

Marzo 2018

Lca delle banche venete e principio di tutela giurisdizionale effettiva

Massimo Vaccari, Giudice del Tribunale di Verona

1. Premessa: il quadro normativo

Come è noto gli artt. 2558, 2559 e 2560 c.c. e l'art. 58 Tub definiscono in maniera esaustiva se ed in quali limiti il cessionario subentri nelle posizioni attive e passive relative all'azienda ceduta e quindi quando egli sia legittimato, attivamente o passivamente, nei giudizi che dovessero essere promossi dopo la cessione.

La successione nei giudizi già pendenti alla data della conclusione del contratto di cessione di azienda è invece regolata dall'articolo 111 c.p.c.

Orbene, a fronte di un quadro normativo così consolidato il legislatore ha dedicato alla successione di Banca Intesa nei rapporti con i terzi delle due banche venete poste in liquidazione coatta amministrativa con il decreto del Ministero dell'Economia del 25 giugno 2017, una disciplina assai peculiare, contenuta da un lato, nel d.l. 25 giugno 2017 n. 99, convertito con modificazioni nella l. 31 luglio 2017, n. 121, e, dall'altro lato, nel contratto di cessione di azienda concluso da Banca Intesa e dai commissari liquidatori il 26 giugno 2017 e così espressamente qualificato sia dalle parti contraenti che dallo stesso art. 3, comma 1, d.l. 99/2017¹.

Innanzitutto quest'ultima norma esclude espressamente l'applicazione delle disposizioni in tema di cessione di azienda bancaria, ad eccezione del comma 3 dell'art. 58 t.u.b., con la conseguenza che lo speciale regime da essa previsto² non trova applicazione alla vicenda successoria in esame e la disciplina convenzionale che vi deroga non può ritenersi sol per questo illegittima³.

¹ Nello stesso senso si veda anche l'ordinanza del 26 gennaio 2018 con la quale il Gup del Tribunale di Roma ha autorizzato la citazione, in qualità di responsabile civile, di Banca Intesa nel processo penale a carico degli ex vertici di Veneto Banca e sulla quale si tornerà più avanti.

² Sulla specialità dell'art. 58 t.u.b laddove prevede il trasferimento delle passività al soggetto cessionario della azienda bancaria e non la semplice aggiunta della responsabilità di questo ultimo si veda Cassazione civile, sez. II, 29 ottobre 2010, n. 22199 e.

³ Cass. 10 febbraio 2004 n. 2464, in *Giur. it.*, 2004, I, 1669, con nota di Cavanna, *Osservazioni in tema di cessione di azienda bancaria e responsabilità del cessionario*, sulla base della premessa della specialità

2. I debiti esclusi dalla cessione a Banca Intesa

Una significativa differenza rispetto al regime codicistico si rinviene poi nella lett. b) dell'art. 3, comma 1, che esclude dalla cessione i debiti delle due banche “nei confronti dei propri azionisti o obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate dalle banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni obbligazioni subordinate, ivi compresi i debiti in detti ambiti verso i soggetti destinatari di offerte di transazione presentate dalle banche stesse”.

E' evidente come la norma si riferisca alle numerose operazioni di acquisto di azioni e obbligazioni convertibili dei due istituti di credito, compiute in violazione della disciplina del T.u.f. o più in generale di quella codicistica, e che avevano dato luogo ad un esteso contenzioso prima della liquidazione coatta. E allude anche alle operazioni di tal fatta incrociate, ovvero di acquisto di azioni di uno dei due istituti veneti che fossero state effettuate presso l'altro e viceversa.

La disciplina in esame costituisce una deroga, invero solo parziale, al disposto dell'articolo 2560, secondo comma, c.c. e pertanto deve ritenersi che riguardi “i debiti”, derivanti dalle predette operazioni, che risultino dai libri contabili obbligatori⁴. Per i debiti non iscritti o futuri vale invece la disciplina di cui alla lettera c) dello stesso articolo che si esaminerà nel prossimo paragrafo.

A quella di cui alla lett. b) consegue che le pretese restitutorie o risarcitorie fondate sui titoli individuati dal legislatore, e già azionate in giudizio alla data della messa in liquidazione, dopo di essa, andranno coltivate nei confronti dei commissari liquidatori.

La giurisprudenza⁵ ha avuto occasione di chiarire che il perimetro delle passività escluse dalla cessione non ricomprende quelle delle controllate delle due banche poste in

della disciplina in virtù del combinato disposto degli art. 54 e 55 r.d.l. n. 375 del 1936, previgenti all'art. 58 t.u.b. aveva affermato che tale disciplina era funzionale alla tutela degli interessi dei creditori della cedente, cosicché doveva ritenersi nulla la clausola con la quale le parti avessero previsto la limitazione della responsabilità del cessionario

⁴ La limitazione della responsabilità del cessionario dell'azienda all'evidenza diretta risultante dai libri contabili obbligatori è posta a tutela del suo legittimo affidamento (Cass. civ., sez. un., 28 febbraio 2017, n. 5054).

⁵ Trib. Palermo 8 maggio 2017, in www.guidaaldiritto.it, secondo il quale: “Ritenere che le passività delle partecipate non cedute transitino automaticamente dalla sfera patrimoniale delle partecipate a quella della partecipante in liquidazione coatta amministrativa all'evidenza comporta un effetto contrario alla ratio della disciplina esaminata, estendendo di fatto ai creditori delle partecipate gli effetti dell'insolvenza della partecipante”. In termini simili anche decisione Acf, 16 novembre 2017 n.107, che ha precisato che una interpretazione estensiva dell'art. 3, lett. b) dl 99/2017, oltre ad essere in contrasto con il suo tenore letterale, “sarebbe francamente eversiva del sistema – e gravemente sospetta di incostituzionalità anche nell'ambito della riconosciuta discrezionalità del legislatore, non foss'altro che per la sua palese irragionevolezza - in quanto essa nella sostanza postulerebbe che il decreto legge abbia sostanzialmente disposto la cessione di un debito (sia pure litigioso) che gravava sul resistente in favore della banca che all'epoca dei fatti la

liquidazione, poiché si tratta di autonomi soggetti di diritto, per i quali non è stata aperta, né pende, alcuna procedura e che quindi sono legittimati passivamente rispetto alle domande fondate sulla violazione della disciplina regolante l'attività di intermediazione finanziaria.

Se non può dubitarsi che l'esclusione riguardi anche i debiti risarcitori nei confronti degli azionisti-investitori, stante l'espressa menzione delle violazioni della normativa sulla prestazione di servizi di investimento, è controverso se nell'espressione, invero alquanto atecnica, di "operazioni di commercializzazione di azioni" siano ricomprese anche le operazioni di trasferimento di azioni dei due istituti di credito nell'ambito di rapporti societari, ed in particolare quelle tra società dello stesso gruppo.

Secondo una tesi⁶ la risposta all'interrogativo è positiva.

Ad avviso di chi scrive invece la nozione di "commercializzazione" pare alludere ad una attività indirizzata ad un numero indeterminato di soggetti e quindi non è idonea a ricomprendere anche le cessioni di partecipazioni sociali frutto di una trattativa con una sola controparte. In ogni caso la norma, proprio perché costituisce un'eccezione disposto dell'articolo 2560 c.c., va interpretata restrittivamente.

Si noti poi come in essa non siano menzionati i debiti derivanti dalla commercializzazione di obbligazioni convertibili, che pure sono citati nel contratto di cessione stipulato dai commissari liquidatori con Banca Intesa. A ben vedere però la ragione di tale omissione può ravvisarsi nel fatto che, alla data di conclusione del contratto di cessione di azienda, le obbligazioni convertibili emesse dai due istituti di credito erano state tutte convertite in azioni.

Pacificamente non rientrano nell'esclusione, in quanto non espressamente citati, i debiti derivanti dalle condotte individuate dalla norma in esame che abbiano riguardato strumenti di investimento, diversi dalle azioni od obbligazioni subordinate, emessi dai due istituti di credito. Si pensi ai casi in cui i due istituti di credito hanno operato come intermediari di strumenti finanziari di altre società o ad esempio i contratti derivati conclusi con i due istituti di credito posti in liquidazione. La ragione di un simile discrimen deve con tutta probabilità individuarsi nel fatto che i debiti, risarcitori o restitutori, di importo più consistente derivavano dalla vendita di titoli delle stesse banche venete, dato il consistente numero dei soci-investitori che hanno visto quasi azzerato il valore dei titoli acquistati, e Intesa San Paolo non era disposta a farsene carico⁷.

controllava, in contrasto così con il principio comune del diritto delle obbligazioni che non consente la cessione di un debito senza il consenso del creditore".

⁶ A. A. DOLMETTA E U. MALVAGNA, *"Banche venete" e problemi civilistici di lettura costituzionale del decreto legge n. 99/2017*, in questa rivista, 2017, 7, p.2

⁷ Dalla previsione citata nel testo si desume piuttosto chiaramente come il testo del d.l. sia stato modulato in base alle esigenze del cessionario e, a ben vedere, che è stato predisposto dopo che era stato raggiunto

Emerge qui una vistosa discrepanza con la disciplina delle procedure di risoluzione di alcune banche del centro Italia (Carife, Banca Marche, Carichiati e Banca Etruria) di cui all'art. 47, comma 7, d. lgs. 16 novembre 2015, n. 180, che prevede testualmente che “gli azionisti, i titolari di altre partecipazioni e/o i creditori dell'ente sottoposto a risoluzione e gli altri terzi i cui diritti, attività, passività non sono oggetto di cessione non possono esercitare pretese sui diritti, sulle attività e sulle passività oggetto della cessione...”.

Va peraltro evidenziato come tale previsione di recente sia stata interpretata restrittivamente sia dalla giurisprudenza statale⁸ che da quella privata⁹ che hanno concordemente affermato che essa non riguarda le pretese risarcitorie degli ex azionisti delle c.d. quattro banche, fondate sulla violazione delle disposizioni sulla prestazione dei servizi di investimento. Pertanto delle conseguenti passività devono rispondere le banche che hanno incorporato gli enti ponte, anche se si tratti di passività che non erano state ancora accertate al momento della risoluzione e quindi non iscritte nelle scritture contabili obbligatorie, come ad esempio quelle per future sanzioni amministrative.¹⁰

In altri termini, secondo tali decisioni, la “riduzione” delle pretese degli azionisti va circoscritta ai diritti (amministrativi ed economici) “incorporati” nei titoli “azzerati”, che i primi potrebbero vantare nelle vesti di soci delle banche risolte.

L'art. 3, comma 1, lett. b) del d.l. 99/2017 invece, con una formulazione più chiara e precisa dell'art. 47 l. 150/2015, lascia in carico alla liquidazione coatta dei due istituti veneti le passività connesse alle pretese risarcitorie che gli ex soci potrebbero far valere in qualità di investitori danneggiati dagli acquisti di azioni proprie.

La disparità di trattamento tra le posizioni, apparentemente simili, dei soci investitori delle due serie di istituti di credito ma ancor più quella tra quanti abbiano acquistato titoli

un accordo con esso sui principali aspetti del rapporto, sebbene il contratto di cessione risulti essere stato formalizzato dopo la pubblicazione in G.U. del d.l.

⁸ Trib. Ferrara, 28 ottobre 2017; Trib. Ferrara, 31 ottobre 2017; Trib. Milano, 8 novembre 2017 tutte reperibili in questa rivista.

⁹ Decisioni dell'Acf nn. 165-170 del 9 gennaio 2018, tutte reperibili sul sito di tale organismo. In esse a sostegno della conclusione esposta nel testo si afferma che dal combinato disposto delle previsioni del provvedimento di Banca d'Italia del 22 novembre 2015, attuativo della L.180/2015 si desume che “l'obiettivo opportunamente perseguito è stato quello di “includere il più possibile” e di “escludere il meno possibile” dal perimetro oggetto della cessione, così da preservare la continuità aziendale, a fondamento della quale si pone indissolubilmente anche la continuità dei rapporti contrattuali (attivi e passivi) con la relativa clientela”.

¹⁰ Così Trib. Milano, 8 novembre 2017 cit. Per un commento alla decisione si veda: S.BONFATTI, *La responsabilità degli “enti ponte” (e delle banche incorporanti) per le pretese risarcitorie nei confronti delle “quattro banche” (vantate dagli azionisti “risolti”, e non solo)*, in questa rivista. L'autore, in dissenso con il tribunale di Milano, esclude l'applicabilità dell'art. 58 T.U.B. alle cessioni delle aziende bancarie facenti riferimento alle “quattro Banche” – così come alle cessioni delle aziende bancarie delle due banche venete -, con la sola eccezione del comma 3, e, conseguentemente, ritiene applicabile il disposto dell'art. 2560, comma 2, c.c.. La conseguenza che ne trae è che i cessionari delle aziende bancarie di una delle “Quattro Banche” non deve rispondere di passività non risultanti dai libri contabili obbligatori.

emessi dalle due banche venete e quanti, tramite esse, avevano acquistato titoli emessi da soggetti terzi, anche se appartenenti allo stesso gruppo dei due istituti veneti, rende questa disciplina assai poco compatibile con l'art. 3 Cost.¹¹

Né può sottrarla a tale rilievo l'unica ratio, che le si può attribuire, di rendere maggiormente conveniente la conclusione del contratto di cessione di azienda per l'acquirente, anche essa perché postula che il testo normativo sia stato conformato alle esigenze del cessionario e quindi dopo che le condizioni della cessione erano state pattuite.

V'è da chiedersi anche se tale disciplina realizzi un ragionevole bilanciamento tra gli interessi perseguiti mediante la disciplina dettata in tema di risoluzioni bancarie e l'interesse alla tutela degli investitori che assume nel nostro ordinamento rilevanza costituzionale (art. 47 Cost.).

3. “Le controversie” escluse dalla cessione.

La lett. c) dell'art. 3 esclude dalla cessione anche “le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività”. La norma è formulata in modo alquanto grossolano poiché, pur menzionando testualmente una cessione di controversie future, impossibile sotto il profilo giuridico, in realtà si riferisce ai debiti, sorti prima o dopo la cessione, che siano oggetto di controversie successive al momento della cessione.

La previsione, sottraendo alla cessione anche i debiti che siano stati iscritti nelle scritture contabili delle due società costituisce una ulteriore deroga al disposto dell'art. 2560, secondo comma, c.c.

Infatti perché di essi possa rispondere la cessionaria occorre che le controversie ad essi relative siano sorte prima della cessione.

Diventa quindi rilevante comprendere cosa debba intendersi per “controversie”.

Orbene, nella nozione rientrano sicuramente, oltre ai giudizi e agli arbitrati, le procedure che erano pendenti davanti all'Acf prima della liquidazione coatta, anche se non siano proseguite dopo la revoca della licenza bancaria (il provvedimento è stato adottato dalla Bce con effetto dal 19 luglio 2017), ed i procedimenti di mediazione, tenuto conto, con riguardo a questi ultimi, che l'art. 5, comma 1 bis d. lgs. 28/2010 nel menzionare gli affari soggetti o passibili di tale Adr utilizza proprio il termine di controversie, ma anche i procedimenti di negoziazione assistita¹².

¹¹ A. A. DOLMETTA E U. MALVAGNA, op. cit., pp.4-5.

¹² Ci si riferisce alla negoziazione assistita promossa volontariamente dalla parte ai sensi dell'art.2, d.l. 132/2014, atteso che le controversie finanziarie non sono soggette a negoziazione assistita obbligatoria.

E' assai più incerto invece che possano qualificarsi come “controversie” i meri reclami, ovvero le contestazioni non riscontrate dalla banca, poiché una simile evenienza non è ancora rappresentativa di quel contrasto tra posizioni giuridiche contrapposte che esprime il termine di controversia ¹³.

Per contro per controversia ben può ben intendersi anche l'azione civile svolta nel processo penale. La conseguenza è che, stando alla norma in esame, la cessionaria non potrebbe rispondere civilmente, ai sensi dell'art. 2049 c.c., dei fatti reato (aggiotaggio e ostacolo alla vigilanza) di cui sono imputati gli ex amministratori dei due istituti di credito nei processi penali attualmente in corso.

La costituzione delle parti civili in tali processi infatti è avvenuta solo di recente e si riferisce ai danni, soprattutto non patrimoniali, derivanti da quelle specifiche condotte, pacificamente tenute prima della cessione, e non già dalla commercializzazione di azioni e obbligazioni delle due banche venete.

Sul punto deve peraltro osservarsi che la conclusione sarebbe la medesima anche se non vi fosse l'art. 3, lett. c) poiché troverebbe applicazione il comma 2 dell'art. 2560 c.c. Può infatti escludersi che i debiti derivanti da quella specifica fonte di responsabilità siano stati iscritti nelle scritture contabili della società al momento della cessione giacché all'epoca l'azione penale per quei fatti non era stata ancora esercitata¹⁴.

4. L'incompatibilità della disciplina in esame con il principio comunitario della tutela giurisdizionale effettiva

Ad avviso di chi scrive la singolare disciplina che si è esaminata nel paragrafo precedente, oltre a presentare i profili di incostituzionalità di cui si è detto, è in buona parte in palese conflitto con l'art. 2558, primo comma, c.c, sulla cessione dei contratti nella cessione di azienda, che non è derogato dall'art. 58 t.u.b., regolante la cessione di rapporti giuridici bancari, e nemmeno dal d.l. 99/2017.

Sul punto occorre rammentare che la giurisprudenza da tempo ha chiarito i diversi ambiti di applicazione di tale norma e dell'art. 2560 c.c., stabilendo in particolare che: “In tema di cessione di azienda, il regime fissato dall'art. 2560, secondo comma, cod. civ. con riferimento ai debiti relativi all'azienda ceduta (secondo cui dei debiti suddetti risponde anche l'acquirente dell'azienda, allorché essi risultino dai libri contabili obbligatori), trova

¹³ Per la conclusione opposta invece A. A. DOLMETTA E U. MALVAGNA, op. cit., p.8, che ritengono sufficiente una contestazione scritta purchè sufficientemente specifica.

¹⁴ Il profilo esposto nel testo non è stato considerato dal Gup del Tribunale di Roma che ha autorizzato, con ordinanza del 28 gennaio 2018, la citazione, in qualità di responsabile civile, di Banca Intesa nel processo penale a carico degli ex vertici di Veneto Banca. Peraltro quel provvedimento individua nella lett. b) dell'art. 3 la norma che esonera da responsabilità la cessionaria e di fatto la disapplica sulla base di una sua interpretazione che si afferma essere costituzionalmente orientata. Si noti peraltro che di segno opposto è stata invece la decisione in data 8 febbraio 2018 del Gup del Tribunale di Vicenza nel processo nei confronti degli ex amministratori di Banca Popolare di Vicenza .

applicazione quando si tratti di debiti in sé soli considerati; non si applica, invece, quando i debiti si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a norma dell'art. 2558 cod. civ., nel qual caso la responsabilità si inserirà nell'ambito della più generale sorte del contratto, anche se in fase contenziosa al tempo della cessione dell'azienda. (Così Cass. n.11318/2004; Cass. 8219/1990 e Trib. Milano, sez. VII, 3 dicembre 2014, n. 14413).

In termini analoghi si è affermato che: “Nell'ipotesi di contratti ancora in corso, infatti, in caso di trasferimento d'azienda si verifica il trasferimento al soggetto acquirente di tutti i rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive non aventi carattere personale, a norma dell'art. 2558 cod. civ., con conseguente responsabilità dell'acquirente dell'azienda per l'inadempimento dei relativi contratti, a prescindere alla riscontrabilità delle relative poste passive nelle scritture contabili (Cass.4301/1999).

E' evidente come l'assetto delineato dall'art. 3, lett. b) e c) del d.l.99/2017 sia del tutto eccentrico rispetto a questa ricostruzione che invece è postulata dal già citato art. 47, comma 7, d. lgs. 16 novembre 2015, n. 180, che fa salva la possibilità per i terzi i cui diritti siano stati ceduti di agire verso l'ente ponte.

Infatti la lett. b) prevede che le passività derivanti da operazioni di investimento in azioni ed obbligazioni proprie delle banche risolte restino in carico alle medesime, a prescindere dalla sorte del contratto quadro sottostante sebbene, stando a quanto previsto nel contratto di cessione di azienda¹⁵ siano stati ceduti a Banca Intesa tutti i contratti di custodia ed amministrazione titoli in essere con i due istituti veneti al momento della liquidazione.

Analogo discorso vale, in virtù di quanto previsto dalla lett. c), per i debiti, derivanti da rapporti di intermediazione finanziaria¹⁶ o bancari¹⁷, ceduti a Banca Intesa, che fossero contestati dopo la cessione.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 3.1.2, punto a, iii), del contratto di cessione di azienda i contratti citati nel testo rientrano tra le attività incluse del c.d. insieme aggregato.

¹⁶ Al punto vi dell'art. 3.1.2. del contratto di cessione si precisa, curiosamente, che rientrano nelle attività incluse “i contratti derivati che non abbiano natura speculativa e il cui scopo sia quello di coprire i rischi finanziari del cliente”. Da tale previsione si desume che i contratti su prodotti derivati non aventi quelle caratteristiche restano in carico alle società in liquidazione. Sul punto deve però evidenziarsi che la conclusione dei singoli contratti su derivati avviene sulla base della stipulazione di un sottostante contratto quadro, cosicché non è dato comprendere come sia possibile cedere il primo a prescindere dalla cessione del secondo. Peraltro la pattuizione non precisa quale sia il criterio in base al quale valutare il carattere speculativo del derivato ed in particolare se occorra far riferimento a quanto dichiarato dai contraenti o a quanto accertato in sede giudiziale. Tenuto conto di tutto ciò è facile prevedere che le future controversie relative a contratti su derivati conclusi prima della cessione con i due istituti in liquidazione verranno comunemente promosse nei confronti di Banca Intesa.

¹⁷ L'art. 3.1.2, punto iii), del contratto di cessione di azienda elenca, a titolo esemplificativo, tra i rapporti ceduti: quelli di conto corrente, i certificati di deposito, i depositi a risparmio ed i relativi saldi. Non vengono menzionati i contratti di apertura di credito ma, ai sensi del primo comma dell'art. 2558 c.c., anch'essi devono ritenersi ceduti. Sul punto è opportuno ricordare che, secondo l'insegnamento di Cass. civ. sez. I, 26 ottobre 2007, n.22538, il principio sancito dall'art. 2558 c.c., vale anche per i contratti bancari,

Entrambe le previsioni determinano però una inedita scissione tra situazioni debitorie e situazioni creditorie nascenti dallo stesso rapporto contrattuale che, senza dubbio, risulta pregiudizievole per i contraenti ceduti.

Non vi è chi non veda infatti che, per effetto di tale regime, lo stesso soggetto potrebbe coltivare le pretese relative a titoli emessi da istituti diversi dalle due banche venete nei confronti di Intesa San Paolo mentre dovrebbe dolersi con i commissari liquidatori delle operazioni di investimento in titoli emessi direttamente dai due istituti veneti, sebbene in entrambe le ipotesi venga in rilievo la violazione degli obblighi nascenti dal medesimo contratto.

E ancora, sempre per esemplificare, il correntista nei cui confronti Banca Intesa azionasse un credito fondato su un rapporto bancario a lei ceduto non potrebbe svolgere una domanda riconvenzionale di condanna, nascente da quel medesimo rapporto, perché dovrebbe indirizzarla verso i commissari liquidatori con l'elevata probabilità, per non dire certezza, di non poter soddisfare la propria pretesa, data la quasi certa insolvibilità della liquidazione.

Si noti che, dato il tenore della norma, nei confronti della cessionaria non può essere spiegata nemmeno una domanda riconvenzionale di mero accertamento o una eccezione di compensazione, fondata su fatti anteriori alla cessione e derivante dai rapporti ceduti, con evidente compromissione del diritto di difesa.

Si noti poi che qualora l'iniziativa giudiziale di Banca Intesa fosse assunta dopo la chiusura della liquidazione, non vi sarebbe nemmeno più il soggetto verso il quale l'investitore o il correntista potrebbe indirizzare le proprie pretese.

E' evidente poi che la possibilità di recedere dal rapporto, riconosciuta ai contraenti ceduti dall'art. 58, comma 6, T.U.B., analogo al disposto dell'art. 2558 c.c., primo comma, non sposta i termini della questione giacché Intesa sarebbe comunque legittimata ad agire nei loro confronti per recuperare i crediti fondati sui rapporti ceduti.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte il testo dell'art. 3 lett. b e c) d.l., 99/2017 non pare conforme al principio di tutela giurisdizionale effettiva che, oltre ad essere sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è ribadito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il comma 1 di tale previsione infatti stabilisce che: "Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo".

compresi quelli di apertura di credito, dovendosi escludere il loro carattere personale. Si noti poi che, proprio in virtù di tale clausola Banca Intesa ha potuto istituire un fondo di cento milioni di euro a favore degli ex clienti delle banche venete, acquisiti per effetto della cessione.

Di recente la Corte di Giustizia (sentenza 27 settembre 2017, C-73/16) ha richiamato tale principio con riguardo alle norme in tema di mezzi di prova. I giudici europei nell'occasione hanno affermato che può costituire una restrizione del diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice la non ammissione, come mezzo di prova, in base alla legge nazionale, di un elenco, presentato dalla persona interessata e contenente dati personali di quest'ultima e acquisito senza il consenso del responsabile del trattamento. Ne deriva che, prima di poter respingere l'elenco controverso quale mezzo di prova, il giudice nazionale «deve assicurarsi che tale restrizione del diritto ad un ricorso effettivo sia effettivamente prevista dal diritto nazionale e che il diritto ad un ricorso non ne risulti eccessivamente pregiudicato.

E' evidente che la fattispecie esaminata dalla Corte di Giustizia in quel caso è completamente diversa da quella qui in esame. Il principio affermato in tale occasione però ha una portata di carattere generale, essendo idoneo a conformare tutte le norme che, in vario modo, possono limitare il diritto di difesa e tra le quali rientrano, per le ragioni anzi dette, l'art. 3, lett. b) e c) del d.l. 99/2017, che pertanto potranno essere disapplicate dal giudice italiano in quanto in contrasto con esso.

Tale conclusione non vale invece per i debiti derivanti da rapporti che fossero già esauriti al momento della cessione¹⁸ o che non sia stati ceduti a Intesa San Paolo nonché da fatti illeciti occorsi prima della cessione.

¹⁸ Con riguardo ad una fattispecie analoga Trib. Bologna, 12 luglio 2017, in *www.ilcaso.it*, ha affermato che: “Ove il rapporto contrattuale su cui sono state regolate le operazioni oggetto della domanda (contestazione della validità del contratto quadro e dell'adeguatezza di alcune operazioni di investimento) sia stato estinto in data anteriore alla cessione dell'azienda bancaria in dissesto all'ente-ponte costituito ex art.40 Dir. 2014/59/UE e art.42 d.lgs. 180/2015, difetta la legittimazione passiva dell'ente-ponte in relazione alla domanda di condanna proposta dall'ex cliente”.