

Francesco Barachini

---

**NOTE SULLA TUTELA  
INDENNITARIA PREVISTA NEL  
DECRETO SUL C.D.  
«SALVATAGGIO» DEL BANCO DI  
NAPOLI**

---

Estratto

## OSSERVATORIO

### NOTE SULLA TUTELA INDENNITARIA PREVISTA NEL DECRETO SUL C.D. « SALVATAGGIO » DEL BANCO DI NAPOLI (\*)

SOMMARIO: 1. Le vicende relative al c.d. “salvataggio” del Banco di Napoli e l’emanazione del d.l. n. 497/1996. — 2. Natura e portata della pretesa indennitaria prevista dall’art. 2 del d.l. n. 497/1996. — 3. I profili procedurali: il destinatario passivo della pretesa. — 4. (*Segue*): i criteri di quantificazione dell’ammontare della pretesa. — 5. (*Segue*): La sede competente per l’esercizio della pretesa. — 6. La prospettabilità di una tutela risarcitoria.

1. Il presente lavoro si propone di valutare se il disposto di cui all’art. 2 d.l. n. 497/1996, recante « Disposizioni urgenti per il risanamento, la ristrutturazione e la privatizzazione del Banco di Napoli », convertito in l. n. 588/1996 possa ritenersi ancora applicabile alla Fondazione Banco di Napoli (di seguito la “Fondazione”).

Al riguardo, in particolare, si tratta di stabilire se, in virtù di tale previsione, la Fondazione sia tuttora intitolata a rivendicare una qualche pretesa di natura economica, indicando altresì la natura e la portata della stessa.

È bene subito rilevare che il tema qui in esame si inquadra — e quindi deve essere riguardato — nel contesto delle complesse e assai articolate vicende che — nel corso dell’anno 1996 — condussero al c.d. “salvataggio” del Banco di Napoli s.p.a. (di seguito il “Banco”), quale banca conferitaria della Fondazione e di cui — a quell’epoca (e sin dalla sua costituzione) — quest’ultima era il suo maggiore azionista, nonché socio di controllo. Del resto, l’introduzione del citato art. 2 d.l. n. 497/1996 avvenne proprio nell’ambito di quella peculiare vicenda storica, trattandosi segnatamente di una previsione che — come meglio si dirà nel prosieguo — era stata appositamente concepita come una sorta di “misura di salvaguardia” nei confronti della Fondazione in ragione delle conseguenze che si sarebbero potute determinare a seguito (e per effetto) delle programmate (e poi attuate) operazioni di “salvataggio” del Banco.

In considerazione di quanto sopra — e prima ancora di affrontare i profili più strettamente giuridici — è allora necessario procedere ad una sintetica ricostruzione dei citati accadimenti, onde segnatamente evidenziare le modalità tecniche che caratterizzarono la summenzionata operazione di “salvataggio” e, conseguentemente, meglio comprendere la *ratio* (e la portata stessa) del predetto art. 2 d.l. n. 497/1996.

È noto che la crisi del Banco si manifestò nel corso dell’anno 1996, allorquando — per ragioni (e con modalità) che non rileva indagare in questa sede — nel patrimonio di questa furono accertate perdite, di tale entità da rendere necessario l’avvio di un piano di “salvataggio” teso al risanamento ed alla ristrutturazione del Banco medesimo.

---

(\*) Il lavoro trae origine da un parere *pro-veritate* reso nel corso del 2016.

Le misure attuative dell'operazione di "salvataggio" — che si svilupparono in un arco temporale piuttosto ampio e con un andamento alquanto tormentato — furono regolate, per espressa volontà dell'autorità governativa, attraverso lo strumento legislativo della decretazione d'urgenza.

L'iter di questi interventi si rivelò assai complesso e fu caratterizzato dal succedersi — a cavallo tra il 27 marzo 1996 ed il 24 settembre 1996 — di ben 4 diversi decreti-legge. Le peculiarità di tale percorso legislativo — come chiaramente risulta dalle testimonianze dell'epoca — si giustificavano in ragione dell'oggettiva delicatezza della questione e dei molteplici (e assai rilevanti) interessi in gioco, atteso segnatamente che le ipotesi che via via venivano delineate in sede governativa non solo non potevano prescindere da una necessaria interlocuzione (e quindi dall'apertura di un tavolo di trattative) con gli azionisti del Banco — primo tra tutti la Fondazione, quale allora socio di controllo — ma in ogni caso dovevano tener conto dei profili di compatibilità con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato (tant'è vero che l'operazione di "salvataggio" — così come concretamente realizzatasi — fu oggetto di valutazione da parte della Commissione Europea, la quale, con decisione del 29 luglio 1998, la approvò, pur subordinatamente al rispetto di determinate condizioni).

È allora opportuno in questa sede ripercorrere quantomeno le tappe più significate di questo articolato (e anche assai travagliato) iter legislativo: anche perché la ricostruzione di tale processo — e delle connesse vicende che lo determinarono (o che concorsero ad influenzerlo) — risultano decisive per meglio comprendere il dibattito che parallelamente si sviluppò nell'ambito della Fondazione (e, segnatamente, dei suoi organi di governo) e, quindi, delle decisioni cui la stessa si determinò in quella fase così difficile e delicata e che erano inevitabilmente destinate ad incidere in modo decisivo sui suoi stessi destini, oltre che ovviamente del territorio (e della comunità) di cui questa era espressione.

È bene subito precisare che la ricostruzione — a distanza di così tanto tempo — di queste complesse e articolate vicende non è affatto agevole, anche per la mancanza di esaustive e attendibili fonti storiche. Il presente *excursus* si basa pertanto su quanto emerge — o è dato altresì di evincere — dall'esame dei provvedimenti normativi che si avvicendarono in quel periodo (ivi compresi i corrispondenti lavori preparatori e relative relazioni di accompagnamento), nonché dalla lettura dei verbali del Consiglio di Amministrazione e dell'Assemblea della Fondazione risalenti a quegli anni.

Sul piano legislativo, l'iter prese avvio con l'approvazione del decreto-legge n. 163, del 27 marzo 1996, recante « Disposizioni urgenti per il risanamento, la ristrutturazione e la privatizzazione del Banco di Napoli ». Detto decreto fu poi reiterato (sempre con modifiche) per tre volte e precisamente:

- a) in un primo momento, con decreto-legge n. 293, del 27 maggio 1996;
- b) successivamente, con decreto-legge n. 394, del 26 luglio 1996;
- c) infine, con decreto-legge n. 497, del 24 settembre 1996, convertito nella legge n.

588, del 19 novembre 1996.

Sin dalla sua prima versione, il decreto legge in questione prevedeva una serie di interventi finalizzati al risanamento, alla ristrutturazione e alla privatizzazione del Banco, tra cui in particolare (i) la partecipazione del Ministero del Tesoro (di seguito, il "Tesoro") — subordinatamente al verificarsi di molteplici condizioni — a uno o più aumenti di capitale del Banco, per un ammontare complessivo massimo di lire 2.000 miliardi (artt. 1, 3 e 6); nonché (ii) l'operazione di scorporo delle attività meno remunerative del Banco tramite la dismissione di siffatte attività — sulla base di apposita autorizzazione della Banca d'Italia — ad una società *ad hoc* facente parte del gruppo del Banco (art. 3, comma 6°), così da agevolare la stessa (successiva) privatizzazione del Banco medesimo mediante la cessione ad opera del Tesoro « della propria partecipazione nel Banco di Napoli » (art. 5).

Preme al riguardo evidenziare che la realizzazione della descritta operazione straordinaria di aumento del capitale del Banco "riservato" *ex lege* al Tesoro — e che appunto era funzionale al "salvataggio" del Banco, a fronte delle ingenti perdite emerse nei primi mesi dell'anno 1996 — risultava agevolata dalla previsione di cui all'art. 4 — rimasta poi inalterata

nelle successive versioni del decreto legge — la quale espressamente attribuiva al Tesoro l'autorizzazione a « stipulare accordi di sindacato per la gestione del Banco, concedere diritti di prelazione sull'acquisto della partecipazione del Tesoro, acquistare a trattativa diretta o a seguito di offerta pubblica, azioni del Banco di Napoli o diritti di opzione sulle stesse anche in deroga alle norme di contabilità di Stato e alle disposizioni di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, e all'articolo 13 del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356. L'offerta di acquisto deve avere ad oggetto, almeno alle medesime condizioni, anche le azioni di risparmio » (art. 1, comma 4°).

Analogamente, l'operazione di scorporo delle sofferenze del Banco era assistita dalla previsione di cui all'art. 3, comma 6° — anche questa immutata nel corso delle successive evoluzioni del decreto legge — la quale precisamente riconosceva la possibilità per la Banca d'Italia di concedere al Banco anticipazioni — con le modalità di cui al decreto del Tesoro del 27 settembre 1974 — a fronte delle perdite derivanti da finanziamenti e altri interventi effettuati dallo Banco stesso (a favore di società del gruppo poste in liquidazione, e nell'interesse dei creditori delle medesime, ovvero) a favore di società del gruppo a cui fossero stati ceduti — dopo l'autorizzazione della Banca d'Italia (che il nuovo art. 3, comma 6-bis, introdotto dal d.l. n. 497/1996 subordinò « alla concessione in favore del Tesoro del pegno, con diritto di voto, delle azioni delle società cessionarie di proprietà del Banco di Napoli, ovvero anche alla concessione, in favore del Tesoro, di mandato irrevocabile, anche per più assemblee e senza indicazione di istruzioni, ad esercitare il diritto di voto, al fine di consentire al Tesoro di disporre della maggioranza dei diritti di voto ») — crediti ed altri attivi non immobiliari del Banco (art. 3, comma 6°).

Già da questi primi rilievi è agevole rendersi conto che il “salvataggio” del Banco fu attuato con modalità estremamente innovative e che — se guardate nel contesto attuale — possono considerarsi persino pionieristiche. In effetti, misure analoghe a quelle cui si fece ricorso in quella vicenda vengono oggi normalmente impiegate nella gestione delle (sempre più diffuse e gravi) situazioni di crisi delle imprese bancarie, tanto da essere state addirittura “codificate” nell'ambito della recente disciplina europea e italiana sul c.d. “*bail in*” (cfr. Direttiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014; artt. 48 ss. d.lgs. n. 180/2015).

A prescindere da tali considerazioni, preme comunque rilevare che l'attuazione “agevolata” dei citati due interventi — ovvero, l'aumento di capitale “riservato” *ex lege* al Tesoro e lo scorporo delle sofferenze (mediante cessione ad una società veicolo appartenente al medesimo gruppo) — risultava oggettivamente idonea a riflettersi negativamente sulla posizione degli azionisti *pro tempore* del Banco e, segnatamente, della Fondazione, la quale — come già ricordato — ne deteneva la partecipazione di controllo: e ciò proprio in ragione delle specifiche modalità con cui fu poi deciso di realizzare l'operazione di “salvataggio”.

Ed invero, occorre ricordare che l'aumento di capitale “riservato” venne eseguito tramite un'operazione di ricapitalizzazione del Banco all'esito di una complessa trattativa con la Fondazione sfociata nella sottoscrizione di una scrittura privata in data 22 maggio 1996, con la quale la Fondazione — tra l'altro — conferì al Tesoro mandato irrevocabile « anche nell'interesse del Tesoro e senza indicazione di istruzioni, ad esercitare il diritto di voto spettante ad un numero di azioni del Banco di proprietà della Fondazione stessa, fino a concorrenza del 40% del capitale avente diritto di voto » in occasione dell'Assemblea Straordinaria del Banco convocata per il 30 luglio 1996 con il seguente punto all'ordine del giorno « 1) — Situazione patrimoniale del banco al 31 marzo 1996 e provvedimenti consequenziali, ai sensi dell'art. 2446 del Codice Civile e del decreto legge 27 maggio 1996 n. 293 ».

Più precisamente, mette conto segnalare che — in esecuzione a quanto deliberato proprio nel corso del corso della citata Assemblea Straordinaria del 30 luglio 1996 (e alla quale il Tesoro intervenne in ragione del mandato conferitogli dalla Fondazione) — la predetta operazione di ricapitalizzazione del Banco comportò (l'integrale azzeramento del capitale per perdite e) la sottoscrizione di un (successivo) aumento del capitale di lire 2.000

miliardi da parte del Tesoro per un ammontare « pari all'importo non sottoscritto dagli azionisti del Banco » (in ossequio a quanto previsto dal d.m. del 14 ottobre 1996), con conseguente azzeramento della partecipazione di controllo detenuta dalla Fondazione, a fronte del mancato esercizio del diritto di opzione ad essa spettante anche in virtù di quanto previsto dalla summenzionata scrittura privata di conferimento del mandato [cfr. art. 4, secondo cui « il Tesoro si obbliga a consentire alla Fondazione, qualora questa lo desideri, di partecipare alla ricapitalizzazione del Banco (...) per una quota non superiore al 3% del capitale sociale »].

Proprio un simile esito indusse pertanto il Governo ad intervenire sul già citato decreto-legge: ed è ragionevole immaginare che ciò avvenne anche per effetto delle sollecitazioni provenienti dalla Fondazione (nell'ambito della quale in effetti — come chiaramente testimoniano i verbali del Consiglio di Amministrazione e della stessa Assemblea — non cessò mai di ricercare un percorso condiviso, tramite un costante dialogo istituzionale con le autorità preposte). In particolare, in quella fase, si decise di modificare il contenuto (e la portata) di alcune forme di tutela di tipo “compensativo” a favore degli azionisti *pro tempore* del Banco che già figuravano nella versione originaria dell'art. 2 (così come risultante dai primi tre decreti legge, poi non convertiti in legge): e ciò segnatamente al fine di assicurare che questi potessero beneficiare (o comunque non si trovassero “espropriati”) del reale valore dei rispettivi diritti all'esito della complessiva operazione di “salvataggio”.

Tutto questo in effetti spiega il perché nella nuova (e definitiva) formulazione dell'art. 2 del decreto-legge n. 497, del 24 settembre 1996 (convertito nella legge n. 588, del 19 novembre 1996) si tenne debitamente (ed espressamente) conto delle concrete modalità attuative prescelte per l'operazione di “salvataggio”. Si consideri infatti che — rispetto alla versione previgente — l'art. 2 (testo vigente):

— precisa che il diritto al “corrispettivo” spettante agli (allora) attuali azionisti del Banco nei confronti del Tesoro — a fronte del « trasferimento immediato » delle azioni e dei diritti di opzione previsto dall'art. 1, comma 4°, al fine di agevolare la realizzazione della descritta operazione straordinaria di aumento del capitale “riservato” [ancorché — come si dirà nel prosieguo (cfr. § 2) — la stessa sia stata poi attuata con modalità differenti e comunque tali da non implicare alcun « trasferimento immediato » di diritti azionari] — dovrà essere determinato « secondo criteri stabiliti con decreto del Ministro del tesoro, sulla base del prezzo realizzato a seguito della dismissione di cui all'articolo 5, aumentato degli eventuali utili di bilancio complessivamente realizzati dalle società cessionarie di cui all'articolo 3, comma 6, che sono attribuiti al Tesoro, e ridotto degli eventuali oneri per la copertura delle perdite del Banco nei cinque esercizi successivi a quello in cui avviene l'aumento di capitale conseguenti agli interventi a favore delle società cessionarie di cui all'articolo 3, comma 6 e dell'ammontare del capitale conferito dal Tesoro ai sensi del presente decreto, aumentato degli interessi calcolati al prime rate ABI » (cfr. art. 2, comma 1°; v. anche il previgente art. 2, comma 1°, d.l. n. 394/1996, ove si prevedeva che il “corrispettivo” doveva essere determinato esclusivamente « sulla base del prezzo realizzato a seguito della dismissione di cui all'articolo 5, ridotto dell'ammontare del capitale conferito dal Tesoro ai sensi del presente decreto, aumentato degli interessi calcolati al *prime rate* ABI »;

— aggiunge al nuovo secondo comma che « i titolari dei diritti di opzione relativi agli aumenti di capitale previsti dall'articolo 1, comma 1 del presente decreto, che non abbiano esercitato tali diritti, è riconosciuta una somma che sarà determinata secondo i criteri e con le modalità indicati nel precedente comma 1. Gli azionisti che alla data di entrata in vigore del presente decreto avessero già esercitato il diritto di opzione potranno revocare la sottoscrizione entro il termine stabilito dalla delibera assembleare per l'esercizio del diritto di opzione » (cfr. art. 2, comma 2°);

— conferma infine (quale forma di tutela ulteriore rispetto a quella disciplinata dai commi primo e secondo) il diritto di “acquisto” già riconosciuto agli azionisti *pro tempore* del Banco nella precedente formulazione dell'art. 2, precisando in particolare che ad essi « viene

attribuito il diritto di acquistare, al valore nominale, successivamente ai conferimenti del Tesoro di cui all'articolo 1, un'azione ordinaria posseduta dal Tesoro ogni quindici azioni di qualunque categoria. Con decreto del Ministro del tesoro verranno disciplinate le modalità operative di esercizio del diritto» (un diritto questo che — merita segnalarlo — fu poi concretamente esercitato dalla Fondazione in ossequio a quanto previsto dal d.m. 25 agosto 1997).

In altre parole, le forme di tutela di tipo “compensativo” definitivamente riconosciute dal d.l. n. 497/1996 — e che, preme ribadirlo, venne emanato in data 24 settembre 1996, ovvero successivamente all'approvazione dell'operazione di ricapitalizzazione da parte dell'Assemblea Straordinaria del 30 luglio 1996 — furono (i) modificate al fine di renderle compatibili con l'aumento del capitale del Banco “riservato” *ex lege* al Tesoro [poi concretamente attuatosi mediante la descritta operazione di ricapitalizzazione, la quale dunque — come già anticipato e come meglio si dirà in seguito (cfr. *infra*, § 2) — non implicò alcun « trasferimento immediato » di azioni o di diritti di opzione in favore del Tesoro ai sensi e per gli effetti di quanto previsto dall'art. 2, comma 1°]; ma le medesime misure risultarono altresì (ii) ampliate in modo tale da far sì che esse potessero riflettere (anche) i risultati economici della “complessiva” attività di recupero da parte della società cessionaria delle sofferenze del Banco, ovvero la S.G.A. — Società per la gestione di attività S.p.A. (di seguito la “SGA”), la quale venne poi costituita nel 1997, proprio allo scopo di fungere da veicolo dedicato all'esercizio di tale attività.

A corredo di queste considerazioni è peraltro interessante notare che — negli anni a venire — la Fondazione continuò a dare atto dell'esistenza della misura “compensativa” prevista dall'art. 2 d.l. n. 497/1996: come appunto conferma la specifica indicazione che tuttora compare nel proprio bilancio sotto la voce dei conti d'ordine (cfr. Bilancio 2015, pag. 100). Al contrario di quanto invece accadde per la posta relativa al diritto di “acquisto” di cui al medesimo art. 2, la quale — pur originariamente iscritta nel bilancio del 1996 — fu poi eliminata a seguito dell'esercizio di quel diritto, cosa che — come già anticipato — si verificò nel corso dell'anno 1997.

Ciò nondimeno non v'è dubbio che — per avere un quadro esaustivo delle vicende sin qui descritte, ma anche al fine di meglio comprendere il significato e la portata delle soluzioni normative che ne erano scaturite — è necessario ricordare le ulteriori evoluzioni intervenute in tale contesto, con particolare riferimento a quelle che da ultimo hanno riguardato proprio la SGA.

Al riguardo, in particolare, mette conto segnalare che con d.l. n. 59/2016 — poi convertito in legge n. 118/2016 — detta società ha subito una vera e propria “trasformazione” o, meglio, ne sono state profondamente alterate le originarie finalità.

Le ragioni di un simile (e così incisivo) intervento normativo emergono chiaramente dalla lettura dei lavori preparatori che lo hanno accompagnato, ove in effetti si dà atto che l'operazione di recupero dei crediti in sofferenza del Banco da parte della cessionaria SGA — e che, in quel contesto, viene definita espressamente come una « una sorta di *bad bank* alla quale sono state trasferite le sofferenze bancarie dell'istituto con lo scopo di recuperare i crediti in sofferenza », cui « il Banco di Napoli spa ha ceduto (...) crediti incagliati a titolo oneroso e pro soluto che, al netto della svalutazione per le perdite previste, ammontavano a circa 12.378 miliardi di lire (circa 6,4 miliardi di euro) » — è stata « in gran parte attuata: infatti la SGA è riuscita a rientrare di circa il 90 per cento delle esposizioni cedute dal Banco di Napoli (fonte Borsa Italiana) ».

Da qui, dunque, la decisione di procedere ad una profonda revisione dell'originario perimetro di operatività della SGA, estendendolo ben oltre le sole attività di recupero delle sofferenze del Banco. Più precisamente, l'art. 7, comma 2°, d.l. n. 59/2016 dispone che — in questo mutato contesto — la SGA « può acquistare sul mercato crediti, partecipazioni e altre attività finanziarie, nonché compiere le ulteriori attività previste dallo statuto, fermo il rispetto dei requisiti e degli obblighi previsti dalla normativa applicabile allo svolgimento di determinate tipologie di servizi nei confronti del pubblico », aggiungendo che — dalla data

di entrata in vigore d.l. n. 59/2016 — « sono abrogati i commi 6 e 6-bis dell'articolo 3 del decreto-legge 24 settembre 1996, n. 497, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1 della legge 19 novembre 1996, n. 588. Lo statuto della SGA è adeguato alle disposizioni del presente articolo ».

Una siffatta modifica sostanziale dell'oggetto sociale della SGA viene tuttavia subordinata — sempre dall'art. 7, comma 1°, d.l. n. 59/2016 — al trasferimento delle azioni rappresentative dell'intero capitale sociale di questa al Ministero dell'Economia e delle Finanze (di seguito il "MEF"). La stessa norma prevede altresì che, a fronte di tale trasferimento, debba essere riconosciuto un corrispettivo non superiore a Euro 600.000,00, ovvero pari al valore nominale delle azioni trasferite, determinato sulla base di una relazione giurata di stima da parte di uno o più soggetti di adeguata esperienza e qualificazione professionale nominati dallo stesso MEF.

Al riguardo, la relazione illustrativa al d.l. n. 59/2016 afferma che « il trasferimento (...) al Ministero al valore nominale delle azioni rappresentative del capitale è giustificato dall'articolo 2, comma 1, del decreto-legge n. 497 del 1996, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 588 del 1996, il quale prevede, ancorché nell'ambito della disciplina del meccanismo per la determinazione del corrispettivo da pagare agli azionisti nel caso in cui il Ministero si fosse avvalso della facoltà di acquisto di cui all'articolo 1, comma 4, del medesimo decreto, che sono attribuiti al Tesoro gli eventuali utili di bilancio realizzati dalle società cessionarie di cui all'articolo 3, comma 6. In ogni caso, il principio di neutralità che informa l'erogazione di aiuti di Stato impedisce che eventuali *surplus* patrimoniali possano essere attribuiti al Banco di Napoli (ora Intesa), una volta rimborsato il finanziamento (come avvenuto nel 2009) » (1).

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, può dunque conclusivamente rilevarsi quanto segue:

---

(1) V. anche i lavori preparatori al d.l. n. 59/2016, convertito in legge n. 118/2016, ove sul punto si precisa che « il citato articolo 2, comma 1, dispone infatti che, a fronte dell'immediato trasferimento delle azioni e dei diritti di opzione del Banco di Napoli, acquistati dal Tesoro a trattativa diretta o a seguito di offerta pubblica, il corrispettivo che il Tesoro paga per tali acquisti è determinato successivamente, sulla base del prezzo realizzato all'esito dell'operazione di dismissione della partecipazione detenuta del Tesoro, disposta dall'articolo 5 del decreto-legge e da attuarsi entro la fine del 1997. Tale prezzo è aumentato degli eventuali utili di bilancio complessivamente realizzati dalle società cessionarie, "che sono attribuiti al Tesoro", ed è ridotto degli oneri per la copertura delle perdite del Banco nei cinque esercizi successivi conseguenti agli interventi a favore delle stesse società cessionarie nonché dell'ammontare del capitale conferito dal Tesoro aumentato degli interessi. La dismissione della partecipazione del Tesoro nel Banco di Napoli si è realizzata in due *tranches*, nel giugno 1997 (circa 32 milioni di euro) e nel novembre 2000 (circa 493 milioni di euro). L'importo della vendita del pacchetto azionario del Banco di Napoli è stato in parte destinato alla copertura delle perdite del Banco per gli interventi a favore della società cessionaria dei crediti anomali (ovvero SGA). Infatti, tale società nei primi anni di attività ha registrato perdite imputabili agli oneri finanziari assunti per acquistare i crediti del Banco di Napoli. Tali perdite sono state ripianate per cassa dallo stesso Banco di Napoli il quale ha utilizzato le anticipazioni fornite dalla Banca d'Italia con le modalità stabilite dal D.M. del 27 settembre 1974 (c.d. "decreto Sindona"), ai sensi dell'articolo 3, comma 6, del decreto 497 del 1996 (tale ultima norma è abrogata dal comma 2 dell'articolo in esame). Dai dati desunti dall'ultimo bilancio approvato, attualmente la SGA dispone di circa 500 milioni di euro di liquidità. Con riferimento alla sua attività di recupero dei crediti ceduti, rimangono aperte circa 4 mila posizioni (rispetto alle originarie 38 mila), corrispondenti a circa il 10 per cento. La relazione governativa afferma infine che il principio di neutralità, proprio della disciplina degli aiuti di Stato, impedisce che eventuali *surplus* patrimoniali possano essere attribuiti al Banco di Napoli (ora inclusa nel gruppo Intesa Sanpaolo), una volta rimborsato il finanziamento ».

a) le modalità attuative dell'operazione di "salvataggio" del Banco furono disciplinate per legge, stabilendosi in particolare che questa dovesse avvenire tramite un intervento di ricapitalizzazione ed un contestuale scorporo delle sofferenze ad una società veicolo (poi individuata nella SGA);

b) la ricapitalizzazione fu realizzata mediante l'approvazione di una delibera di riduzione a zero del capitale sociale del Banco, con successivo aumento "riservato" *ex lege* al Tesoro: per effetto di tali misure, la Fondazione — e parimenti tutti gli altri azionisti *pro tempore* — vide(ro) dunque annullata la propria partecipazione nel Banco, senza che si fosse dato corso ad un "trasferimento" di azioni (e dunque in assenza di un "corrispettivo");

c) proprio per questa ragione — ovvero considerando le specifiche modalità prescelte per realizzare l'operazione di "salvataggio" — in sede governativa si decise di intervenire sull'originaria disciplina che ne regolava l'attuazione, assicurando alla Fondazione un'apposita misura "compensativa": quella che venne introdotta (e che è tuttora prevista) dall'art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996;

d) detta norma dispone tra l'altro che, per determinare l'ammontare della citata misura compensativa, debba tenersi conto anche degli « eventuali utili di bilancio complessivamente realizzati dalle società cessionarie » (ovvero dalla SGA);

e) il d.l. n. 59/2016 ha provveduto a "trasformare" la SGA, in particolare sancendo un radicale mutamento (*rectius*: ampliamento) del rispettivo oggetto sociale, per effetto del quale la stessa ha di fatto cessato di essere il veicolo esclusivo dell'attività di recupero delle sofferenze del Banco.

2. Sulla scorta di tutto quanto sin qui osservato, pare senza dubbio plausibile affermare che — proprio per le ragioni evidenziate — il predetto art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996 attribuisca tuttora alla Fondazione (e, più in generale, ad ogni azionista *pro tempore* del Banco) il diritto di rivendicare una pretesa di natura economica avente natura *lato sensu* indennitaria e da intendersi quale specifica misura ristorativa *ex lege* del "pregiudizio" sofferto da tali soggetti in ragione delle peculiari modalità attuative che furono a suo tempo prescelte per dare corso al "salvataggio" del Banco: ovvero a causa del fatto che — come sopra ampiamente illustrato — tale operazione si attuò tramite la riduzione a zero del capitale sociale (con contestuale annullamento delle relative azioni) ed un successivo aumento dello stesso "riservato" però *ex lege* al Tesoro, finendosi così per privare gli (allora) azionisti del Banco di ogni possibile valore residuo (o anche solo latente) della propria partecipazione; un valore che — si badi bene — nel caso della Fondazione appariva (o poteva ritenersi) oltremodo consistente, detenendo questa il "pacchetto" di controllo del Banco.

Al fine di meglio individuare il contenuto della citata pretesa economica — ma anche di meglio declinarne i caratteri e la rispettiva portata — è necessario allora procedere a una più puntuale qualificazione dell'interesse sotteso al disposto del citato art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996: e cioè appunto della norma che — come sin qui detto — individua sul piano tecnico lo strumento posto a tutela di tale interesse.

Indicazioni non irrilevanti provengono al riguardo tanto dai lavori preparatori al d.l. n. 497/1996, quanto dai verbali delle deliberazioni del Consiglio di Amministrazione della Fondazione, i quali, del resto, riflettono il punto di vista dei due poli di quella complessa (e assai tormentata) negoziazione politico-istituzionale da cui scaturì la summenzionata previsione: e che — come emerge chiaramente proprio dalla lettura di quei verbali, oltre che dalle fonti storiche, nonché dalla fitta corrispondenza e dagli intensi contatti che, nel volgere di quegli eventi, intercorsero tra la Fondazione, il Governo e la stessa Banca d'Italia — può a tutti gli effetti considerarsi come il frutto di un vero e proprio compromesso.

Sotto il primo profilo, — ovvero per quanto concerne i lavori preparatori — è opportuno ricordare che, nelle stesse intenzioni dichiarate del legislatore, la citata previsione era programmaticamente diretta a « tutelare gli attuali azionisti dalla possibilità di una sorta di "illecito arricchimento" del Tesoro » e proprio per questo estendeva la tutela « anche agli azionisti che [fossero] indotti dalla attuale situazione di incertezza riguardo al valore del

Banco a non partecipare all'aumento di capitale già deliberato » e così pure a quelli che, sempre in ragione della perdurante incertezza sulle sorti del Banco, avessero esercitato la facoltà prevista dal decreto — e segnatamente dal secondo periodo del secondo comma dell'art. 2 — di revocare la sottoscrizione eventualmente già intervenuta entro il termine stabilito dalla delibera di aumento per l'esercizio del diritto di opzione (v. al riguardo le posizioni assunte dal deputato Natale D'Amico in data 3 ottobre 1996 — cui appartengono i virgolettati — in seno alla VI Commissione in sede referente presieduta da Giorgio Benvenuto per l'esame del disegno di legge avente a oggetto la « Conversione in legge del decreto legge 24 settembre 1996, n. 497, recante disposizioni urgenti per il risanamento, la ristrutturazione e la privatizzazione del Banco di Napoli »).

In quest'ottica, è allora particolarmente significativo rilevare come, proprio nell'ambito dei lavori preparatori, la genesi della norma (e della misura compensativa ivi delineata) sia ricondotta alla percezione del rischio di un illecito arricchimento del Tesoro a danno degli azionisti in conseguenza della deliberazione assembleare del 30 luglio 1996, all'esito della quale — preme ancora ricordarlo — il capitale ordinario del Banco fu ridotto a zero per effetto di perdite. In altri termini, in quel contesto, si ammette espressamente che quella specifica misura di ristoro (o di riequilibrio) della sfera patrimoniale degli azionisti del Banco trovi la sua giustificazione in ragione dell'eventualità che, per effetto del mancato esercizio dei diritti di opzione da parte degli azionisti (o della revoca delle sottoscrizioni già intervenute), gli stessi — in quanto «stromessi» dalla riduzione a zero del capitale sociale (perlomeno del capitale rappresentato da azioni ordinarie) — si trovino a perdere ogni diritto sul patrimonio sociale e di conseguenza su eventuali eccedenze o plusvalori latenti (ma pur sempre esistenti) al momento dell'ingresso del Tesoro nel capitale del Banco.

L'impostazione suggerita dall'analisi dei lavori preparatori è avvalorata, poi, dal contenuto dei verbali delle molteplici (e spesso concitate) riunioni del Consiglio di amministrazione della Fondazione succedutesi nel corso del 1996, nell'ambito delle quali si discutevano le varie alternative perseguibili al fine di evitare che la mancata partecipazione all'operazione di ricapitalizzazione del Banco finisse per pregiudicare l'eventuale valore residuo del proprio investimento.

D'altra parte, proprio la lettura di quei verbali rende evidente come i componenti del Consiglio fossero perfettamente consapevoli che — nonostante la conclamata situazione di crisi in cui versava il Banco (ovvero al netto delle perdite che pure, a distanza di breve tempo, avrebbero comportato la deliberazione di azzeramento del capitale sociale ordinario del 30 luglio 1996) — residuasse (o comunque potesse manifestarsi in futuro) un qualche valore positivo della partecipazione detenuta della Fondazione. Si consideri, ad esempio, che — nella seduta del 10 giugno 1996 (e cioè a poche settimane dalla prevista operazione di annullamento del capitale) — il Professor Carbonetti, quale consulente della Fondazione, espone ai Consiglieri la possibilità di proporre in sede ministeriale un emendamento al decreto (la cui emanazione era stata annunciata anche al fine di salvaguardare le posizioni degli azionisti del Banco), chiedendo « di inserire nel bilancio della Banca una posta extracontabile che [ne avrebbe dovuto] rappresentare il valore di avviamento ».

Tali rilievi consentono dunque di evidenziare come la soluzione tecnica cui poi si pervenne con l'introduzione del nuovo secondo comma nell'art. 2 d.l. n. 497/1996 dovesse rappresentare — secondo la volontà dichiarata dall'autorità governativa (e negli auspici della Fondazione stessa) — uno specifico strumento di tutela compensativa della posizione degli azionisti che sarebbero stati incisi — con una conseguente «nullificazione» della rispettiva partecipazione — dalla descritta operazione di ricapitalizzazione del Banco; una tutela che si giustificava (e tuttora si giustifica) proprio nella misura in cui il patrimonio sociale presentasse un valore (attuale e prospettico) non interamente riflesso nel proprio capitale.

Fermo restando quanto sopra, può semmai essere opportuno segnalare che la soluzione delineata da quella norma — proprio se riguardata quale strumento di protezione degli azionisti pregressi contro il rischio di un'integrale espropriazione del valore residuo del patrimonio del Banco (o del valore futuro, se connesso a fattori esistenti già al momento

dell'ingresso del Tesoro nel capitale del Banco) — non si rivela poi così distante, in termini di *Schutzkonzept*, da altre forme di tutela previste vuoi sul piano delle regole di diritto societario, vuoi nell'ambito della disciplina dell'impresa. In altre parole, la citata previsione, lungi dal poter essere concepita quale straordinario (ed eccezionale) rimedio *extra ordinem*, sembra piuttosto esprimere un'istanza di portata più generale, consentendo allora di attribuire ad essa una vera e propria portata sistematica.

Ai fini che qui interessano, è allora senz'altro opportuno procedere con una rapida ricognizione di queste altre previsioni: e ciò allo scopo di poterne meglio apprezzare il comune fondamento normativo ed eventualmente ricavarne utili indicazioni in chiave interpretativa.

Per quanto concerne il diritto societario, il rimedio di cui all'art. 2 d.l. n. 497/1996 presenta alcune innegabili analogie con lo strumento, assai noto (anche se non altrettanto diffuso nella prassi) delle cc.dd. azioni di godimento.

Queste — così come espressamente previsto dall'art. 2353 c.c. — rappresentano titoli speciali emessi a beneficio dei possessori di « azioni rimborsate » all'esito di una deliberazione di riduzione reale del capitale sociale. Si tratta segnatamente di azioni che non attribuiscono (salvo diversa disposizione statutaria) il diritto di voto e che « concorrono [con le altre azioni] nella ripartizione degli utili che residuano dopo il pagamento delle azioni non rimborsate di un dividendo pari all'interesse legale e, nel caso di liquidazione, nella ripartizione del patrimonio sociale residuo dopo il rimborso delle altre azioni al loro valore nominale ».

Al riguardo, può essere utile ricordare che le azioni di godimento — nate sulla scorta del modello francese delle *actions de jouissance* — iniziarono a diffondersi in Italia nel settore delle società concessionarie di pubblici servizi (2), i cui statuti prevedevano una politica di graduale restituzione agli azionisti del capitale investito attraverso periodiche operazioni di sorteggio e conseguente rimborso al valore nominale di una parte di azioni (sino alla scadenza della concessione: momento — questo — in cui la società avrebbe devoluto gratuitamente all'ente concedente la proprietà sugli impianti). Al precipuo scopo di tutelare le legittime aspettative degli azionisti (sorteggiati e) rimborsati in ordine alle plusvalenze già acquisite al patrimonio sociale nonché in ordine ai futuri proventi dell'attività, gli statuti delle società in parola prevedevano l'emissione, a favore dei suddetti azionisti, di azioni (sostitutive delle precedenti) che consentissero ai possessori di partecipare (o di «concorrere», secondo l'espressa dizione dell'art. 2353 c.c.) al residuo valore dell'impresa: vuoi che questo si manifestasse sotto forma di utili distribuibili, vuoi che questo si manifestasse in sede di liquidazione (dopo il rimborso di tutte le azioni al valore nominale).

In quest'ottica, le azioni di godimento si affermano anzitutto (e prevalentemente) nell'ambito di operazioni di riduzione *reale* (all'epoca «per esuberanza») del capitale sociale — di rimborso, cioè, agli azionisti del capitale da questi conferito — allo scopo di assicurare un equilibrio e una parità di trattamento nei rapporti *interni* tra i singoli soci *attuali* (3).

Nondimeno, l'idoneità dell'istituto a consentire — in *ogni* ipotesi di cessazione, *volontaria o (in senso lato) coattiva*, della partecipazione al capitale — un qualche concorso degli azionisti pregressi sul valore *effettivo* del patrimonio sociale (specie se eccedente il valore determinato alla stregua dei criteri di redazione del bilancio di esercizio) ha fatto delle azioni di godimento uno strumento potenzialmente utilizzabile anche in contesti di riduzione nominale del capitale per perdite, e non pienamente surrogabile — in detti contesti — dalla

---

(2) Cfr. al riguardo l'accurata analisi storica di BIONE, *Le azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1991, 92.

(3) Sul punto cfr. ANGELICI, *Della società per azioni. Le azioni. Artt. 2346-2356*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, 238.

tutela offerta dal diritto di opzione (4): uno strumento, dunque, suscettibile di tutelare i soci (non soltanto nei loro rapporti reciproci — come in caso di riduzione reale del capitale sociale — ma) anche nei loro rapporti con soggetti terzi, i quali, per effetto della riduzione del capitale per perdite e della connessa ricapitalizzazione, sottoscrivano le partecipazioni di nuova emissione (o perché inoptate o perché loro destinate in forza dell'esclusione del diritto di opzione degli azionisti). Ed invero, prima della riforma del 2003, una parte della dottrina, proprio con riguardo all'ipotesi di perdite che intaccassero il capitale sociale fino ad azzerarlo, condizionava la legittimità della deliberazione di aumento del capitale all'assegnazione di azioni di godimento ai soci che rinunciassero all'esercizio dell'opzione (5).

Anche in quei contesti, d'altronde, il socio che non esercita il diritto di opzione perde la qualità di socio e « con essa perde ogni diritto sul patrimonio sociale, benché questo possa presentare ancora un'eccedenza attiva » (6): un'evenienza, questa, che non deve affatto escludersi e che anzi (sulla base di quanto è stato sopra illustrato: cfr. § 1) pare riferibile proprio alla vicenda della ricapitalizzazione del Banco a seguito dell'azzeramento del capitale ordinario per effetto di perdite in data 30 luglio 1996 (v. ancora la proposta illustrata del Professor Carbonetti nella seduta del Consiglio di amministrazione del 10 giugno 1996 di iscrivere in bilancio una posta extracontabile che riproducesse il valore di avviamento del Banco), atteso che « la perdita integrale del capitale non implica di per sé perdita integrale del patrimonio sociale, sia perché valori come l'avviamento non risultano dal bilancio, sia perché in questo le attività sono valutate con criteri prudenziali » (7).

La misura compensativa istituita dall'art. 2 d.l. n. 497/1996 risponde dunque a una logica di tutela che trova pieno riconoscimento (ancora prima e al di fuori della disciplina speciale introdotta con decretazione d'urgenza per la gestione della crisi del Banco) già all'interno del diritto societario comune: una tutela « che, come chiaramente risulta dallo stesso art. 2353, si puntualizza sulla non coincidenza tra valore nominale e valore reale delle azioni ed attiene inoltre all'interesse per l'eventuale futura redditività dell'impresa sociale » (8).

Le considerazioni che precedono consentono dunque di ritenere che la previsione di cui all'art. 2 d.l. n. 497/1996, lungi dal costituire una disposizione antisistema (o di particolare "favore" per gli *ex*-azionisti del Banco), si venga invece a collocare a pieno titolo nella più generale disciplina di tutela della proprietà azionaria, la quale segnatamente esige che vi sia una piena compensazione patrimoniale di ogni forma di ablazione — sia essa volontaria o coattiva — della partecipazione sociale.

Assai interessanti al riguardo sono le indicazioni che provengono sul piano comparatistico. Ed invero, il predetto principio trova espresso riconoscimento in ambito europeo e specialmente in Germania, ove esso ha ricevuto l'avallo della stessa Corte Costituzionale. In particolare, preme segnalare che, secondo la giurisprudenza costituzionale tedesca, il § 14 del

(4) Così, in dottrina, GINEVRA, *La partecipazione azionaria*, in *Diritto commerciale III, Diritto delle società*<sup>3</sup>, a cura di M. Cian, Torino, 2017, 320; STAGNO D'ALCONTRES, sub art. 2353, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, I, Napoli, 2004, 320; GHEZZI, sub art. 2353, in *Azioni*, a cura di Notari, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2008, 519 s.; LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, sub art. 2353, in *Commentario d'Alessandro*, II, 1, Padova, 2010, 289; in senso parzialmente contrario cfr. però ANGELICI (nt. 2), 237 s.; S. PATRIARCA, *Le azioni di godimento*, Padova, 1992, 72 ss.

(5) In questo senso, cfr. PORTALE, *I bilanci straordinari delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1978, 356; MENGONI, *Sulla reintegrazione del capitale azionario in caso di perdita totale*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, 117; SIMONETTO, *Riduzione della partecipazione sociale al mero diritto di opzione e poteri della maggioranza*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 351; ASCARELLI, *La riduzione del capitale a zero*, in *Riv. soc.*, 1959, 750 ss.

(6) Cfr. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*<sup>9</sup>, Torino, 2015, 521.

(7) Così G.F. CAMPOBASSO (nt. 5), 521.

(8) Cfr. ANGELICI (nt. 2), 236.

*Grundgesetz* impone di riconoscere alla proprietà azionaria un livello minimo di tutela, in base al quale l'azionista — la cui partecipazione venga acquistata coattivamente (o risulti altrimenti annullata) — deve vedersi riconosciuta una somma di denaro corrispondente all'effettivo valore che questa aveva al momento della sua "estinzione" (9).

Appare dunque evidente che — con specifico riguardo all'operazione di azzeramento del capitale sociale — il predetto principio di piena compensazione patrimoniale della proprietà azionaria fa sì che, laddove la partecipazione venga annullata per effetto di perdite, si ponga la necessità (avente appunto rilevanza costituzionale) di riconoscere agli azionisti — proprio in forza di un siffatto canone di tutela minima della proprietà azionaria — forme alternative di partecipazione all'eventuale valore residuo del patrimonio sociale non rappresentato dal capitale e non eroso dalle perdite rilevate. E ciò appunto secondo uno schema che chiaramente richiama — o che comunque presenta forti similitudini — tanto con il già citato istituto delle azioni di godimento, quanto con il diritto degli azionisti del Banco che non avessero esercitato il diritto di opzione sull'aumento di capitale deliberato in data 30 luglio 1996 (come appunto la Fondazione) a una somma da determinarsi alla stregua dei parametri di cui all'art. 2, comma 1°, d.l. n. 497/1996, tutti in effetti espressivi di un possibile valore latente (o futuro) del patrimonio sociale, e cioè:

(i) il prezzo realizzato dalla cessione della partecipazione acquisita dal Tesoro con la ricapitalizzazione del Banco, depurato dall'importo (rivalutato) del capitale conferito dal Tesoro nel Banco;

(ii) gli eventuali utili di bilancio realizzati dalle società cessionarie dei crediti del Banco di cui all'art. 3, comma 6°, d.l. n. 497/1996 e attribuiti al Tesoro, depurato dall'importo degli oneri per la copertura delle perdite del Banco nei cinque esercizi successivi a quello relativo alla ricapitalizzazione (cfr. comunque § 4).

È poi appena il caso di rilevare che la coerenza della soluzione dettata dall'art. 2 d.l. n. 497/1996 con il sistema di diritto societario si apprezza anche sotto un ulteriore (e complementare) profilo.

Quella soluzione, infatti, declina il principio — strettamente connesso al precedente (e cioè a quello di *volle Kompensation*) — per cui, al momento della cessazione della partecipazione sociale (quale che ne sia il fatto genetico), all'azionista spetta un trattamento economico non deteriore rispetto a quello cui avrebbe avuto diritto in caso di liquidazione della società (all'esito del pagamento delle passività sociali e per effetto della ripartizione tra i soci dell'eventuale saldo attivo).

In questa prospettiva, allora, la misura scolpita dall'art. 2 d.l. n. 497/1996, pur risentendo delle peculiarità del caso concreto e della complessa vicenda di negoziazione politico-istituzionale da cui trasse origine, si pone lungo un'ideale linea di continuità persino con le soluzioni più recenti recepite dall'ordinamento italiano in ambiti normativi contigui con quello qui considerato e, segnatamente, con la disciplina sulla gestione delle crisi bancarie.

Al riguardo, l'art. 22, comma 1°, lett. c), d.lgs. n. 180/2015, nel dettare i principi su cui si reggono le procedure di risoluzione della crisi di banche e imprese di investimento, prevede che « nessun azionista e creditore [possa subire] perdite maggiori di quelle che subirebbe se l'ente sottoposto a risoluzione fosse liquidato, secondo la liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal Testo Unico Bancario o altra analoga procedura concorsuale applicabile », recependo — allora — quella che nell'ordinamento statunitense va sotto il nome di *Absolute Priority Rule* (ossia la regola prevista dal § 1129 (a) (7) (A) *Bankruptcy Code*, che — ai fini dell'omologazione o *confirmation* di un piano di riorganizzazione di impresa in crisi — richiede che sia verificato, in presenza di classi di creditori *impaired*, che il trattamento ricevuto da ogni classe — e, tra queste, anche la classe dei vecchi "proprietari" dell'impresa

---

(9) Per un siffatto principio di *volle Kompensation* cfr. tra le altre *Bundesverfassungsgericht*, 23 agosto 2000, in *ZIP*, 2000, pp. 1670 ss.; in dottrina cfr. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010, 54 s. e nt. 100.

— « is not less than the amount that such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated [...] on such date ») (10).

D'altra parte, una siffatta regola di priorità deve confrontarsi — com'è noto — non solo con il valore attuale, e cioè con il valore attribuibile al patrimonio aziendale al momento della sua riorganizzazione, ma anche con tutti i fattori suscettibili di dar vita, in futuro, a un nuovo valore dell'impresa (c.d. *New Value Exception*): il che, secondo la dottrina, non costituisce una previsione speciale del diritto dell'impresa bancaria (o del diritto concorsuale statunitense), ma un principio generale in forza del quale, in occasione di procedure di riorganizzazione dell'impresa che coinvolgono soggetti terzi (es. coloro che sottoscrivono aumenti di capitale deliberati per effetto di perdite), gli azionisti pregressi:

(i) non possono subire perdite maggiori rispetto a quelle che sarebbero stati costretti a sostenere in caso di liquidazione della società;

(ii) non possono — in applicazione della summenzionata regola di priorità — essere (aprioristicamente) estromessi dalla partecipazione al nuovo valore generato dall'impresa dopo la sua riorganizzazione (se non nella misura — cioè — in cui questo sia necessario al fine di assorbire le perdite) (11).

In conclusione, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, può dunque ritenersi che la misura compensativa di cui all'art. 2, commi 1° e 2°, d.l. n. 497/1996:

a) si iscrive a pieno titolo nel sistema di tutela degli azionisti incisi da deliberazioni di riduzione del capitale per perdite, mostrando — al riguardo — un'evidente affinità sistematica con la tecnica di protezione disciplinata dall'art. 2353 c.c. (e cioè con l'istituto delle azioni di godimento);

b) appare diretta ad attuare il principio per cui ogni forma di ablazione della partecipazione azionaria, sia essa volontaria (es. la riduzione reale di cui all'art. 2445 c.c.) o coattiva (es. l'azzeramento del capitale per perdite), deve essere accompagnata dalla previsione di strumenti di tutela dell'azionista contro il rischio di estromissione dalla partecipazione al valore residuo, attuale e prospettico, dell'impresa;

c) appare in perfetta continuità con la c.d. *Absolute Priority Rule* e con la c.d. *New Value Exception*, e cioè con i principi — diretti a regolare (tra l'altro) il concorso tra azionisti vecchi e nuovi — che informano la disciplina di riorganizzazione (anche — ma non solo — concordataria) dell'impresa in crisi.

3. Volgendo adesso lo sguardo ai profili — per così dire — dinamici relativi all'attuazione della pretesa che spetta alla Fondazione nei termini di cui all'art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996, deve anzitutto rilevarsi come questa sia oggi azionabile nei confronti del MEF, cui deve ritenersi senza dubbio intestata la legittimazione passiva alla domanda di accertamento del relativo diritto (e alla conseguente domanda di condanna all'adempimento della corrispondente obbligazione).

Al riguardo, preme evidenziare che, all'epoca dei fatti di cui trattasi, il soggetto obbligato a corrispondere agli azionisti *pro tempore* del Banco una somma di denaro (che li tenesse indenni dal pregiudizio altrimenti derivante dall'annullamento della partecipazione e dal mancato esercizio dell'opzione sulle azioni di nuova emissione) doveva individuarsi nel Ministero del Tesoro. Ed infatti:

a) il Tesoro era il soggetto giuridico obbligato — in forza di espressa previsione — a pagare l'importo di cui all'art. 2, comma 1°, d.l. n. 497/1996 agli azionisti *pro tempore* del Banco che gli avessero ceduto le proprie azioni o i propri diritti di opzione secondo le modalità di cui all'art. 1, comma 4°, d.l. n. 497/1996 (v. al riguardo l'art. 2, comma 1°, d.l. n.

(10) Sul punto cfr. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, Absolute Priority Rule e New Value Exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 344 ss.

(11) Sul punto cfr. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, 2018, 130 ss.

497/1996: «fermo il trasferimento immediato delle azioni e dei diritti di opzione, il corrispettivo che il Tesoro pagherà per l'acquisto delle azioni e dei diritti di opzione »);

b) tale legittimazione passiva era peraltro destinata a restare invariata anche nella diversa ipotesi disciplinata dal secondo comma dell'art. 2 d.l. n. 497/1996, anzitutto per ragioni testuali: avendo cura il medesimo d.l. n. 497/1996 — all'art. 6, comma 2° — di qualificare unitariamente come “*corrispettivo*” la pretesa degli azionisti che avessero ceduto azioni o diritti di opzione e quella degli azionisti che non avessero esercitato i propri diritti di opzione (il che sarebbe invero da sé sufficiente a giustificare l'estensione della regola di legittimazione passiva espressamente sancita per la fattispecie di cui all'art. 2, comma 1°, anche alla diversa fattispecie di cui all'art. 2, comma 2°, trattandosi in entrambe le ipotesi di prestazioni sorrette da una *eadem causa obligandi*);

c) quanto detto *sub b)* trova conferma nel fatto che l'art. 6, comma 2°, d.l. n. 497/1996 stabilisce che «i proventi netti derivanti dalla dismissione di cui all'art. 5 sono versati all'entrata del bilancio per essere riassegnati, con decreto del Ministro del tesoro, ad apposito capitolo dello stato di previsione del Ministero del tesoro, e destinati alla copertura, secondo modalità stabilite con decreto del Ministero del tesoro, delle eventuali perdite che potranno determinarsi in seguito agli interventi a favore delle società cessionarie di cui all'art. 3, comma 6, e al pagamento dei corrispettivi di cui all'art. 2, commi 1 e 2 ». La citata disposizione rende inequivoca l'intestazione dell'obbligo di pagamento al Tesoro. E ciò per due ragioni: sia perché i proventi dell'alienazione della partecipazione detenuta da questo nel Banco avrebbero dovuto essere « riassegnati (...) ad apposito capitolo dello stato di previsione del Ministero del tesoro » (che dunque rappresentava il beneficiario ultimo di tali proventi: tant'è che la previsione di un indennizzo a favore degli azionisti del Banco mirava — come già si è ricordato — a « tutelare gli attuali azionisti dalla possibilità di una sorta di “illecito arricchimento” del Tesoro »); sia perché quei proventi venivano vincolati alla copertura delle perdite relative — tra l'altro — al pagamento degli importi di cui all'art. 2 in favore degli azionisti *pro tempore* del Banco (il che equivaleva a vincolare il titolare ultimo di quei proventi — appunto il Tesoro — a utilizzarli in funzione del pagamento dei « corrispettivi » agli azionisti del Banco e — tra questi — alla Fondazione).

Ciò stante, le pretese economiche rivendicate dalla Fondazione in relazione alla vicenda di cui in oggetto appaiono *oggi* sicuramente azionabili nei confronti del MEF, che ha assunto — per effetto di due vicende consecutive di successione universale *ope legis* — le situazioni giuridiche soggettive tutte, anche passive, già facenti capo al Tesoro. Ed infatti:

(i) il Ministero del tesoro è confluito dapprima nel Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, succedendone nella totalità dei relativi rapporti giuridici, attivi e passivi, per effetto dell'art. 7 legge n. 94/1997 (che al riguardo disponeva « l'accorpamento del Ministero del tesoro e del Ministero del bilancio e della programmazione economica in un'unica amministrazione, che assume la denominazione di “Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica”, nel quale confluiscono tutte le funzioni, gli uffici, il personale e le risorse finanziarie dei due Ministeri interessati »);

(ii) il MEF è dipoi succeduto nella totalità dei rapporti giuridici, attivi e passivi, già facenti capo al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica per effetto degli artt. 3, comma 1°, e 23 d.lgs. n. 300/1999 secondo cui « È istituito il ministero dell'economia e delle finanze. (...) Al ministero sono trasferite con le inerenti risorse, le funzioni dei ministeri del tesoro, bilancio e programmazione economica e delle finanze, eccettuate quelle attribuite, anche dal presente decreto, ad altri ministeri o ad agenzie e fatte in ogni caso salve, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1, comma 2, e 3, comma 1, lettere a) e b) della legge 15 marzo 1997, n. 59, le funzioni conferite dalla vigente legislazione alle regioni ed agli enti locali e alle autonomie funzionali ».

Attesa l'originaria legittimazione passiva del Tesoro (per le considerazioni più sopra evidenziate), la qualità di debitore della prestazione di cui all'art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996 compete oggi al MEF, in ragione della summenzionata integrale devoluzione delle situazioni giuridiche soggettive, anche passive, già spettanti Tesoro, dapprima al Ministero

del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, e in un secondo momento al MEF.

4. Dopo aver appurato che il disposto del citato art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996 attribuisce alla Fondazione — e a tutti gli azionisti *pro tempore* del Banco — una pretesa avente natura *lato sensu* indennitaria, volta a ristorare il pregiudizio sofferto a causa delle peculiari modalità attuative che all'epoca furono prescelte per dare corso all'operazione di ricapitalizzazione del Banco medesimo (cfr. § 2), e dopo aver altresì ipotizzato che la predetta pretesa sussista — e dunque possa essere azionata — nei confronti del Tesoro (ovvero, oggi, del MEF, quale dicastero che ne ha “ereditato” a titolo universale tutti i relativi rapporti e situazioni giuridiche) (cfr. § 3), si tratta adesso di illustrare quali siano i criteri normativi in virtù dei quali debba essere accertato il *quantum* della pretesa in esame, e cioè il suo ipotetico ammontare.

Al riguardo, preme subito rilevare che — in questa sede — il predetto profilo quantitativo della pretesa vantata dalla Fondazione sarà affrontato esclusivamente nei suoi aspetti giuridici: limitandosi cioè a ricostruire (in astratto) le modalità di determinazione dell'ammontare di tale pretesa, così come previste proprio dal citato art. 2 d.l. n. 497/1996. Non si procederà pertanto a operare una valutazione (in concreto) circa l'effettiva (o prospettabile) consistenza economica della pretesa, trattandosi di accertamenti che fuoriescono dalle finalità del presente lavoro.

Ai fini che qui interessano, l'indagine deve essere condotta lungo due diversi momenti. Dapprima, si tratta di individuare quali sono i criteri fissati dall'art. 2 d.l. n. 497/1996 per la determinazione quantitativa della pretesa. Successivamente — tenuto conto del fatto che quella norma rinvia ad un regolamento di attuazione (che però non è mai stato emanato) — occorre verificare se tale circostanza sia o meno ostativa (e, se del caso, con quali possibili implicazioni) all'effettiva operatività dei citati criteri, potendo allora condizionare l'*enforcement* stesso della pretesa.

Per quanto specificamente riguarda il *quantum* della pretesa vantata dalla Fondazione ex art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996, occorre preliminarmente ricordare che — ai sensi di tale previsione — questa deve essere determinata « secondo i criteri e con le modalità indicati nel precedente comma 1 ».

Sul punto, trovano dunque applicazione i medesimi parametri quantitativi che quello stesso decreto aveva originariamente previsto per la determinazione del diritto al “corrispettivo” attribuito agli *ex* azionisti del Banco nei confronti del Tesoro per l'ipotesi in cui si fosse effettivamente realizzato un « *trasferimento immediato* » delle azioni e dei diritti di opzione in favore del Tesoro medesimo (circostanza questa che invece — come già più volte ricordato — non si verificò, essendosi attuata l'operazione di “salvataggio” del Banco con altre modalità).

Da ciò allora ne consegue che pure la misura indennitaria riconosciuta agli *ex* azionisti del Banco dall'art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996 — al pari del (diverso, ma equipollente sul piano della prospettiva di tutela ivi delineata) diritto al “corrispettivo” di cui al primo comma — va determinata, così come appunto espressamente previsto da quella norma, « secondo criteri stabiliti con decreto del Ministro del tesoro, sulla base del prezzo realizzato a seguito della dismissione di cui all'articolo 5, aumentato degli eventuali utili di bilancio complessivamente realizzati dalle società cessionarie di cui all'articolo 3, comma 6, che sono attribuiti al Tesoro, e ridotto degli eventuali oneri per la copertura delle perdite del Banco nei cinque esercizi successivi a quello in cui avviene l'aumento di capitale conseguenti agli interventi a favore delle società cessionarie di cui all'articolo 3, comma 6 e dell'ammontare del capitale conferito dal Tesoro ai sensi del presente decreto, aumentato degli interessi calcolati al *prime rate* ABI ».

Al riguardo, si è già avuto modo di rilevare che i surrichiamati parametri di determinazione dei diritti spettanti agli *ex* azionisti del Banco furono apprezzabilmente modificati (ed ampliati) dalla nuova (e definitiva) formulazione dell'art. 2, così come risultante dal d.l.

n. 497/1996: e ciò segnatamente al fine di garantire che le forme di tutela di tipo “compensativo” ad essi riservate fossero tali da riflettere il reale valore dei loro diritti all’esito della complessiva operazione di “salvataggio” del Banco (anche considerando le specifiche modalità attuative che vennero a tal fine prescelte).

In effetti, i parametri di cui all’art. 2, commi 1° e 2°, d.l. n. 497/1996 sono tutti espressivi di un possibile valore latente (o futuro) del patrimonio sociale, e cioè:

a) il prezzo *realizzato* dalla dismissione della partecipazione acquisita dal Tesoro con la ricapitalizzazione del Banco ex art. 5 d.l. n. 497/1996;

b) *aumentato* degli eventuali utili di bilancio complessivamente realizzati dalla SGA all’esito dell’attività di recupero delle sofferenze del Banco cedute alla medesima SGA; e

c) *ridotto* dell’importo (rivalutato) del capitale conferito dal Tesoro nel Banco e degli eventuali oneri per la copertura delle relative perdite — nei cinque esercizi successivi a quello della ricapitalizzazione — conseguenti agli interventi a favore delle società cessionarie — ovvero, la SGA — di cui all’art. 3, comma 6°, d.l. n. 497/1996.

Occorre allora soffermarsi su ciascuno di questi criteri, al fine segnatamente di meglio comprenderne il reale contenuto e l’esatta portata: anche perché — come subito si vedrà — la loro interpretazione è destinata ad incidere significativamente sulla concreta quantificazione della pretesa.

Tale compito non risulta tuttavia agevole, stante gli indubbi margini di incertezza che, da un lato, derivano dalla stessa formulazione dell’art. 2, comma 1°, d.l. n. 497/1996 — così come delle norme ivi richiamate (segnatamente, artt. 5 e 3, comma 6°, d.l. n. 497/1996) — e, più precisamente, dal carattere decisamente atecnico delle espressioni ivi utilizzate; e che, dall’altro lato, sono ascrivibili al fatto che quegli stessi criteri si riferiscono pur sempre a vicende storiche assai complesse e piuttosto risalenti nel tempo.

Ciò detto, per ciò che concerne il parametro *sub a)*, preme rilevare che lo stesso fa riferimento al « prezzo realizzato a seguito della dismissione di cui all’art. 5 ».

Orbene, l’art. 5, comma 1°, d.l. 497/1996 — così come modificato dalla legge di conversione n. 588/1996 — dispone che « entro la fine dell’anno 1996 il Tesoro attiva le procedure per la dismissione della propria partecipazione di controllo nel Banco di Napoli con le modalità previste dal decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, secondo procedure competitive, tenendo conto degli eventuali diritti di prelazione concessi con procedura competitiva, nonché dei diritti di acquisto previsti ai sensi del presente decreto ».

Sul punto, occorre subito evidenziare che — sebbene il riferimento letterale alla partecipazione “*di controllo*” introdotto dalla legge di conversione n. 588/1996, appaia piuttosto equivoco — risulta senza dubbio plausibile ritenere che l’oggetto della dismissione di cui all’art. 5 d.l. n. 497/1996 — così come richiamato dall’art. 2, commi 1° e 2°, d.l. n. 497/1996 — sia in realtà rappresentato dall’*intera* partecipazione acquisita dal Tesoro con la ricapitalizzazione del Banco (e tale da garantirgli il controllo dello stesso).

Basti al riguardo considerare che — alle date di emanazione e successiva conversione in legge del d.l. n. 497/1996 (rispettivamente, 24 settembre 1996 e 19 novembre 1996) — il Tesoro non aveva ancora sottoscritto l’aumento di capitale riveniente dalla ricapitalizzazione del Banco deliberata dall’Assemblea Straordinaria del 30 luglio 1996, con la conseguenza che — a quelle date (24 settembre 1996 e 19 novembre 1996) — il Tesoro non deteneva affatto la partecipazione di controllo nel Banco e, dunque, — a stretto rigore — non poteva disporre « della propria partecipazione di controllo nel Banco di Napoli » (come invece si legge nella norma).

Ed invero, l’art. 1, commi 1° e 2°, d.m. 14 ottobre 1996 — emanato dal Tesoro proprio in materia di « Sottoscrizione da parte del Tesoro dell’aumento di capitale del Banco di Napoli S.p.a. ai sensi dell’art. 3, comma 1, lettera *d*), del decreto-legge 24 settembre 1996, n. 497. Procedura di dismissione » — disponeva espressamente che « la sottoscrizione da parte del Tesoro dell’aumento di capitale del Banco di Napoli S.p.a. deliberato dall’assemblea straordinaria del 30 luglio 1996 è subordinata all’assunzione, da parte di uno o più soggetti,

dell'impegno di cui all'art. 5, comma 2, del presente decreto, ovvero, in caso di mancata assunzione di detto impegno, alla presentazione di almeno una offerta di acquisto vincolante ai sensi dell'art. 6, nell'ambito della procedura di dismissione della partecipazione del Tesoro nel Banco di Napoli indicata negli articoli seguenti, purché sussista l'autorizzazione della Banca d'Italia di cui all'art. 7, comma 1. Realizzatosi il presupposto di cui al comma 1 l'ammontare dell'aumento di capitale che il Tesoro sottoscriverà sarà pari all'importo non sottoscritto dagli azionisti del Banco ».

In altre parole, la sottoscrizione da parte del Tesoro dell'aumento di capitale del Banco deliberato dall'Assemblea Straordinaria del 30 luglio 1996 era espressamente subordinata (all'avvio della procedura competitiva per la « dismissione della partecipazione del Tesoro nel Banco di Napoli ») alla presentazione nell'ambito della procedura stessa di un'offerta irrevocabile di acquisto entro il 20 dicembre 1996 (cfr. art. 6, d.m. 14 ottobre 1996) ovvero, in alternativa, all'assunzione di (almeno) un impegno a presentare siffatta offerta di acquisto entro il 2 dicembre 1996 (cfr. art. 5, comma 2°, d.m. 14 ottobre 1996): un impegno che — a quanto risulta — fu poi effettivamente assunto solo l'ultimo giorno utile (2 dicembre 1996) da parte di Medio Credito Centrale « nel corso dell'asta indetta col d.m. 14 ottobre 1996 » (12).

Del resto, l'interpretazione qui proposta — e, cioè, che l'oggetto della dismissione cui allude il citato art. 5 d.l. n. 497/1996 sia rappresentato dall'*intera* partecipazione acquisita dal Tesoro con l'operazione di ricapitalizzazione — non solo appare conforme alla *ratio* del (reiterato) intervento legislativo improntato al "salvataggio" del Banco, ma risulta altresì confermata dagli stessi esiti delle trattative che all'epoca intercorsero tra la Fondazione ed il Tesoro, ove segnatamente si consideri che:

— uno degli obiettivi — e, forse, la vera finalità — del decreto-legge recante « Disposizioni urgenti per il risanamento, la ristrutturazione e la privatizzazione del Banco di Napoli » — a partire dalla prima versione (n. 163) sino all'ultima (n. 497) — era appunto quella della "*privatizzazione*" del Banco;

— non a caso, nelle prime tre versioni del citato decreto-legge (n. 163, n. 293 e n. 394) l'art. 5 poneva a carico del Tesoro l'obbligo di attivare le procedure per la « dismissione della propria partecipazione nel Banco di Napoli », senza cioè specificare che l'oggetto della dismissione sarebbe stato rappresentato dalla sola partecipazione "*di controllo*" nel Banco;

— è solo nell'ultima versione del decreto-legge in questione (n. 497) — e, segnatamente, in conseguenza delle modifiche apportate dalla legge di conversione n. 588/1996 — che compare per la prima volta l'oltremodo ambiguo riferimento alla partecipazione "*di controllo*";

— considerato che — come detto — alle date di emanazione e successiva conversione in legge del d.l. n. 497/1996 (rispettivamente, 24 settembre 1996 e 19 novembre 1996) il Tesoro non deteneva ancora il pacchetto azionario di controllo nel Banco, è plausibile ipotizzare che il riferimento alla partecipazione "*di controllo*" inserito nell'ultima (e definitiva) versione dell'art. 5 — così come modificata dalla legge di conversione n. 588/1996 — si spieghi in ragione del fatto che quel decreto fu approvato e convertito in legge successivamente alla ricapitalizzazione deliberata dall'Assemblea Straordinaria del Banco il 30 luglio 1996 e, quindi, in un momento in cui era già avvenuta la "rinuncia" (sia pure mai espressamente formalizzata) della Fondazione ad esercitare il diritto di opzione relativo al proprio pacchetto di controllo in favore del Tesoro, conformemente agli accordi che erano intervenuti con il conferimento del mandato (e la relativa scrittura privata) del 22 maggio 1996 [cfr. art. 4, secondo cui « il Tesoro si obbliga a consentire alla Fondazione, qualora

(12) Cfr., in questi termini, MINERVINI, *La crisi del Banco di Napoli e gli interventi della Fondazione. Alcuni documenti*, in AA.VV., *Dieci anni dell'Istituto Banco di Napoli. Fondazione. 1991-2001*, Napoli, 2002, 37; MARCHESANO, *Miracolo bad bank. La vera storia della Sga a 20 anni dal crac del Banco di Napoli*, Firenze, 2016, 41.

questa lo desideri, di partecipare alla ricapitalizzazione del Banco (...) per una quota non superiore al 3% del capitale sociale »];

— in altre parole, il riferimento alla partecipazione “*di controllo*” comparso nel d.l. n. 497/1996 (così come modificato dalla legge di conversione n. 588/1996) sembra possa giustificarsi alla luce del fatto che — all’epoca — sussisteva un’“aspettativa” da parte del Tesoro — visti gli accordi intercorsi con la Fondazione — circa l’“acquisizione” della partecipazione “*di controllo*” del Banco;

— in questa prospettiva, la summenzionata disposizione dell’art. 5, comma 1°, d.l. n. 497/1996 pare possa essere ragionevolmente interpretata nel senso che il Tesoro era tenuto ad attivare procedure competitive volte alla dismissione (non della partecipazione di controllo, bensì) dell’integrale « propria partecipazione di controllo nel Banco di Napoli », sulla cui “acquisizione” — alle date di emanazione e successiva conversione in legge del d.l. n. 497/1996 (rispettivamente, 24 settembre 1996 e 19 novembre 1996) — il Tesoro già vantava un’“aspettativa” stante quanto convenuto in via negoziale con la Fondazione;

— una conferma in tal senso si ricava dagli stessi lavori preparatori al d.l. n. 59/2016, nella parte in cui — dopo aver richiamato uno dei parametri previsti dall’art. 2, comma 1°, d.l. n. 497/1996 per la determinazione della pretesa indennitaria spettante agli *ex* azionisti del Banco, ovvero il « prezzo realizzato all’esito dell’operazione di dismissione della partecipazione detenuta del Tesoro, disposta dall’articolo 5 del decreto-legge e da attuarsi entro la fine del 1997 » — si ricorda che « la dismissione della partecipazione del Tesoro nel Banco di Napoli si è realizzata in due *tranches*, nel giugno 1997 (circa 32 milioni di euro) e nel novembre 2000 (circa 493 milioni di euro) », aggiungendosi che « l’importo della vendita del pacchetto azionario del Banco di Napoli è stato in parte destinato alla copertura delle perdite del Banco per gli interventi a favore della società cessionaria dei crediti anomali (ovvero SGA) »: tale destinazione è infatti prevista (e consentita) dall’art. 6 d.l. n. 497/1996, proprio con riguardo ai proventi derivanti dalla dismissione della partecipazione detenuta dal Tesoro nel Banco di cui all’art. 5, atteso che l’art. 6 prevede espressamente che « i proventi netti derivanti dalla dismissione di cui all’articolo 5 sono versati all’entrata del bilancio per essere riassegnati, con decreto del Ministro del tesoro, ad apposito capitolo dello stato di previsione del Ministero del tesoro e destinati alla copertura, secondo modalità stabilite con decreto del Ministro del tesoro, delle eventuali perdite che potranno determinarsi in seguito agli interventi a favore delle società cessionarie di cui all’articolo 3, comma 6 ed al pagamento dei corrispettivi di cui all’articolo 2, commi 1 e 2 ».

In ragione di tutto quanto sin qui precisato, appare dunque plausibile ritenere che l’ammontare della pretesa indennitaria di cui all’art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996 debba essere determinato facendo riferimento — quale dato di partenza — al prezzo realizzato dalla dismissione dell’*intera* partecipazione acquisita dal Tesoro con la ricapitalizzazione del Banco (e tale da garantirgli il controllo dello stesso).

In relazione, invece, al parametro *sub b)*, occorre ribadire che lo stesso allude agli eventuali utili di bilancio complessivamente realizzati dalla SGA — all’esito dell’attività di recupero delle sofferenze del Banco cedute alla medesima SGA — e che devono andare a sommarsi — alla luce di quanto previsto dall’art. 2, comma 1°, d.l. n. 497/1996 — al prezzo conseguito dal Tesoro a seguito della dismissione di cui all’art. 5 d.l. n. 497/1996.

Al riguardo, mette conto rilevare che la formulazione dell’art. 2, comma 1°, così come risultante dal d.l. n. 497/1996 — nella parte in cui (a differenza delle precedenti versioni contenute nei primi tre decreti legge) àncora la determinazione della pretesa indennitaria di cui qui si discute (anche) agli « eventuali utili di bilancio complessivamente realizzati dalle società cessionarie di cui all’articolo 3, comma 6, che sono attribuiti al Tesoro » — denota la chiara volontà del legislatore di fare in modo che i diritti attribuiti *ex lege* agli *ex* azionisti del Banco possano riflettere (pure) i risultati economici della “complessiva” attività di recupero delle sofferenze da parte della cessionaria SGA.

In questa prospettiva — e come, del resto, si evince chiaramente dai conti d’ordine del Bilancio della Fondazione al 31 dicembre 2015 — è agevole comprendere che il parametro

in esame è tale da condizionare — oltre che la quantificazione — la stessa esigibilità della forma di tutela di tipo “compensativo” riconosciuta agli *ex* azionisti del Banco: dovendosi cioè ritenere che questa sia necessariamente destinata a « rivenire dalla SGA quando detta Società sarà messa in liquidazione » (cfr. Bilancio 2015, pag. 100) e, dunque, non potendo essa essere azionata prima di tale momento.

Pare tuttavia ragionevole ipotizzare che la descritta condizione di esigibilità della pretesa — oltre che di determinazione del relativo ammontare — possa ritenersi ormai sostanzialmente avverata, atteso che — come è stato in precedenza segnalato (cfr. § 1) — nei lavori preparatori del d.l. n. 59/2016 si dà espressamente atto che l’attività di recupero delle sofferenze del Banco da parte della SGA è stata « in gran parte attuata: infatti la SGA è riuscita a rientrare di circa il 90 per cento delle esposizioni cedute dal Banco di Napoli (fonte Borsa Italiana) ».

A ciò si aggiunga che il (considerevole) ampliamento dell’originario oggetto sociale della SGA (oggi non più limitato alla sola attività di recupero delle sofferenze del Banco) — e che, come detto (cfr. ancora § 1) si è determinato per effetto dell’art. 7, comma 2°, d.l. n. 59/2016, unitamente al trasferimento al MEF dell’intero capitale della stessa per un corrispettivo non superiore a Euro 600.000,00, pari al valore nominale delle azioni trasferite — potrebbe riflettersi negativamente (laddove effettivamente attuato) proprio sulla quantificazione della pretesa indennitaria riconosciuta agli *ex* azionisti della Banco, non essendo affatto da escludere che lo svolgimento di tale nuova (e diversa) attività da parte della SGA vada a comprimere gli eventuali utili di bilancio già realizzati da quest’ultima tramite il recupero delle (sole) sofferenze del Banco.

Sulla scorta di tali rilievi non sarebbe allora fuor di luogo immaginare che quest’ultimo intervento normativo abbia prodotto una vera e propria “trasformazione” della SGA, venendo di fatto a determinare un sostanziale esaurimento della sua originaria funzione di società veicolo (o *bad bank*) del Banco e finendo così per rendere attuali i presupposti per la determinazione (e, prima ancora, per l’esercizio stesso) della più volte ricordata pretesa indennitaria spettante alla Fondazione *ex* art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996.

Relativamente, infine, al parametro *sub c*), si deve segnalare che questo si riferisce (i) all’importo (rivalutato) del capitale conferito dal Tesoro con la ricapitalizzazione, nonché (ii) agli eventuali oneri per la copertura delle perdite del Banco conseguenti agli interventi a favore delle società cessionarie di cui all’art. 3, comma 6°, d.l. n. 497/1996 (ovvero, la SGA), anche se — così precisa la norma — da computarsi solo nel limite dei cinque esercizi successivi a quello in cui è avvenuta la ricapitalizzazione.

In proposito, è solo il caso di rilevare che le somme derivanti dell’applicazione del parametro in esame devono essere sottratte al « prezzo realizzato a seguito della dismissione di cui all’art. 5 », aumentato — come già evidenziato — degli « eventuali utili di bilancio complessivamente realizzati dalle società cessionarie di cui all’articolo 3, comma 6, che sono attribuiti al Tesoro ».

Alla luce di quanto sopra, può dunque conclusivamente rilevarsi che — sia pure con i dubbi e le incertezze segnalati — i criteri di determinazione della pretesa vantata dalla Fondazione in virtù del disposto dell’art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996 risultano indubbiamente favorevoli: e ciò, da un lato, perché — ove naturalmente si acceda a questa interpretazione — il suo ammontare dovrà essere calcolato prendendo a riferimento il prezzo conseguito dal Tesoro per la dismissione dell’intera partecipazione di controllo ottenuta all’esito della ricapitalizzazione del Banco; e, dall’altro lato, perché la norma, nel mentre prescrive che quel valore debba essere incrementato di tutti gli utili nel frattempo prodotti dalla SGA nell’attività di recupero delle sofferenze del Banco, precisa invece che gli oneri da decurtare siano solamente quelli relativi ai cinque esercizi successivi alla ricapitalizzazione.

Anche se — come già anticipato — si tratta di valutazioni del tutto ipotetiche o che, comunque, restano tuttora “sulla carta”: atteso che — per poter dare un’indicazione (anche solo orientativa) circa l’eventuale effettivo ammontare della pretesa — occorrerebbe avere

contezza dei dati economico-contabili su cui è costruito il calcolo della stessa (dati di cui però, a quanto consta, la Fondazione non ha ancora la disponibilità).

È già stato osservato, infine, che — ai sensi dell'art. 2, commi 1° e 2°, d.l. n. 497/1996 — la pretesa indennitaria ivi delineata deve essere determinata « secondo criteri stabiliti con decreto del Ministro del tesoro », sembrando così la legge subordinare la quantificazione (e quindi l'esigibilità stessa) di tale pretesa proprio all'adozione di apposito regolamento (cosa che però non è mai avvenuta).

In realtà, non sembra che la mancanza di un siffatto decreto possa costituire ostacolo alla determinazione della citata pretesa, atteso che i precetti di cui all'art. 2, commi 1° e 2°, d.l. n. 497/1996 risultano immediatamente applicabili, potendosi cioè ritenere che si tratti di norme *self executing*: in effetti, queste fanno riferimento ad una fattispecie sufficientemente (e adeguatamente) delineata proprio con riguardo ai già descritti parametri quantitativi, essendo allora plausibile immaginare che essi consentano *ex se* — ovvero senza necessità di alcun ulteriore intervento attuativo (o specificativo) — di individuare con esattezza l'ammontare della misura indennitaria spettante agli *ex* azionisti del Banco.

Ma alcun impedimento all'esercizio della pretesa sussisterebbe persino laddove — per ipotesi — si ritenesse che la mancata adozione del citato decreto varrebbe a rendere inapplicabili i surrichiamati parametri quantitativi di cui all'art. 2, commi 1° e 2°, d.l. n. 497/1996: e ciò per la semplice ragione che — in tal caso — la quantificazione della misura indennitaria *de qua* potrebbe sicuramente avvenire sulla base dei principi generali del diritto societario. Anche perché — si badi bene — non sarebbe certo accettabile, né tantomeno coerente sul piano del sistema, che l'esercizio di un simile (e così pregnante) diritto potesse venire “frustrato” da un comportamento inerte (o altrimenti dilatorio) dell'autorità governativa preposta, tenuto altresì conto che — nella specie — questa risulterebbe anche l'intestatario passivo del corrispondente obbligo.

Ebbene, proprio invocando la disciplina societaria, si potrebbe assumere che — in mancanza di un criterio di calcolo *ad hoc* — l'“indennizzo” spettante agli *ex* azionisti del Banco dovrebbe essere determinato sulla base del disposto dell'art. 2437-ter, comma 2°, c.c., ovvero della norma che — pur dettata in tema di recesso — è tuttavia espressiva di un principio inderogabile di diritto societario, secondo cui al venir meno (forzato) della qualità di socio deve necessariamente accompagnarsi il riconoscimento del giusto valore della partecipazione (13).

In altre parole, anche nel caso in esame, troverebbe ragionevolmente applicazione il principio della c.d. “equa valorizzazione” della partecipazione sociale (su cui cfr. § 2), il quale segnatamente impone che, in ogni ipotesi in cui il socio si veda “costretto” a dismettere la propria partecipazione in virtù (o meglio in forza) dell'altrui iniziativa, la liquidazione della stessa debba avvenire sulla base di parametri obiettivi tali da assicurare all'azionista “espropriato” la percezione di un “corrispettivo” almeno pari al *fair market value* della partecipazione “espropriata”: e ciò coerentemente con quanto appunto previsto in materia di recesso dall'art. 2347-ter, comma 2°, c.c., ove si fissano i criteri generali di valutazione idonei ad assicurare la corretta valorizzazione della partecipazione sociale (14).

Del resto, che l'opzione volta a circondare di cautele i meccanismi di uscita forzata del socio dalla società risponda ad una chiara volontà del legislatore, espressiva di una più generale scelta di sistema, trova ulteriore conferma nella disciplina di numerosi istituti di diritto societario, quali, ad esempio, il riscatto azionario (art. 2437-sexies c.c.), l'esclusione del

---

(13) Cfr. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 81; Lodo arbitrale (pres. Prof. Mazzoni), 29 luglio 2008, in questa *Rivista*, 2009, II, 493; Trib. Milano (ord.), 31 marzo 2008, in *Società*, 2008, 1373 ss.

(14) Così PISCITELLO, *Recesso organizzativo e diritti patrimoniali del socio uscente nelle s.p.a.*, Torino, 2018, 164 ss.; FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, Milano, 2009, 154 ss.

socio di s.r.l. (art. 2473-bis c.c.) o, ancora, il diritto di acquisto coattivo — c.d. *squeeze out* — accordato ai sensi dell'art. 111 t.u.f.: in tutte queste fattispecie, infatti, la legge articola — attribuendone carattere imperativo — un regime procedimentale dedicato e degli specifici criteri garantistici tesi ad assicurare *ex ante* l'adeguata valutazione della partecipazione del socio che si trovi costretto ad “uscire” dalla società (15).

5. L'ultimo profilo che si intende esaminare, al fine di meglio individuare la concreta direzione della pretesa economica attualmente rivendicata dalla Fondazione ai sensi dell'art. 2, commi 1° e 2°, d.l. n. 497/1996, concerne la sede in cui il diritto della Fondazione si presta ad essere fatto valere.

Anche sulla base delle considerazioni che precedono, l'azione giudiziaria che la Fondazione dovesse eventualmente promuovere, allo scopo di conseguire l'accertamento dell'obbligo del MEF di corrisponderle l'importo di cui al superiore § 4 (e la conseguente condanna all'adempimento), sembra anzitutto destinata a radicarsi nell'ambito della giurisdizione civile, sebbene siano evidenti i non pochi (e certamente non secondari) profili di carattere *lato sensu* pubblicistico coinvolti nella vicenda in esame.

Invero, con riguardo alla fattispecie presa in considerazione nel presente parere:

a) deve preliminarmente escludersi che la *res litigiosa* afferisca a materia rientrante nella cosiddetta *giurisdizione esclusiva* del giudice amministrativo, non essendo la materia di cui trattasi ricompresa nel catalogo — da ritenersi tassativo — di cui all'art. 133 d.lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo, di seguito anche “c.p.a.”);

b) l'individuazione del canale giurisdizionale segue allora il criterio, avente portata generale, fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata: alla stregua del quale, cioè, una controversia è ascrivibile alla giurisdizione ordinaria ove si faccia questione di diritti soggettivi e — all'opposto — appartiene alla cognizione del giudice amministrativo ove si faccia questione di interessi legittimi (e ciò in forza dell'art. 1 c.p.c. secondo cui « la giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice », e dell'art. 7, comma 1°, c.p.a. secondo cui « sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge [cioè quelle del summenzionato art. 133 c.p.a., cui però — come detto — resta estranea la fattispecie in oggetto], 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 »;

c) ciò premesso, la domanda con cui la Fondazione dovesse azionare nei riguardi del MEF la pretesa che le spetta in base al disposto dell'art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996 introdurrebbe una controversia in cui — per usare la sintassi dell'art. 7, comma 1°, c.p.a. — « si faccia questione di (...) diritti soggettivi », traendo origine la suindicata pretesa direttamente dalla legge e non essendo la sua spettanza alla Fondazione (e la correlativa posizione debitoria del MEF) in alcun modo condizionat(e) a un provvedimento amministrativo che ne determini l'*an*, il *quomodo* o il *quantum* (16);

(15) Cfr. ABRIANI, *Partecipazione azionaria, categorie, strumenti finanziari*, in ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato Cottino*, Padova, 2010, 322 s.; PACIELLO, sub *art. 2437-sexies c.c.*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004, II, 1148; STANGHELLINI, sub *art. 2355-bis c.c.*, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2008, 585.

(16) Cfr. al riguardo, tra le tante e seppure in riferimento a fattispecie diversa, Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2016, n. 3051, in *Foro amm.*, 2016, 1779 ss., secondo cui « in materia di controversie riguardanti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, pur dopo l'introduzione del c.p.a., deve essere ricercato sulla base del generale criterio fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata, con la conseguenza che sussiste sempre la giurisdizione

d) tale qualificazione in termini di diritto soggettivo della pretesa che spetta alla Fondazione nei riguardi del MEF appare *ictu oculi* fondata ove si aderisca all'idea che la mancata adozione del regolamento attuativo richiamato dall'art. 2, commi 1° e 2°, d.l. n. 497/1996 non rappresenti alcun ostacolo alla applicazione dei parametri enucleati dalla medesima disposizione ai fini della determinazione del *quantum* dovuto agli azionisti *pro tempore* del Banco;

e) deve tuttavia ritenersi che la suddetta qualificazione in termini di diritto soggettivo della pretesa che spetta alla Fondazione ai sensi dell'art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996 resti in ogni caso ferma anche laddove si aderisca all'idea che i criteri di determinazione del "corrispettivo" più sopra individuati non siano autosufficienti. Ed infatti, una simile supposta incompletezza della disposizione attributiva della pretesa non condurrebbe certamente a qualificare la relativa situazione soggettiva alla stregua di un interesse legittimo, ove si consideri a tacer d'altro che la compiuta definizione del contenuto di quella pretesa non dipenderebbe certo da un provvedimento amministrativo (e dall'esercizio — a questo inscindibilmente connesso — di una discrezionalità amministrativa dell'ente competente), ma — come appunto si è evidenziato — dall'applicazione di una regola legale *suppletiva*, che ha il suo referente nell'art. 2437-ter c.c. e che costituisce attuazione di quei principi di equa valorizzazione (e di piena compensazione) su cui si fonda l'intera disciplina di tutela della proprietà azionaria.

Ciò detto, mette conto precisare che l'eventuale azione giudiziaria che la Fondazione ritenesse di promuovere contro il MEF in virtù del ricordato disposto di cui all'art. 2 d.l. n. 497/1996 deve ritenersi soggetta all'applicazione degli specifici criteri previsti dal codice di procedura civile per la determinazione del foro competente nell'ambito di controversie in cui sia parte un'Amministrazione dello Stato.

Al riguardo, l'art. 25 del codice di rito dispone che « per le cause nelle quali è parte un'amministrazione dello Stato è competente, a norma delle leggi speciali sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio e nei casi ivi previsti, il giudice del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie. Quando l'amministrazione è convenuta, tale distretto si determina con riguardo al giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione o in cui si trova la cosa mobile o immobile oggetto della domanda ».

Nel caso di specie:

(i) l'ipotizzata controversia comporterebbe l'assunzione del ruolo di "parte" del processo in capo a un'Amministrazione dello Stato, e cioè al MEF;

(ii) in una simile controversia il MEF assumerebbe il ruolo di parte convenuta, dovendosi pertanto applicare il secondo comma del citato art. 25 c.p.c.;

(iii) il distretto in cui si trova « il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie » deve allora determinarsi « con riguardo al giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione o in cui si trova la cosa mobile o immobile oggetto della domanda », in forza della regola di cui all'art. 25, comma 2°, c.p.c.;

(iv) può fondatamente ritenersi che il « luogo in cui è sorta l'obbligazione » che la Fondazione dedurrebbe in giudizio ove proponesse la suindicata azione contro il MEF sia il luogo — ovvero la città di Napoli — in cui il Banco, all'epoca dei fatti, aveva la propria sede sociale, presso la quale ebbe a riunirsi l'Assemblea Straordinaria che in data 30 luglio 1996 deliberò l'azzeramento del capitale ordinario del Banco e l'aumento di capitale, la cui

---

del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid, il *quomodo* dell'erogazione»; Tar Piemonte, Sez. II, 6 ottobre 2016, n. 1246; Tar Basilicata, Sez. I, 4 ottobre 2016, n. 937; Tar Campobasso, 12 agosto 2016, n. 326, tutte in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

sottoscrizione da parte del MEF (a fronte della “rinuncia” ex art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996 all’esercizio dei diritti di opzione da parte della Fondazione) rappresenta il fatto genetico dell’obbligazione indennitaria di cui all’art. 2 d.l. n. 497/1996;

(v) di conseguenza, atteso che nell’ambito del distretto della Corte d’Appello di Napoli l’ufficio dell’Avvocatura dello Stato ha sede — appunto — nella medesima città di Napoli, il Tribunale competente per un’eventuale azione giudiziaria della Fondazione contro il MEF tesa a far valere quanto previsto dal citato art. 2 d.l. n. 497/1996 sembrerebbe — ancora una volta — il Tribunale di Napoli in applicazione del surrichiamato criterio di cui all’art. 25 c.p.c.

6. Occorre infine stabilire se — in alternativa al descritto rimedio indennitario (che come detto trova fondamento, nei termini e con le precisazioni sin qui illustrati, nel disposto dell’art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996) — la Fondazione sia eventualmente intitolata a rivendicare anche una pretesa di natura risarcitoria, essendo questa interessata a verificare se un’azione di danni possa essere intentata pure nei confronti del Tesoro (ovvero, adesso, del MEF).

Al riguardo, si deve preliminarmente segnalare che — già a partire dall’epoca cui si riferiscono le citate vicende — la Fondazione ha provveduto a contestare — curandosi altresì di interromperne, sino ai giorni d’oggi, il relativo termine prescrizione — l’esistenza di ipotetiche responsabilità di tipo risarcitorio nei confronti dei vari soggetti che all’epoca erano investiti (o potevano asseritamente ritenersi intestatari) di funzioni *lato sensu* di vigilanza (o di controllo).

Più precisamente, la Fondazione riferisce che le citate contestazioni (e i relativi atti interruttivi della prescrizione) riguardano rispettivamente Banca d’Italia, Consob e Price Water House Coopers (quest’ultima, quale società di revisione *pro tempore* del Banco).

Alcuna censura risulta invece essere stata formalmente avanzata — negli stessi termini e con le medesime modalità anche ai fini interruttivi della prescrizione — nei confronti del Tesoro. Sotto questo profilo, pare allora potersi ragionevolmente escludere che la Fondazione sia oggi legittimata a rivendicare una qualsivoglia pretesa di natura risarcitoria nei confronti del Tesoro (ovvero, oggi, del MEF) in relazione alla già descritta operazione di “ricapitalizzazione” del Banco (e dei correlati e conseguenti accadimenti che ne discesero), atteso che una siffatta pretesa — quand’anche prospettabile in attratto — risulterebbe in ogni caso già da tempo prescritta *ex lege*.

Ciò precisato, corre subito l’obbligo di rilevare che — in questa sede — non è possibile fornire una compiuta (e definitiva) risposta in ordine alla questione della sussistenza (e concreta azionabilità) di una tutela di tipo risarcitorio nei confronti della variegata platea di soggetti intestatari di asseriti obblighi di vigilanza (o controllo): richiedendosi evidentemente, a tal fine, accertamenti e valutazioni che potranno essere — se del caso — ulteriormente indagati, avendo il presente lavoro come obiettivo precipuo quello di fornire una prima — e del tutto preliminare — illustrazione circa l’astratta configurabilità di una possibile pretesa risarcitoria nei confronti del MEF e rinviando pertanto ad un eventuale successivo momento l’approfondimento dei concreti presupposti fattuali su cui la stessa dovrebbe basarsi anche riguardo agli altri soggetti.

Ciò nonostante, si procede qui di seguito — anticipando delle possibili conclusioni — ad illustrare — seppure in forma sintetica — quali siano le eventuali difficoltà (o i profili di criticità) che una siffatta iniziativa di carattere risarcitorio sarebbe ragionevolmente destinata ad incontrare, al precipuo scopo di consentire alla Fondazione di essere messa nella condizione di apprezzare se sia più utile (e proficuo) optare per questa strada, anziché avvalersi della pretesa indennitaria di cui al ricordato art. 2, comma 2°, d.l. n. 497/1996.

In questa prospettiva, occorre innanzitutto considerare che l’accertamento di eventuali profili di responsabilità a carico dei soggetti sopra indicati — in quanto destinatari dei summenzionati atti interruttivi della prescrizione — presupporrebbe di individuare (e di dare adeguato fondamento normativo a)gli specifici doveri di vigilanza (o di controllo) che si

assumerebbero violati: operazione questa — già di per sé — nient'affatto agevole, dovendosi essa proiettare nel quadro normativo vigente a quell'epoca ed oggi profondamente modificatosi per effetto della successiva (e notevole) evoluzione normativa registrata proprio con riguardo all'esercizio delle corrispondenti funzioni di vigilanza (e di controllo).

Parimenti complesso si rivelerebbe poi anche lo stesso accertamento dei presupposti — oggettivi e soggettivi — su cui si fonderebbe un'eventuale fattispecie di responsabilità e che — secondo i principi generali — dovrebbe riguardare la dimostrazione della sussistenza di un inadempimento, la quantificazione del danno e la prospettazione del nesso di causalità. Elementi, questi, il cui accertamento giudiziale potrebbe oggi incontrare notevoli difficoltà, ove specialmente si consideri la necessità di acquisire, a distanza di così lungo tempo, adeguate fonti di prova (documentali e non) riferibili a eventi assai risalenti.

In proposito — considerando soprattutto che una parte della giurisprudenza pare ricondurre una siffatta ipotesi di tutela risarcitoria al paradigma della responsabilità extracontrattuale — il (gravoso) onere probatorio riguarderebbe segnatamente i seguenti presupposti:

- a) l'inadempimento di un dovere di vigilanza dal contenuto specifico;
- b) il dolo o la colpa dei soggetti preposti allo svolgimento delle funzioni di vigilanza (o controllo);
- c) il pregiudizio sofferto;
- d) il nesso eziologico tra l'inadempimento e il pregiudizio sofferto.

Al riguardo, è appena il caso di osservare che:

(i) la dimostrazione dell'inadempimento di funzioni *lato sensu* di vigilanza (o di controllo) da parte dei soggetti che all'epoca ne fossero investiti presuppone innanzitutto la ricostruzione degli specifici doveri che, in quel periodo, la legge poneva in capo a tali soggetti e che si assumono come violati;

(ii) l'art. 24, comma 6-bis, l. 262/2005 prevede poi che « nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo », la Banca d'Italia e la Consob, « i componenti dei loro organi, nonché i loro dipendenti rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave »: dove l'esclusione della responsabilità risarcitoria per colpa lieve è sintomatica del particolare rigore con cui la legge impone l'apprezzamento di eventuali responsabilità delle Authorities;

(iii) tale circostanza, sebbene l'introduzione della disposizione citata risalga a un momento cronologicamente successivo a quello della vicenda in oggetto, potrebbe ragionevolmente indurre ad apprezzare con analogo rigore un'ipotetica responsabilità delle Autorità di vigilanza anche per fatti risalenti al 1996, stante — del resto — la presenza di una soluzione tutt'affatto simile anche in altri ordinamenti europei (e ciò sul presupposto — come è stato rilevato in dottrina — che « estendere il sindacato sui relativi “atti o comportamenti” produttivi di danno ingiusto alla colpa lieve può, a ragione, comportare l'emersione di un non irrilevante rischio di paralisi (c.d. *overdeterrence*) nello svolgimento dell'attività ») (17);

(iv) non agevole sarebbe poi la prova del nesso causale tra l'asserito inadempimento e il pregiudizio ipoteticamente sofferto, anche in considerazione del fatto che la responsabilità civile delle Autorità di vigilanza richiede una « lesione di una specifica e concreta situazione giuridica soggettiva dell'investitore protetta dall'ordinamento » da individuarsi « come conseguenza diretta dell'omissione dell'autorità in relazione al potere di vigilanza in concreto esercitabile e non esercitato » (18). E, d'altra parte, pare arduo ipotizzare che le Autorità di vigilanza avessero l'obbligo di attivarsi per tutelare una situazione giuridica

---

(17) Così CARRIERO, *La responsabilità civile delle Autorità di vigilanza. In difesa del comma 6-bis sub art. 24 della legge sulla tutela del risparmio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 22 ottobre 2008, 7.

(18) Cfr. Cass., 23 marzo 2011, n. 6681, in *Società*, 2011, 793 ss.

soggettiva della Fondazione, quando questa tutela era stata affidata dalla legge a una specifica (e all'epoca non ancora azionabile) pretesa di natura indennitaria;

(v) anche la prova dell'effettivo pregiudizio sofferto sembra tutt'altro che agevole e, comunque, non beneficia di criteri precisi per la sua quantificazione, come invece la pretesa indennitaria che ha il proprio fondamento nell'art. 2, comma 2°, d.l. 497/1996 e che allora dispenserebbe la Fondazione dall'onere di provare l'*an* e il *quantum* del danno subito.

A quanto detto si aggiunga che un'ipotetica azione di responsabilità si esporrebbe all'eccezione — invero difficilmente superabile — secondo cui il pregiudizio lamentato dalla Fondazione deriva in definitiva dall'azzeramento del capitale ordinario della Banca (che d'altronde fu deliberato in applicazione delle regole imperative del diritto azionario) e dalla rinuncia della Fondazione (quest'ultima assolutamente libera) al diritto di opzione sulle azioni di nuova emissione. Con un ulteriore rischio, di portata non secondaria: quello di contraddire — in un certo senso — tutta l'impostazione difensiva che si regge sulla previsione dell'art. 2 d.l. 497/1996, e di addebitare — in ultima analisi — ai vertici della Fondazione la responsabilità per avere affidato alle trattative con il Tesoro (e alla citata disposizione di cui al d.l. 497/1996) la tutela delle aspettative della Fondazione in ordine al valore residuo del patrimonio sociale del Banco.

Occorre infine evidenziare — quale ulteriore (e, per certi aspetti, persino più insidioso) elemento di criticità — come, in un simile quadro di riferimento, non sia affatto da escludere — proprio in considerazione di quanto sopra — che un'eventuale pretesa risarcitoria (quand'anche prospettabile in astratto) possa esporre la Fondazione — ove effettivamente azionata in via giudiziale — al rischio di un possibile rigetto nel merito dell'iniziativa intrapresa, con tutte le conseguenze che ne potrebbero derivare anche in termini di eventuale condanna alle spese di lite. Una condanna che — tenuto conto dei rilevanti valori in gioco — potrebbe avere un ammontare anche assai considerevole.

FRANCESCO BARACHINI  
*Prof. ord. di Diritto Commerciale  
nell'Università di Pisa*

#### **Abstract**

Il lavoro ha ad oggetto l'esame della pretesa indennitaria prevista dall'art. 2 del d.l. 24 settembre 1996, n. 497 sul c.d. "salvataggio" del Banco di Napoli. In particolare, sulla base di una ricostruzione delle vicende storiche che portarono all'approvazione del citato decreto, l'attenzione si concentra nel valutare la portata di quel rimedio, i criteri di quantificazione della relativa pretesa e le modalità di esercizio della stessa, operando anche un raffronto con gli eventuali corrispondenti rimedi di natura risarcitoria.

*This work aims to examine the compensation claim provided for by art. 2 of the decreto-legge September 24, 1996, n. 497 on the rescue and recovery of Banco di Napoli. In particular, basing on a reconstruction of the historical events that led to the approval of the aforementioned decree, attention is focused on the assessment of the extent of that remedy, the related quantification criteria and the methods for exercising it, also through a comparison with any corresponding compensatory remedies.*