

GLI INVESTITORI IN TITOLI DI BANCA IN LIQUIDAZIONE COME (NUOVA) FORMAZIONE SOCIALE E LA TUTELA GIURISDIZIONALE ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. L'art. 2 Cost. come incubatore di diritti. – 2. Dall'interesse a un ristoro al diritto all'indennizzo dopo il riconoscimento di meritevolezza sociale della formazione. – 3. L'incontro del 24 maggio 2018 del Presidente del Consiglio incaricato con rappresentanze dei risparmiatori associati e il suo significato novativo per la «tutela del risparmio». – 4. La consistenza dell'interesse a un ristoro, l'arbitrato *ex lege* e un lodo quale elemento necessario della fattispecie del relativo credito. – 5. Dalla tutela *octroyée* dell'interesse alla tutela giurisdizionale del diritto all'indennizzo. – 6. L'ulteriore differenziazione della tutela: conferire agli «aventi diritto» una posizione equipollente di quella della «sentenza che accoglie l'azione di classe» a norma dell'art. 840 *sexies* c.p.c. – 7. Gli incontri dell'8 e del 24 aprile 2019 dei Governi della Repubblica e dell'U.E. con rappresentanze dei risparmiatori associati e il loro significato ulteriormente novativo per la «tutela del risparmio». – 8. La definitiva convalida dell'ipotesi di studio.

1. – La dottrina costituzionale sulle «formazioni sociali ove si svolge la (...) personalità» del «singolo», i cui «diritti» la «Repubblica riconosce e garantisce», ha da tempo rivelato di tali aggregati la capacità di secondare il concepimento e favorire lo sviluppo embrionale di valori collettivi e, poi, di posizioni individuali atte a tradursi, infine, in diritti non prima catalogati come tali; e così ha assegnato all'art. 2 Cost. la funzione di clausola aperta all'integrazione delle situazioni giuridiche via via riconoscibili per l'evoluzione «politica, economica e sociale» e, quindi, specialmente selezionate in tali «formazioni» come meritevoli di apposite tutele.

È mio intendimento, qui, verificare se l'emersione e la progressiva affermazione di forme di tutela pretensiva sul modello dei diritti o di assicurazione in forme giustiziali di interessi particolari, in ogni caso non ancora giunti al rango delle situazioni soggettive degne della cura giurisdizionale, proprio in virtù dell'incubazione loro riservata da «formazioni sociali» – che ne abbiano favorito l'addensamento nucleare – possano adesso ritenersi diritti soggettivi suscettibili di autentica difesa giudiziaria, o finanche oltre.

⁽¹⁾ È il testo della relazione tenuta nell'Università di Catania, il 24 maggio 2019, nel corso del convegno, promosso dal Dipartimento di Giurisprudenza nell'ambito del Piano per la ricerca dipartimentale 2016-2018, «Ripensare o 'rinnovare' le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee». È destinato, ancora con sentimento di riconoscenza per Lui, agli *Scritti in memoria di Franco Cipriani*.

Mi riferisco all'aspirazione al giusto *ristoro* della perdita economica derivata dall'acquisto di obbligazioni subordinate di banche poi poste in liquidazione, in principio costituito da largizione quasi graziosa e perciò nemmeno costituzionalmente sindacabile nelle sue garanzie di attuazione e oggi – in tesi – sostanziatosi in vero e proprio diritto all'indennizzo dei risparmiatori in titoli emessi da soggetti regolati e vigilati dalle Autorità creditizie: diritto che, naturalmente, è altro da ogni altro eventuale diritto a rimborso o risarcimento.

2. – Per essere «sociali», le «formazioni» alle quali la Costituzione assegna il ruolo di cui si discute non possono identificarsi con un semplice insieme di individui sia pure normativamente identificabile per caratteristiche distintive degli appartenenti; è condizione necessaria che dalla classe finanche legislativamente determinabile, e tuttavia ancora inanimata, si passi a un'aggregazione vitale, ispirata cioè da un autonomo sentimento civile condiviso. Il che occorre più normalmente quando attorno al nucleo degli interessi sostanziali della classe prende corpo un fenomeno associativo.

In base all'art. 18 Cost., infatti, «i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale»: la combinazione degli artt. 2 e 18, pertanto, consente, per un verso, di mantenere l'essenziale atipicità che deve caratterizzare le formazioni sociali (per struttura e per fine), e per altro la più efficiente vitalizzazione di quelle che altrimenti rimarrebbero classi di «singoli».

In particolare, la costituzione delle associazioni dei risparmiatori *traditi, truffati, sbancati* (o simili, secondo il lessico strepitoso dei media) è sembrata accelerare il sollevamento di quegli interessi in corso di addensamento al piano della realtà «politica, economica e sociale», e la rappresentanza degli stessi interessi, per il tramite associativo, è sembrata permettere l'inveramento, ancora su quel piano, di un'autentica «formazion(e) social(e)».

Del resto, l'atipicità della *formazione* impone in via di principio un giudizio attuale di meritevolezza, che non può che essere – in ultimo – *sociale*: come per l'art. 1322, 2° comma, c.c. «le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico», così il sindacato di meritevolezza sopra le formazioni, per via della loro immanente atipicità, non può non risultare che da un giudizio anche sociale (senza potersi arrestare, cioè, al piano dell'ordinamento giuridico).

Nella specie, il fondamentale riconoscimento di meritevolezza quale formazione sociale – dove si avviava la definizione degli interessi dei singoli risparmiatori ingiustamente depauperati a una qualche prestazione compensativa (*ristoro*) fino alla loro maturazione, lì indotta, in veri e propri diritti soggettivi (*indennizzo*) – può dirsi principiato (esattamente un anno fa) il 24 maggio 2018.

3. – Durante le consultazioni per la formazione del Governo, il Presidente del Consiglio incaricato, prof. Giuseppe Conte, diede personalmente conto, l'indomani in *Facebook*, di avere «incontrato una delegazione di risparmiatori che hanno sofferto per i default di alcune banche», assumendo che «queste persone (...) devono essere ascoltate dalle istituzioni. Sono persone che chiedono giustizia e che il loro risparmio venga tutelato come previsto dalla Costituzione», e infine aggiungendo di aver «loro (...) detto che la tutela dei loro risparmi, spesso frutto di sacrifici e una vita di lavoro (...) sarà uno degli impegni principali del Governo del cambiamento».

In effetti, per l'art. 47 Cost. «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare (...) al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese»; e per l'art. 117 «lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: (...) e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari».

Si tratta delle fonti superiori da cui discende univocamente il valore primario del «risparmio» (con la sua emergente alterità dall'«investimento azionario»), il dovere della «legislazione» di assicurarne «tutela» *ad hoc*, evidentemente additiva o differenziata da quella giurisdizionale in genere (che, almeno quanto alla modalità risarcitoria, «per i diritti e gli interessi dalla Costituzione dichiarati fondamentali» non sopporterebbe comunque di essere limitata⁽²⁾).

E proprio nella prospettiva di un'apposita tutela, non giurisdizionale, del risparmio il Legislatore si era fin lì provato nella cura dell'interesse comune alla classe «degli investitori che alla data (del 23 novembre 2015) detenevano strumenti finanziari subordinati emessi dalla Banca delle Marche Spa, dalla Banca popolare dell'Etruria e del Lazio – Società cooperativa, dalla Cassa di risparmio di Ferrara Spa e dalla Cassa di risparmio della provincia di Chieti Spa». In particolare, con la L. 28 dicembre 2015,

(2) Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184.

n. 208 (art. 1, comma 855 ss.) erano state dettate misure con le quali si assicuravano, per via di un «Fondo di solidarietà», «prestazioni, determinate in importi corrispondenti alla perdita subita, fino a un ammontare massimo», con «accesso alle prestazioni (...) riservato agli investitori che siano persone fisiche, imprenditori individuali, nonché imprenditori agricoli o coltivatori diretti».

Da quel momento in avanti aggregazioni di individui di tal guisa depauperati hanno preso a svolgere la loro peculiare identità in forme socialmente approvate e le loro istanze a manifestarsi in forme non più esaudibili *ex gratia* del sovrano.

4. – Con la Legge di stabilità 2016 aveva fatto, in realtà, ingresso nell'ordinamento una forma di tutela non giurisdizionale di interessi individuali qualificati; segnatamente, si assisteva al conio di «procedure di natura arbitrale», ricorrendo alle quali «la corresponsione delle prestazioni è(ra) subordinata all'accertamento della responsabilità per violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (...) nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento relativi alla sottoscrizione o al collocamento degli strumenti finanziari subordinati».

Nella sostanza, veniva disciplinata quale «modalità di ristoro del pregiudizio subito dall'investitore in ragione della violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza» (d.m. 9 maggio 2017, n. 83, *Regolamento disciplinante la procedura di natura arbitrale di accesso al Fondo di solidarietà*, in G.U. n.135 del 13-6-2017) l'ingresso in un arbitrato obbligatorio sopra una situazione giuridica non di diritto soggettivo. Di essa è stato correttamente detto che «non si rinviene, infatti, alcuna menzione relativa alla sussistenza di un previo diritto soggettivo, individuato quale oggetto di tutela dalla convenzione di arbitrato, e la determinazione conclusiva del procedimento arbitrale sembrerebbe elemento completivo della stessa fattispecie del ristoro, rendendo, soltanto dal lodo in avanti, la situazione soggettiva del ricorrente rilevante e tutelabile anche nell'ordinamento giurisdizionale»⁽³⁾.

Del resto, che fosse altro dal diritto sorto dalla «violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza» si rendeva evidente anche per la dichiarata intangibilità di un diritto del genere, espressamente «resta(ndo) salvo il diritto al risarcimento del danno» e

⁽³⁾ A. D'Angelis, in *Foro it.* 2019, I, 1428, in nota a App. Roma 23 gennaio 2019.

rimanendo «il Fondo di solidarietà (...) surrogato nel diritto dell'investitore al risarcimento del danno, nel limite dell'ammontare della prestazione corrisposta» (Legge di stabilità 2016, cit., art. 1, comma 860).

Ora, di questo «lodo non soggetto a deposito a norma dell'articolo 825 del codice di procedura civile, con il quale (si) determina la prestazione liquidandone l'ammontare» si può indubbiare la natura contrattuale⁽⁴⁾, finanche dissotterrando l'arnese sbilenco – una volta messo insieme dal Consiglio di Stato – del provvedimento amministrativo in forma arbitrale, ma può intanto convenirsi sulla circostanza che (altrove avendo provato a io stesso a contribuire all'idea) l'oggetto di un arbitrato è comunque integrabile da situazioni sostanziali anche diverse dal diritto soggettivo, inferiori per consistenza, ove perfino includere mere questioni o soli fatti.

Il che, nella costruzione legislativa di una tutela additiva del risparmio, ben consentiva di stabilire un arbitrato *ex lege* e una determinazione unicamente non giurisdizionale della prestazione di ristoro («non po(teva)no essere fatti valere, nei confronti del Fondo, titoli diversi da quelli accertati all'esito della medesima procedura»: art. 8, comma 1°, d.m. cit.); e il relativo pagamento, quando intervenuto, avrebbe al più conferito al futuro convenuto nell'azione di risarcimento del danno (quale «soggetto ritenuto responsabile»: art. 4, comma 2°, d.m. cit.) un'eccezione di *aliunde perceptum*.

Né l'alterità da un vero e proprio diritto soggettivo di tale pretesa al ristoro avrebbe, di per sé, impedito una successiva azione in giudizio (in grado di impugnazione) avverso il lodo eventualmente negativo o comunque non satisfattivo della pur manifestata aspirazione al ristoro: a parte, infatti, la riconducibilità dell'atto terminativo del procedimento arbitrale a elemento di mero completamento formale per la costituzione di un regolare diritto di credito nei confronti del Fondo (lodo, dunque, non quale accertamento di un previo diritto al ristoro, invero inesistente, ma senza del quale non si perfeziona l'obbligazione di pagamento (tant'è che «il lodo (avrebbe dovuto) essere pronunciato anche quando le parti conven[iva]no espressamente sul contenuto della prestazione dovuta»: art. 6, comma 3°, d.m. cit.), un'altra considerazione soccorre. Che, cioè, la tutela giurisdizionale *può* (ancorché tanto per Costituzione non sia costantemente esigibile) essere rivolta all'assolvimento di una funzione servente anche nei confronti di posizioni non immediatamente rilevanti per l'ordinamento

⁽⁴⁾ Per la quale v., comunque, P. Mazza, *L'arbitrato per l'accesso al Fondo di solidarietà istituito con l. 208/2015: natura e funzionamento*, in *Riv. arb.* 2019, 407 ss.

generale quando quest'ultimo intenda, con la somministrazione di una tutela siffatta e ulteriore *ratione materiae*, assicurare l'*enforceability* di situazioni di vantaggio pur inferiori per dignità alla soglia del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo.

5. – Formatosi il Governo nel corso della cui preparazione il giudizio di meritevolezza sociale delle formazioni ove si andavano svolgendo gli interessi sì economici ma assai spesso vitali dei singoli era intanto intervenuto; e realizzatasi ormai la soggettività politica di tali formazioni con la rispettiva legittimazione rappresentativa, doveva considerarsi giunto il tempo dell'evoluzione definitiva dell'aspirazione pretensiva: da tutela *octroyée* dell'interesse particolare a un ristoro a tutela giurisdizionale del diritto soggettivo all'indennizzo, questo il passo da compiere e in effetti compiuto.

Così, con la L. 30 dicembre 2018, n. 145 (art. 1, comma 493° ss.), si enuncia che «per la tutela del risparmio e per il rispetto del dovere di disciplinare, coordinare e controllare l'esercizio del credito è istituito un Fondo indennizzo risparmiatori (FIR)», che «eroga indennizzi a favore dei risparmiatori (...) che hanno subito un pregiudizio ingiusto da parte di banche e loro controllate aventi sede legale in Italia, poste in liquidazione coatta amministrativa dopo il 16 novembre 2015 e prima del 1° gennaio 2018, in ragione delle violazioni massive degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza, buona fede oggettiva e trasparenza, ai sensi del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58». Le prestazioni indennitarie, stavolta, non riguardano soltanto gli «obbligazionisti subordinati», ma anche gli «azionisti», sia pure in misura differente e a condizioni non esattamente corrispondenti.

Quel che più conta, però, è che, per un verso, quanti hanno sofferto di un «pregiudizio ingiusto» sono riconosciuti titolari di una più complessiva situazione soggettiva, in cui si riassumono sempre e comunque «diritti del risparmiatore» (comma 498°) sorti per via delle «violazioni massive degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza, buona fede oggettiva e trasparenza»; e, segnatamente, il *nuovo* diritto all'indennizzo oltre che il diritto al risarcimento del danno verso l'autore dell'illecito: diritto, questo nuovo (all'indennizzo), a sé stante, matura evoluzione del mero interesse a ristoro (altro da quello al punto che il precedente accertamento negativo in ordine alla spettanza del ristoro nemmeno potrebbe spiegare poi alcuna efficacia preclusiva: cfr. d.m. 10 maggio 2019, *Modalità di accesso alle prestazioni del Fondo indennizzo risparmiatori (FIR)*, in G.U. 11 giugno

2019, n. 135: art. 5, comma 2°), tant'è che viene ufficiosamente liquidato (senza, cioè, che occorra l'allegazione del controinteressato all'*aliunde perceptum*) «al netto di (...) ogni altra forma di ristoro, rimborso o risarcimento» (comma 499°).

Coerentemente, quindi, si procede alla liquidazione concorsuale dei diritti indennitari dei singoli attraverso «piani di riparto delle risorse disponibili», «previo accertamento (...) esclusivamente dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti (per coloro che) hanno diritto all'erogazione da parte del FIR di un indennizzo forfettario dell'ammontare determinato» (comma 502-*bis*).

È un quadro normativo, quello appena descritto, dal quale si fa evidente come l'incubatore della formazione, una volta ricevuta questa il sigillo di meritevolezza sociale dei fini, ha consentito lo sviluppo da quell'entità pretensiva poco più che embrionale nel corrente diritto soggettivo immediatamente tutelabile avanti al Giudice ordinario (senza possibilità di condizionare in nessuna misura l'accesso davanti a quest'ultimo).

Anzi, a meglio riflettere, la «tutela del risparmio» finisce, nelle nuove fattezze, per consentire un'ulteriore differenziazione, non meno interessante della progressione già indagata.

6. – Come visto, il titolo ultimo dell'attribuzione indennitaria sta «[n]elle violazioni massive degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza, buona fede oggettiva e trasparenza»: alla loro definizione ha quindi proceduto il d.m. 10 maggio 2019, cit.

Si tratta delle «violazioni individuali o di portata generale, di natura contrattuale o extracontrattuale, poste in essere anche con carattere di ripetitività e sistematicità, degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza, buona fede oggettiva e trasparenza, ai sensi del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria»; violazioni delle quali un'apposita Commissione «verifica la sussistenza» all'interno di tipologie esemplificate normativamente ma integrate, a cura della stessa Commissione, da ulteriori «criteri generali e linee guida per la tipizzazione delle violazioni massive, individuali o di portata generale, di natura contrattuale o extracontrattuale, e la corrispondente modulazione degli elementi oggettivi e/o soggettivi nonché dei periodi temporali di riferimento in presenza dei quali, anche tenendo conto delle diverse tipologie di violazione in concreto prese in esame, sussistono il danno subito da ciascun istante e il nesso causale tra le suddette violazioni e tale danno» (art. 7, comma 1°, lett. d).

Ora, viene il sospetto che la tutela del diritto all'indennizzo (oltre che naturalmente additiva, come riflesso speculare dell'aggiunta di un ulteriore diritto nel patrimonio dell'individuo che ha subito l'illecito) riesca ulteriormente differenziata e si risolva infine nel conferire agli «aventi diritto», per via normativa, una posizione equipollente di quella nella quale si sarebbero potuti trovare (ove fosse stata percorsa la via giudiziale di tutela) soltanto «con la sentenza che accoglie l'azione di classe» a norma dell'art. 840-*sexies* c.p.c., dove si «accerta che (sono stati) lesi diritti individuali omogenei; definisc(ono) i caratteri dei diritti individuali omogenei (e) la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità dei diritti», infine «dichiara(ndo) aperta la procedura di adesione e fissa(ndo) il termine perentorio (...) per l'adesione all'azione di classe da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei».

Se così è, neppure dubbio può essere che l'ulteriore sviluppo della posizione pretensiva fino a tale (iper-) «tutela del risparmio» sia stata la risultante del progressivo accreditamento delle «formazioni sociali» di riferimento, fino ad altri e più recenti giudizi di meritevolezza sanciti in prossimità dell'emanazione della normativa secondaria di cui si è appena detto.

7. – Infatti, preso forma di diritto all'indennizzo ciò che era niente più che aspirazione legittima a ristoro e interesse qualificato da una forma ottriata di tutela, è stata sancita per via normativa anche l'ulteriore differenziazione del diritto facendone avanzare il titolare nello stadio della tutela che si fa prossimo alla soglia di apertura di un'equivalente della «procedura di adesione» dell'azione di classe (si direbbe col lessico del c.p.c.), in cui, nell'ambito particolare, non rimane altro che «la Commissione tecnica approv(i) i piani di riparto delle risorse annuali del FIR sulla base delle istanze munite di idonea documentazione completa» e «ne dispon(ga) il pagamento».

In fondo, nell'azione di classe, per l'art. 840 *octies* (*Progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti*) non troppo diversamente si stabilisce che «entro il termine perentorio» si «predispone il progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti», e quindi – fermo che «nella procedura di adesione non sono ammessi mezzi di prova diversi dalla prova documentale» – «il giudice delegato, con decreto motivato, quando accoglie in tutto o in parte la domanda di adesione, condanna il resistente al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o di restituzione».

L'8 aprile 2019, il Presidente del Consiglio dei Ministri, prof. Giuseppe Conte, e il Ministro dell'Economia e delle finanze avevano promosso l'incontro con 19 associazioni di risparmiatori *traditi* e, in sostanza, concertato con la maggioranza di quelle i contenuti della normativa secondaria; il successivo 24 aprile il Commissario europeo per la concorrenza, Margrethe Vestager, avrebbe lei stessa ricevuto rappresentanti delle associazioni e concorso a sanare il dissenso della minoranza di queste attraverso l'assemblaggio di un c.d. «*compensation scheme*», dove ospitare distinti procedimenti di liquidazione degli indennizzi, uno «automatic(o)» e uno «*case-by-case*», dove si fa evidente la novazione del tema, che non è più di puro diritto sostanziale, ma ormai sul modo di essere della relativa tutela (procedurale).

8. – Non potrebbe essere stata meglio accreditata da altra vicenda, a mio avviso, l'ipotesi della formazione sociale come incubatore sempre attuale di situazioni giuridiche soggettive: l'atipicità strutturale e funzionale di quelle ne postula un essenziale giudizio di meritevolezza civile degli interessi, ma poi la sanzione positiva che la società e le relative istituzioni economiche, politiche e sociali eventualmente ne rilascino appare alimento determinante per l'affermazione di posizioni di vantaggio piene in capo ai singoli e di tutela eventualmente rafforzata delle stesse.

La narrazione mi pare riveli la costante fecondità di una clausola costituzionale aperta, qui certo agente secondo una tensione diversa e più convincente di «un apriscatole giuridico», secondo la definizione che pure ne era stata data l'indomani di applicazioni assai più discutibili⁽⁵⁾.

FERRUCCIO AULETTA

Professore ordinario nell'Università di Napoli Federico II

⁽⁵⁾ Cfr. Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, sulla quale v. R. Pardolesi, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.* 2014, I, 2039 s.