti, la responsabilità dei componenti del comitato, oltre a configurarsi per *culpa in vigilando* in caso di omissioni o inosservanze da parte del commissario liquidatore, può altresì atteggiarsi anche in

una responsabilità diretta ed esclusiva, relativamente agli atti propri di tale organo e a prescindere dall'eventuale imputazione di responsabilità commissariale.

3. L'azione nei confronti dell'Autorità di vigilanza

Il commissario liquidatore e il comitato di sorveglianza non esauriscono l'insieme dei protagonisti della procedura di liquidazione coatta amministrativa bancaria. La stessa Relazione al Testo Unico, infatti, qualifica la Banca d'Italia quale *organo* di direzione della procedura liquidatoria. Dunque, anche l'Autorità di vigilanza deve considerarsi un organo della procedura, seppur – come alcuno sostiene³⁵ – in senso atecnico. Se così è, allora, non si vede il motivo per cui trascurare il sorgere di eventuali profili di responsabilità proprio in capo a detta Autorità con precipuo riguardo *anche* all'assolvimento dei compiti che le sono propri per il corretto svolgersi della procedura concorsuale che è chiamata a sovrintendere.

Il tema sulla responsabilità dell'Autorità di vigilanza potrebbe astrattamente scomporsi in due aspetti, ciascuno dei quali differenziabile in diverse fattispecie. Il primo attinente a una responsabilità diretta della Banca d'Italia nei confronti dei terzi, per tali intendendosi tutti quei soggetti diversi dagli organi

³⁵ A. Pisani Massamormile, *La responsabilità degli organi della liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., p. 85.

della procedura, siano essi creditori, in particolare risparmiatori-investitori³⁶, o soci della banca in liquidazione coatta³⁷. Il secondo riconducibile invece a una responsabilità della stessa Autorità di vigilanza nei confronti degli (altri) organi della procedura.

3.1 La responsabilità nei riguardi dei terzi

Quanto all'iniziale aspetto sopra prospettato, occorre distinguere il peculiare caso in cui a generare l'asserita responsabilità sia un'attività dell'Autorità di vigilanza strettamente e direttamente connessa allo svolgersi della procedura in questione, da quello in cui il nocumento lamentato derivi dal non corretto adempimento dei compiti istituzionali che l'Autorità di vigilanza, in quanto tale, è chiamata ad assolvere.

Partendo quindi dal primo e, in un qual senso, più limitativo caso, deve sottolinearsi come, invero, l'attività della Banca d'Italia in sede di liquidazione coatta

³⁶ Il rimprovero che tali soggetti hanno - nella prassi - prevalentemente mosso all'Autorità di controllo è in particolare quello di non aver ben controllato il fondamento delle notizie presupponenti la concessione di un provvedimento autorizzativo, di essere rimasta inerte rispetto al contenuto tutt'altro che rassicurante delle informazioni trasmesse dal soggetto vigilato, di non aver tempestivamente o esattamente assolto gli obblighi pubblicitari o informativi e, in generale, di non aver vigilato in modo diligente.

³⁷ In tal caso, la censura tradizionalmente sollevata contro l'Autorità di vigilanza è quella di non aver tempestivamente adottato provvedimenti ablatori di gestione della crisi, risultando invece più rara l'asserzione dei danni che tali provvedimenti avrebbero in concreto comportato.

amministrativa bancaria, di carattere propriamente direttivo, non pare, di per sé, destinata a produrre effetti diretti e immediati nei riguardi dei terzi, i quali, piuttosto, ne subiscono i riflessi in modo indiretto e mediato dall'esercizio delle funzioni degli altri organi della liquidazione e, precipuamente, del commissario liquidatore. Tuttavia, non può al contempo tralasciarsi di considerare che vi è una norma nel Testo Unico che potrebbe indurre a una ricostruzione talvolta diversa. L'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 84, in questa sede già più volte citato, stabilisce infatti che le direttive della Banca d'Italia «non sono opponibili ai terzi che non ne abbiano avuto conoscenza». Ciò vuol dire, *a contrario*, che le medesime direttive possono essere opposte ai terzi, salvo che questi dimostrino di non aver avuto conoscenza delle medesime. E ciò vuol altresì dire, allora, che, se le direttive sono opponibili ai terzi, le medesime sono pure in grado di esplicitare nei confronti di tali soggetti degli effetti potenzialmente diretti, ché, altrimenti, il problema dell'opponibilità non si porrebbe neppure. E non vale *ad argumentum* ritenere che detto discorso entri in gioco (solo) con riguardo all'ipotesi in cui il terzo asseritamente danneggiato, in un'azione contro l'organo liquidatorio, opponga la mancata conoscenza della direttiva dell'Autorità di vigilanza di fronte all'eccezione della controparte di aver agito in conformità della stessa. Anzi, in tal caso, l'inopponibilità fatta valere, ove riconosciuta, avrebbe effetti dirompenti. Considerazione, questa, che induce,

per inciso, a richiedere quindi un'adeguata pubblicità delle regole governanti la procedura liquidatoria, cosicché l'inopponibilità possa in effetti presupporre una mancata *conoscibilità* e non già una non effettiva conoscenza della direttiva in discussione. Riconosciuta pertanto la possibilità che la funzione di direzione della Banca d'Italia possa incidere, senza mediazione, anche su soggetti diversi dagli organi della procedura, purché sia data loro la possibilità di venire a conoscenza delle istruzioni rilevanti, è giocoforza prospettabile un'eventuale responsabilità dell'Autorità di vigilanza per il detrimento causato ai terzi che si siano adeguati alle direttive dalla stessa impartite. L'ipotesi, certo, è più teorica che concreta, ma – anche alla luce del dato letterale succitato – non è escludibile *a priori*. Così impostata, la questione non può che essere ricondotta alla tematica generale della responsabilità della pubblica amministrazione – perché tale si qualifica anche l'Autorità di controllo sulle banche – per i danni conseguenti ai provvedimenti della stessa che, peraltro, non devono neppure ridursi alle sole direttive, bastando infatti pensare a tutti i casi in cui la Banca d'Italia sia chiamata a rilasciare la propria autorizzazione per l'assolvimento dei compiti del commissario liquidatore. Casi che, rispetto al precedente, parrebbero concretare maggiormente un'ipotesi di responsabilità del soggetto in questione³⁸. Di più. Il discorso deve infatti replicarsi,

³⁸ Del resto, ben si rileva come alla Banca d'Italia si sia attribuito un potere che va oltre a quello propriamente riconosciuto all'autorità

trovando, peraltro, ancor più appiglio in situazioni reali, per la fattispecie in cui l'asserito pregiudizio sia ascrivibile a un'omissione, o meglio a un'inerzia, da parte della stessa Autorità di vigilanza, non rilevando qui neppure il problema dell'opponibilità o meno del provvedimento amministrativo che, di fatto, è assente. Ciò significa allora affermare che la Banca d'Italia non possa andare esente da responsabilità qualora il nocumento al terzo derivi (anche) da una mancata (corretta) direzione e da un omesso controllo circa lo svolgersi della procedura di liquidazione coatta e, quindi, l'operato degli organi liquidatori.

A tal punto il discorso può allargarsi fino a comprendere l'ulteriore fattispecie riconducibile al primo aspetto caratterizzante la responsabilità dell'Autorità di vigilanza, segnatamente individuata in una forma generale di *inerzia* dinnanzi al precipitare della situazione finanziaria, e finanche gestionale, della

di vigilanza nella disciplina sulla liquidazione coatta in generale, posto che la stessa viene investita di un «potere discrezionale di autodeterminazione di ulteriori fattispecie in cui interviene mercé il proprio potere autorizzatorio»: S. Bonfatti, G. Falcone, *Commento all'art. 84*, cit., p. 1386, a loro volta rievocanti il pensiero espresso da A. Pisani Massamormile. Infatti, i momenti autorizzatori in cui la Banca d'Italia è chiamata ad intervenire non sono solo quelli *ex lege* previsti, potendo essa stessa, giusta la previsione di cui all'art. 84, comma 3, primo periodo, T.U., stabilire che talune categorie di operazioni o di atti debbano richiedere la sua preventiva autorizzazione.

banca in crisi poi posta in liquidazione³⁹. Situazione, questa, che non sembra infatti divergere nella sostanza dall'ultima prospettata. Il tema dell'inerzia è peraltro complesso, ma è certo che un siffatto atteggiamento non possa non trovare una risposta di sanzione, posto che rientra proprio tra i compiti, definiti istituzionali, della Banca d'Italia *vigilare*, avendo riguardo, giusta la previsione di cui al primo comma dell'art. 5 del T.U., «alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia». Formulazione assai ampia nella quale sembra possibile far confluire i casi più disparati e, senz'altro, quelli qui in esame.

Punto focale è dunque comprendere in che termini il soggetto, che lamenta un pregiudizio riconducibile a un'attività, un'omissione o anche a un atteggiamento di mera inerzia – che diverge dall'omissione non presupponendo a monte alcuna richiesta – dell'Autorità di vigilanza, possa domandare ristoro e, precipuamente, a *quale* giurisdizione, intersecandosi qui diritti e

³⁹ Passando in rassegna i trascorsi casi, coinvolgenti in generale il settore dell'intermediazione finanziaria, si è rinvenuto infatti che quello che si rimprovera più spesso all'Autorità di vigilanza è proprio la non corretta valutazione di certe informazioni, il mancato accorgimento tempestivo di determinati fenomeni o anche l'adozione di determinati atti autorizzativi che un esame meno superficiale della situazione avrebbe invece evitato. Sul tema è interessante lo scritto di: E. Galanti, *Responsabilità delle autorità di controllo e giurisdizione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, IV, pp. 397 e ss.

interessi di privati con la discrezionalità amministrativa, comunque soggetta alla regola generale del *neminem laedere*⁴⁰.

Nella vigenza dell'art. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 – il quale devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi (ferma l'improprietà del linguaggio adottato) quelli afferenti alla vigilanza sul credito, con però generale esclusione delle controversie meramente risarcitorie riguardanti il danno alla persona o alle cose –, la giurisprudenza, nella risoluzione di fattispecie riconducibili al caso sopra prospettato, ha oscillato

⁴⁰ È stato infatti affermato che l'attività della p.a., anche nel campo della pura discrezionalità, deve svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche dalla norma primaria del *neminem laedere*. Sulla base di tale importante considerazione è stato nella specie consentito al giudice ordinario – al quale è pur sempre vietato stabilire se il potere discrezionale sia stato, o meno, opportunamente esercitato – di accertare se vi sia stato da parte della stessa amministrazione un comportamento colposo tale che, in violazione della suindicata norma primaria, abbia determinato la violazione di un diritto soggettivo; infatti, stanti i principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione, dettati dall'art. 97 Cost., la p.a. è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall'art. 2043 c.c., atteso che tali principi si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario: Cass. civ., sez. un., 18 maggio 1995, n. 5477, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1008 (con nota di Palmieri). In termini identici, successivamente: Cass. civ., sez. un., 27 luglio 1998, n. 7339, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2001.

talvolta a favore della giurisdizione ordinaria⁴¹, tal'altra a favore di quella amministrativa⁴², imponendo, da

⁴¹ T.A.R. Lazio, sez. I, 4 novembre 2005, n. 10391, in *Giur. it.*, 2006, p. 194, per il quale la domanda di risarcimento dei danni subiti in conseguenza della violazione da parte della Consob e della Banca d'Italia degli obblighi di vigilanza sull'attività di intermediazione mobiliare deve essere proposta davanti al giudice ordinario. Nei medesimi termini: T.A.R. Puglia, sez. I, 5 gennaio 2005, n. 7, in *Dir. e giust.*, 2005, XV, p. 49 (con nota di De Santis). Si vedano anche: Cass. civ., sez. un., 17 gennaio 2002, n. 489, in *Gius.*, 2002, p. 1227, affermando che, nell'ambito della nozione di pubblico servizio afferente alla vigilanza sul credito - materia riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 33 d.lgs. 80/1998 - non rientra l'approvazione, ad opera della Banca d'Italia, del piano di liquidazione del fondo di previdenza aziendale, essendo detto atto di controllo privo di diretta attinenza con l'attività propria degli enti creditizi, e, come tale, non riferibile né alla normativa bancaria, né alla funzione di vigilanza sui fondi pensione interni bancari; né la suddetta approvazione può essere considerata espressione di un pubblico servizio, difettando l'elemento funzionale caratterizzante, costituito dall'attitudine al soddisfacimento di bisogni di interesse generale; Cass. civ., sez. un., 6 aprile 2001, n. 149, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1161 (con nota di Di Majo), secondo cui stabilire se spetta al giudice ordinario pronunciare sulla domanda di risarcimento del danno proposta per violazione di funzioni istituzionali nei confronti della Banca d'Italia e della Consob, è questione di merito e non di giurisdizione; Cass. civ., sez. un., 18 maggio 1995, n. 5477, cit., la quale, nella specie, ha statuito nel senso che spetta al giudice ordinario la cognizione della controversia instaurata da un risparmiatore che, lamentando un pregiudizio patrimoniale determinato dalla ritardata pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto con cui era stata revocata ad una società fiduciaria l'autorizzazione ad operare, chieda la condanna del Ministero competente al risarcimento del danno; Cass. civ., sez. un., 27 ottobre 1994, n. 8836, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, p. 525 (con nota di Lener), che, sempre in tema di responsabilità extracontrattuale della p.a., ha ritenuto che la diffusione di informazioni inesatte e le omissioni o negligenze commesse dall'amministrazione nell'esercizio dei poteri di

ultimo, quale elemento discriminante proprio il carattere *meramente risarcitorio* della pretesa. In particolare, per «meramente risarcitoria» le Sezioni

vigilanza e di controllo costituisca un illecito suscettibile di accertamento da parte del giudice ordinario, al quale spetta la valutazione della sussistenza in concreto di posizioni di diritto soggettivo meritevoli della tutela risarcitoria, trattandosi di questione attinente al merito della domanda, non incidente in sede di verifica della giurisdizione; Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1993, n. 8181, in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, p. 297 (con nota di Bontempi), dichiarante la giurisdizione del giudice ordinario, quando la domanda si basa non sulla denuncia di mere illegittimità di atti amministrativi, ma sull'allegazione di fatti illeciti retrostanti l'attività provvedimentale, direttamente lesivi del diritto all'integrità del patrimonio. Tra la giurisprudenza di merito si può ricordare: Trib. Roma, 22 gennaio 2004, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, II, p. 543, secondo cui rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia nella quale il socio di una banca popolare, sottoposta ad amministrazione straordinaria a seguito di presunte irregolarità riscontrate in un'ispezione della Banca d'Italia, chieda l'annullamento per errore di un'opa sulle azioni dell'istituto di credito, alla quale aveva precedentemente aderito, nonché la condanna in solido del Ministero e della Banca d'Italia al risarcimento del danno subito per effetto della loro mancata o inadeguata supervisione.

⁴² Trib. Avezzano, 26 luglio 2000, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 709 (con nota di Scognamiglio), che, in una causa in cui la Banca d'Italia era stata chiamata in giudizio da un esponente della banca sottoposta ad amministrazione straordinaria, nell'ambito di un'azione di responsabilità (sociale) intentata nei suoi confronti dal commissario straordinario, ha ritenuto di affermare il proprio difetto di giurisdizione, spettando la cognizione delle pretese inerenti a pubblici servizi afferenti il credito, e quindi anche all'operato della Banca d'Italia sotto il profilo della vigilanza e del controllo del settore creditizio, al giudice amministrativo *ex art. 33 d.lgs. 80/1998* e riguardando comunque le doglianze l'asserita illegittimità di atti amministrativi della Banca d'Italia incidenti su interessi legittimi e non su diritti soggettivi.

Unite della Cassazione hanno inteso la controversia in cui la parte privata si limiti a chiedere il ristoro del danno subito senza censurare un provvedimento, positivo o negativo, dell'amministrazione. Se così risultava essere, allora, la controversia avrebbe dovuto essere affidata alla cognizione del giudice ordinario, concependosi peraltro il danno alla persona - che la predetta normativa introduceva quale elemento concorrente per escludere la giurisdizione amministrativa - comprensivo di tutta la sfera personale, ivi incluso il diritto all'integrità del patrimonio e alla libera e informata determinazione delle scelte di risparmio e investimento⁴³. Il rischio nel quale un siffatto orientamento ha ritenuto comunque di incorrere è stato tuttavia chiaramente ravvisato nel fatto che l'indagine del giudice ordinario, spingendosi oltre alla rilevazione di una negligenza manifesta o di una colpa grave, potesse facilmente valicare la sfera di quelle valutazioni discrezionali che invece avrebbero dovuto (e ancora dovrebbero) restare riservate

⁴³ Cass. civ., sez. un., 2 maggio 2003, n. 6719, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1685, che, nella specie, ha ritenuto appartenente alla cognizione del giudice ordinario la controversia promossa da alcuni risparmiatori, i quali, a fronte del pregiudizio consistente nella perdita delle somme affidate ad un agente di cambio e ad una Sim, domandavano tutela risarcitoria nei confronti della Consob, imputandole di aver tenuto un comportamento negligente nell'esercizio dei propri obblighi di vigilanza prudenziale sul mercato mobiliare. In particolare, la Suprema Corte ha precisato che i risparmiatori, rispetto all'esercizio dei poteri di vigilanza verso gli operatori del settore non versano in situazione di interesse legittimo.

all'amministrazione. Il problema, cioè, si traduceva nel verificare fino a quale punto le valutazioni del giudice ordinario si sarebbero potute spingere.

Con l'abrogazione della predetta normativa e l'entrata in vigore del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, sul nuovo processo amministrativo, lo scenario pare destinato a mutare. L'art. 7 di detto decreto, al comma 1, stabilisce infatti, con decorrenza dal 16 settembre 2010, la devoluzione alla *giurisdizione amministrativa* delle controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di *diritti soggettivi*, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche *mediatamente* all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. La medesima disposizione precisa poi, al comma 4, che sono attribuite alla giurisdizione generale *di legittimità* del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti od omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al *risarcimento del danno* per lesione di interessi legittimi⁴⁴ e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte *in via autonoma*. In

⁴⁴ Si ricorda, per inciso, che la risarcibilità degli interessi legittimi – quante volte risulti leso, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della pubblica amministrazione, l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla – era già stata affermata dalla nota sentenza pronunciata da: Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487 (con nota di Palmieri, Pardolesi).

ogni caso – ed è questa ai fini *de quibus* la parte più rilevante –, per voce del successivo comma 5, è sancito che nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133 – tra le quali rientrano ancora pienamente le controversie afferenti alla vigilanza sul credito (art. 133, comma 1, lett. c) –, il *giudice amministrativo* conosce, *pure ai fini risarcitori*, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di *diritti soggettivi*.

Delineata così la nuova tendenza a riconoscere (sempre) la giurisdizione amministrativa pure nelle controversie in questione⁴⁵, a prescindere dall'ardua classificazione della pretesa soggettiva che si mira a tutelare, in diritto soggettivo o interesse legittimo⁴⁶,

⁴⁵ In particolare, che l'attività di direzione delle procedure di crisi degli intermediari (nelle quali rientra pure la liquidazione coatta amministrativa bancaria) sia riconducibile alla vigilanza sulla stabilità, rientrando quindi nelle materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, deve oggi essere chiaramente affermata. Quindi, ad esempio, nel caso di un'azione di responsabilità (sociale) intentata dagli organi liquidatori contro i cessati esponenti aziendali, ove questi ultimi chiamino a loro volta in causa la Banca d'Italia, ritenendola anch'essa responsabile del dissesto, si dovrebbe concludere nel senso che, mentre l'azione contro gli *ex* esponenti della banca in liquidazione prosegue dinanzi al giudice ordinario, quella nei confronti della Banca d'Italia andrà radicata di fronte all'autorità amministrativa per difetto di giurisdizione del primo giudice.

⁴⁶ Evidenzia come l'operazione non sia affatto facile, soprattutto quando la doglianza consista nell'inerzia o nella negligenza nell'esercizio dell'attività di controllo, posto che la stessa deve compiersi andando alle norme attributive dei poteri di vigilanza, alle loro finalità e ai loro destinatari: E. Galanti, *Responsabilità delle*

mette conto di evidenziare come la lesione all'integrità del patrimonio o del diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio asserita dal terzo, risparmiatore-investitore, quale conseguenza diretta dell'azione dell'Autorità di vigilanza – come talvolta riconosciuto da alcune pronunce ricordate in nota, riconducenti dunque la pretesa nell'alveo del diritto soggettivo – resti pur sempre da valutare attentamente⁴⁷. Se da un lato, poi, è possibile sostenere che la radicale negligenza nello svolgimento delle attribuzioni (anche istituzionali) conferite dalla legge comporti una violazione dei limiti esterni dell'agire della pubblica amministrazione – nella specie individuata nella Banca d'Italia – capace dunque di generare responsabilità, dall'altro, non può non osservarsi come, proprio per i comportamenti di tipo omissivo, risulti estremamente difficile immaginare in che modo una simile violazione possa accertarsi in

autorità di controllo e giurisdizione, cit., pp. 297 e ss., il quale, peraltro, aggiunge anche la necessità di discernere tra interesse legittimo e interesse semplice. A riguardo si osserva come i risparmiatori-investitori siano terzi rispetto al rapporto pubblicistico intercorrente tra soggetti vigilati e autorità di controllo e, pertanto, di essi non potrebbe affermarsi la titolarità di un interesse legittimo pretensivo, con particolare riguardo alla tutela del proprio risparmio, assuma esso la forma del deposito o dell'investimento. I medesimi risultano invece portatori di un interesse, genericamente inteso, a una corretta informazione, alla base della consapevolezza delle proprie scelte negoziali, oltre che titolari di diritti soggettivi, identificabili nell'integrità del proprio patrimonio e nella libera determinazione della propria attività negoziale.

⁴⁷ Già così avvertiva: E. Galanti, *Responsabilità delle autorità di controllo e giurisdizione*, cit., pp. 297 e ss.

concreto. Le regole generali dell'onere di prova impongono infatti la dimostrazione, oltre che del danno e della circostanza che la pubblica amministrazione "accusata" avrebbe dovuto adottare una determinata misura, anche del fatto che, se detta misura fosse stata posta in essere, l'evento lesivo non si sarebbe verificato o avrebbe comportato un danno minore.

3.2 La responsabilità nei riguardi degli organi liquidatori

Per quanto invece concerne il secondo profilo di eventuale responsabilità della Banca d'Italia, così come sopra delineato con particolare riguardo ai riflessi pregiudizievoli asseribili dagli organi della procedura di liquidazione coatta amministrativa, specie quando questi ultimi, avendo dato esecuzione alle direttive della prima, si trovino esposti a una domanda di risarcimento per il danno procurato a terzi⁴⁸, sembrerebbe che lo stesso si configuri alla stregua di quello emergente in una "chiamata in garanzia". In realtà, il tema appare di poco momento, posto che, ove la Banca d'Italia consideri l'attività commissariale conforme alle proprie direttive o, a monte, legittimata da un proprio benessere (ma neppure in concreto pregiudizievole per il terzo -

⁴⁸ Si ricorda, infatti - come rilevato nel paragrafo precedente -, che la responsabilità degli organi della liquidazione non è esclusa dalla conformità della loro azione alle istruzioni di vigilanza. Il tema è sollevato, ma senza approfondimento, anche da: A. Pisani Massamormile, *La responsabilità degli organi della liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., p. 86.

superando così il connaturato conflitto di interesse), si guarderà dall'autorizzare l'esercizio dell'azione contro l'organo liquidatore, con il rischio di essere pure chiamata a rispondere dell'autorizzazione concessa o delle direttive impartite ritenute causative dell'asserito danno.

Quest'ultima considerazione suscita peraltro un'ulteriore riflessione. Posto infatti che l'eventuale azione di responsabilità dei confronti dell'Autorità di vigilanza non è contemplata dalla legge, la stessa deve ritenersi incondizionata, a differenza di quella proponibile avverso il commissario liquidatore o il comitato di sorveglianza, per la quale si richiede la preventiva autorizzazione della Banca d'Italia. Autorizzazione che non può certo sussistere nel caso in esame. Ma allora viene pure da immaginare che, in caso di diniego da parte dell'Autorità di vigilanza all'azione di responsabilità contro un organo della liquidazione, oltre al ricorso alla tutela giurisdizionale amministrativa preordinata a sindacare la negata autorizzazione, possa, sussistendone ovviamente i presupposti, ipotizzarsi un'azione, in un certo senso subordinata o complementare a quella inizialmente paralizzata, nei confronti della stessa Autorità di vigilanza, qualora, ad esempio, la prima azione contestasse l'operato commissariale aderente a una direttiva della Banca d'Italia e, proprio per questo, non ne sia stato concesso l'avvio. Si recupera così la sindacabilità dell'operato conforme alle istruzioni di vigilanza per altra via,

impugnando cioè non tanto l'operato medesimo, quanto piuttosto la direttiva da cui detto operato è scaturito - e diversamente non può essere, dato che gli organi della liquidazione assumono pienamente la paternità degli atti che pongono in essere -, con un mero "scambio" di legittimato passivo⁴⁹.

⁴⁹ In una certa attinenza con quanto sopra scritto appare il caso ove un investitore aveva convenuto in giudizio il commissario straordinario di una Sim e la Banca d'Italia, domandando la condanna sia del primo, per gli asseriti danni cagionati dal suo comportamento definito negligente e contrario a buona fede, sia della seconda, della quale l'attore lamentava una *culpa in eligendo* e *in vigilando*. Rilevata dal commissario straordinario l'inammissibilità e l'improcedibilità della domanda per mancanza di autorizzazione da parte della Banca d'Italia all'esercizio dell'azione, l'attore, in sede di precisazione delle conclusioni, chiedeva la condanna della sola Autorità di controllo. Nei confronti di quest'ultima, tuttavia, il giudice riteneva di non avere giurisdizione, affermando *in terminis* che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la domanda di risarcimento proposta dall'investitore in valori mobiliari nei confronti della Banca d'Italia per i danni asseritamente cagionatigli dal comportamento del commissario straordinario di una Sim: Trib. Roma, 26 agosto 2003, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Giurisdizione civile* [3330], n. 224, richiamata anche da Galanti nello scritto da ultimo citato.

APPENDICE

La Proposta di Direttiva della Commissione europea del 6 giugno 2012: primo commento su profili scelti

Nel capitolo introduttivo del presente lavoro si è già dato conto della spinta riformatrice di radici comunitarie che interessa anche la materia in esame in un quadro generale di rinnovamento del settore bancario e dell'approccio per fronteggiare le relative crisi di potenziale impatto sistemico. Senza dunque volersi ripetere, si sceglie, a conclusione, di presentare un breve approfondimento, non già in merito a tutte le proposte attualmente sul tavolo delle trattative – peraltro già sinteticamente riassunte –, bensì con riguardo specifico a quelle regole introdotte nell'emananda disciplina che più strettamente possono attenersi alla procedura domestica di liquidazione coatta bancaria, prospetticamente destinata a rivestire un ruolo meramente residuale, di ultima istanza, essendo prevista la sua attivazione subordinatamente al fallimento dei nuovi (eppure ormai sostanzialmente conosciuti e applicati con riferimento alle imprese industriali) strumenti di prevenzione, di intervento precoce e di risoluzione delle crisi.

A tal fine, oggetto di indagine non può che essere la Proposta di «*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento*», predisposta dalla Commissione europea e pubblicata il 6 giugno 2012¹, la quale, si ricorda, è stata occasionata dall'urgentemente avvertita necessità di porre rimedio al rischio sistemico e di preservare l'importante funzione degli enti bancari. Le ordinarie procedure di insolvenza previste a livello nazionale sono state infatti repute non appropriate per l'assolvimento di detti scopi, come dimostrato dal fatto che, per la gestione delle banche in difficoltà, sia stato richiesto molto (e troppo) spesso l'impiego di fondi pubblici al fine di ripristinare la pubblica fiducia e contenere l'effetto domino sull'economia reale. Dunque, i prospettati strumenti di risoluzione delle crisi degli enti creditizi vogliono rappresentare un'alternativa concreta ed effettiva alle procedure tradizionali di insolvenza, offrendo i mezzi (giuridici) per ristrutturare o liquidare una banca in dissesto, a corposo completamento di quanto già previsto dalla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 aprile 2001, n. 24, in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, destinata in futuro ad applicarsi,

¹ Per gli estremi del documento: COM(2012) 280 final. Tra i primi commenti a riguardo, vedasi: M. Schilling, *Bank Resolution Regimes in Europe I – Recovery and Resolution Planning, Early Intervention*, in <http://ssrn.com/abstract=2136101>.

pertanto, anche nel caso di utilizzo dei nuovi strumenti di risoluzione delle crisi.

Occorre innanzitutto premettere un inquadramento generale. Ai fini della proposta Direttiva, per «risoluzione della crisi» di un ente creditizio si intende, in virtù della definizione offerta dall'art. 2, par. 1, la ristrutturazione dell'ente stesso al precipuo scopo di assicurarne la continuità delle funzioni essenziali, di preservarne la stabilità finanziaria e di ripristinarne la sostenibilità economica. Risulta pertanto estranea da dette finalità l'estinzione dell'ente all'esito di un processo liquidatorio. Ciò vuol anche dire, così come esplicitato dall'art. 26, par. 2: evitare gli effetti negativi del contagio; salvaguardare i fondi pubblici, riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario; evitare la distruzione non necessaria di valore, cercando di contenere al minimo i costi dell'intervento risolutivo; tutelare i depositanti e gli investitori e, quindi, i fondi e le attività dei clienti². In dettaglio, i predetti strumenti di risoluzione sono puntualmente individuati in quattro declinazioni, potendo infatti consistere, giusta la

² Si coglie peraltro l'occasione per richiamare taluni tratti della disciplina di cui all'art. 99 sui sistemi di garanzia nel quadro di risoluzione delle crisi. È in particolare previsto che detti sistemi debbano garantire la continuità dell'accesso ai depositi coperti, contribuendo per un importo equivalente alle perdite che sarebbero dovute essere sostenute in una procedura ordinaria di insolvenza. Gli Stati membri dovranno inoltre assicurare che, conformemente al diritto nazionale, i sistemi di garanzia dei depositi abbiano pari trattamento rispetto ai crediti *non privilegiati non garantiti*.

previsione di cui all'art. 2, par. 18: 1) nella vendita dell'attività d'impresa, ossia nella cessione di titoli di proprietà, attività, diritti o passività a un acquirente diverso da un ente-ponte; 2) nella creazione di un ente-ponte, quale entità giuridica interamente di proprietà di una o più autorità pubbliche, a cui cedere, in tutto o in parte, attività, diritti o passività, affinché l'ente stesso possa subentrare anche nei servizi; 3) nella separazione delle attività, consistente nella cessione di attività e diritti a una società veicolo per la gestione delle attività stesse; 4) nello strumento del *bail-in*, implicante l'esercizio, da parte dell'autorità di risoluzione della crisi, dei poteri di riduzione e di conversione in relazione alle passività dell'ente. A tali strumenti, in particolare, può accedere la banca che soddisfi congiuntamente le condizioni per la risoluzione della crisi specificate all'art. 27, par. 1. Dunque, le competenti autorità nazionali potranno avviare un'azione di risoluzione della crisi qualora:

- 1) sia stabilito che l'ente è in dissesto o a rischio di dissesto, cioè quando: a) l'ente viola o, in base a dati oggettivi è evidente che violerà, i requisiti patrimoniali per il proseguo dell'attività bancaria, in modo tale da giustificare la revoca della relativa autorizzazione, a causa di perdite attuali, o concretamente potenziali, tali da depauperare sostanzialmente l'intero

- patrimonio; b) le attività dell'ente sono, o risultano prospetticamente essere, sulla base di dati oggettivi, inferiori alle passività; c) l'ente non è, attualmente o nel prossimo futuro, in grado di pagare le proprie obbligazioni in scadenza; d) l'ente necessita di un sostegno finanziario pubblico straordinario³;
- 2) l'avvio dell'azione di risoluzione della crisi rappresenti l'unica alternativa capace di evitare il fallimento dell'ente in tempi ragionevoli rispetto a forme di intervento del settore privato o dell'autorità di vigilanza;
- 3) la risoluzione della crisi risulti necessaria nell'interesse pubblico, risultando proporzionata agli obiettivi prefissati, non diversamente realizzabili con una procedura ordinaria di insolvenza, per essa intendendosi, ai sensi dell'art. 2, par. 40, l'insieme delle procedure nazionali di insolvenza comportanti il parziale o totale disinvestimento del soggetto debitore e la nomina di un liquidatore, siano esse

³ Sono però esclusi i casi in cui l'ente creditizio, per preservare la propria stabilità finanziaria, richieda una garanzia dello Stato o per sostenere gli strumenti di liquidità forniti da una banca centrale alle condizioni ordinarie o sulle passività di nuova emissione al fine di rimediare a una grave perturbazione dell'economia nazionale.

dettate specificatamente per gli enti bancari o applicabili in generale a qualsiasi persona fisica o giuridica. Deve dunque farsi propriamente rientrare in detta definizione anche la nostra procedura di liquidazione coatta amministrativa bancaria, ancorché la stessa possa prescindere dall'insolvenza dell'ente creditizio che ne è soggetto.

Il contesto giuridico è stato così delineato, ma di certo non appieno chiarito, dalla proposta Direttiva, per quanto di contenuto particolarmente dettagliato. È comunque scontato che, per sua natura e provenienza, la normativa offerta non possa spingersi oltre, lasciando piuttosto agli Stati membri il compito di coordinare il contenuto prescrittivo con la disciplina interna in vigore. Guardando alla nostra normativa, e volutamente non commentando la fumosità dei parametri comunitari sopra individuati, basti qui rilevare la sovrapponibilità dei presupposti oggettivi di attivazione, da un lato, degli strumenti di risoluzione della crisi e, dall'altro, della liquidazione coatta amministrativa bancaria regolata dal Testo Unico. Sovrapponibilità comunque non perfetta, lasciandosi infatti margini per l'operare della procedura liquidatoria domestica in tutti i casi in cui le irregolarità nell'amministrazione ovvero le violazioni legislative, regolamentari o statutarie non si traducano in una crisi di tipo finanziario. Nelle altre ipotesi, invece, ove vi sia una coincidenza dei suddetti

presupposti, l'alternatività tra l'impiego degli strumenti comunitari di nuovo conio e la tradizionale procedura di liquidazione coatta è destinata sempre a risolversi a favore dei primi, dovendosi diversamente dimostrare come l'interesse pubblico possa dirsi meglio soddisfatto e gli obiettivi di risoluzione della crisi pienamente realizzati secondo la tradizionale disciplina nazionale. E una volta che tale scelta "obbligata", a sostegno di uno degli strumenti comunitari, sia stata presa, la stessa si rivela essere definitiva ed esclusiva.

L'art. 79, par. 1, della proposta Direttiva sancisce infatti chiaramente che nei confronti di un ente soggetto a una misura di risoluzione della crisi (ovvero di un ente per cui sia stato anche solo accertato il soddisfacimento delle condizioni per la risoluzione) *non* può essere avviata una procedura ordinaria di insolvenza a norma del diritto nazionale, cioè, nel nostro sistema, significa escludere l'applicabilità della disciplina sulla liquidazione coatta amministrativa bancaria. A tal fine, il par. 2 della medesima disposizione richiede che gli Stati membri, nell'attuazione della normativa, assicurino che le autorità competenti siano informate della domanda di apertura di una procedura ordinaria di insolvenza nei confronti dell'ente creditizio, anche qualora per quest'ultimo non sia ancora stata intrapresa una misura di risoluzione della crisi o la relativa decisione non sia stata già pubblicizzata. Cosicché, della domanda di apertura della procedura ordinaria di insolvenza si

potrà decidere soltanto se l'autorità giudiziaria nazionale competente abbia contezza che della domanda stessa sia stata data idonea comunicazione all'autorità preordinata alla risoluzione della crisi dell'ente e la medesima abbia palesato, entro 14 giorni dalla ricevuta comunicazione, l'intenzione di non avviare un'azione di risoluzione della crisi nei confronti dell'ente interessato ovvero il predetto termine sia scaduto senza che l'autorità abbia intrapreso alcuna iniziativa. Così, infatti, si reputa ragionevole interpretare il testo normativo che non pare affatto distinguersi per chiarezza espositiva, almeno nella traduzione ufficiale italiana. Ad ogni modo, non passa certo inosservata la menzione del «giudice», il cui ruolo sarebbe quello di garantire a che vi sia un rispettoso coordinamento tra le azioni che possono essere intraprese nei confronti della banca in crisi e, dunque, un adeguato flusso informativo tra le autorità competenti coinvolte. Invero, l'autorità giudiziaria sembra "chiamata in causa", presupponendosi che dalla stessa promani sempre la determinazione all'avvio di una procedura ordinaria di insolvenza. Ma se, in generale, può darsi, direi universalmente, per vero il binomio decisione sull'insolvenza-decisione giudiziale, non può darsi per nulla scontata la presenza indefettibile del giudice nel caso di una procedura ordinaria di insolvenza *così come definita* dall'art. 2, par. 40, della proposta Direttiva. Quest'ultima, infatti, pare dare rilievo non tanto a un presupposto oggettivo di

insolvenza (mai - ancora - definito a livello comunitario), quanto piuttosto al carattere liquidatorio della procedura, di talché non si sono qui ravvisati particolari ostacoli a che pure la liquidazione coatta amministrativa bancaria, senza insolvenza (secondo i parametri legislativi ed ermeneutici interni), venisse inquadrata nell'ambito delle procedure ordinarie di insolvenza. Se così è, allora, prendendo chiaramente in esame unicamente il nostro sistema giuridico, posto che l'autorità giudiziaria non assume rilievo nelle battute iniziali della procedura, risulta di conseguenza, allo stato, incongruente il ruolo affidatole dalla normativa comunitaria. Un adeguamento, pertanto, in sede di attuazione, si renderà più che opportuno.

Un altro aspetto che si ritiene interessante sottolineare attiene alla circostanza per la quale, a prescindere da pregresse valutazioni di convenienza circa l'uso di uno strumento di risoluzione della crisi rispetto alla classica procedura liquidatoria, la possibilità di aprire quest'ultima può dirsi concreta con la (sola) decorrenza infruttuosa di un termine, che pure deve intendersi relativamente breve, entro il quale l'autorità di risoluzione della crisi dovrebbe assumere una determinazione a favore dello strumento di risoluzione della crisi. Ciò, sicuramente, incentiva un intervento repentino, se davvero di uno dei mezzi comunitari si vuol far uso, per contro, però, porta a vanificare i benefici che dalla normativa europea si

possono ricavare solo, si può dire, per un difetto formale e non già per un'impossibilità di sostanza.

Il par. 3 dell'art. 79 chiude infine il quadro di limitazioni applicabili alle procedure cui l'ente bancario sottoposto a risoluzione della crisi può essere soggetto. La disposizione stabilisce in particolare che le autorità di risoluzione della crisi, ferma la possibilità di sospendere – nei casi stabiliti – i diritti di recesso di cui le parti godono in virtù di un contratto finanziario concluso con l'ente in dissesto, abbiano facoltà di chiedere al giudice la *sospensione di qualsiasi azione o procedimento giudiziale* di cui la banca, che si trova in uno stato di crisi in corso di risoluzione, sia o diventi parte. Tale sospensione sarà in particolare concessa a due condizioni, ossia *solo*: 1) ove necessario per l'effettiva applicazione dello strumento risolutivo prescelto e per il concreto esercizio dei poteri attribuiti all'autorità di risoluzione della crisi; 2) e per un congruo periodo di tempo proporzionato all'obiettivo perseguito. Innanzitutto, anche qui, per «giudice» dovrà intendersi l'autorità giudiziaria funzionalmente competente secondo le norme del diritto nazionale che, al presente, in ossequio alla disciplina italiana, potrebbe (*rectius*, dovrebbe) coincidere con il tribunale del luogo ove l'impresa bancaria ha la sede legale. Lo scudo che la normativa comunitaria introduce, poi, non è affatto nuovo, risultando già conosciuto nel nostro ordinamento giuridico. Invero, secondo le regole governanti la procedura di liquidazione coatta

amministrativa bancaria, la medesima protezione scatta automaticamente, in virtù di una valutazione *ex ante* compiuta dallo stesso legislatore. Ma lo stesso è a dirsi anche per gli strumenti di composizione della crisi disciplinati dalla legge fallimentare per le imprese non bancarie. Qui, invece, il congelamento delle iniziative giudiziali risulta subordinata a un'esplicita richiesta di parte e a un esame del giudice *concreto*, da compiersi cioè alla luce dello specifico caso in questione. La scelta comunitaria, per quanto ponderata e ragionevole, introduce quindi un momento di discontinuità rispetto alle soluzioni sposate, in ipotesi analoghe, dal legislatore italiano.

Più in linea con quanto già in vigore anche nel nostro ordinamento si pone invece la previsione di cui all'art. 31, par. 6, volta sostanzialmente a inibire, qui sì in via automatica, l'esercizio delle azioni revocatorie con riguardo agli atti dispositivi oggetto di una misura di risoluzione della crisi. È stabilito infatti che, in sede di attuazione della proposta Direttiva, gli Stati membri debbano assicurare che le norme di diritto fallimentare nazionale, specificatamente relative all'annullamento o all'inopponibilità degli atti giuridici pregiudizievoli ai creditori, non trovino applicazione con riguardo alle cessioni di attività, diritti e passività disposte in virtù dell'operare di uno strumento di risoluzione della crisi dell'ente bancario. Il classico ombrello protettivo dalle revocatorie è dunque anche in tal caso garantito. Resta semmai da interrogarsi quando lo stesso possa

“aprirsi”. A quanto consta, infatti, manca una disposizione che definisca l’ipotesi in cui le misure di risoluzione della crisi falliscano. Non risulta in altri termini specificato, detto in modo grezzo, per quante volte gli strumenti comunitari, se del caso cumulativamente, possano essere impiegati e quando la c.d. procedura ordinaria di insolvenza non possa più dirsi evitabile. Un punto di passaggio, chiaramente, deve essere individuato, cosicché, proprio quando gli obiettivi posti dagli strumenti di risoluzione della crisi non possono dirsi realizzati e altro non rimane che aprire la classica procedura liquidatoria, il suddetto ombrello protettivo può trovare razionale giustificazione.

Da ultimo si vuole segnalare il contenuto dell’art. 78, preordinato a disciplinare il riconosciuto diritto a impugnare la decisione di avvio di una procedura di risoluzione della crisi, da parte di qualunque soggetto possa dirsi coinvolto e, dunque, interessato dalla decisione stessa – così prospettandosi un novero di legittimati attivi assai ampio –, mediante apposito ricorso giurisdizionale. La previsione sembra avere grande rilevanza, se solo posta a confronto con la nostra disciplina sulla liquidazione coatta amministrativa, la cui apertura deve ritenersi di certo sindacabile, in sede amministrativa, ma senza che a riguardo siano dettate specifiche regole. Trasmessa nel nostro ordinamento la disposizione comunitaria potrebbe peraltro far sorgere dubbi in merito alla corretta identificazione della

giurisdizione, se ordinaria o amministrativa, anche e soprattutto alla luce dei motivi di impugnativa così come espressamente scolpiti. Questi ultimi, infatti, possono riguardare unicamente: a) la legittimità della decisione di avvio della procedura di risoluzione della crisi, anche con riguardo all'accertamento del fatto che le condizioni per la risoluzione della crisi siano soddisfatte; b) la legittimità delle modalità di attuazione di detta decisione; c) ovvero la congruità delle compensazioni concesse. La disciplina dell'impugnativa in commento si basa fundamentalmente su poche regole fondamentali. Sulla scorta di un'esecutività immediata della decisione impugnata, inaducabile fino ad annullamento giudiziale definitivo, è stabilito che né la presentazione del ricorso giurisdizionale, né alcun provvedimento emanato dal giudice (si pensi, ad esempio, in via cautelare) possano comportare la sospensione degli effetti della decisione contestata. Inoltre, l'annullamento di questa non pregiudica i successivi atti amministrativi o le transazioni che sulla stessa si basano, ove ciò sia necessario per tutelare gli interessi dei terzi in buona fede che abbiano acquistato attività, diritti e passività dell'ente sottoposto a risoluzione della crisi. A ciò non è peraltro estraneo pure l'intento di assicurare la stabilità dei mercati finanziari. In ogni caso, le misure correttive poste in essere a seguito di detto annullamento, devono limitarsi alla compensazione della perdita subita dal singolo ricorrente in conseguenza della misura erroneamente

intrapresa, che, di fatto, si risolve, in un indennizzo per i danni subiti.

Molto altro sarebbe da dirsi in merito alla disciplina in commento, ma una volta tratteggiati i profili di maggior rilievo in correlazione con l'oggetto del presente lavoro, si sceglie di limitare l'intervento nell'attesa che il *corpus* di norme, così come proposto dalla Commissione europea, trovi effettiva collocazione nel sistema delle fonti vigenti, ricordandosi altresì a riguardo che, in ossequio all'art. 115 dell'emananda disciplina, gli Stati membri sarebbero chiamati ad adottare e pubblicare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla Direttiva stessa entro il 31 dicembre 2014, posto che le medesime disposizioni dovranno avere decorrenza a partire dal 1° gennaio 2015.

Rassegna di giurisprudenza

Sulla dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza bancaria

Giurisprudenza costituzionale:

Corte cost., 22 luglio 2005, n. 301, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 3, II, p. 269; Corte cost., 4 luglio 2001, n. 211, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2312; Corte cost., 27 giugno 1972, n. 110, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 537.

Giurisprudenza di legittimità:

Cass. civ., sez. II, 10 maggio 2010, n. 11283, in *Foro it. Mass.*, 2010, p. 476; Cass. civ., sez. un., 13 ottobre 2008, n. 25038, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 337; Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2006, n. 11732, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 1347; Cass. civ., sez. I, 21 aprile 2006, n. 9408, in *Fall.*, 2006, p. 1279; Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2006, n. 6677, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 585; Cass. civ., 22 giugno 2005, n. 13401, in *Dir. e giust.*, 2005, 32, p. 34; Cass. civ., sez. I, 11 marzo 2005, n. 5391, in *Foro it. Mass.*, 2005, p. 349; Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2004, n. 1074, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2280; Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 2002, n. 2791, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1712; Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3070; Cass. civ., sez. I, 4 giugno 1996, n. 5114, in *Fall.*, 1997, p. 245; Cass. civ., sez. I, 11 marzo 1996, n. 1976, in *Fall.*, 1996, p. 1085; Cass. civ., sez. I, 5 marzo 1996, n. 1713, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 87; Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 1992, n. 11085, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 305; Cass. civ., sez. I, 27 novembre 1991, n. 12678, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 727; Cass. civ., 17 marzo 1989, n. 1321, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1619; Cass. civ., 10 maggio 1984, n. 2859, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 731; Cass. civ., 9 dicembre 1982, n. 6706, in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 383; Cass. civ., sez. I, 2 giugno 1978, n. 2763, in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 523.

Giurisprudenza di merito:

App. Catania, 4 marzo 2009, in *Giur. merito*, 2009, p. 2455; App. Milano, 14 ottobre 2008, in *Giur. merito*, 2009, I, p. 1561; App. Bari, 7 luglio 2004, in *Foro it.*, 2005, c. 241; Trib. Cosenza, 28 febbraio 2003, in *Fall.*, 2003, p. 786; Trib. Firenze, 18 febbraio 2003, in *Foro toscano – Toscana giur.*, 2003, p. 163; Trib. Potenza, 13 luglio 2000, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 500; Trib. Palermo, 20 febbraio 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 425; Trib. Salerno, 23 dicembre 1999, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 819; Trib. Frosinone, 15 maggio 1998, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 317; Trib. Potenza, 20 ottobre 1997, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 81; Trib. Venezia, 16 ottobre 1997, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 226; Trib. Trieste, 7 marzo 1997, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2685; Trib. Brindisi, 16 aprile 1996, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 97; Trib. Benevento, 7 dicembre 1995, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 163; Trib. Frosinone, 3 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 297; Trib. Torino, 3 giugno 1995, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 668; Trib. Milano, 11 luglio 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 327; App. Torino, 14 giugno 1994, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, p. 3; Trib. Milano, 9 giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 492; Trib. Cosenza, 24 marzo 1994, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 323; Trib. Bologna, 21 dicembre 1993, in *Fall.*, 1994, p. 757; Trib. Torino, 17 novembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 1016; Trib. Roma, 25 settembre 1993, in *Società e dir.*, 1994, p. 608; Trib. Bari, 15 aprile 1983, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 420; Trib. Benevento, 8 gennaio 1992, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, p. 333; Trib. Agrigento, 20 dicembre 1991, in *Impresa*, 1992, p. 396; Trib. Campobasso, 6 febbraio 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, p. 547; Trib. Roma, 15 luglio 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 700; Trib. Roma, 7 dicembre 1985, in *Tem. rom.*, 1985, p. 941; Trib. Milano, 5 aprile 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 867; Trib. Milano, 26 agosto 1982, in *Fall.*, 1983, p. 195; App. Milano, 20 ottobre 1981, in *Fall.*, 1982, p. 1215; Trib. Trieste, 10 gennaio 1981, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1983, II, p. 106; Trib. Napoli, 3 dicembre 1980, in *Fall.*, 1981, p. 737; Trib. Milano, 4 ottobre 1979, in *Giur. merito*, 1980, III, p. 1237; Trib. Bologna, 23 marzo 1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, c. 588.

Giurisprudenza amministrativa:

T.A.R. Lazio, sez. I, 26 aprile 2004, n. 3528, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, II, p. 221; Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2004, n. 1307, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, II, p. 46; T.A.R. Lazio, sez. I, 25 novembre 1981, n. 978, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 873.

Giurisprudenza comunitaria:

Corte di Giustizia, 2 maggio 2006, causa C-341/2004, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 203 (caso *Eurofood*).

Sull'esercizio delle azioni revocatorie

Giurisprudenza costituzionale:

Corte cost., 31 ottobre 2007, n. 362, in *Fall.*, 2008, p. 17; Corte cost., 28 dicembre 2006, n. 456, in *Foro it.*, 2007, I, c. 661.

Giurisprudenza di legittimità:

Cass. civ., sez. I, 22 agosto 2011, n. 17443, in *Foro it. Mass.*, 2011, p. 720; Cass. civ., sez. I, 4 settembre 2009, n. 19234, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 373; Cass., civ., sez. I, 18 febbraio 2009, n. 3906, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 231; Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2008, n. 29421, in *Fall.*, 2009, p. 540; Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2008, n. 9745, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2008, p. 1094; Cass. civ., sez. un., 7 febbraio 2007, n. 2692, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2815; Cass. civ., sez. I, 4 agosto 2006, n. 17706, in *Fall.*, 2007, p. 632; Cass. civ., sez. I, 20 giugno 2006, n. 14279, in *Fall.*, 2007, p. 307; Cass. civ., sez. I, 2 maggio 2006, n. 10115, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 846; Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Fall.*, 2006, p. 1133; Cass. civ., sez. I, 8 luglio 2005, n. 14376, in *Fall.*, 2006, p. 398; Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11083, in *Fall.*, 2005, p. 417; Cass. civ., sez. I, 7 aprile 2004, n. 6893, in *Fall.*, 2005, p. 278; Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2002, n. 14012, in *Fall.*, 2003, p. 633; Cass. civ., sez. I, 28 agosto 2001, n. 11289, in *Fall.*, 2002, p. 514; Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2001, n. 8745, in *Fall.*, 2002, p. 174; Cass. civ., sez. I, 11 maggio 2001, n. 6544, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2517; Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2001, n. 283, in *Foro it. Rep.*, 2001, voce *Delibazione*, n. 17; Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2000, n. 8952, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Intervento in causa e litisconsorzio* [3680], n. 16; Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2000, n. 437, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2724; Cass. civ., sez. I, 10 luglio 1999, n. 7275, in *Giur. it.*, 1999, p. 2315; Cass. civ., sez. I, 14 giugno 1999, n. 5858, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2515; Cass. civ., sez. I, 1° ottobre 1997, n. 9581, in

Foro it. Rep., 1997, voce *Fallimento* [2880], n. 486; Cass. civ., sez. I, 15 febbraio 1996, n. 1145, in *Fall.*, 1996, p. 565; Cass. civ., sez. I, 30 agosto 1994, n. 7583, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2752; Cass. civ., sez. I, 22 aprile 1994, in *Fall.*, 1994, p. 1245; Trib. Milano, 7 maggio 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, II, p. 668; Cass. civ., 23 dicembre 1982, n. 7111, in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 356; Cass. pen., sez. V, 19 novembre 1982, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 763.

Giurisprudenza di merito:

Trib. Genova, 27 maggio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460; App. Milano, 27 ottobre 2009, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2010, p. 722; Trib. Milano, 25 maggio 2009, in *Dir. banc.*, 2009, I, p. 447; Trib. Bari, 14 giugno 2007, in *Guida al dir. – Dir. comunitario e internaz.*, 2007, 5, p. 92; Trib. Milano, 27 marzo 2007, in *Fall.*, 2007, p. 931; Trib. Milano, 28 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2006, p. 2312; Trib. Torino, 4 maggio 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 1178; App. Genova, 12 febbraio 2005, in *Fall.*, 2005, p. 1279; Trib. Milano, 7 febbraio 2005, in *Fall.*, 2005, p. 832; Trib. Rovigo, 31 gennaio 2005, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 98; App. Bari, 31 dicembre 2001, in *Fall.*, 2002, p. 1207; App. Catania, 20 ottobre 2000, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 1259; Trib. Monza, 24 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1999, p. 117; Trib. Grosseto, 27 novembre 1996, in *Toscana giur.*, 1997, p. 434; Trib. Milano, 22 luglio 1996, in *Fall.*, 1997, p. 317; Trib. Milano, 3 luglio 1996, in *Fall.*, 1987, p. 219; Trib. Frosinone, 19 aprile 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2515; Trib. Frosinone, 6 novembre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1151; Cass. civ., sez. I, 27 maggio 1995, n. 5900, in *Società*, 1995, p. 1552; Trib. Torino, 19 marzo 1992, in *Fall.*, 1993, p. 183; Trib. Verona, 9 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, p. 427; Trib. Torino, 5 marzo 1990, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1204; App. Roma, 5 dicembre 1989, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 453; App. Milano, 25 ottobre 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 452; Trib. Milano, 22 settembre 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, II, p. 103; Trib. Napoli, 13 giugno 1987, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 238; App. Roma, 8 aprile 1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, II, p. 280; Trib. Milano, 4 luglio 1985, in *Fall.*, 1986, p. 204; Trib. Napoli, 29 maggio 1985, in *Fall.*, 1986, p. 759; Trib. Roma, 25 marzo 1985, in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 581; Trib. Roma, 24 gennaio 1985, in *Fall.*, 1985, p. 1252; Trib. Napoli, 26 settembre 1984, in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 608; App. Milano, 26 settembre 1983, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1984, II, p. 313; Trib.

Lucca, 9 aprile 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1116; Trib. Milano, 4 giugno 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 74; Trib. Firenze, 28 luglio 1980, in *Fall.*, 1981, p. 118.

Giurisprudenza comunitaria:

Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, causa C-339/07, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2009, p. 493 (caso *Seagon Frick Teppichboden Supermärkte GmbH c. Deko Marty Belgium NV*); Corte di Giustizia, 22 febbraio 1979, causa C-133/1978, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1979, p. 572 (caso *Gourdain c. Nadler*)

Sugli effetti «processuali» del provvedimento che dispone la liquidazione coatta della banca

Giurisprudenza costituzionale:

Corte cost., 17 aprile 1969, n. 87, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 361.

Giurisprudenza di legittimità:

Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3573, in *Foro it. Mass.*, 2011, p. 154; Cass. civ., sez. I, 19 novembre 2008, n. 27510, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 1583; Cass. civ., sez. II, 6 giugno 2006, n. 13212, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 1091; Cass. civ., sez. I, 28 ottobre 2005, n. 21080, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Giuramento civile* [3320], n. 6; Cass., sez. lav., 1° giugno 2005, n. 11674, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 63; Cass. civ., sez. I, 1° aprile 2003, n. 4913, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 31; Cass. civ., sez. II, 16 settembre 2002, n. 13513, in *Fall.*, 2003, p. 517; Cass. civ., sez. un., 8 aprile 2002, n. 5037, in *Fall.*, 2003, p. 371; Cass. civ., sez. lav., 15 dicembre 2000, n. 15825, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord.* [3980], n. 57; Cass. civ., sez. lav., 21 novembre 2000, n. 14998, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, p. 383; Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 1999, n. 1481, in *Rass. Avv. Stato*, 1999, I, p. 477; Cass. civ., sez. I, 29 maggio 1997, n. 4742, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 3086; Cass. civ., sez. II, 19 aprile 1995, n. 4365, in *Foro it.*

Rep., 1995, voce *Giuramento civile* [3320], n. 7; Cass. civ., sez. I, 20 gennaio 1995, n. 629, in *Fall.*, 1995, p. 905; Cass. civ., sez. lav., 21 ottobre 1992, n. 11491, in *Foro it. Rep.*, 1992, voce *Giuramento civile* [3320], n. 2; Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 1992, n. 11085, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 305; Cass. civ., 30 novembre 1989, n. 5264, in *Foro it. Rep.*, 1989, voce *Confessione civile* [1560], n. 1; Cass. civ., 16 dicembre 1988, n. 6873, in *Foro it. Rep.*, 1988, voce *Giuramento civile* [3320], n. 5; Cass. civ., 8 febbraio 1985, n. 1022, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Giuramento civile* [3320], n. 9; Cass. civ., 23 dicembre 1983, n. 7607, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Giuramento civile* [3320], n. 10; Cass. civ., 9 dicembre 1981, n. 6507, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Giuramento civile* [3320], n. 11; Cass. civ., 26 giugno 1980, n. 4020, in *Foro pad.*, 1980, I, p. 114; Cass. civ., sez. I, 27 luglio 1973, n. 2189, in *Dir. fall.*, 1974, II, p. 310.

Giurisprudenza di merito:

Trib. Agrigento, 15 gennaio 2004, in *Fall.*, 2005, p. 330; Trib. Padova, 6 agosto 2003, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 984; Trib. Agrigento, 12 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 1426; Trib. Caltanissetta, 30 novembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 637; Trib. Monza, 24 maggio 2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 757; Trib. Cagliari, 25 settembre 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 833.

Giurisprudenza amministrativa:

T.A.R. Lazio, sez. I, 20 marzo 1996, n. 429, in *Dir. banc.*, 1997, I, p. 609.

Sul giudizio di accertamento dello stato passivo

Giurisprudenza costituzionale:

Corte cost., 22 maggio 1987, n. 181, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1962; Corte cost., 30 aprile 1986, n. 120, in *Giust. it.*, 1986, I, 1, p. 1427.

Giurisprudenza di legittimità:

Cass. civ., sez. I, 7 dicembre 2011, n. 26359, in *Foro it. Rep.*, 2011, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 23; Cass. civ., sez. I, 18 novembre 2011, n. 24316, in *Foro it. Rep.*, 2011, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 22; Cass. civ., sez. I, 29 luglio 2011, n. 16737, in *Foro it.*, 2012, I, c. 182; Cass. civ., sez. trib., 5 luglio 2011, n. 14816, in *Vita not.*, 2011, p. 1683; Cass. civ., sez. I, 10 giugno 2011, n. 12729, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, p. 992; Cass., sez. un., 20 ottobre 2010, n. 21498, in *Foro it. Mass.*, 2010, p. 935; Cass. civ., sez. I, 14 ottobre 2010, n. 21241, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2438; Cass. civ., sez. I, 23 luglio 2010, n. 17337, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 424; Cass. civ., sez. I, 30 dicembre 2009, n. 28105, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 1618; Cass., sez. I, 11 settembre 2009, n. 19697, in *Fall.*, 2010, p. 421; Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2009, n. 18013, in *Foro it. Mass.*, p. 1206; Cass. civ., sez. I, 23 luglio 2009, n. 17295, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 1101; Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2009, n. 11332, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, V, p. 781; Cass. civ., sez. II, 26 marzo 2009, n. 7369, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1207; Cass. civ., sez. III, 13 marzo 2009, n. 6188, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 395; Cass. civ., sez. lav., 2 febbraio 2009, n. 2577, in *Foro it. Mass.*, 2009, p. 131; Cass. civ., sez. III, 21 novembre 2008, n. 27679, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 1594; Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 2008, n. 25174, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 803; Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 2008, n. 24908, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 1416; Cass. civ., sez. II, 6 marzo 2008, n. 6132, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 385; Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2008, n. 3380, in *Foro it. Mass.*, 2008, p. 366; Cass. civ., sez. I, 3 agosto 2007, n. 17048, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 392; Cass. civ., sez. I, 5 aprile 2006, n. 7878, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 650; Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2006, n. 6098, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 548; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2006, n. 1758, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 962; Cass. civ., sez. lav., 13 gennaio 2006, n. 518, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 44; Cass. civ., sez. I, 3 maggio 2005, n. 9163, in *Fall.*, 2005, p. 1435; Cass. civ., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1690; Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2005, n. 1817, in *Foro it. Mass.*, 2005, p. 128; Cass. civ., sez. un., 10 dicembre 2004, n. 23077, in *Fall.*, 2005, p. 121; Cass. civ., sez. I, 15 settembre 2004, n. 18579, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 37; Cass. civ., sez. I, 4 settembre 2004, n. 17888, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2383; Cass. civ., sez. lav., 23 luglio 2004, n. 13877, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1881; Cass. civ., sez. I, 11 maggio 2004, n. 8924, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Fallimento* [2880], n. 358; Cass. civ., sez. I, 2 marzo 2004, n. 4209, in *Fall.*, 2005, p. 433; Cass. civ., sez. I, 5 dicembre 2003, n. 18620, in *Foro*

it. Rep., 2003, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 57; Cass. civ., sez. I, 19 novembre 2003, n. 17526, in *Fall.*, 2004, p. 1332; Cass. civ., sez. I, 24 luglio 2003, n. 11456, in *Fall.*, 2004, p. 1308; Cass. civ., sez. III, 1° aprile 2003, n. 4913, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 31; Cass. civ., sez. I, 19 febbraio 2003, n. 2476, in *Fall.*, 2004, p. 398; Cass. civ., sez. I, 15 gennaio 2003, n. 508, in *Giur. it.*, 2003, p. 941; Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6728, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1615; Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2003, I, c. 604; Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2001, n. 6659, in *Fall.*, 2002, p. 170; Cass. civ., sez. I, 19 aprile 2001, n. 5769, in *Fall.*, 2001, p. 1024; Cass. civ., sez. I, 11 dicembre 2000, n. 15606, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Procedimento civile* [5190], n. 337; Cass. civ., sez. un., 16 novembre 1999, n. 775, in *Fall.*, 2000, p. 524; Cass. civ., sez. I, 29 settembre 1999, n. 10783, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 43; Cass. civ., sez. I, 29 settembre 1999, n. 10783, in *Fall.*, 2000, p. 1247; Cass. civ., sez. I, 2 aprile 1999, n. 3151, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 321; Cass. civ., sez. lav., 21 gennaio 1999, n. 535, in *Fall.*, 1999, p. 1318; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 1998, n. 4774, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2114; Cass. civ., sez. I, 14 gennaio 1998, n. 255, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2639; Cass. civ., sez. un., 13 novembre 1997, n. 11216, in *Fall.*, 1998, p. 1135; Cass. civ., sez. II, 15 luglio 1997, n. 6471, in *Foro it. Rep.*, voce *Sentenza civile* [6100], n. 79; Cass. civ., sez. I, 24 agosto 1995, n. 8964, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 262; Cass. civ., sez. I, 3 marzo 1995, n. 2454, in *Fall.*, 1995, p. 1027; Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 1994, n. 10955, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 576; Cass. civ., sez. I, 17 dicembre 1991, n. 13610, in *Fall.*, 1992, p. 589; Cass. civ., sez. I, 16 gennaio 1991, n. 372, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 12; Cass. civ., sez. I, 27 agosto 1990, n. 8763, in *Fall.*, 1991, p. 251; Cass. civ., sez. I, 8 agosto 1990, n. 7997, in *Fall.*, 1991, p. 159; Cass. civ., sez. I, 20 maggio 1987, n. 4606, in *Fall.*, 1987, p. 1153; Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 1987, n. 2032, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 659; Cass. civ., 29 giugno 1985, n. 3886, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Sentenza civile* [6100], n. 29; Cass. civ., sez. I, 13 marzo 1982, n. 1634, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 557; Cass. civ., sez. I, 31 ottobre 1981, n. 5764, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 54; Cass. civ., 18 luglio 1974, n. 2147, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, II, p. 385.

Giurisprudenza di merito:

Trib. Varese, 27 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2011, p. 619; Trib. Rovigo-Adria, 10 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 1383; Trib. Nocera Inferiore, 7 giugno 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 725; Trib. Padova, 18 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 1163; Trib. Grosseto, 22 marzo 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, 756; Trib. Benevento, 27 aprile 1999, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 705; Trib. Milano, 12 maggio 1997, in *Fall.*, 1997, p. 1042; Pretore Perugia, 17 dicembre 1994, in *Foro it. Rep.*, 1994, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.*[3980], n. 25; Trib. Foggia, 1° febbraio 1994, in *Dir. fall.*, 1995, p. 631; Pretore Roma, 27 gennaio 1994, in *Giur. lav. Lazio*, 1994, p. 568; App. Milano, 28 settembre 1993, in *Impresa*, 1994, p. 2556; Trib. Torino, 31 maggio 1988, in *Dir. fall.*, 1989, p. 894; Trib. Torino, 20 dicembre 1984, in *Fall.*, 1985, p. 951; Trib. Lecco, 18 settembre 1984, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Liquidazione coatta amministrativa e amm. straord.* [3980], n. 61; Trib. Napoli, 1° marzo 1982, in *Dir. e giur.*, 1982, p. 101.

Giurisprudenza amministrativa:

Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 218, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, p. 91.

Sull'impugnabilità dei riparti e delle restituzioni

Giurisprudenza costituzionale:

Corte cost., 14 aprile 2006, n. 154, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1118.

Giurisprudenza di legittimità:

Cass. civ., sez. I, 19 aprile 2001, n. 5769, in *Fall.*, 2001, p. 1024; Cass. civ., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14900, in *Foro it.*, 2000, voce *Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord.* [3980], n. 71.

Giurisprudenza di merito:

App. Milano, 6 luglio 2011, inedita; Trib. Milano, 12 giugno 2006, in *Guida al diritto*, 2006, 42, p. 60; Trib. Milano, 30 giugno, 1983, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, II, p. 517.

Sulla chiusura della procedura e i giudizi in corso: gli effetti reciproci

Giurisprudenza di legittimità:

Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4060, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1499; Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2007, n. 4766, in *Fall.*, 2007, p. 775; Cass., sez. I, 10 novembre 2006, n. 24039, in *Foro it. Mass.*, 2007, p. 241; Cass. civ., sez. III, 31 ottobre, 2005, n. 21107, in *Foro it. Mass.*, 2005, p. 1921; Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2003, n. 5113, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 393; Cass. civ., sez. II, 5 gennaio 2000, n. 27, in *Giur. it.*, 2000, p. 1141; Cass. civ., 24 novembre 1981, n. 6230, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 269.

Giurisprudenza di merito:

Trib. Genova, 27 maggio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460; Trib. Terni, 23 marzo 2004, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1800; App. Salerno, 12 febbraio 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 1233; Trib. Frosinone, 19 aprile 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2515; Trib. Roma, 19 dicembre 1984, in *Giur. merito*, 1985, p. 533.

Sulla tutela dei depositanti e degli investitori: l'intervento dei fondi di garanzia e del sistema di indennizzo

Giurisprudenza di legittimità:

Cass. civ., sez. III, 27 febbraio 1998, n. 2219, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Assicurazione (contratto)* [0570], n. 212; Cass. civ., sez. III, 23 maggio 1996, n. 4755, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 1997, p. 659; Cass. civ., sez. un., 28 maggio 1994, n. 5246, in *Riv. dir. internaz. privato e*

process., 1995, p. 397; Cass. civ., 24 novembre 1981, n. 6240, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Obbligazioni in genere* [4500], n. 20.

Giurisprudenza amministrativa:

T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 28 maggio 2004, n. 598, in *Guida al diritto*, 2004, 30, p. 108.

Giurisprudenza comunitaria:

Corte di Giustizia, 13 maggio 1997, causa C-233/94, in *Dir. banc.*, 1998, I, p. 187.

Sul concordato di liquidazione

Giurisprudenza di legittimità:

Cass. civ., sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, in *Fall.*, 2012, p. 39; Cass. civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 348; Cass. civ., sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2095; Cass. civ., sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fall.*, 2011, p. 167; Cass. civ., sez. I, 18 marzo 2008, n. 7263, in *Fall.*, 2008, p. 893; Cass. civ., 21 giugno 1984, n. 3658, in *Foro it. Rep.*, 1984, voce *Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord.* [3980], n. 61.

Giurisprudenza di merito:

App. Bologna, 30 aprile 2010, in *Fall.*, 2011, p. 205; Trib. Udine, 5 giugno 2008, in *Fall.*, 2009, p. 227; Trib. Ferrara, 3 luglio 2006, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1171; Trib. Varese, 4 aprile 2006, in *Nuova giur. civ.*, 2007, p. 448; App. Roma, 1° aprile 1997, in *Corriere giur.*, 1998, p. 1077; App. Roma, 1° ottobre 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 1030; App. Genova, 21 novembre 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, p. 342.

Sulle azioni di responsabilità

Giurisprudenza di legittimità:

Cass. pen., sez. V, 16 dicembre 2004, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Bancarotta* [0860], n. 79; Cass. civ., sez. un., 2 maggio 2003, n. 6719, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1685; Cass. civ., sez. un., 17 gennaio 2002, n. 489, in *Gius.*, 2002, p. 1227; Cass. civ., sez. un., 6 aprile 2001, n. 149, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1161; Cass. civ., sez. I, 11 febbraio 2000, n. 1507, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord.* [3980], n. 89; Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487; Cass. civ., sez. I, 24 marzo 1999, n. 2772, in *Società*, 1999, p. 1065; Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 75; Cass. civ., sez. un., 27 luglio 1998, n. 7339, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2001; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 1998, n. 4774, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2114; Cass. civ., sez. I, 7 novembre 1997, n. 10937, in *Fall.*, 1998, p. 697; Cass. civ., sez. un., 18 maggio 1995, n. 5477, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1008; Cass. civ., sez. un., 27 ottobre 1994, n. 8836, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, p. 525; Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1993, n. 8181, in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, p. 297; Cass. civ., 10 giugno 1981, n. 3755, in *Fall.*, 1981, p. 899; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 1978, n. 396, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1978, II, p. 261.

Giurisprudenza di merito:

Trib. Catania, 23 giugno 2011, in *Società*, 2012, p. 377; Trib. Milano, 10 febbraio 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1178; Trib. Milano, 28 novembre 2005, in *Società*, 2007, p. 67; Trib. Udine, 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 808; Trib. Roma, 22 gennaio 2004, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, II, p. 543; Trib. Roma, 26 agosto 2003, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Giurisdizione civile* [3330], n. 224; Trib. Roma, 20 marzo 2002, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 729; Trib. Cuneo, 18 dicembre 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 617; Trib. Avezzano, 26 luglio 2000, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, p. 709; Trib. Potenza, 16 febbraio 1998, in *Giur. merito*, 1999, p. 253; Trib. Frosinone, 19 aprile 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2515; Trib. Benevento, 7 dicembre 1995, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 167; Trib. Frosinone, 6 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 298; Trib. Potenza, 11 giugno 1994, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, p. 610; App. Milano, 21 gennaio 1994, in *Società*, 1994, p. 923; Trib. Sulmona, 21 settembre 1993, in *P.Q.M.*, 1993, III, p. 38; Trib. Benevento, 8 gennaio 1992, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, p. 333; Trib. Vigevano, 9 marzo 1983, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1984, II, p. 83.

Giurisprudenza amministrativa:

T.A.R. Lazio, sez. I, 4 novembre 2005, n. 10391, in *Giur. it.*, 2006, p. 194; T.A.R. Puglia, sez. I, 5 gennaio 2005, n. 7, in *Dir. e giust.*, 2005, XV, p. 49; T.A.R. Campania, 19 gennaio 1989, in *Trib. amm. reg.*, 1989, I, p. 1033.

Bibliografia

Commentari:

BELLI F., CONTENTO G., PATRONI GRIFFI A., PORZIO M., SANTORO V., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*. Bologna, 2003.

BRICOLA F., GALGANO F., SANTINI G. (a cura di), *Commentario Scialoja - Branca: Legge fallimentare*, artt. 194-215. Bologna, 2008.

CAMPOBASSO G. F., *Testo Unico della Finanza. Commentario*. Torino, 2002.

CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*. Padova, vol. II, 2012.

CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*. Padova, vol. I, 2001.

CAVALLINI C., *Commentario alla legge fallimentare*. Milano, 2010.

FAUCEGLIA G., PANZANI L., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. III. Torino, 2009.

MOSS G., FLETCHER I.F., ISAACS S., *The EC Regulation on insolvency proceedings. A commentary and annotated guide*. Oxford, 2009.

PANNEN K., *European Insolvency Regulation*. Berlin, 2007.

PORZIO M. *et al.*, *Testo Unico Bancario. Commentario*. Milano, 2010.

Opere collettanee e contributi:

ANTONUCCI A., *La vigilanza bancaria nell'Unione europea fra cooperazione e "Metodo lamfalussy"*, Studi in onore di Piero Schlesinger, Milano, tomo V, 2004.

ARMELI B., *Commento all'art. 22, in Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. I, 2010.

BAVETTA C., *Il provvedimento di apertura della liquidazione coatta amministrativa, in Le procedure concorsuali. Procedure minori*, a cura di G. RAGUSA MAGGIORE, C. COSTA. Torino, 2001.

BELLÈ R., *Commento all'art. 195, in La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. FERRO. Padova, 2008.

BENOCCI A., *Commento agli artt. 95-bis-95-septies, in Testo unico bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO et al. Milano, 2010.

BOCCHIOLA M., *Commento all'art. 43, in Codice del fallimento*, a cura di M. BOCCHIOLA, A. PALUCHOWSKI. Milano, 2009.

BOCCUZZI G., *Commento all'art. 82, in Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, diretto da F. CAPRIGLIONE*. Padova, vol. IV, 2012.

BOCCUZZI G., LENER R., *Commento all'art. 84, in Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, diretto da F. CAPRIGLIONE*. Padova, vol. I, 2001.

BONFATTI S., *Atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie, in Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA, L. PANZANI. Torino, 2009.

BONFATTI S., *Commento all'art. 80, in Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

BONFATTI S., *Commento agli artt. 86-89, in Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

BONFATTI S., *Commento all'art. 91*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

BONFATTI S., *Commento all'art. 92*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

BONFATTI S., *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. RAGUSAMAGGIORE, C. COSTA. Torino, 1997.

BONFATTI S., FALCONE G., *Commento all'art. 82*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

BONFATTI S., FALCONE G., *Commento all'art. 83*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

BONFATTI S., FALCONE G., *Commento all'art. 84*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

BONFATTI S., FALCONE G., *Commento agli artt. 93-94*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

BONSIGNORI A., *La liquidazione dell'attivo e il riparto*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. RAGUSAMAGGIORE, C. COSTA. Torino, III, 1997.

BONSIGNORI A., *Processi concorsuali minori*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. GALGANO. Padova, vol. XXIII, 1997.

BONSIGNORI A., *Liquidazione coatta amministrativa (artt. 194-215)*, in *Commentario Scialoja - Branca*. Bologna, 1974.

BRUGGER G., *Commento all'art. 160*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. I, 2010.

BUCCISANO J., *Accertamento*, in *Enc. giur. Treccani*. Milano, I, 2007.

CAMILI E.L., CLARICH M., *La Vigilanza in Europa alla prova della Crisi*. Roma, Luiss-Ceradi, 2008.

CAPOLINO O., *Commento all'art. 82 l.b.*, in AA.VV., *Codice commentato della banca*. Milano, I, 1990.

CAPOLINO O., COSCIA G., GALANTI E., *I sistemi di garanzia dei depositi*, in AA.VV., *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*. Padova, 2008.

CASTIELLO D'ANTONIO A., *La chiusura della liquidazione coatta amministrativa della capogruppo e delle società partecipanti al gruppo*, in *La crisi del gruppo bancario*, a cura di C. BAVETTA. Milano, 1997.

CATRICALÀ A., *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Treccani*. Milano, I, 2007.

CAVALLI G., *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. AMBROSINI. Bologna, 2006.

CAVALLINI C., *Commento all'art. 15*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. I, 2010.

CAVALLINI C., *Commento all'art. 67*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. II, 2010.

CAVALLINI C., *Commento all'art. 99*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. II, 2010.

CERCONE R., *Commento all'art. 92*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE. Padova, vol. II, 2012.

CERCONE R., *Commento all'art. 96-bis*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE. Padova, vol. II, 2012.

CHIMENTI S., *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi*, in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, *Il diritto processuale del fallimento*. Torino, 2010.

COMOGLIO L.P., *I procedimenti anticipatori*, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di M. TARUFFO. Torino, 2000.

CRAPANZANO G., *Commento all'art. 95-bis*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE. Padova, vol. II, 2012.

CRAPANZANO G., *Commento all'art. 95-ter*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE. Padova, vol. II, 2012.

D'ORAZIO L., *Commento all'art. 95*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. II, 2010.

DE CESARI P., MONTELLA G., *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana. Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Il Fallimento. Monografie*. Milano, 2009.

DEMARCHI G., GIACOMAZZI C. (a cura di), *Le procedure concorsuali: guida operativa interdisciplinare*. Milano, 2008.

DESIDERIO L., *Commento all'art. 94*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE. Padova, vol. II, 2012.

DESIDERIO L., *Commento all'art. 82*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO et al. Milano, 2010.

DESIDERIO L., *Commento agli artt. 83-85*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO et al. Milano, 2010.

DESIDERIO L., *Commento all'art. 86*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO et al. Milano, 2010.

DESIDERIO L., *Commento all'art. 92*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO et al. Milano, 2010.

DESIDERIO L., *Commento agli artt. 93-94*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO et al. Milano, 2010.

DESIDERIO L., *La crisi del gruppo bancario*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di P. FERRO-LUZZI, G. CASTALDI. Milano, tomo II, 1996.

DESIDERIO L., *Le crisi bancarie: profili comparatistici e comunitari*, in *Il sistema creditizio nella prospettiva del mercato unico europeo*, a cura di M.T. CIRENEI, G.C. DE MARTINI. Milano, 1990.

DI BRINA L., *Commento all'art. 93*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE. Padova, vol. II, 2012.

DI BRINA L., *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di F. CAPRIGLIONE. Padova, tomo II, 2010.

DI BRINA L., *Gli effetti della liquidazione coatta amministrativa per la banca, per i creditori e sui rapporti giuridici preesistenti*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di P. FERRO-LUZZI P., G. CASTALDI. Milano, tomo II, 1996.

DI BRINA L., *La chiusura della liquidazione*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di P. FERRO-LUZZI P., G. CASTALDI. Milano, tomo II, 1996.

DIMUNDO F., *Sub art. 2495*, in AA.VV., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, in G. LO CASCIO, *La riforma del diritto societario*. Milano, IX, 2003.

FERRERO D., *A proposito del concordato nella liquidazione coatta delle imprese bancarie*, in *Credito popolare*, 1975.

FONTHEYENE W. et al., *Crisis Management and Resolution for a European Banking System*, IMF Working Papers, WP/10/70, 2010.

FORTUNATO S., *La liquidazione coatta amministrativa delle società del gruppo bancario*, in *La crisi del gruppo bancario*, a cura di G. BAVETTA. Milano, 1997.

FRIGESSI DI RATTALMA M., *Verso la soluzione di un rebus normativo: l'art. 13 del regolamento n. 1346/2000*, in AA. VV., *La tutela transnazionale del credito*. Torino, 2007.

GALANTI E., *Commento all'art. 83*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, Padova, vol. II, 2012.

GALANTI E., *Commento all'art. 87*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, Padova, vol. II, 2012.

GALANTI E., *Commento agli artt. 87 e 88*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE. Padova, vol. I, 2001.

GALANTI E., *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza*, in *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di P. FERRO-LUZZI, G. CASTALDI. Milano, tomo II, 1996.

GALLETTI D., *Commento all'art. 5*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. I, 2010.

GIORGI V., *Commento all'art. 195*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. IV, 2010.

GIORGI V., *Commento all'art. 206*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. IV, 2010.

GIORGI V., *Commento all'art. 213*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. IV, 2010.

GIOVANOLI M., DEVOS D., *International Monetary and Financial Law*. Oxford, 2010.

GUIZZI G., *Commento all'art. 55*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. I, 2010.

LAMANNA F., *Commento all'art. 51*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. I, 2010.

LASTRA R.M., SCHIFFMAN H.N., *Bank failures and bank insolvency law in economies in transition*. London, 1999.

LENER R., *L'accertamento dello stato passivo: le opposizioni. Le insinuazioni tardive*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI. Milano, tomo II, 1996.

MACCARONE S., *Commento agli artt. 96-96-quater*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

MASTURZI S., *Commento all'art. 106*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. II, 2010.

MAYES D.G., LIUKSILA A. (a cura di), *Who pays for bank insolvency?*. Basingstoke, 2004.

MECATTI I., *Commento all'art. 96-bis*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO et al. Milano, 2010.

MONTESANO L., *Accertamento giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*. Milano, I, 2007.

MONTESANO L., ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile, I*, Padova, 2001.

MORERA U., *Il concordato di liquidazione*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di P. FERRO-LUZZI, G. CASTALDI. Milano, tomo II, 1996.

MOSS G., FLETCHER I.F., ISAACS S., *The EC Regulation on insolvency proceedings*. Oxford, 2009.

MOSS G., WESSELS B., *EU banking and insurance insolvency*. Oxford, 2006.

NAZZICONE L., *Commento all'art. 2394-bis*, in *La riforma del diritto societario. Società per azioni – amministrazione e controlli*, a cura di G. LO CASCIO. Milano, vol. V, 2003.

PARISI A., *Commento all'art. 43*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di C. CAVALLINI. Milano, vol. I, 2010.

PATRONI GRIFFI U., *Commento all'art. 99*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in AA.VV., *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*. Padova, 2004.

PISANI MASSAMORMILE A., *Commento all'art. 64*, in *L'Eurosim*, a cura di G. CAMPOBASSO. Milano, 1997.

PISANI MASSAMORMILE A., *La responsabilità degli organi della liquidazione coatta amministrativa delle banche*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria. La gestione delle crisi bancarie*, a cura di U. MORERA, A. NUZZO. Milano, tomo II, 1996.

PISANI MASSAMORMILE A., *Poteri e funzionamento degli organi liquidatori*, in *La nuova legge bancaria. La gestione delle crisi bancarie*, a cura di P. FERRO-LUZZI, G. CASTALDI. Milano, tomo II, 1996.

POLLIO M., *Gli adempimenti ulteriori per la chiusura della liquidazione*, in S. BARTOLOMUCCI, L. MANDRIOLI, M. POLLIO, G. VIOTTI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*. Milano, 2004.

PORZIO M., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE, A. BASSI. Padova, vol. II, 2010.

PORZIO M., *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE. Torino, 2007.

RAGUSA MAGGIORE G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. RAGUSA MAGGIORE, C. COSTA. Torino, 1997.

SANDULLI M., *Commento all'art. 101*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI et al. Bologna, vol. II, 2003.

SANDULLI M., *La revocatoria aggravata nella disciplina della liquidazione coatta amministrativa dei gruppi bancari*, in *La crisi del gruppo bancario*, a cura di G. BAVETTA. Milano, 1997.

SILVESTRINI A., *Commento all'art. 2394-bis*, in *Commentario*, a cura di M. SANDULLI, V. SANTORO, *Società per azioni, società in accomandita per azioni*. Torino, vol. II/1, 2003.

STASI E., *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA, L. PANZANI. Torino, vol. III, 2009.

TUSINI COTTAFASI V., MONTEMAGGI S., *Commento all'art. 95*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE. Padova, vol. II, 2012.

TUSINI COTTAFASI V., *Commento all'art. 86*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE. Padova, vol. I, 2001.

TUSINI COTTAFASI V., *La liquidazione coatta amministrativa, in Le procedure concorsuali. Le procedure minori*, Trattato diretto da G. RAGUSA MAGGIORE, C. COSTA. Torino, 2001.

TUSINI COTTAFASI V., *La liquidazione coatta amministrativa*, in G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*. Milano, 1998.

TUSINI COTTAFASI V., *Commento all'art. 76*, in *Codice commentato della banca*, a cura di F. CAPRIGLIONE e V. MEZZACAPO. Milano, tomo I, 1990.

VIRGÓS SORIANO M., GARCIMARTÍN F., GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J., *The European Insolvency Regulation. Law and Practice*. The Hague, 2004.

VITALONE V., *L'azione revocatoria fallimentare*, in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, *Il diritto processuale del fallimento*. Torino, 2010.

Monografie:

ALISTAIR M., *The fall of the house of credit*. Cambridge, 2009.

ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*. Napoli, I, 1979.

BACCAGLINI L., *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*. Trento, 2008.

BASSI A., *Lezioni di diritto fallimentare*. Bologna, 2009.

BASSI N., *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*. Milano, 2008.

BAVETTA G., *La liquidazione coatta amministrativa*. Milano, 1974.

BONFATTI S., *La liquidazione delle banche e degli intermediari in strumenti finanziari: presupposti soggettivi ed oggettivi*. Milano, 1998.

BONGINI P., *La tutela dei depositanti nell'ordinamento italiano: profili teorici ed efficacia operativa*. Bologna, 1999.

BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*. Milano, 2002.

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova, I, 1941.

CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano, 1972.

CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*. Padova, 1973.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*. Napoli, 1923.

COLLI G.C., *Le liquidazioni coatte amministrative con particolare riguardo alla liquidazione delle aziende di credito*. Milano, 1936.

CORSINI F., *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*. Torino, 2010.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*. Bologna, 2007.

DEL VECCHIO F., *La liquidazione coatta amministrativa. In generale, delle assicurazioni e delle banche*. Milano, 1998.

DESIDERIO L., *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*. Milano, 1981.

DEVOTO L., *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*. Milano, 1980.

DI FONZO F., *La disciplina comunitaria delle crisi bancarie: la direttiva 2001/24/CE*. Roma, 2002.

DI PAOLA N.S., *Costituzione delle parti, udienza di trattazione e richieste istruttorie e probatorie*. Padova, 2010.

DRUMMOND H., *The dynamics of organizational collapse: the case of Barings Bank*. London, 2008.

FLETCHER I.F., *Insolvency in private international law: national and international approaches*. Oxford, 1999.

GALANTI E., *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*. Quaderni di ricerca giuridica. Banca d'Italia, numero 24, giugno 1991.

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*. Torino, 2008.

LASTRA R.M., *Cross-border bank insolvency*. Oxford, 2011.

LAZIĆ V., *Insolvency proceedings and commercial arbitration*. London, 1998.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*. Torino, II, 2009.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*. Torino, IV, 2007.

MECATTI I., *I sistemi di garanzia dei depositanti*. Siena, 2004.

NISIO S., *Teoria della liquidazione coatta delle banche*. Bari, 1939.

PERRINO M., *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*. Torino, 2005.

POCAR F., *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*. Milano, 2003.

PORZIO M., *Le imprese bancarie*. Torino, 2007.

PRATIS C.M., *La disciplina giuridica delle aziende di credito*. Milano, 1972.

PROCTOR C., *The law and practice of international banking*. Oxford, 2010.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli, 1999.

RAGO G., *Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*. Padova, 2006.

RUTA G., *Il sistema della legislazione bancaria*. Roma, 1975.

SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*. Milano, I, 1959.

VACCARELLA R., *Il processo civile dopo la riforma*. Torino, 1992.

VATTERMOLI D., *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*. Milano, 2001.

VELLA F., *Le succursali di banche estere in Italia*. Milano, 1987.

ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12.9.2007, n. 169*. Torino, 2008.

Articoli:

ALLORIO E., *Saggio polemico sulla «giurisdizione volontaria»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487.

ANDRIOLI V., *Surroga legale e successione nel rapporto litigioso*, in *Assicurazioni*, 1948, II, p. 48.

ARMELI B., *Giustizia digitale e composizione della crisi da sovraindebitamento: prima lettura*, in www.ilfallimentarista.it

BASSI A., *Il fallimento d'ufficio*, in *Giur. comm.*, 2001, VI, p. 631.

BAVETTA G., *Profili esegetici e sistematici della liquidazione coatta del gruppo bancario*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1997, II, p. 187.

BELVISO U., *La liquidazione coatta amministrativa e il caso Banco di Napoli*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1998, I, p. 1.

BIGIAVI W., *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 137.

BOCCUZZI G., *I rapporti tra sistemi di garanzia dei depositanti e autorità di vigilanza nell'esperienza italiana e internazionale*, working paper 9 febbraio 2005, in www.ftd.it.

BONFATTI S., *Definitività delle operazioni compiute nell'ambito dei sistemi di pagamento e procedure concorsuali. Commento al d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210*, in *Fall.*, 2001, VIII, p. 857.

BRIGUGLIO A.R., *La cessione «autonoma» delle azioni revocatorie: problemi (processuali e sostanziali) e proposte di soluzione*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 499.

CARNELUTTI F., *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 65.

CAPOLINO O., *Profili processuali e sostanziali dell'amministrazione straordinaria delle banche*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 743.

CAPONI R., *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, c. 220.

CAROZZI A.M., *Strumenti e procedure di risoluzione delle crisi bancarie*, in www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/banca/Carozzi_crisi.pdf, Roma, 2003.

CARRARA C., *Giurisdizione italiana in materia fallimentare ed effetti del fallimento dichiarato all'estero*, in *Dir. fall.*, 2002, III, p. 518.

CARRATTA A., MORERA U., *Liquidazione coatta amministrativa, opposizione allo stato passivo e problemi di legittimazione*, in *Giur. comm.*, 2001, IV, p. 500.

CAVALLINI C., *Formazione ed impugnazione dello stato passivo: poteri processuali del creditore*, in *Fall.*, 2009, VI, p. 702.

CAVALLINI C., *L'efficacia (riflessa) della sentenza nel pensiero di E.T. Liebman*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1221.

CAVALLONE B., *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 732.

CENSONI P.F., *Sulla "conversione" di procedure concorsuali minori di imprese non bancarie appartenenti ad un gruppo bancario*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1997, III, p. 403.

CERCONE R., *European Community Directive on Reorganization and Winding-up of Credit Institutions*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 685.

COLAVOLPE A., *La disciplina delle crisi delle banche e delle società del gruppo bancario: le modifiche apportate al Testo Unico Bancario dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 135.

CONSOLO C., *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 394.

COSSU M., *I «patrimoni di separazione» nella liquidazione coatta amministrativa: la (parziale) svolta della giurisprudenza di merito*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2003, III, p. 302.

COSSU M., *Principio di separatezza nella gestione di portafogli di investimento e insolvenza della SIM*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2002, V, p. 606.

CRISTIANO M., *Sull'ammissibilità della rivendica di beni fungibili ai sensi dell'art. 103 l. fall.*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 21.

DE BIASI P., *Alternatività tra fallimento e l.c.a. per la crisi delle banche e degli intermediari finanziari*, in *Fall.*, 2004, X, p. 1065.

DEGUÉE J.P., *The Winding Up Directive Finally Establishes Uniform Private International Law for Banking Insolvency Proceedings*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 99.

DE SANTIS F., *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenze transfrontaliere e il diritto processuale interno*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 91.

DESARIO M.S., *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1995, IV, p. 526.

DI AMATO S., *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, in *Fall.*, 2002, p. 609.

DI GRAVIO D., *La «defallimentazione» dell'insolvenza degli intermediari finanziari*, in *Dir. fall.*, 2000, III, p. 710.

DI MARCO S., *La sentenza dichiarativa dello stato d'insolvenza nella liquidazione coatta*, in *Dir. fall.*, 1954, I, p. 95.

DI NOIA C., *La tutela del risparmio ed il Fondo di garanzia ex art. 15 della legge SIM*, in *Bancaria*, 1995, I, p. 50.

FABIANI M., *La revocatoria fallimentare fra lex concursus e lex contractus nel reg. CE 1346/2000*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1323.

FABIANI M., *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in *Fall.*, 2004, p. 381.

FAUCEGLIA G., *La cessione di attività e passività nella liquidazione coatta amministrativa delle banche e la successione nei rapporti contrattuali*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1997, IV, p. 452.

FAUCEGLIA G., *L'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, in *Giur. comm.*, 1997, III, p. 329.

FERRI C., *In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 558.

FORTUNATO S., *La liquidazione coatta delle banche dopo il Testo Unico: lineamenti generali e finalità*, Relazione all'incontro di studio organizzato dalla Luiss-Ceradi sul tema: «La gestione delle crisi bancarie», Roma, 30 giugno 1994, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1994, VI, p. 761.

FORTUNATO S., *La liquidazione coatta delle banche dopo il Testo Unico: lineamenti generali e finalità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, I, p. 761.

FUMAGALLI L., *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 678.

GABOARDI M., *La provvisoria esecutorietà della sentenza nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2010, VI, p. 633.

GABRIELLI E., «Processo» e «negozio» nell'insolvenza bancaria, in *Riv. dir. priv.*, 1999, I, p. 115.

GALANTI E., *Riforma del diritto fallimentare e procedura di crisi delle imprese finanziarie*, in *Fall.*, 2006, X, p. 1115.

GALANTI E., *(In tema di) liquidazione coatta amministrativa di una banca*, in *Banca, borsa tit. di cred.*, 2005, II, p. 226.

GALANTI E., *Responsabilità delle autorità di controllo e giurisdizione*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2004, IV, p. 397.

GALANTI E., *Sulla legittimazione processuale nelle liti oggetto di cessione nell'ambito della liquidazione coatta bancaria*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2004, II, p. 129.

GALANTI E., *Sulla presunta incostituzionalità della mancanza di un termine per la dichiarazione dello stato di insolvenza delle banche successiva alla liquidazione coatta*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2004, I, p. 54.

GALANTI E., *Attuazione della direttiva CE sulle crisi bancarie e coordinamento fra legislazione di settore e normativa sulla responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, p. 737.

GALANTI E., *La nuova normativa europea sulle crisi bancarie*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, p. 410.

GALANTI E., *Sul valore probatorio del rapporto ispettivo di vigilanza*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2001, I, p. 66.

GALANTI E., *Un'interessante sentenza del Tar Lazio su alcuni aspetti procedurali e sostanziali della liquidazione coatta delle banche*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1998, II, p. 228.

GALANTI, E., *Esclusione di alcuni debiti dalla cessione di attività e passività di una banca in liquidazione coatta e tutela della par condicio: una questione aperta*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1996, V, p. 617.

GALLETTI D., *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2006, V, p. 546.

GARCIA G., LASTRA R.M., NIETO M., *Bankruptcy and reorganization procedures for cross-border banks in the EU: Towards an integrated approach to the reform of the EU safety net*, in *Journal of Financial Regulation*, 2009.

IMPAGNATIELLO G., *La provvisoria esecutività delle sentenze costitutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 47.

LAZZARO G., *La causa del negozio di accertamento*, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 85.

LENER R., *Il momento di apertura della procedura di insolvenza e l'irretroattività dei suoi effetti sugli ordini di trasferimento*, Relazione al Convegno organizzato dall'Associazione bancaria italiana sul tema: «Il recepimento in Italia della direttiva sulla settlement finality: il

d.lgs. 12 aprile 2001», Milano, 13 settembre 2001, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2002, II, p. 137.

LIACE G., *Alcune considerazioni in tema di giurisdizione nella procedura di accertamento dei crediti nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, in *Dir. fall.*, 2004, V, p. 552.

LIEBMAN E.T., «Parte » o «capo» di sentenza, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 57.

MACCARONE S., *Il sistema di garanzia degli investitori: rapporti con le procedure di liquidazione coatta amministrativa; linee di confine con la tutela dei sistemi di garanzia dei depositanti*, Relazione al Convegno organizzato dalla S.A.DI.BA. sul tema: «Procedure di gestione delle crisi degli intermediari finanziari», Perugia, 3-4 marzo 2000, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2000, II, p. 196.

MAZZONI A., *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. societario*, 2010, III, p. 552.

MEOLI B., *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 211.

MICHELI G.A., *I problemi internazionali del fallimento nel mercato comune*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1963, p. 561.

MONTEDORO G., *Questioni di giurisdizione in materia di atti illeciti delle Autorità di vigilanza sui mercati*, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I-II, p. 33.

NIGRO A., *La disciplina delle crisi bancarie: la liquidazione coatta amministrativa*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 144.

PAGNI I., *La riforma del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1313.

PALLINI P., *In tema di liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1953, I, p. 252.

PERASSI M., *L'attuazione della Direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, p. 816.

PERNAZZA M., *Revocatoria fallimentare nei confronti dello straniero*, in *Fall.*, 1997, p. 321.

PETRAZZINI B., *Dissesto di intermediario mobiliare e tutela dei clienti: le regole sulla «doppia separazione patrimoniale» al vaglio della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2006, I, p. 56.

PISANI P., *Concorso di obbligazioni indennitarie, risarcitorie e gestorie nella disciplina del rapporto tra autorità di vigilanza bancaria e risparmiatore depositante, nota a Corte di giustizia CE, 12 ottobre 2004, causa C-222/02*, in *Europa e diritto privato*, 2006, II, p. 865.

PROTO V., *La riforma del sistema del diritto internazionale privato e le procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1997, p. 17.

PUNZI C., *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 997.

RICCI E.F., *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento CE n. 1346/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 387.

RUGGERI C.M., DE LILLO E., *Le crisi bancarie e la tutela dei depositi (commento al d.lgs. 4 dicembre 1996, n. 659)*, in *Fall.*, 1997, p. 350.

SALERNO F., *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1998, p. 3.

SANDULLI M., *La liquidazione coatta delle banche tra diritto comune e diritto speciale: il rinvio alla legge fallimentare*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1997, IV, p. 441.

SCHILLING M., *Bank Resolution Regimes in Europe I – Recovery and Resolution Planning, Early Intervention*, in <http://ssrn.com/abstract=2136101>.

SPERANZIN M., *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. società*, 2004, p. 533.

TERRANOVA G., *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 555.

TERRANOVA G., *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza delle banche*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1999, I, p. 21.

VATTERMOLI D., *La "cessione" delle revocatorie*, in *Giur. comm.*, 2009, III, p. 448.

VATTERMOLI D., *La gestione delle crisi bancarie in Francia*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1999, I, p. 68.

VATTERMOLI D., *Il nuovo sistema di tutela dei depositanti*, in *Dir. banc. Merc. Fin.*, 1997, II, p. 15.

VINCRE S., *Il regolamento (CE) delle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 223.

VOLPINO D., *Aspetti di complessità oggettiva nel riconoscimento del giudicato straniero*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 417.

Documenti istituzionali rilevanti:

Banca d'Italia, *UNICITRAL Recommendations for a European Perspective?*, Roma, Banca d'Italia, 2011.

Banca d'Italia, *Procedure di gestione delle crisi degli intermediari finanziari*. Roma, Banca d'Italia, 2001.

Basel Committee on Banking Supervision, *Report and Recommendations of the Cross-Border Bank Resolution Group*, March 2011.

Commission Staff Working Document: *Impact Assessment accompanying the Communication An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 20 October 2009.

Commission Staff Working Document accompanying the Communication *An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 20 October 2009.

Council of European Union, *Report on the Convention of Insolvency Proceedings*, 3 May 1996.

European Commission, Communication: *An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector*, 20 October 2010.

European Commission, Communication: *An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 20 October 2009.

European Commission, *Pre-insolvency – Early intervention – Reorganization – Liquidation. Final report*, 2008.

European Commission - DG Internal Market and Services, *Public consultation on technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolutions – List of answers*, 5 May 2011.

European Commission - DG Internal Market and Services, *Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolutions*, 5 May 2011.

European Commission - DG Internal Market and Services, *Working Document: Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, 6 January 2011.

European Commission - DG Internal Market and Services, *Overview of the results of the public consultation on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 11 March 2010.

European Parliament, Resolution: *Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 7 July 2010.

International Monetary Fund, World Bank, *An overview of the Legal, Institutional and Regulatory Framework for Bank Insolvency*. April, 17, 2009.

UNICITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2010.

UNICITRAL *Model Law on Cross-border Insolvency*, 1997.

VIRGÓS-SCHIMT, *Report*, 3 maggio 1996.