

centrica rispetto all'inquadramento della condotta della banca quale inadempimento contrattuale ad un'obbligazione di fonte pattizia (20).

MATTIA DE ANTONI
Dottore in giurisprudenza

★★★

Tribunale di Venezia - Sez. specializzata in materia di impresa - 29 luglio 2019 - TOSI *Presidente Rstensore* - R. A. (Avv. Azzarita) - B.P.V. (Avv.ti Allavena, Malavasi).

Contratto - Finanziamento per acquisto azioni proprie - Limiti ex art. 2358 c.c. - Natura imperativa della norma - Nullità - Sussiste (c.c., artt. 1418, 2357, 2358).

Attesa la natura imperativa della norma di cui all'art. 2358 c.c., ove si concludano due atti negoziali (finanziamento e collocamento di azioni), fra loro collegati per volontà dispositiva delle parti, al di fuori di qualsiasi unitaria programmazione, deliberazione e forma riconducibili all'art. 2358, co. 3, c.c., vi è nullità di entrambi i contratti, senza che rilevi l'eventuale rispetto dei limiti quantitativi di cui all'art. 2358, co. 6. (1)

☆☆☆

(*Omissis*) – L'art. 2358 c.c. è dettato per le società per azioni, alla disciplina delle quali, per quanto compatibile, rimanda l'art. 2519 c.c. per integrare la disciplina di legge delle società cooperative. Tale era *BPVI* alla data dei fatti, essendo, in particolare, una banca popolare, una delle due forme con cui secondo l'art. 28 T.U.B. le società cooperative possono esercitare l'attività bancaria.

Il disposto dell'art. 2358 c.c., che nella originaria formulazione codicistica conteneva un divieto assoluto di prestare assistenza finanziaria per l'acquisto di proprie azioni, in una prima versione novellata – in vigore dal 1986 e fino al 2008 – dopo il primo comma che ribadiva il divieto, aggiungendo il divieto di dare garanzie per l'acquisto, prevedeva al secondo comma il divieto di accettare azioni proprie in garanzia, e al terzo comma aggiungeva una deroga favore dell'acquisto da parte dei dipendenti, tuttavia con un limite di ammontare legato agli utili distribuibili e alle riserve disponibili.

(20) Tale soluzione – al più – avrebbe potuto trovare giuridico fondamento laddove la banca fosse stata ritenuta in mala fede. Si consideri, tuttavia, che, attesa la presunzione di buona fede generalmente riconosciuta dall'ordinamento, l'eventuale mala fede della convenuta avrebbe dovuto essere allegata e dimostrata dall'attore.

Nell'attuale testo, in vigore appunto dalla fine del 2008, il divieto è ribadito nel primo comma, mentre i successivi commi dettano invece delle dettagliate regole procedurali e pubblicitarie, e dei limiti patrimoniali.

(*Omissis*)

La norma era in allora ricondotta al novero delle norme imperative, e non ha perduto tale carattere sol perché, nell'attuale testo, pur dopo avere vietato, disciplina le modalità di approvazione e i limiti del finanziamento, ammettendolo in via generale alle condizioni procedurali e sostanziali indicate.

(*Omissis*)

Conseguentemente, quando il collocamento di azioni avvenga, contro il divieto, nel mancato rispetto delle modalità e limiti descritti, la sanzione è quella della nullità, in quanto solo il rispetto di tali requisiti e limiti permette di superare il divieto.

Così, si vuole dalla legge che l'operazione sia deliberata dalla assemblea straordinaria, previa valutazione giuridica ed economica dell'operazione presa nel suo insieme, la quale deve essere illustrata in una relazione degli amministratori inclusiva non solo delle condizioni concrete (prezzo azioni, interesse praticato, valutazione del merito creditizio dell'acquirente), ma anche più in generale della convenienza rispetto alle ragioni, agli obiettivi imprenditoriali, ai rischi che essa comporta per la solvibilità e liquidità della società. L'operazione deve essere decisa dunque dalla assemblea straordinaria, e sulla base di una pianificazione e rappresentazione chiara dell'operazione; ed è prescritto che verbale assembleare e relazione degli amministratori siano pubblicati nel Registro delle Imprese.

Tanto implica che il fattore preminente fatto oggetto di tutela dalla norma sia quello, già individuato dalle pronunce citate, della tutela del capitale sociale, nell'interesse della società, oltre che dei soci (anche se per questi il discorso andrebbe approfondito, atteso che il socio ha un voto quale che sia la sua partecipazione) e anche dei creditori, che fanno parte di quel più ampio pubblico al quale la pubblicazione nel R.I. rende accessibile la delibera.

(*Omissis*)

Nel caso di specie, si tratta di un collocamento di azioni proprie con finanziamento avvenuto con operazioni singole, al di fuori di qualsiasi unitaria programmazione, deliberazione e forma riconducibili all'art. 2358 comma 3 c.c.: infatti solo nella relazione semestrale finanziaria consolidata al 30/6/2015 (doc. 24 convenuta) l'organo amministrativo – peraltro meramente prendendo atto delle risultanze ispettive BCE e Banca d'Italia e delle valutazioni di queste sull'entità del fenomeno, ciò cui si appella la difesa della convenuta *BPVI* per negare natura confessoria a questo e ad altri atti dei propri organi – provvedeva ad iscris-

vere a bilancio una riserva indisponibile, richiamato l'art. 2358 (comma 6, ultima parte) del codice civile.

Consequentemente, essendo di fatto occulta e ignota l'entità del fenomeno – che si accerta pertanto, giudizialmente, caso per caso – è impensabile non solo ridurre la questione del mancato rispetto dell'art. 2358 alla mera necessità di verifica postuma del rispetto del limite numerario dell'art. 2358 comma 6, come vorrebbe parte convenuta, ma anche in concreto operare, se anche lo si volesse, una tale verifica.

Una volta affermata dunque la applicazione della disciplina dell'art. 2358 c.c., si ha l'effetto, discendente dalla imperatività della norma, della nullità della intera operazione. In essa non vi sono due atti negoziali (finanziamento e collocamento di azioni) fra loro collegati per volontà dispositiva delle parti, sì che si possa parlare di 'collegamento contrattuale' in senso proprio; ma due atti che, poiché di fatto fra loro intenzionalmente legati, sono colpiti dal divieto di legge e dunque dalla nullità: essi sono entrambi, nella loro connessione fattuale, lesivi in fatto o in potenza della integrità del capitale sociale.

(Omissis)

Ciò porta, come conseguenza della nullità dei contratti mediante i quali si realizzò la violazione di legge, e rimanendo ai limiti che segnano la possibilità di pronuncia di questo ufficio, ad affermare che gli attori nulla devono alla Banca – ora in liquidazione – in adempimento dei rispettivi contratti di finanziamento, e ciò anche se le relative poste sono state regolate in conto corrente.

Pertanto vanno dichiarati nulli gli atti di acquisto azionario del 2012 e 3 del 2014 e, per il rispettivo controvalore, degli affidamenti in conto. (Omissis)

☆☆☆

[HTTPS://DOI.ORG/10.19272/201904703006](https://doi.org/10.19272/201904703006)

(1) NULLITÀ PER VIOLAZIONE
DI NORME IMPERATIVE E FINANZIAMENTI
PER ACQUISTO DI AZIONI PROPRIE

Introduzione

Come noto, come regola generale, l'art. 2358 c.c. vieta alle società di erogare finanziamenti per l'acquisto di azioni proprie: in realtà, la norma non contiene un divieto assoluto ma consente tali operazioni solo previa delibera dell'assemblea straordinaria precisando, inoltre, che «l'importo complessivo delle somme impiegate e delle garanzie fornite ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato».

La disposizione, però, non indica che sorte hanno i contratti conclusi in violazione del divieto (assenza di delibera e superamento del limite quantitativo): di

qui il dubbio se si tratti o meno di una norma imperativa, da cui deriva la nullità dei finanziamenti e del contratto di vendita delle azioni.

La previsione è ora oggetto di numerosi giudizi, vengo in questione per le cosiddette operazioni bacciate, vale a dire i finanziamenti concessi dalle ex Banche Popolari Venete ai propri clienti per l'acquisto delle azioni delle due banche.

In questa sede ci concentreremo su un aspetto strettamente civilistico, vale a dire proprio la natura, imperativa o meno, della previsione di cui all'art. 2358 c.c.

Non affronteremo, invece, questioni di merito o altre questioni giuridiche che pure emergono in tali contenziosi: come, ad es., il rilievo della prova che i finanziamenti, che non abbiano come scopo espresso l'acquisto delle azioni, fossero comunque collegati nella volontà delle parti a tali acquisti.

E, ancora, non affronteremo la questione – pur rilevante in questi giudizi, ma riguardante in senso stretto le disposizioni del codice che riguardano le società – della applicabilità della disposizione di cui all'art. art. 2358 c.c. (riferibile alle società per azioni) alle società cooperative (1).

Il concetto di imperatività delle disposizioni

Riguardo a quanto appena osservato, occorre preliminarmente rilevare che il problema da affronta-

(1) L'applicazione della disposizione di cui all'art. 2358 c.c. non è così scontata, dato che ai sensi dell'art. 2519 c.c. «alle società cooperative, per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni». Cass. 8 maggio 2015 n. 9404 indica, poi, che «l'art. 2358 c.c., che nel testo invocato dalla ricorrente vietava alle società per azioni di accettare in garanzia azioni proprie, non era in realtà applicabile alle società cooperative, per le quali già all'epoca l'art. 2522 c.c. (poi riprodotto nell'attuale art. 2529 c.c.) prevedeva che l'atto costitutivo potesse autorizzare gli amministratori ad acquistare o a rimborsare quote o azioni della società». Anche parte della dottrina esclude l'applicabilità diretta di tale disposizione in esame alle cooperative: FERRARA, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, 1030; CALLEGARI, *Commento sub art. 2529*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario, dirr. Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, III, 2513; PAOLUCCI, *Codice delle cooperative*, Torino, 2005, 86; BASSI, *Commento sub art. 2523 c.c.*, in *Comm. SCHLESINGER*, Milano, 1988, 552; GENCO, *Il regime del capitale ordinario*, in *Cooperative, consorzi e raggruppamenti*, a cura di SCHIANO DI PEPE, Milano, 1996, 132. In senso parzialmente diverso, CACCHI PESSANI, in *L'assistenza finanziaria per l'acquisto e la sottoscrizione delle proprie azioni*, Milano, 2012, 117 e ss. indica che «la soluzione più corretta, e più coerente col sistema, potrebbe essere non tanto quella di applicare l'art. 2358 nella sua interezza alle società cooperative, ma di estendere per analogia all'assistenza finanziaria prestata dalle cooperative i limiti quantitativi all'acquisto di azioni proprie dettati dall'art. 2529 a tutela dell'integrità del capitale sociale, vale a dire (i) il limite degli utili distribuibili e del patrimonio netto disponibile risultante dall'ultimo bilancio approvato, per la generalità delle cooperative (comprese le banche popolari e di credito cooperativo) e (ii) la regola secondo la quale l'acquisto di azioni proprie è consentito solo se il rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento della società è superiore a un quarto, regola dettata dall'art. 2445-quinquies ma non applicabile alle banche popolari e di credito cooperativo stante l'espressa esclusione stabilita dall'art. 150-bis, comma 1 del T.U. bancario».

re si fonda sul significato e la portata che assume la nozione di imperatività contenuta nell'art. 1418 c.c. Tale imperatività sussiste, secondo la lettura della giurisprudenza, quando la violazione del divieto si accompagni all'accertamento che la disposizione che lo fissa sia posta a tutela di un interesse pubblico (2), dovendosi infatti distinguere tra questo e quello meramente privato (3), o che sia dettata per motivi di ordine pubblico (4).

Le indicazioni della giurisprudenza richiamate offrono un criterio di massima che però, come osservato (5), è tutt'altro che preciso nell'indicare limiti e presupposti del concetto d'imperatività delle disposizioni di legge.

Si è osservato in letteratura, infatti, che

il grado di imperatività della norma violata, richiesto ai fini della nullità del contratto, è più elevato di quello che si esprime nella constatazione della non derogabilità per volontà delle parti. Questo più ampio grado di imperatività è postulato dalla riserva finale del 1° comma: se la violazione di norma imperativa non comporta nullità quando 'la legge dispone diversamente' e se questa diversa disposizione legislativa non deve necessariamente consistere nella esclusione espressa della nullità, potendo questa essere 'desumibile dalla ragione del divieto', occorre identificare criteri atti a distinguere norma imperativa da norma imperativa (6).

Si può notare, tuttavia, una certa sintonia tra le applicazioni del principio e la posizione di chi individua l'interesse generale tutelato con la previsione della nullità in primo luogo nei principi posti da norme costituzionali nonché da quelle ordinarie ove siano attuative dei principi costituzionali (7).

(2) Cass. 28 febbraio 2018 n. 4760, Cass. 28 aprile 2017 n. 10609 e Cass. 7 febbraio 2008 n. 2860 si riferiscono alla necessità di tutelare un interesse collettivo.

(3) Cass., Sezz. Unn., 21 agosto 1972 n. 2697.

(4) Cass. 27 novembre 1975 n. 3974; ma il concetto di ordine pubblico è richiamato anche dalla giurisprudenza più recente: Cass. 28 aprile 2017 n. 10609, Cass. 20 marzo 2017 n. 7081, Cass. 20 aprile 2016 n. 7785, Cass. 29 gennaio 2013 n. 2066.

(5) DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, Riv. crit. dir. priv. 1985, 440.

(6) GALGANO, *Della nullità del contratto*, in Comm. SCIALOJA, BRANCA, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1998, 81-82.

(7) Sull'argomento si veda in part. PETTI, *La simulazione e l'invalidità del contratto*, in Comm. Cod. civ. dir. De Martino, Novara-Roma, 1984, 138 e ss.; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 156 e ss.; TOMMASINI, voce Nullità, in Enc. dir., XVIII, Milano, 1978, 878; circa tale criterio relativo all'individuazione dell'imperatività della disposizione secondo la fonte di diritto da cui è posta, anche ordinaria o regionale, si veda in part. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 93-114. Sul concetto di imperatività si segnalano, tra i contributi più recenti, ROLLI, *Norme imperative tra nullità e responsabilità*, Danno e resp. 2017, 339 e ss.; QUARTA, *Autonomia privata e violazione di norme imperative di «rilievo esclusivamente tributario»*, Contr. Impr. 2016, 1065 e ss.; SPATUZZI, *Norma imperativa e sua violazione - Interferenze ed effetti civili dell'infrazione della norma penale*, Riv. dir. civ. 2016, 1014 e ss.; MASTROPASQUA, Art. 1418, 1° comma, c.c.: la norma

Così, mentre sarebbe nullo il contratto che violi le disposizioni che vietano la vendita di animali affetti da malattie contagiose, in quanto l'interesse tutelato è quello della salute (8), non lo sarebbe invece quello che abbia ad oggetto la vendita di uova da cova sprovviste della stampigliatura indicante la parola 'cova' seguita dalla parola 'Italia'. Infatti questa, pur prescritta dalla legge, non sarebbe diretta a tutelare l'interesse pubblico e generale della salute pubblica ma, invece, quello del razionale e controllato svolgimento della produzione e del commercio di quel prodotto (9).

Secondo un'ulteriore prospettiva, poi, più che accertare la natura della disposizione, sarebbe decisivo individuare quale elemento del processo di scambio si scontri con la proibizione (10). Il criterio dell'interesse pubblico opererebbe efficacemente per risolvere il problema preliminare relativo alla verifica della derogabilità o meno della disposizione da parte dei privati (11), giacché una previsione protettiva di soli interessi privati non potrebbe condurre di regola a una nullità virtuale (12). Quando emerga, però, che la *ratio* attiene alla tutela d'interessi generali, occorrerebbe considerare ulteriori criteri che permettano di determinare in che modo tale disposizione incida sul contratto (13). L'indagine, quindi, non dovrebbe considerare solamente lo scopo della norma considerato in astratto, ma anche il rapporto tra questo, l'elemento dello scambio su cui incide il divieto e la compatibilità tra la sopravvivenza del contratto e il rispetto del divieto medesimo (14).

Si è evidenziato, ancora, che la nullità, più che conseguire dal grado di imperatività della norma violata, deriverebbe dal modo in cui il contratto incide sul valore protetto dalla disposizione (15). Secondo tale impostazione, infatti, «il regolamento contrattuale non si inserisce senza contraddizioni nel tessuto di rapporti giuridici in cui dovrebbe operare. Se quella contraddizione può essere rimossa senza toccare il contratto, la conseguenza non è la nullità. Se invece quel tessuto di rapporti circostanti non sopporta in tutto o in parte ciò che i contraenti dispongono, non resta che constatare la nullità totale o parziale del patto» (16).

imperativa come norma inderogabile, Nuova giur. civ. comm. 2014, II, 49 e ss.; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, Contr. Impr. 1993, 499 e ss.

(8) Cass. 15 gennaio 1976 n. 128, Giur. it. 1977, I, 945 e ss.

(9) Cass. 4 dicembre 1982 n. 6601, Giust. civ. 1983, I, 1 178.

(10) VILLA, *op. cit.*, 46.

(11) Ivi, 90-92.

(12) Ivi, 130-131.

(13) Ivi, 90-92.

(14) Ivi, 134.

(15) GENTILI, *Le invalidità*, in Trattato dei contratti, dir. P. Rescigno, I contratti in generale, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 1999, II, 1333.

(16) Ivi, 1336-1337.

Da altri, infine, si è osservato come la nullità potrebbe essere esclusa anche in relazione alla valutazione di elementi extratestuali legati alla *ratio* della previsione e più in particolare «al modo in cui il contratto incide sugli interessi protetti dalla norma» (17). La nullità, in altre parole, deriverebbe dalla circostanza che gli effetti del contratto andrebbero direttamente a ledere gli interessi protetti dalla disposizione, avente il preciso scopo di impedire quegli effetti. Nei casi in cui il contratto violi la regola, ma senza che siano propriamente i suoi effetti a colpire l'interesse tutelato, non vi sarebbe nullità ma mera irregolarità, giacché il primo rimedio qui sarebbe eccedente rispetto all'esigenza di ripristinare l'interesse leso (18).

Tuttavia anche da tale profilo, come evidenzia lo stesso ROPPO, resta talvolta la difficoltà di distinguere le ipotesi (19).

Imperatività delle disposizioni di cui all'art. 2358 c.c.

Come anticipato, l'art. 2358 c.c., per quel che qui rileva, non vieta in senso assoluto alle società di prestare finanziamenti per l'acquisto di azioni proprie ma richiede, anzitutto, per poter procedere a tali operazioni, una previa delibera dell'assemblea straordinaria, che vota avendo ricevuto una relazione articolata degli amministratori. La previsione precisa poi che l'importo complessivo delle somme impiegate e delle garanzie fornite non può eccedere il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato: aggiunge, poi, che una riserva indisponibile pari all'importo complessivo delle somme impiegate e delle garanzie fornite è iscritta al passivo del bilancio.

Si tratta ora di valutare se tali disposizioni abbiano carattere imperativo o meno.

Come detto, l'imperatività vi è se la norma è diretta a tutelare un interesse della collettività e non solo delle parti coinvolte.

Come anche indica la sentenza Tribunale di Venezia 29 luglio 2019 n. 1758, gli interessi astrattamente coinvolti dalla disposizione sono plurimi: certamente vi è l'interesse dei soci (controllo sugli amministratori e sugli atti che riguardano la società) ma vi è anche l'interesse astratto dei terzi e, in particolare, dei creditori (a che tali operazioni non depauperino il patrimonio della società).

Il che si ricava non solo dal contenuto dell'articolo – che impone la delibera (a tutela dell'interesse dei soci) ma che impone anche limiti quantitativi di tali operazioni (a tutela dei terzi) –, ma anche dalla diret-

tiva 2006/68/CE, attuata nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 4 agosto 2008 n. 142, che ha modificato l'art. 2358 c.c. ora in commento.

Occorre ricordare che l'art. 2358 c.c., nella versione precedente, conteneva un divieto assoluto di finanziare i terzi per l'acquisto di azioni proprie: in quel contesto, la previsione costituiva certamente un divieto con natura imperativa (20).

La disposizione è stata modificata nel 2008 consentendo, come detto, il finanziamento per l'acquisto di azioni proprie a due condizioni: che ci sia l'autorizzazione dell'assemblea straordinaria e che l'insieme delle operazioni non superi i limiti quantitativi previsti.

Ciò precisato, torniamo a individuare lo scopo di una tale previsione.

Come detto le finalità sono plurime e lo evidenzia la direttiva 2006/68/CE la quale, al quinto considerando, indica che «gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di autorizzare le società per azioni a concedere un'assistenza finanziaria per l'acquisizione delle loro azioni da parte di un terzo nei limiti delle riserve distribuibili, in modo da rafforzarne la flessibilità con riguardo ai cambiamenti nella struttura proprietaria. In considerazione dell'obiettivo della presente direttiva di tutelare gli interessi sia degli azionisti sia dei terzi, il ricorso a questa possibilità dovrebbe essere subordinato a delle garanzie».

Dunque, si voleva consentire tale operazione per una maggiore flessibilità della struttura proprietaria, però con dei limiti e delle garanzie dirette a tutelare gli azionisti (interesse privato) e i terzi (interesse della collettività).

L'aspetto a mio avviso decisivo e poco considerato è dato dal fatto che la previsione di legge contiene al suo interno più precetti, che devono essere esaminati separatamente.

Un primo precetto è quello per il quale si consente il finanziamento a terzi per l'acquisto delle azioni proprie se l'operazione è autorizzata dall'assemblea.

Tale previsione è diretta a offrire una tutela agli azionisti che, in tal modo, hanno un potere di controllo sull'attività degli amministratori: non si tratta di un interesse della collettività ma di parte, essendo una tale previsione diretta a tutelare appunto gli azionisti (21).

(20) La letteratura era nella sostanza pacifica sul punto: FERRI, *Le società*, in *Tratt. VASSALLI*, x, 3, Torino, 1985, 528 e ss.; FANELLI, *Le sanzioni degli atti vietati dagli artt. 2357-61 del codice civile*, *Riv. dir. civ.* 1956, 672; PARTESOTTI, *Le operazioni sulle azioni*, in *Trattato COLOMBO, PORTALE*, II, Torino, 1994, 482 e ss.

(21) Proprio con riferimento al controllo assembleare sugli amministratori in relazione alla parallela disposizione (art. 2357 c.c.) che consente il diretto acquisto di azioni proprie solo previa delibera dell'assemblea, Cass. 1° aprile 1996 n. 3012 ha indicato che «l'atto di disposizione delle azioni proprie compiuto dagli amministratori senza l'autorizzazione dell'assemblea non è nullo, ma soltanto an-

(17) ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2001, 748.

(18) Ivi, 748.

(19) Ivi, 749.

È chiaro come non possa essere un organo della società a garantire la tutela dei terzi dal comportamento della società stessa: i terzi, se devono essere tutelati con un divieto che non consenta alla società di porre in essere certe operazioni, necessitano di una disposizione che operi indipendentemente dalle autorizzazioni interne della società. Ciò chiaramente non significa che l'operazione non autorizzata dall'assemblea sia pienamente legittima, potendo discutersi della sussistenza del potere in capo a chi ha posto in essere l'operazione o della sua responsabilità. Significa piuttosto che, non avendo la previsione di una delibera la funzione di tutelare l'interesse della collettività, non deriva dall'assenza della delibera, in modo automatico, la nullità delle singole operazioni.

Un secondo precetto contenuto nell'art. 2358 c.c., poi, è quello per il quale «l'importo complessivo delle somme impiegate e delle garanzie fornite ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato, tenuto conto anche dell'eventuale acquisto di proprie azioni ai sensi dell'articolo 2357. Una riserva indisponibile pari all'importo complessivo delle somme impiegate e delle garanzie fornite è iscritta al passivo del bilancio».

Tale previsione, anche in relazione alle indicazioni provenienti dalla direttiva da cui deriva l'attuale formulazione della disposizione, ha invece lo scopo di tutelare i terzi.

Si tratta, quindi, di un interesse generale e non più solo particolare.

Ma, come abbiamo rilevato in termini generali, non basta la presenza dell'esigenza di tutelare un interesse generale per poter affermare che la violazione della norma genera nullità del rapporto. La letteratura, infatti, indica che l'indagine non deve considerare solamente in astratto lo scopo della norma, ma anche il rapporto tra questo, l'elemento dello scambio su cui incide il divieto e la compatibilità tra la sopravvivenza del contratto e il rispetto del divieto medesimo (22).

All riguardo, vi è da osservare che la previsione non vieta di porre in essere uno o più contratti di finanziamento per l'acquisto delle azioni proprie, ma è diretta a porre un limite quantitativo e operativo a chi ponga in essere tali operazioni. Il precetto, dunque, non vieta la stipulazione di contratti, ma impone alla società dei limiti e delle cautele: la so-

cietà può finanziare terzi perché acquistino azioni della società stessa nel limite in cui tali somme non eccedano gli utili distribuibili e le riserve, da rendere indisponibili (23).

Così inteso il precetto e il divieto, in caso di superamento del limite, la soluzione non ci sembra essere quella della nullità (24). Il divieto non incide sul singolo scambio contrattuale, ma costituisce un obbligo di comportamento generale per una parte del contratto, che non può finanziare oltre certi limiti terzi per l'acquisto di azioni proprie.

Detto in altri termini, si tratta di violazioni che non attengono a elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, come tali non comportanti nullità (25).

Ricordiamo, al riguardo, il caso della nullità del mutuo fondiario che deriva dal superamento del limite finanziabile (26): le ipotesi potrebbero sembrare accostabili essendovi, in entrambi i casi, un limite quantitativo. La formulazione del provvedimento adottato ai sensi dell'art. 38 T.U.B. per il mutuo fondiario, però, non indica un limite riferito a una pluralità indistinta di rapporti ma prescrive che il singolo finanziamento non possa eccedere l'ottanta per cento del valore del bene ipotecato. Si tratta, dunque, di un precetto riferito al singolo scambio contrattuale che incide, dunque, su elementi intrinseci del contratto (27).

(23) Anche l'eventuale mancata iscrizione della riserva indisponibile di cui al co. 6 dell'art. 2358 c.c. non dovrebbe poter rilevare dal profilo della nullità: si tratta di un comportamento successivo al contratto, come tale non coinvolgente elementi intrinseci dell'atto.

(24) CACCHI PESSANI, in *op. cit.*, 165 ritiene che, nel caso di cui si discute, sia fissato un limite al potere di rappresentanza in assenza di autorizzazione, ove l'assistenza finanziaria sia stata concessa nel rispetto dei limiti quantitativi fissati dall'art. 2358 c.c., e vi possa essere nullità in caso di violazione dei limiti, ma solo se è ravvisabile un motivo illecito comune tra i contraenti. Per la nullità, dopo la riforma del 2008: CUSUMANO, *Le banche popolari e l'assistenza finanziaria finalizzata all'acquisto o alla sottoscrizione delle azioni: c'è un giudice a Venezia*, *Nuova giur. civ. comm.* 2016, 1653; PAOLINI, *Nullità delle operazioni di assistenza finanziaria*, *Corr. giur.* 2016, 1574.

(25) Cass. 29 settembre 2005 n. 19024 indica che «la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, 1° comma, c.c., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi».

(26) Pur essendovi contrasti in giurisprudenza, le più recenti sentenze propendono in tale ipotesi per la nullità: Cass. 9 maggio 2018 n. 11201, Cass. 31 luglio 2017 n. 19016.

(27) Cass. 13 luglio 2017 n. 17352, proprio per tale ragione, giustifica la soluzione della nullità: «il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario comporta la nullità integrale del contratto di finanziamento e della connessa garanzia ipotecaria, per violazione di norma imperativa attinente ad un elemento intrinseco della fattispecie».

nullabile, poiché l'interesse tutelato dalla disposizione in esame è quello di proteggere la società dal rischio di abusi da parte degli amministratori e di garantire ai soci una eventuale preferenza ai fini del mantenimento degli equilibri interni in atto, senza che in ciò possa configurarsi una norma di ordine pubblico».

(22) VILLA, *op. cit.*, 134.

Ci pare, inoltre, che la soluzione di non considerare nulle le operazioni poste in essere oltre i limiti quantitativi di cui all'art. 2358 c.c. sia in linea con la previsione di cui all'art. 2357 c.c.

In quella disposizione il legislatore, prevedendo che l'acquisto di azioni proprie possa avvenire solo previa delibera assembleare ed entro certi limiti, non indica quale sia la sanzione per la violazione di tale precetto, indicando però che «le azioni acquistate in violazione dei commi precedenti debbono essere alienate secondo modalità da determinarsi dall'assemblea, entro un anno dal loro acquisto. In mancanza, deve procedersi senza indugio al loro annullamento e alla corrispondente riduzione del capitale». La presenza di una sanzione diversa dalla nullità porta dottrina (28) e giurisprudenza (29) ad escludere che la violazione di tale norma possa appunto portare alla nullità del contratto concluso in assenza di delibera o in violazione dei limiti quantitativi.

Le due fattispecie sono in qualche modo accostabili, perché le esigenze di tutelare i terzi e l'integrità del capitale sociale vi sono in entrambe le ipotesi (art. 2357 c.c. e 2358 c.c.).

Nel primo caso, la disposizione contiene dei limiti alla possibilità di acquistare azioni proprie ma il superamento di tali limiti non genera nullità, andando tale superamento risolto sul un piano interno alla società o, al più, su quello della responsabilità di chi ha violato le previsioni di legge. Nel secondo caso, ci pare che non sarebbe conforme alla necessità di coordinare le due disposizioni giungere a una soluzione opposta, in assenza di una previsione che preveda espressamente la nullità dell'operazione di finanziamento per l'acquisto di azioni proprie posta in essere in violazione dei limiti previsti.

Le esigenze di tutela sono analoghe: come si può ritenere che nel primo caso il legislatore abbia voluto escludere la nullità e nel secondo, pur senza un limite specifico riferito al singolo contratto e senza una previsione espressa di nullità, abbia invece inteso imporre proprio la nullità di tutti i contratti?

Tale indicazione, in definitiva, ci sembra costituire un ulteriore indice della correttezza della lettura qui proposta. In entrambi i casi vi è l'esigenza di tutelare l'integrità del patrimonio e, quindi, i terzi. Ciò viene fatto non impedendo gli atti ma prescrivendo comportamenti generali alla società coinvolta e ai suoi organi: tali prescrizioni non sono riferibili ai singoli contratti conclusi, ma appunto al comportamento degli organi societari. La violazione di tali precetti può incidere sulla validità delle deliberazioni, sui poteri dei soggetti che pongono in essere gli atti e sulla responsabilità di chi li ponga in essere in violazione delle disposizioni di legge.

In entrambi i casi, però, la nullità non pare poterci essere: nell'ipotesi dell'art. 2357 c.c., perché la previsione dispone diversamente; nell'ipotesi dell'art. 2358 c.c. perché – pur non potendosi qui imporre la vendita perché il titolare dell'azione non è la società ma il terzo finanziato – il divieto è pur sempre riferibile al comportamento complessivo della società (non finanziare troppi acquisti di azioni) e non alla possibilità di concludere il singolo contratto.

Poi, certo, è chiara l'esigenza di tutela dei soggetti coinvolti: ma qui la disposizione deve essere esaminata in termini astratti, essendo poi – così interpretata – applicabile a ogni ipotesi, anche di società *in bonis*, le cui azioni abbiano mantenuto valore, di società che abbiano ottenuto solide garanzie per i finanziamenti, ecc.

Un'ultima riflessione: se anche si ritenesse sussistere la nullità in caso di violazione del precetto sui limiti quantitativi di cui all'art. 2358 c.c., in ogni caso, la formulazione della previsione ci sembra non possa portare alla dichiarazione automatica della nullità di tutti i contratti conclusi: non solo occorrerebbe dimostrare che vi è stato il superamento quantitativo previsto – i finanziamenti complessivi eccedono gli utili distribuibili e le riserve (30) –, ma, comunque, secondo tale previsione, l'illegittimità potrebbe al più riguardare i soli contratti posti in essere quando i precedenti avevano eroso gli utili distribuibili e le riserve.

MARCO TICOZZI

Professore aggregato di Diritto privato
Università Ca' Foscari Venezia

★★★

(28) GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, vol. II, 318.

(29) Cass. 1° aprile 1996 n. 3012.

(30) Il che generalmente è negato dalla difesa della banca: in tali contenziosi ho visto osservare (ovviamente tali indicazioni necessiterebbero di una valutazione tecnica) che il bilancio 2012 di BPV evidenziava utili e riserve disponibili per un ammontare complessivo di oltre tre miliardi di Euro (3.190.457.000,00 Euro), di cui oltre due miliardi e mezzo (2.504.229.000,00 Euro) a titolo di riserva da sovrapprezzo di emissione e che il bilancio 2013 indicava un patrimonio netto disponibile di 3.385.893.000,00 Euro, di cui 2.739.831.000,00 Euro a titolo di riserva di sovrapprezzo di emissione. Per contro, si indicava, che il valore stimato di tutti i finanziamenti collegati ad acquisti di azioni sarebbe per tutti gli anni interessati da tale fenomeno di ca. un miliardo di Euro (Euro 1.086.900.000,00).