

Penale Sent. Sez. 5 Num. 48091 Anno 2019

Presidente: MICCOLI GRAZIA

Relatore: CAPUTO ANGELO

Data Udienda: 10/10/2019

SENTENZA

sul ricorso proposto da:
POLCI CARLO nato a AREZZO il 07/09/1956

avverso l'ordinanza del 16/04/2019 del TRIB. LIBERTA' di AREZZO

udita la relazione svolta dal Consigliere ANGELO CAPUTO.

Uditi in udienza camerale il Sostituto Procuratore generale della Repubblica presso questa Corte di cassazione Paola Filippi e, per la parte civile, l'Avv. Giacomo Satta, che hanno concluso per il rigetto del ricorso, nonché, per il ricorrente, l'Avv. Stefano Del Corto, che ha concluso per l'annullamento del provvedimento impugnato.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza deliberata in data 16/04/2019, il Tribunale del riesame di Arezzo ha rigettato la richiesta di riesame proposta nell'interesse di Carlo Polci avverso l'ordinanza del 28/03/2019 con la quale il Tribunale di Arezzo, in accoglimento della richiesta della parte civile Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio Soc. Coop. in liquidazione coatta amministrativa (d'ora in poi BPEL), aveva



disposto il sequestro conservativo di immobili dell'imputato nei cui confronti si procedeva per vari fatti di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice.

Replicando alle censure difensive volte ad escludere la sussistenza del credito risarcitorio vantato dalla parte civile e la stessa legittimazione di quest'ultima (anche in ordine alla sussistenza del requisito del *periculum*), il Tribunale del riesame ha, in particolare, ricostruito il procedimento di risoluzione dell'ente creditizio adottato a norma del d. lgs. 16 novembre 2015, n. 180, soffermandosi sul provvedimento della Banca d'Italia n. 559 del 22 novembre 2015 (d'ora in poi, delibera n. 559 del 2015), con il quale è stata disposta la cessione in favore dell'ente-ponte nel frattempo costituito - Nuova Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio - dei diritti, delle attività e delle passività di BPEL. Premesso che, come si desume dall'art. 43 del d. lgs. n. 180 del 2015, la cessione in favore dell'ente-ponte può non avere carattere onnicomprensivo, il giudice del riesame sottolinea che la delibera n. 559 del 2015 non è suscettibile di essere interpretata nel senso prospettato dagli imputati, in quanto il punto 1.2. stabilisce che la cessione comprende gli eventuali diritti risarcitori che "dovessero essere azionati dalla banca cedente" nei confronti di ex esponenti aziendali: la disposizione indica che la cessione ha ad oggetto i crediti risarcitori non ancora azionati al momento della cessione, ma che "dovessero essere azionati" evidentemente in futuro, tanto più che il punto 1.3. della delibera non contempla, in relazione alla cessione disciplinata al 1.2., un immediato subentro dell'ente cessionario nei rapporti già facenti capo al cedente: l'esclusione dell'immediata successione nei rapporti individuati al punto 1.2. trova razionale spiegazione solo ove si ritenga che, in tale ultima ipotesi, non si è in presenza di una cessione immediata dei rapporti considerati. Nel percorso argomentativo del giudice del riesame, la ricostruzione della portata della cessione stabilita dalla delibera n. 559 del 2015 trova ulteriore conferma nella disciplina di cui al punto 3.1., che non prevede, in relazione alla cessione disciplinata dal punto 1.2., un immediato subentro dell'ente cessionario nei rapporti considerati, il che conferma l'esistenza anche di soggetti aventi una posizione passiva nei confronti dell'ente in risoluzione (che, dunque, risulta titolare di una posizione attiva) non oggetto di - almeno immediata - cessione. L'ordinanza impugnata ravvisa dunque un criterio di individuazione che esclude dall'immediatezza della cessione i crediti risarcitori non ancora azionati, salvo poi includerli nella cessione stessa una volta posti a fondamento di un'azione: in esito alla cessione, osserva ancora il Tribunale del riesame, trova applicazione l'art. 111 cod. proc. civ., trattandosi di cessione a titolo particolare nel diritto controverso, con conseguente prosecuzione del giudizio tra le parti originarie, il che non si pone in contrasto con l'art. 81 cod. proc. civ. sotto il profilo della dedotta illegittimità della previsione in via amministrativa di un'ipotesi di sostituzione processuale, posto

che, anteriormente all'azionamento del diritto, quest'ultimo non può considerarsi oggetto di cessione.

2. Avverso l'indicata ordinanza del Tribunale del riesame di Arezzo ha proposto ricorso per cassazione Carlo Polci, attraverso il difensore Avv. Stefano Del Corto, denunciando – nei termini di seguito enunciati nei limiti di cui all'art. 173, comma 1, disp. att. cod. proc. pen. – erronea applicazione di norme giuridiche. Erroneamente il Tribunale del riesame affronta il problema della titolarità o meno del credito risarcitorio in capo alla banca in liquidazione, disancorandolo dalla corrispondente titolarità della stessa azione risarcitoria. La tesi secondo cui il diritto risarcitorio da fatto illecito non è stato oggetto di cessione all'ente-ponte fin dal momento della costituzione di quest'ultimo confligge, oltre che con i principi generali, con il disposto di cui al punto 1.2. della delibera n. 559 del 2015, che ricomprende nella cessione anche il diritto di credito posto a fondamento della pretesa risarcitoria azionata in via cautelare, laddove la specificazione prevista dal punto 1.3. ha esclusivo riferimento ai giudizi in essere al momento della cessione. Erroneo è altresì il richiamo all'art. 111 cod. proc. civ., in quanto la cessione della titolarità del diritto controverso si è perfezionata fin dal momento della costituzione dell'ente-ponte, sicché è avvenuta ben prima del momento in cui tale diritto è stato azionato da un soggetto ormai privo della prescritta legittimazione, rendendo, di fatto, del tutto inapplicabile l'art. 111 cit.

3. In data 24/09/2019, l'Avv. Giacomo Satta, per conto di BPEL, ha depositato: l'ordinanza del 23/11/2017 con la quale il G.U.P. del Tribunale di Arezzo, nell'ambito del procedimento principale, ha deciso le richieste di esclusione di alcune parti civili sollevate dalle difese degli imputati, ammettendo la costituzione di parte civile di BPEL; il dispositivo delle sentenza del 31/01/2019 con la quale lo stesso G.U.P. ha condannato gli imputati giudicati con il rito abbreviato al risarcimento del danno cagionato alla parte civile BPEL; l'ordinanza del 03/05/2019 con la quale il Tribunale di Arezzo, nell'ambito del procedimento principale, ha rigettato le richieste di esclusione della parte civile BPEL formulate dalle difese degli imputati; il ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza di BPEL proposto dal Commissario liquidatore, al fine di attestare come, esaurito il procedimento di risoluzione, sia residuo in capo alla procedura di liquidazione coatta amministrativa un debito complessivo di 305 milioni di euro, di cui 283 milioni nei confronti del Fondo Nazionale di Risoluzione istituito presso la Banca d'Italia e 22 milioni nei confronti di titolari di obbligazioni subordinate non computabili nei fondi propri della banca.



CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso, che non articola censure in ordine al *periculum*, deve essere rigettato.

2. Come si è visto, le doglianze del ricorrente sono indirizzate a censurare la titolarità in capo alla parte civile del credito azionato e la stessa legittimazione a chiedere la misura adottata: esse, dunque, riguardano la sussistenza del *fumus* quale requisito della fattispecie che giustifica l'applicazione della cautela reale, ma, sotto questo profilo, l'intervenuta adozione del decreto che dispone il giudizio non dispiega alcun effetto preclusivo nel procedimento incidentale.

2.1. Al riguardo, del tutto consolidato è l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui, in materia di misure cautelari reali, la proponibilità della questione relativa alla sussistenza del *fumus commissi delicti* è preclusa se nel frattempo sia intervenuto il decreto che dispone il giudizio del soggetto interessato, in quanto, cristallizzando le imputazioni, esso presuppone una valutazione giudiziale sull'idoneità e sufficienza degli elementi acquisiti per sostenere l'accusa in giudizio e non può quindi essere privato della sua rilevanza per ragioni connesse al sistema impugnatorio delle misure reali (Sez. 2, n. 52255 del 28/10/2016, Olisterno, Rv. 268733; conf., *ex plurimis* e con specifico riferimento al sequestro preventivo, Sez. 2, n. 2210 del 05/11/2013 - dep. 2014, Bongini, Rv. 259420; Sez. 5, n. 30596 del 17/04/2009, Cecchi Gori, Rv. 244476, nonché, con riferimento al sequestro conservativo, Sez. 5, n. 26588 del 09/04/2014, Miserocchi, Rv. 260569; Sez. 2, n. 805 del 12/11/2003 - dep. 2004, Tuzzolo, Rv. 227802).

Dunque, mentre in sede di riesame del provvedimento che dispone la misura cautelare reale, l'emissione di un decreto di citazione diretta a giudizio degli interessati non preclude la proponibilità della questione relativa alla sussistenza del *fumus commissi delicti*, atteso che, in tal caso, a differenza di quanto accade con la emissione di un decreto di rinvio a giudizio, non vi è una preventiva verifica giurisdizionale sulla fondatezza dell'azione penale esercitata (così, in una fattispecie relativa a un sequestro preventivo, Sez. 3, n. 13509 del 10/02/2016, Zeconi, Rv. 266762), nel caso sia intervenuto il decreto che dispone il giudizio – come nel caso di specie – la *ratio* della preclusione è «collegata all'intervento di una valutazione del giudice dell'udienza preliminare di idoneità e sufficienza degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio, che reca in sé una positiva delibazione di sussistenza dell'ipotizzata fattispecie di reato, più intensa della mera valutazione sommaria compiuta in sede di emissione della misura cautelare» (Sez. 5, n. 51147 del 02/10/2014, Figari, Rv. 261906, che ha

precisato come la preclusione non operi rispetto alla richiesta di rinvio a giudizio, che tale valutazione non reca, trattandosi di atto della pubblica accusa).

L'orientamento in esame è stato ribadito dalla giurisprudenza di legittimità anche dopo la declaratoria di illegittimità degli artt. 309 e 310 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedevano la possibilità di valutare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza nell'ipotesi di intervenuta emissione del decreto che dispone il giudizio a norma dell'art. 429 cod. proc. pen. (Corte cost., sent. n. 71 del 1996): infatti, rispetto al principio di diritto che esclude la proponibilità della questione relativa alla sussistenza del *fumus commissi delicti* una volta che sia stato disposto il rinvio a giudizio dell'imputato, l'indicata declaratoria di illegittimità costituzionale non ha alcun effetto data «la non omologabilità delle situazioni relative alle misure cautelari personali a quelle riguardanti le misure cautelari reali» (Sez. 5, n. 4906 del 21/07/1998, Frattasio, Rv. 211969; conf., ex plurimis, Sez. 1, n. 5039 del 18/09/1997, Scibilia, Rv. 208969; Sez. 1, n. 2264 del 05/04/1996, Baldassar, Rv. 204820). Una linea ricostruttiva, quella delineata dalle decisioni ora richiamate, ribadita anche di recente dalle Sezioni unite di questa Corte: «le condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari personali, previste dall'art. 273 cod. proc. pen., non sono estensibili, per le loro peculiarità, alle misure cautelari reali, essendo precluse per queste ultime, in sede di verifica della legittimità del provvedimento di sequestro preventivo, ogni valutazione sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico degli indagati e sulla gravità degli stessi» (Sez. U, n. 18954 del 31/03/2016, Capasso; conf. Sez. U, n. 4 del 25/03/1993, Gifuni, Rv. 193117). Del resto, il diverso modularsi della disciplina delle misure cautelari personali rispetto a quella delle misure reali è stato convalidato anche dal giudice delle leggi, secondo cui «la scelta del codice di non riprodurre per le misure cautelari reali i presupposti sanciti dall'art. 273 per le misure cautelari personali non può [...] ritenersi in sé contrastante con l'art. 24 della Costituzione, essendo graduabili fra loro i valori che l'ordinamento prende in considerazione: da un lato, l'inviolabilità della libertà personale, e, dall'altro, la libera disponibilità dei beni, che la legge ben può temperare in funzione degli interessi collettivi che vengono ad essere coinvolti» (Corte cost., sent. n. 48 del 1994).

La preclusione della proponibilità della questione relativa alla sussistenza del *fumus commissi delicti* qualora sia intervenuto il decreto che dispone il giudizio trova conferma, sul piano sistematico, nella considerazione delle valutazioni sottese all'adozione di detto decreto, valutazioni che possono essere descritte, per così dire, "in controluce" guardando ai profili della sentenza di non luogo a procedere delineati dalle Sezioni unite di questa Corte dopo «l'obiettivo arricchimento, qualitativo e quantitativo, dell'orizzonte prospettico del giudice, rispetto all'epilogo decisionale» determinato dalle incisive modifiche impresse

alla disciplina dell'udienza preliminare dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479: «la valutazione critica di sufficienza, non contraddittorietà e comunque di idoneità degli elementi probatori, secondo il dato letterale del novellato terzo comma dell'art. 425, è sempre e comunque diretta a determinare, all'esito di una delibazione di tipo prognostico, divenuta oggi più stabile per la tendenziale completezza delle indagini, la sostenibilità dell'accusa in giudizio e, con essa, l'effettiva, potenziale, utilità del dibattimento in ordine alla regiudicanda», sicché «il radicale incremento dei poteri di cognizione e di decisione del giudice dell'udienza preliminare, pur legittimando quest'ultimo a muoversi implicitamente anche nella prospettiva della probabilità di colpevolezza dell'imputato, non lo ha tuttavia disancorato dalla fondamentale regola di giudizio per la valutazione prognostica, in ordine al maggior grado di probabilità logica e di successo della prospettazione accusatoria ed all'effettiva utilità della fase dibattimentale, di cui il legislatore della riforma persegue, espressamente, una significativa deflazione» (Sez. U, n. 39915 del 30/10/2002, Vottari). Come questa Corte ha avuto modo di sottolineare, «l'orizzonte cognitivo e deliberativo in cui si muove il giudice in sede di risoluzione dell'alternativa rinvio a giudizio / non luogo a procedere conserva dunque una connotazione eminentemente processuale, correlata ad un giudizio prognostico circa la sostenibilità dell'accusa in giudizio, ma si basa su una valutazione critica di sufficienza, non contraddittorietà e idoneità degli elementi probatori comunque, implicitamente, proiettata nella prospettiva della probabilità di colpevolezza dell'imputato» (Sez. 5, n. 8445 del 01/02/2019, Spinazzè).

2.2. Una valutazione del genere è, invece, assente nell'apprezzamento del giudice in ordine all'ammissione della costituzione di una parte civile: infatti, la legittimazione all'azione civile nel processo penale va verificata esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dalla parte a fondamento dell'azione, in relazione al rapporto sostanziale dedotto in giudizio ed indipendentemente dalla effettiva titolarità del vantato diritto al risarcimento dei danni, il cui accertamento riguarda il merito della causa, investendo i concreti requisiti di accoglibilità della domanda e, perciò, la sua fondatezza, ed è collegato all'adempimento dell'onere deduttivo e probatorio incombente sull'attore (Sez. 4, n. 14768 del 18/02/2016, Spalletti, Rv. 266899). Invero, se un effetto preclusivo può essere riconosciuto alla decisione del giudice del procedimento principale in ordine alle questioni attinenti alla ritualità della costituzione di parte civile (quali, ad esempio, quella relativa alla legittimazione del curatore speciale di un minore a costituirsi parte civile: cfr. Sez. 3, n. 12423 del 06/02/2008, Di Bernardino, Rv. 239336), a diverse conclusioni deve giungersi con riguardo alle questioni relative alla presupposto sostanziale della costituzione: su questo piano, la considerazione che, ai fini della legittimazione

alla costituzione di parte civile per l'esercizio di un'azione risarcitoria, è sufficiente la prospettazione da parte del preteso danneggiato di un fatto astrattamente idoneo a cagionare un pregiudizio, giuridicamente apprezzabile, alla sua sfera di interessi (Sez. 3, n. 18518 del 11/01/2018, Rv. 273647) rende ragione del rilievo secondo cui tale astratta prospettazione non può determinare effetti preclusivi nel procedimento cautelare reale (fermi restando, naturalmente, i limiti della cognizione del giudice di legittimità in tale materia).

Le considerazioni fin qui svolte inducono a concludere nel senso che, in tema di sequestro conservativo, il provvedimento che ammette la costituzione di parte civile non determina preclusioni in ordine all'accertamento, ai fini dello scrutinio relativo alla sussistenza dei presupposti applicativi della misura cautelare, della titolarità dell'azione in capo alla parte civile che ha proposto la domanda cautelare.

3. Preliminare a detto scrutinio è la ricognizione, in termini del tutto sintetici e nei limiti di interesse per le questioni qui in rilievo, del quadro normativo di riferimento.

3.1. Con il d. lgs. 16 novembre 2015, n. 180 (e con il coevo d. lgs. n. 181) è stata data attuazione alla direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, volta ad istituire un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento (cd. direttiva *BRRD*, ossia *Bank Recovery and Resolution Directive*): il decreto legislativo ha attribuito alla Banca d'Italia il ruolo di autorità di risoluzione, prevedendo una serie progressiva di provvedimenti e rimedi calibrati sugli obiettivi perseguibili in relazione alla banca oggetto di intervento. In presenza di una situazione di dissesto o di rischio di dissesto (art. 17) e qualora la riduzione o la conversione di azioni, partecipazioni o strumenti di capitale non sia sufficiente a farvi fronte (art. 20), viene avviata la procedura di risoluzione, finalizzata «alla continuità delle funzioni essenziali dei soggetti di cui all'articolo 2, alla stabilità finanziaria, al contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche, alla tutela dei depositanti e degli investitori protetti da sistemi di garanzia o di indennizzo, nonché dei fondi e delle altre attività della clientela» (art. 21) ed incentrata su un programma di risoluzione, predisposto dalla Banca d'Italia e da questa attuato con vari strumenti, tra i quali gli atti di uno o più commissari speciali dalla stessa nominati (che hanno la rappresentanza legale dell'ente sottoposto a risoluzione: art. 37) ovvero l'adozione di provvedimenti di carattere particolare, anche rivolti all'ente sottoposto a risoluzione (art. 34); in questo quadro, l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e di quella dei creditori sociali contro i membri degli organi amministrativi e di controllo e il direttore generale, dell'azione contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, nonché dell'azione del

creditore sociale contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento spetta ai commissari speciali sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia: in mancanza di loro nomina, l'esercizio dell'azione spetta al soggetto a tal fine designato dalla Banca d'Italia (art. 35).

Le misure di risoluzione possono consistere, oltre che nel cd. *bail in*, nella cessione di beni e rapporti giuridici a vari soggetti, tra i quali un ente-ponte (art. 39), costituito con «l'obiettivo di mantenere la continuità delle funzioni essenziali precedentemente svolte dall'ente sottoposto a risoluzione e, quando le condizioni di mercato sono adeguate, cedere a terzi le partecipazioni al capitale o i diritti, le attività o le passività acquistate» (art. 42); il d. lgs. n. 180 del 2015 precisa che la cessione, in una o più soluzioni, a un ente-ponte ha ad oggetto tutte le azioni o le altre partecipazioni emesse da uno o più enti sottoposti a risoluzione, o parte di esse, e tutti i diritti, le attività o le passività, anche individuabili in blocco, di uno o più enti sottoposti a risoluzione, o parte di essi (art. 43).

3.2. La Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio è stata una delle quattro protagoniste della prima applicazione della disciplina introdotta dal d. lgs. n. 180 del 2015. In un serrato susseguirsi di provvedimenti, di diverso rango normativo, con atto del 21/11/2015 della Banca d'Italia è stato disposto l'avvio della risoluzione della Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio – Società cooperativa in amministrazione straordinaria ed è stato varato il programma di risoluzione. Il decreto-legge 22 novembre 2015, n. 183 ha disposto la costituzione dell'ente-ponte, denominato Nuova Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio: il decreto-legge non è stato convertito, ma abrogato dall'art. 1, commi 842 – 862, della legge 29 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), che ne ha sostanzialmente recepito i contenuti e salvato gli effetti *medio tempore* prodotti. Con una serie di provvedimenti del 22 novembre 2015, la Banca d'Italia ha disciplinato vari profili della procedura di risoluzione (compresa la nomina del Commissario speciale e dei componenti del Comitato di sorveglianza di BPEL), tra i quali, con la già citata delibera n. 559, la cessione ex art. 43, d. lgs. n. 180 del 2015 delle situazioni giuridiche soggettive della banca in risoluzione nei confronti dell'ente-ponte.

3.3. La delibera n. 559 del 2015 disciplina al punto 1 l'oggetto della cessione dell'azienda bancaria, stabilendo che «fatto salvo quanto previsto al successivo punto 2, tutti i diritti, le attività e le passività costituenti l'azienda bancaria della banca in risoluzione, ivi compresi i diritti reali sui beni mobili e immobili, i rapporti contrattuali e i giudizi attivi e passivi, incluse le azioni di responsabilità, risarcitorie e di regresso, in essere alla data di efficacia della cessione, sono ceduti, ai sensi degli artt. 43 e 47 del D. Lgs. 180/2015, all'ente ponte» (punto 1.1.); in forza del punto 1.2., «la cessione comprende gli eventuali diritti risarcitori che dovessero essere azionati dalla banca cedente nei confronti degli



ex esponenti aziendali, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti e di ogni altro soggetto responsabile dei danni patrimoniali alla stessa arrecati. La cessione comprende altresì gli eventuali diritti di regresso derivanti dal pagamento da parte della società cedente, quale obbligata in solido, delle sanzioni irrogate dalle competenti Autorità di vigilanza nei confronti degli ex esponenti aziendali»; il punto 1.3. stabilisce poi che «ai sensi dell'art. 43, comma 4, del D. Lgs. 180/2015, l'ente ponte succede, senza soluzione di continuità, alla banca in risoluzione nei diritti, nelle attività, nelle passività, nei rapporti e nei giudizi di cui al precedente punto 1.1.».

Il punto 2, rubricato «Esclusioni», indica le passività che «restano escluse dalla cessione», mentre il punto 3 stabilisce che «salvo quanto disposto dal Titolo VI del D. Lgs. 180/2015, gli azionisti, i titolari di altre partecipazioni, i creditori della banca in risoluzione e gli altri soggetti i cui diritti, attività o passività non sono oggetto di cessione non possono esercitare pretese sui diritti, sulle attività o sulle passività oggetto della cessione e nei confronti di membri degli organi di amministrazione e controllo o dell'alta dirigenza dell'ente ponte ai sensi dell'art. 47, comma 7, del D. Lgs. 180/2015».

Il punto 6 colloca l'inizio dell'efficacia della cessione in corrispondenza del giorno di costituzione dell'ente-ponte, mentre il punto 7 disciplina i ritrasferimenti che la Banca d'Italia può disporre dall'ente-ponte in favore della banca in risoluzione.

4. Le censure proposte dal ricorrente in ordine alla sussistenza in capo alla parte civile del credito azionato e alla stessa legittimazione a chiedere la misura adottata non sono fondate.

4.1. Il nucleo essenziale della ricostruzione prospettata dall'ordinanza impugnata è senz'altro rappresentato dal riferimento alla disciplina dettata dal punto 1.2. della delibera n. 559 del 2015 della Banca d'Italia, dal cui tenore letterale il giudice del riesame ha tratto argomento per sostenere che la cessione in favore dell'ente-ponte ivi prevista ha ad oggetto «i crediti risarcitori non ancora azionati al momento della cessione che *"dovessero essere azionati"*, evidentemente in futuro». Il rilievo è condivisibile in quanto il chiaro dato testuale conforta questa tesi, stabilendo, come si è visto, che la cessione in favore dell'ente-ponte comprende anche «gli eventuali diritti risarcitori che dovessero essere azionati dalla banca cedente nei confronti degli *ex* esponenti aziendali»: pertanto, vengono in rilievo diritti «eventuali» e, dunque, non già diritti incontestabilmente facenti parte del patrimonio della banca in risoluzione (questi ultimi, come tali, oggetto di cessione in favore dell'ente-ponte all'atto della sua costituzione), ma diritti il cui accertamento - indipendentemente dalla definizione della relativa fattispecie costitutiva - richiede l'esperimento di

un'azione giudiziale, la cui titolarità è attribuita non già all'ente-ponte, bensì alla banca cedente (sintagma, quest'ultimo, univocamente riferibile alla banca in risoluzione, come si evince dalla ricostruzione della disciplina complessiva dettata dalla delibera n. 559 del 2015, dai riferimenti al «cedente» contenuti, ad esempio, nell'art. 47, comma 5, d. lgs. n. 180 del 2015, richiamato dal punto 6.3. della delibera e dalle stesse prospettazioni dei ricorrenti). L'indicata connotazione dei diritti risarcitori presi in considerazione dal punto 1.2. come «eventuali» trova conferma nella seconda parte della disposizione, dove detta connotazione è riferita anche ai diritti di regresso, collegati a vicende all'evidenza suscettibili di non essere definite – e neppure avviate – al momento della cessione.

Il chiaro tenore letterale del punto 1.2. della delibera n. 559 del 2015 delinea un assetto in cui è la banca cedente ad essere investita della legittimazione ad agire in giudizio per far valere i diritti al risarcimento dei danni o, comunque, la relativa pretesa.

4.2. L'interpretazione accolta è coerente con la disciplina complessiva dettata dalla delibera n. 559 del 2015. La disposizione di cui al punto 1.3. stabilisce la successione «senza soluzione di continuità» dell'ente-ponte alla banca in risoluzione nei diritti, nelle attività, nelle passività, nei rapporti e nei giudizi di cui al punto 1.1.: l'espressa esclusione dalla successione «senza soluzione di continuità» degli «eventuali diritti risarcitori» di cui al punto 1.2. si ricollega al carattere, appunto, "eventuale" di questi ultimi e alla loro "dipendenza" dall'esito del giudizio instaurato con l'azione esercitata dalla banca in risoluzione; conclusione, questa, che trova ulteriore conferma nell'inciso «in essere alla data di efficacia della cessione» che rimarca la distinzione tra le situazioni soggettive prese in considerazione dal punto 1.1. da quella disciplinate dal punto 1.2.

Né potrebbe invocarsi una sorta di "inversione" del rapporto regola/eccezione che la tesi del giudice del riesame comporterebbe, a fronte della cedibilità anche in parte ed anche «in una o più soluzioni» delle situazioni soggettive della banca in risoluzione all'ente-ponte stabilita dall'art. 43 del d. lgs. n. 180 del 2015; a ciò si aggiunga la considerazione del ruolo rivestito dalla Banca d'Italia nel complesso *iter* della procedura di risoluzione (artt. 32 ss. d. lgs. n. 180 del 2015), un ruolo che, come si è visto, comporta anche il potere di designare il soggetto cui è rimesso l'esercizio dell'azione di responsabilità (art. 35, comma 3, d. lgs. n. 180 del 2015); dati normativi, questi appena richiamati, che offrono una sicura base legale all'interpretazione del punto 1.2. della delibera n. 559 del 2015 in linea con il suo tenore letterale.

Né in senso contrario può argomentarsi richiamando la disposizione di cui al punto 2 della delibera n. 559 del 2015, che è sì dedicata alle esclusioni dalla



cessione, ma riguarda solo le passività ivi indicate, o quella di cui al punto 6, che fa coincidere l'efficacia della cessione con il giorno di costituzione dell'ente-ponte, ma, all'evidenza, con disciplina che non può riguardare gli «eventuali diritti risarcitori» di cui al punto 1.2.

4.3. Il ricorso, in estrema sintesi, deduce il difetto di legittimazione della parte civile richiedente la misura cautelare reale in quanto non titolare del diritto al risarcimento azionato con la costituzione di parte civile, diritto già sorto al momento della costituzione dell'ente-ponte e ad esso quindi ceduto, con conseguente carenza di legittimazione in capo alla parte civile.

Al riguardo, va osservato che tale ricostruzione si sostanzia in una *interpretatio abrogans* del punto 1.2. della delibera n. 559 del 2015 (e delle norme primarie attributive alla Banca d'Italia dei poteri di determinazione dei contenuti e dei tempi delle cessioni), poiché conduce ad escludere quella legittimazione ad agire in giudizio per far valere i diritti risarcitori chiaramente prevista dalla disposizione citata. Ora, al riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio relativamente ai diritti risarcitori in questione non può non essere associata la titolarità degli strumenti cautelari offerti dal sistema: invero, è principio generale affermato dalla giurisprudenza costituzionale che la tutela cautelare, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale (Corte cost., sent. n. 190 del 1985), anche indipendentemente da una previsione espressa (Corte cost., sent. n. 403 del 2007); previsione, peraltro, nel caso in esame individuabile nella disciplina codicistica sul sequestro conservativo. Di conseguenza, l'attribuzione alla banca cedente della legittimazione ad esercitare l'azione relativa agli «eventuali diritti risarcitori» di cui al punto 1.2. della delibera n. 559 del 2015 comporta l'attribuzione alla medesima banca anche della legittimazione a proporre domanda per l'adozione del sequestro conservativo a tutela dei crediti per i quali è intervenuta la costituzione di parte civile.

Del resto, molteplici sono le previsioni legislative relative alla cessione di azioni (in materia fallimentare, ad esempio, gli artt. 106 e 124 l. fall. stabiliscono la cedibilità delle azioni ivi indicate): in questa prospettiva di autonoma circolabilità dell'azione rispetto al rapporto sostanziale sottostante, l'autorità di risoluzione ha enucleato dal patrimonio aziendale oggetto di cessione all'ente-ponte le azioni nei confronti degli ex esponenti aziendali relative agli «eventuali» diritti risarcitori, escludendole dalla cessione (a differenza dei giudizi attivi e passivi «in essere alla data di efficacia della cessione» stessa); alle azioni relative agli «eventuali» diritti risarcitori è stato dunque riconosciuto un regime

particolare, collegato all'incertezza - al momento della cessione - della stessa iniziativa giudiziale volta al riconoscimento della pretesa risarcitoria.

4.4. Osserva inoltre il Collegio che, nell'attribuire alla Banca d'Italia il potere discrezionale di designare il soggetto cui è rimesso l'esercizio dell'azione di responsabilità in termini del tutto svincolati dalla titolarità del diritto risarcitorio, l'art. 35, comma 3, d. lgs. n. 180 del 2015 costituisce una base legale idonea ad attribuire a detto soggetto la veste di sostituto processuale a norma dell'art. 81 cod. proc. civ. Al riguardo, va osservato che l'attribuzione da parte della Banca d'Italia dell'esercizio dell'azione di responsabilità a norma del citato art. 35 presenta affinità, sotto il profilo che qui viene in rilievo, con l'attribuzione della qualifica di sostituto processuale che, in vista dell'esercizio dell'azione di responsabilità, è attribuita, rispettivamente per le società per azioni e le società a responsabilità limitata, ai soci che rappresentino una parte determinata del capitale o al singolo socio dagli artt. 2393-bis e 2476, terzo comma, cod. civ.: a proposito di quest'ultima previsione, la giurisprudenza di legittimità ha sottolineato appunto la legittimazione individuale straordinaria che consente al socio di proporre l'azione sociale di responsabilità, legittimazione ritenuta riconducibile alla sostituzione processuale ex art. 81 cod. proc. civ. (Sez. 1, Sentenza n. 19745 del 25/07/2018, Rv. 650162 - 03); alla stessa conclusione giunge la dottrina con riguardo all'ipotesi di cui all'art. 2393-bis cod. civ.

D'altra parte, anche l'art. 36 del d. lgs. n. 180 del 2015 attribuisce ai commissari speciali una legittimazione *ad causam* nell'ipotesi - non ricorrente nel caso di specie - che l'ente sottoposto a risoluzione si trovi in stato di insolvenza alla data di adozione del provvedimento di avvio della risoluzione: sia che rinvenga il proprio fondamento nell'art. 35, comma 3, cit., sia che agisca a norma dell'art. 36 appena richiamato, il commissario speciale è espressamente legittimato a costituirsi parte civile, a norma dell'art. 240 l. fall. (come sostituito dall'art. 100, comma 3, d. lgs. n. 180 del 2015). Norme, queste di cui alle due disposizioni da ultimo richiamate, che confermano l'attribuzione *ex lege* in varie ipotesi della legittimazione processuale al commissario speciale, pur, di per sé, non risolvendo, quella ex art. 240 l. fall., la questione posta dai ricorrenti in correlazione alla titolarità del rapporto sostanziale e all'oggetto della cessione in favore dell'ente-ponte.

Ma, su questo versante, è, come si è detto, l'idoneità dell'art. 35, comma 3, cit. a conferire al commissario speciale la veste di sostituto processuale a rendere ragione dell'infondatezza delle plurime doglianze dei ricorrenti incentrate sulla dedotta violazione dell'art. 81 cod. proc. civ.: il che conduce a disattendere anche le censure fondate sull'anteriorità dei diritti creditorî azionati con la costituzione di parte civile rispetto alla cessione stabilita dalla delibera n. 559 del

2015, anteriorità dalla quale i ricorrenti vorrebbero far discendere l'insussistenza della legittimazione della parte civile ad avanzare la domanda cautelare.

4.5. Le conclusioni fin qui raggiunte mettono in luce, a ben vedere, l'inconferenza, in questa sede, della questione relativa all'individuazione del fatto genetico del diritto al risarcimento e della sua eventuale cessione. Individuazione, peraltro, non agevole, posto che la stessa giurisprudenza di legittimità è orientata a far coincidere il momento genetico dell'obbligazione risarcitoria ora con quello del fatto illecito dal quale ha origine (cfr., ad esempio, Sez. 2 civ., n. 2523 del 31/01/2017, Rv. 642492 - 01, che individua la banca responsabile in solido ex art. 145, comma 10, TUB in quella cui apparteneva il responsabile delle violazioni alla data della loro consumazione), ora con quello in cui il danno risarcibile si sia effettivamente verificato (cfr. ad esempio, Sez. 6 civ., n. 21776 del 27/10/2016, Rv. 642666 - 02, secondo cui, in tema di concorrenza sleale, il luogo di commissione dell'illecito è quello nel quale si siano materialmente verificati sia gli atti che si assumono lesivi, sia i conseguenti effetti sul mercato dell'attività concorrenziale vietata), laddove non mancano indirizzi dottrinali che, anche valorizzando il profilo della "certezza" del diritto al risarcimento, delineano una stretta connessione tra la responsabilità dell'amministratore della società e lo strumento processuale volto ad accertarla.

Al riguardo, fermo restando che, in generale, la legittimazione ad agire prescinde dall'effettiva titolarità della situazione sostanziale fatta valere con l'azione, ma dipende dalla sola fattispecie giuridica con l'azione stessa prospettata (*ex plurimis*, Sez. 2 civ., n. 11284 del 10/05/2010, Rv. 613149 - 01), va sottolineato che, come si anticipato, la complessa questione che chiama in causa il rapporto tra credito e azione non è, però, decisiva ai fini che qui rilevano, in quanto, anche a voler ritenere perfezionate sia la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno (pur ancora oggetto di accertamento giudiziale) prima dell'esercizio dell'azione, sia la cessione dello stesso all'atto della costituzione dell'ente-ponte (ovvero attraverso l'esercizio dell'azione, con la costituzione di parte civile, secondo la prospettiva seguita dall'ordinanza impugnata), la spettanza della legittimazione all'esercizio dell'azione (e, con essa, della facoltà di proporre domanda cautelare) in capo alla banca cedente non verrebbe in alcun modo messa in discussione: tale facoltà è espressamente - e in via esclusiva - attribuita dal punto 1.2. alla banca cedente, che, anche a voler ritenere già perfezionata la cessione, agirebbe comunque quale sostituto processuale del cessionario, per le considerazioni esposte al punto che precede.

Invero, la puntuale ricostruzione della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno e del momento in cui si è perfezionata la cessione del diritto stesso può eventualmente venire in rilievo in sede di cognizione, in ipotesi

e a solo titolo di esempio, al fine di individuare il beneficiario della statuizione di condanna al risarcimento dei danni, ma, alla luce delle considerazioni svolte, le soluzioni prospettabili sul punto non hanno ricadute sul piano della titolarità della facoltà di proporre l'azione di responsabilità e, con essa, la domanda cautelare.

Di conseguenza, devono essere disattese le censure che chiamano in causa la titolarità dei diritti risarcitori e il momento della loro cessione, nonché quella relativa alla tematica – anch'essa, pur inconferente, affrontata dall'ordinanza impugnata – dell'art. 111 cod. proc. civ.

5. Pertanto, deve concludersi che, in tema di cessione di beni e rapporti giuridici della banca sottoposta a risoluzione in favore di un ente-ponte a norma del d. lgs. 16 novembre 2015, n. 180 e della delibera della Banca d'Italia n. 559 del 22 novembre 2015, alla banca cedente deve essere riconosciuta la legittimazione a costituirsi parte civile nel processo nei confronti di ex esponenti per fatti di bancarotta relativi alla sua gestione, sicché la stessa banca cedente è titolare della facoltà di proporre domanda di applicazione della misura cautelare del sequestro conservativo.

Di conseguenza, il ricorso deve essere rigettato e il ricorrente deve essere condannato al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso il 10/10/2019.

Il Consigliere estensore

Angelo Caputo



Il Presidente

Grazia Miccoli



CORTE DI CASSAZIONE
V SEZIONE PENALE