

IL DECRETO-LEGGE “SALVA BANCHE” AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di *Pierre de Gioia Carabellese e Camilla Della Giustina* (*)

Abstract: La composizione delle crisi bancarie ha visto nel panorama nazionale la propria gestione e risoluzione attraverso l’istituto del decreto-legge. La normativa sulla composizione delle crisi bancarie affonda le sue radici normative nelle disposizioni di origine europea, recepite nel sistema giuridico italiano attraverso i d.lgs. n. 180 e n. 181/2015. Dinanzi al dissesto di due istituti bancari, è stato emanato il d.l. n. 99/2017, le cui disposizioni sono state recentemente sottoposte a giudizio di legittimità costituzionale. L’obiettivo che si persegue, dunque, è quello di analizzare la recente pronuncia della Corte costituzionale che ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Firenze. Sebbene molto in dottrina si sia scritto, la sentenza n. 225/2022 rappresenta una ulteriore occasione per svolgere nuove e approfondite riflessioni in merito a una tematica trasversale. L’approccio seguito, infatti, è trasversale, ossia tra il diritto costituzionale e il diritto bancario, al fine di dimostrare come i confini giuridici tra i diversi settori disciplinari siano sempre più sfumati.

The Italian legal system has been fighting for a while the banking insolvencies, and the way they are handled, via the peculiar legislative instrument of the so called – and controversial – decree-law. Upon closer scrutiny, this national legislation lies on EU roots. The latter, dating back to 2014, is now encompassed within the Italian law as a result of legislative-decree no. 180 and 181 of 2015. On the wake of two major banks insolvencies, the Italian Government passed a decree-law no. 99/2017, whose legal provisions have been recently tested by the Italian Constitutional Court. In light of both this legislative framework and these notorious events of financial crises affecting the north-east of the country, one of the wealthiest ones, this contribution analyse, from both a constitutional perspective and an economic one, the very recent Court decision no. 225 of 2022. In doing so, the methodology adopted in this legal discussion is based on both constitutional and banking law, in order to ultimately highlight the even more blurred borders existing between these otherwise opposed fields of law.

Or ti fa lieta, ché tu hai ben onde: / tu ricca, tu con pace,
e tu con senno! / ... che fai tanto sottili / provvedimenti, ch’ a mezzo novembre / non giugne
quel che tu d’ottobre fili. / Quante volte, dal tempo
che rimembre, / legge, moneta, officio e costume /
hai tu mutato e rinnovate membre!

Dante, *Purg.* VI, 136-137, 143-147

Sommario: 1. *L’ordinanza di remissione del Tribunale di Firenze.* – 2. *La declaratoria di inammissibilità da parte della Corte costituzionale.* – 3. *L’asserita non violazione del diritto di difesa dinanzi a provvedimenti ex se violativi del diritto di difesa.* – 4. *La tutela del risparmio: l’eterna assenza/presenza.* – 5. *La tutela dei risparmiatori: la decisione della Corte costituzionale come “caso isolato”.* – 6. *Conclusioni: quale tutela per i diritti?*

1. *L’ordinanza di remissione del Tribunale di Firenze*

Nel giudizio incardinato presso il Tribunale di primo grado l’attore aveva convenuto Intesa Sanpaolo s.p.a. al fine di vedere dichiarata l’invalidità o l’inefficacia delle operazioni di acquisto di azioni emesse da Banca Popolare di Vicenza s.p.a. per violazione degli informativi *ex art.* 21 del t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (1) e art. 26 della deliberazione della Commissione nazionale per le società e la borsa (2) e, infine, dell’art. 1322 c.c. Questa disposizione civilistica viene invocata in quanto parte attrice evidenzia come Intesa Sanpaolo non abbia effettuato una adeguata verifica delle operazioni e, di conseguenza, chiede il risarcimento dei danni.

(*) P. de Gioia Carabellese è Fellow of Advance HE (York, UK), è professor (full) of Banking and Financial Law (Beijing Institute of Technology, Hong Kong Area) e Professor (full) of Business Law and Regulation (ECU, Australia); è anche Professor of Law in England dal 2017 (Huddersfield University); C. Della Giustina è PhD. candidate in Law (Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”) e Visiting Research Fellow alla Edge Hill University (UK).

Sebbene il lavoro sia il frutto di una analisi congiunta, i par. 3, 4 e 5 sono da attribuire a C. Della Giustina, mentre i par. 1, 2 e 6 sono da attribuirsi a P. de Gioia Carabellese.

(1) Più precisamente art. 21 Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52.

(2) Consob, delib. 1 luglio 1998, n. 11522, Adozione del regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari.

Intesa Sanpaolo aveva eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva; Banca Popolare di Vicenza s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa era intervenuta volontariamente in giudizio eccependo anch'essa il proprio difetto di legittimazione passiva (3).

Il giudice *a quo* rammenta che il d.l. n. 99/2017, per come convertito, richiama che lo stato di dissesto finanziario in cui versavano Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca imponeva di iniziare le procedure di liquidazione coatta amministrativa nei confronti della Banca Popolare di Vicenza s.p.a. e di Veneto Banca s.p.a. In questo scenario, il d.l. n. 99/2017, come convertito in legge, aveva consentito l'ordinato svolgimento delle operazioni di fuoriuscita dal mercato delle banche sottoposte a liquidazione coatta amministrativa al fine di evitare un grave turbamento dell'economia nell'area di operatività (4).

Nel ragionamento formulato dal Tribunale di Firenze veniva sottolineato come le finalità cui si è appena fatto riferimento siano state perseguite mediante l'imposizione ai liquidatori di cedere l'azienda, suoi singoli rami, beni, diritti e rapporti giuridici individuabili in blocco, attività e passività, anche parziali o *pro quota*, di uno dei soggetti in liquidazione o di entrambi a Intesa Sanpaolo (5).

L'aspetto problematico concerne il fatto che Intesa Sanpaolo s.p.a. avrebbe acquistato a un prezzo simbolico Banca Popolare di Vicenza s.p.a. e Veneto Banca s.p.a., depurate da qualsiasi criticità. Alla luce di questo, il Tribunale di Firenze individua un primo profilo di legittimità costituzionale, riferibile all'art. 4, cc. 1, lett. b) e d), e 3, e dell'art. 6 del d.l. n. 99/2017, per violazione degli artt. 2, 3, 23, 41, 42, 45 e 47 Cost., nonché all'art. 1 Prot. addiz. Cedue e all'art. 17 Cdfue.

Viene individuata, infatti, l'irragionevolezza delle norme indicate e il conseguente eccesso di potere legislativo poiché, in base al meccanismo progettato dal legislatore dell'urgenza, la liquidazione coatta amministrativa, affiancata

(3) Si tratta di un aspetto estremamente complesso e sul quale si sono registrate differenti posizioni sia in dottrina che in giurisprudenza. È stato evidenziato, infatti, che “sul tema, si rammenta che il controllo sulla sussistenza della *legitimatō ad causam* (attiva o passiva) si risolve nell'accertare se, secondo la prospettazione offerta dall'attore con la propria domanda, questo ed il convenuto assumano, rispettivamente, la veste di soggetto che ha il potere di chiedere la pronuncia giurisdizionale e quella di soggetto tenuto a subirla (*ex pluribus*: Cass., S.U., 16 febbraio 2016, n. 2951; Cass. 13 febbraio 2015, n. 2977). Nel caso di specie, l'attore ha evocato in giudizio Banca Intesa sul presupposto che la stessa sia subentrata all'originaria convenuta (Veneto Banca) nella titolarità delle passività oggetto del presente giudizio per effetto del d.l. n. 99/2017 e del contratto di cessione del 26 giugno 2017. Dunque, non vi è alcuna divergenza tra le domande azionate nei confronti di Banca Intesa e la prospettazione formulata da parte attrice, con conseguente rigetto dell'eccezione in esame. Distinto dalla legittimazione ad agire ed a contraddire è invece il profilo che attiene all'effettiva titolarità del diritto controverso”: Trib. Treviso, III Sez. civ., 4 febbraio 2019. Nella medesima direzione: “l'asserito difetto di legittimazione passiva – eccezione qualificabile come concernente l'asserito difetto di titolarità, dal lato passivo, del rapporto controverso”: Trib. Trani 15 maggio 2020, n. 787. Secondo la Suprema Corte si ha difetto di legittimazione passiva “laddove la società incorporata sia cancellata dal registro delle imprese, con conseguente sua estinzione”: Cass., Sez. trib., 10 dicembre 2019, n. 32208. Per valutare la sussistenza della legittimazione a contraddire, il giudice deve svolgere un'analisi circa la “titolarità passiva dell'azione e che, anch'essa, dipende dalla prospettazione nella domanda di un soggetto come titolare dell'obbligo o della diversa situazione soggettiva passiva dedotta in giudizio. Nel caso in cui l'atto introduttivo del giudizio non indichi, quanto meno implicitamente, l'attore come titolare del diritto di cui si chiede l'affermazione e il convenuto come titolare della relativa posizione passiva, l'azione sarà inammissibile”. A tal proposito le Sezioni unite distinguono tra legittimazione ad agire e titolarità del diritto sostanziale oggetto del processo. La conseguenza di questa distinzione è che “la legittimazione ad agire mancherà tutte le volte in cui dalla stessa prospettazione della domanda emerge che il diritto vantato in giudizio non appartiene all'attore. La titolarità del diritto sostanziale attiene invece al merito della causa, alla fondatezza della domanda. I due regimi giuridici sono, conseguentemente, diversi”: Cass., S.U., 16 febbraio 2016, n. 2951. Il Tribunale di Treviso ha precisato come «i profili inerenti la legittimazione attiva e passiva, da intendersi, al pari dell'interesse ad agire, quali condizioni dell'azione, ovvero come i presupposti indefettibili affinché il giudice possa pronunciarsi nel merito con effetti di giudicato sostanziale *ex art.* 2909 c.c. devono essere valutati unicamente in base in quanto affermato e vantato dall'attore nell'esposizione delle ragioni della propria domanda (è la ben nota – o almeno dovrebbe esserlo – teoria della prospettazione, da tempo pacifica nella miglior dottrina e avallata da consolidata giurisprudenza di legittimità (cfr. tra le tante Cass. civ., Sez. III, n. 14468 del 30 maggio 2008). In base a tale principio, questioni effettivamente rilevanti sulla legittimazione ad agire o a resistere (“*legitimatō ad causam*”) possono porsi in concreto soltanto quando, rispettivamente, l'attore faccia valere in nome proprio un diritto che riconosce altrui (in palese violazione del disposto dell'art. 81 c.p.c. e fuori dai tassativi casi ammessi di sostituzione processuale), ovvero pretenda di ottenere una pronuncia di merito contro il convenuto, pur deducendone al tempo stesso la relativa estraneità al rapporto sostanziale controverso. Dalla legittimazione così intesa va tenuta distinta la titolarità della situazione giuridica sostanziale, attiva e passiva, la cui contestazione si configura come una questione che attiene al merito della lite e rientra nel potere dispositivo e nell'onere deduttivo e probatorio della parte interessata. Ciò premesso, il principio di tendenziale coincidenza tra *legitimatō ad causam* e titolarità del rapporto sostanziale controverso esclude che, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge – le ipotesi tassative sono quelle di cui agli artt. 108 e 111 c.p.c. e 2900 c.c. e nessuna nuova previsione in tal senso è contenuta nel d.l. n. 99/2017 –, i privati possano disporre delle proprie situazioni giuridiche processuali indipendentemente dal trasferimento a titolo particolare del diritto controverso e possano quindi accordarsi per la cessione di “un contenzioso”, senza che a monte vi sia la successione nel credito o nella posizione contrattuale o, addirittura, stabilire secondo il proprio arbitrio chi debba resistere in giudizio, prescindendo dall'eventuale modificazione soggettiva, sul piano sostanziale, del rapporto controverso. In definitiva la legittimazione passiva spetta al convenuto per il semplice fatto di essere stato prospettato da chi agisce come l'autore della lesione alla situazione giuridica dedotta in giudizio o come il soggetto tenuto ad una determinata prestazione e, una volta instaurato in tali termini il rapporto processuale, nessuna delle parti può spogliarsi del ruolo assunto nella causa, se non disponendo, sul piano sostanziale, della situazione giuridica oggetto della lite»: Trib. Treviso, Sez. III, 4 maggio 2020.

(4) In altri termini, il decreto cui si è fatto riferimento conteneva la disciplina dell'avvio e dello svolgimento delle procedure e le relative modalità, nonché condizioni delle misure a sostegno delle banche coinvolte in conformità con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato.

(5) Essa è stata individuata in base alla procedura descritta dall'art. 3, c. 1, d.l. n. 99/2017.

dall'aiuto di Stato, ha gravato, alla fine, solamente su una categoria ristretta di soggetti e non sull'intera collettività. Nella medesima direzione viene evidenziato come i risparmi degli azionisti e dei creditori subordinati dei due istituti di credito sono, di fatto, stati trasferiti alla cessionaria (6).

Si è materializzato un aiuto di Stato che ha comportato, di fatto, una espropriazione senza indennizzo a favore di un soggetto privato e a esclusivo interesse di questo: non è stato previsto, infatti, un possibile ristoro per gli azionisti. Di qui la violazione dell'art. 42 Cost., dell'art. 1 Prot. addiz. Cedue e dell'art. 17 Cdfue. A ciò si aggiunge una violazione degli artt. 45 e 47 Cost., dato che il costo della crisi aziendale è stato fatto ricadere, *in primis*, sugli azionisti e sui detentori di obbligazioni subordinate delle due banche. Ulteriore disposizione costituzionale violata, secondo la ricostruzione fornita dal giudice *a quo*, è l'art. 23, poiché, in forza del meccanismo delineato dal d.l. n. 99/2017, è stata imposta agli azionisti e obbligazionisti subordinati una prestazione patrimoniale nell'interesse privato di una società con fini di lucro (7).

Infine, ulteriore profilo problematico attiene alla compressione se non azzeramento del diritto di difesa (8). L'art. 3, c. 1, lett. c), del d.l. n. 99/2017, nel delimitare l'oggetto della cessione, esclude espressamente "le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività" (9). A ciò si aggiunga che non è contenuta nel decreto-legge oggetto di disamina alcuna motivazione circa la disparità di trattamento cui sono soggetti i debiti delle banche esclusi dalla cessione.

2. La declaratoria di inammissibilità da parte della Corte costituzionale

Nell'articolare la propria decisione, il Giudice delle leggi prende le mosse dalle finalità, dichiarate nel preambolo del decreto-legge, poste a fondamento dell'intervento d'urgenza. La *ratio* che ha mosso il legislatore ad adottare il d.l. n. 99/2017 è da rinvenire nella necessità di provvedere a realizzare un "salvataggio pubblico" di Banca Popolare di Vicenza s.p.a. e Veneto Banca s.p.a., sottoposte a liquidazione coatta amministrativa. Il Governo, infatti, valutò necessario intervenire al fine di evitare che si realizzasse la distruzione del valore delle aziende bancarie coinvolte con relative perdite per i creditori non professionali chirografari. Questi ultimi, difatti, non sono né protetti né preferiti: in assenza dell'intervento d'urgenza si sarebbe materializzata una improvvisa cessazione dei rapporti di affidamento creditizio per imprese e famiglie, con conseguenti ripercussioni sul tessuto produttivo, sull'aspetto sociale e occupazionale.

Una volta precisato questo punto, la Corte costituzionale si addentra nella disamina delle questioni sollevate dal giudice ordinario. Esse vengono dichiarate inammissibili poiché totalmente carenti di motivazione circa i profili di rilevanza e di non manifesta infondatezza.

Nel ragionamento elaborato dalla Consulta, gli asseriti vizi di legittimità costituzionale risultano essere diretti a sindacare "il merito della scelta politica effettuata dal Governo per fronteggiare la crisi delle banche venete e non la legittimità costituzionale della disciplina in concreto adottata" (10). Questo si pone in contrasto con l'art. 28 della l. n. 87/1953 (11). Si deve aggiungere che l'ordinanza del giudice *a quo* non illustra né motiva la pregiudizialità delle questioni concernenti la definizione del giudizio principale. Più precisamente, l'asserita illegittimità degli aiuti di Stato è avulsa rispetto alle pretese avanzate nel giudizio *a quo*: esse attengono alla domanda risarcitoria proposta dall'attore nei confronti della cessionaria Intesa Sanpaolo s.p.a. (12). Nel testo della sentenza si legge, infatti, che le questioni sollevate nell'ordinanza di remissione sono lacunose e contraddittorie per come formulate: il giudice remittente, infatti, sempre nella ricostruzione della Corte costituzionale, non consente di individuare in modo chiaro e univoco l'intervento richiesto al fine di porre rimedio alla denunciata illegittimità costituzionale (13).

Nonostante tutto ciò, con riferimento alla violazione del diritto di difesa connesso alla delimitazione dell'oggetto della cessione, la Corte evidenzia come si tratti di una delimitazione oggettiva e inderogabile. In altri termini, è proprio l'ambito oggettivo del programma obbligatorio regolato dalle parti del contratto di cessione a far discendere "la

(6) Al contrario, questi avrebbero dovuto rimanere nella procedura di liquidazione per assorbire le perdite.

(7) Un'ulteriore frizione viene ravvisata rispetto agli artt. 3, 41 e 45 Cost. se rapportati alla ricapitalizzazione del Monte dei Paschi di Siena, la quale, sostanzialmente, ha "salvato gli azionisti".

(8) I parametri costituzionali invocati sono gli artt. 3, 24, 111 Cost., nonché l'art. 47 Cdfue.

(9) Oltre alle controversie rimangono esclusi "a) le passività indicate all'articolo 52, comma 1, lettera a), punti i), ii), iii) e iv), del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180; b) i debiti delle Banche nei confronti dei propri azionisti obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle Banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate, ivi compresi i debiti in detti ambiti verso i soggetti destinatari di offerte di transazione presentate dalle banche stesse".

(10) Considerato in diritto, n. 7.2.1.

(11) Si tratta della legge contenente le "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale".

(12) Sul punto, la Corte costituzionale sostiene che "l'ordinanza di remissione denota in proposito una insufficiente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio *a quo* e una incompleta ricostruzione del quadro normativo rilevante, il che comporta un difetto di motivazione sulla rilevanza": Considerato in diritto, n. 7.4.1.

(13) Non si desume "in maniera univoca, né dal dispositivo, né dalla motivazione dell'ordinanza di remissione, se il giudice *a quo* invochi una generale ablazione di tutti i casi esclusi dalla cessione, o, piuttosto, un intervento manipolativo-additivo che estenda la responsabilità della cessionaria rispetto alle pretese risarcitorie o restitutorie degli acquirenti di azioni emesse dalle due Banche venete": Considerato in diritto, n. 7.4.10.

individuazione della legittimazione passiva in capo alla convenuta Intesa Sanpaolo s.p.a., o, meglio, della riferibilità ad essa della titolarità sostanziale della posizione giuridica cui inerisce la pretesa dedotta in giudizio” (14).

La sentenza si chiude con la qualificazione delle disposizioni del d.l. n. 99/2017 come “norme-provvedimento”, dato che “si occupano di un singolo contratto, in quanto incidono sulla sola convenzione di cessione tra i commissari liquidatori delle due banche venete in l.c.a. e il soggetto individuato ai sensi dell’art. 3, comma 3, disciplinano un numero limitato di fattispecie e rivelano un contenuto concreto, ispirato da particolari esigenze, ponendo per tale singolo evento regole specifiche innovative nel sistema legislativo vigente” (15).

3. *L’asserita non violazione del diritto di difesa dinnanzi a provvedimenti ex se violativi del diritto di difesa*

La pronuncia della Consulta nel ritenere inammissibile le questioni di legittimità sollevate dal Tribunale di Firenze aderisce a una tesi presente in dottrina (16) circa la legittimità delle disposizioni contenute nel d.l. n. 99/2017. Tuttavia, nonostante l’articolata e autoreferenziale motivazione sembra dimenticare l’intensità dello scrutinio di legittimità costituzionale che dovrebbe svolgere proprio con riferimento alle c.d. norme-provvedimento o leggi-provvedimento.

Per costante giurisprudenza, sia costituzionale che amministrativa, il sindacato in materia di leggi-provvedimento appartiene alla Corte costituzionale. È proprio la legge a contenuto provvedimentale a far sorgere la giurisdizione della Corte delimitando gli ambiti di tutela del cittadino che risulta essere lesa dalla legge in questione. È proprio la caratteristica (17) del giudizio di legittimità costituzionale (18) a essere meno soddisfacente per il cittadino rispetto al sindacato che potrebbe essere svolto dal Giudice amministrativo. Ancora, è proprio la metodologia del giudizio di legittimità, “scrutinio stretto di costituzionalità” (19), a colmare un possibile *vulnus* di tutela giurisdizionale nei confronti del cittadino lesa da una norma-provvedimentale. Codesto “scrutinio stretto di costituzionalità” è da riferire sia al profilo della non irragionevolezza sia a quello della non arbitrarietà dell’atto (20), posto che al crescere del contenuto provvedimentale dell’atto legislativo oggetto del sindacato corrisponderà lo svolgimento di un giudizio maggiormente rigoroso a opera della Corte costituzionale (21).

(14) Considerato in diritto, n. 7.4.10.

(15) Considerato in diritto, n. 7.4.10; l’ordinanza di remissione, anche con riferimento a questo delicato aspetto, “non solo non dà conto di tale concatenazione di atti, ma, per l’effetto, omette del tutto di motivare sul nesso di condizionamento e sulle implicazioni che, dall’accoglimento delle questioni sollevate, deriverebbero sul rapporto contrattuale, che costituisce l’effettiva fonte regolatoria presupposta del rapporto dedotto nel giudizio principale”.

(16) In forza di questa ricostruzione, il d.l. n. 99/2017 non potrebbe ritenersi in contrasto con le disposizioni contenute nella Carta costituzionale italiana, dato che la sua emanazione è stata funzionale a tutelare il diritto al risparmio nonché a impedire un sacrificio importante al diritto al lavoro ex art. 4 Cost., visto il numero elevato di lavoratori impiegati presso le due banche. La tesi avanzata, in altri termini, precisa che lo scopo perseguito da questo decreto-legge-provvedimento è stato quello di “creare con la massima urgenza le condizioni affinché si renda economicamente possibile che un nuovo soggetto bancario possa realizzare la continuazione dell’attività bancaria la quale, altrimenti, con la sopravvenuta liquidazione sarebbe dovuta essere immediatamente interrotta con gravissime, non sostenibili conseguenze pregiudizievoli per l’intero sistema bancario ed economico del Paese ed assolutamente intollerabili per la popolazione e le imprese che si trovano nel territorio di prevalente insediamento delle due aziende bancarie”. P. Bonetti, *Brevi note sui profili costituzionali dell’interpretazione conforme del decreto-legge n. 99/2017 sulla liquidazione coatta amministrativa di due banche venete*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 10, 15.

(17) G. Pepe, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi provvedimenti*, in <www.federalismi.it>, 21 novembre 2017.

(18) Si ricorda che esso possiede, quale caratteristica peculiare, quella di essere ad accesso incidentale, di essere un sindacato di mera ragionevolezza, di non prevedere la sussistenza di misure cautelari, la mancata impugnazione della sentenza ed infine l’inutilizzabilità del rimedio risarcitorio.

(19) Non è mai stato definito, infatti “Difetta ancora nella giurisprudenza costituzionale un chiaro enunciato di quelli che sono i requisiti di un rigoroso scrutinio di costituzionalità e di quelli che sono, invece, gli elementi del generale controllo di ragionevolezza, come pure la formalizzazione di eventuali gradini intermedi, in questo campo”. A. Cerri, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. cost.*, 1999, 1137.

(20) Corte cost. 20 maggio 1998, n. 185; 2 luglio 2008, n. 241. In dottrina, A.M. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e società*, 1975, 561; A. Cerri, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Agg.*, vol. III, 18 ss.; A. Moscarini, *Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge*, Torino, Giappichelli, 1996, 9 ss.; A. Porporato, *Sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi-provvedimento: il controllo stretto di ragionevolezza*, in *Giust. civ.*, 2005, 539.

(21) “Il diritto di difesa concesso ai soggetti espropriati non risulterà annullato, ma verrà a connotarsi secondo il regime tipico dell’atto legislativo adottato, trasferendosi dall’ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale”: Corte cost. 9 gennaio 1997, n. 2. Nella medesima direzione, il Tar Lazio ha sostenuto che la tutela del cittadino risulta essere rafforzata dal sindacato svolto dalla Corte costituzionale posto che, il “sindacato costituzionale di ragionevolezza” sarebbe “ancora più incisivo di quello giurisdizionale sull’eccesso di potere” poiché, così facendo, l’ordinamento attribuirebbe “al privato, seppur nella forma indiretta della rimessione della questione da parte del giudice amministrativo, una forma di protezione ed una occasione di difesa pari (se non maggiore) di quella offerta dal sindacato giurisdizionale”: Tar Lazio, 21 aprile 2008, n. 3356. Più recentemente, il Giudice delle leggi ha precisato che non è preclusa alla legge ordinaria o regionale la possibilità di disciplinare materie che normalmente sono affidate all’autorità amministrativa. In detta ipotesi, non si realizzerebbe un *vulnus* al diritto di difesa del cittadino, poiché lo stesso troverà soddisfatta la propria tutela sul piano della giurisdizione costituzionale e non su quello della giurisdizione amministrativa: Corte cost. n. 289/2010. Nonostante la chiara e costante posizione assunta dalla giurisprudenza, sia costituzionale che amministrativa, si ritiene che il sindacato che può essere svolto dal giudice amministrativo debba essere ritenuto più intenso rispetto a quello che viene effettuato in sede di giudizio di legittimità costituzionale almeno per due motivi. In primo luogo, il giudice amministrativo possiede una maggiore attitudine nel sezionare l’esercizio della funzione

Dato che solamente in rare ipotesi ci si è trovati dinnanzi a uno scrutinio “stretto” (22), nel caso oggetto di analisi si può addirittura arrivare a sostenere che lo scrutinio sia stato inesistente. Da qui, dunque, non solo una violazione del diritto di difesa per come è formulato il testo del d.l. n. 99/2017 (23), ma anche per l’assenza di un controllo da parte del giudice proprio delle leggi-provvedimento.

L’aspetto che si vuole evidenziare è che, a seguito della sentenza n. 225/2022 della Corte costituzionale, ci si trova dinnanzi a un paradosso. Dalla giurisprudenza costituzionale precedente sembrava possibile estrapolare una “teoria” in base alla quale, posto che le leggi-provvedimento rappresentano un maggiore rischio di incostituzionalità (24), rispetto a esse è necessario effettuare il c.d. “scrutinio stretto” (25).

Con la sentenza n. 225/2022 la Corte è come se rinunciasse a svolgere questo scrutinio sulla scorta dell’unico assunto secondo cui l’urgenza del provvedere è motivo assorbente di qualsivoglia altra questione di legittimità costituzionale. Si tratta di una argomentazione non condivisibile, poiché si ritiene che la stessa confonda due aspetti che, nonostante siano connessi tra di loro, è necessario trattare separatamente. Precisamente, viene sostenuto che il d.l. n. 99/2017 deve ritenersi conforme a Costituzione in quanto lo stesso è stato adottato per evitare “gravi perdite per i creditori non professionali chirografari, che non sono protetti né preferiti, e imporrebbe una improvvisa cessazione dei rapporti di affidamento creditizio per imprese e famiglie, con conseguenti forti ripercussioni negative sul tessuto produttivo e di carattere sociale, nonché occupazionali” (26). In altri termini la problematica non concerne l’esistenza delle condizioni previste dall’art. 77, c. 2, Cost. necessarie per adottare un decreto-legge, ossia “casi straordinari di necessità e di urgenza”, ma la portata delle disposizioni contenute nello stesso decreto-legge. Alla luce di questa riflessione risulta essere scorretto confondere un aspetto puramente formale con un aspetto contenutistico formato dalla portata delle disposizioni stesse contenute nel decreto adottato (27). Come è stato osservato dalla dottrina, «la stonatura del decreto-legge rispetto all’armonia costituzionale pare insistere soprattutto sulla contrapposizione tra il profitto dell’acquirente da un lato e, dall’altro, non già un’inesigibile sua “ragionevolezza” o “parità di trattamento” indistinta ed aprioristica

amministrativa accompagnato da un vasto insieme di poteri istruttori e di cognizione. Lo sviluppo degli studi che sono stati effettuati rispetto al vizio di eccesso di potere ha indotto il giudice amministrativo a svolgere una indagine maggiormente approfondita circa la funzione amministrativa, alla quale si ricollega un potere che può essere definito come pieno e diretto per quanto concerne l’accesso al fatto. In secondo luogo, il sindacato della Corte risulta essere perimetrato ai soli profili di irragionevolezza e di arbitrarietà dell’atto amministrativo. A ciò si deve aggiungere che il giudizio di legittimità costituzionale di un atto legislativo non solo possiede un ambito ridotto, ma si traduce in valutazioni che arrivano a sanzionare solamente i casi limite; in più, la Corte costituzionale possiede dei poteri cognitivi limitati di accesso al fatto, fa ricorso a uno strumentario istruttorio limitato e, infine, non può adottare misure cautelari e nemmeno condannare al risarcimento del danno. Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 66.

(22) “Si è ben lontani dal rilevare che la Corte abbia innescato un penetrante e sostanziale controllo sulla correttezza dell’esercizio del potere legislativo, che consenta di verificare direttamente l’attendibilità del giudizio tecnico adottato dal legislatore”: F. Zammartino, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in <www.rivistaaic.it>, 4 dicembre 2017, 24. Cfr. A. Cerri, *Scrutinio più o meno rigoroso*, cit.; F. Ferrari, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento (nota a C. cost. n. 116 del 2020)*, in <www.forum-costituzionale.it>, 4 agosto 2020; D. Belvedere, *Lo scrutinio di costituzionalità delle leggi provvedimento: variabilità della soluzione ed “evanescenza” dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale. Nota a Corte cost. n. 289/2010*, in <www.rivistaaic.it>, 15 dicembre 2010; A. Cardone, *Le leggi-provvedimento e le leggi auto applicative*, in R. Romboli (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Esi, 2006, 394 ss.; G.U. Rescigno, *Ancora sulle leggi-provvedimento, sperando che la corte cambi opinione*, in *Giur. cost.*, 2008, 2882; L. Carlassare, *Garanzia dei diritti e leggi-provvedimento*, ivi, 1986, 1493; G. Fontana, *Legge provvedimento regionale contra personam e scrutinio stretto di costituzionalità: un’occasione mancata*, ivi, 2014, 3786.

(23) “Nel caso di specie atteso che l’art. 3, c), del d.l. 99/2017, come si è spiegato sopra, incide su uno dei presupposti delle azioni fondate su rapporti pendenti, alterando la legittimazione passiva di esse, in contrasto con le regole generali e in danno dei clienti dell’istituto di credito, per di più in base ad un criterio, di carattere temporale, sul quale essi non hanno nessuna possibilità di influire”: Trib. Verona, Sez. III, 11 febbraio 2020. In dottrina è stato sostenuto che «la cessionaria d’azienda sia certamente legittimata passiva sostanziale rispetto a domande di impugnativa negoziale aventi ad oggetto rapporti contrattuali ceduti pena una intollerabile compressione del diritto di azione ex art. 24 Cost., la cessionaria non potrà fondatamente sottrarsi a domande di impugnativa negoziale aventi ad oggetto contratti “pendenti” in cui essa sia subentrata, e al tempo stesso, indebitamente giovare della applicazione di clausole nulle o viziate nei rapporti con la clientela»: M. Stella, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del D.lgs. 180/2015 e del D.l. 99/2017 cd. “banche venete”*, Canterano, Aracne, 2018, 228.

(24) È stato sottolineato che, qualora venisse costituzionalizzato il principio del giusto procedimento amministrativo, esso produrrebbe due effetti in relazione alle leggi-provvedimento: la illegittimità costituzionale di esse, anche con riferimento a quelle statali, e la marginalizzazione, se non eliminazione, della problematica. B.G. Di Mauro, *Una nuova stagione per le leggi provvedimento? Le leggi provvedimento nel panorama sociale e giuridico italiano dalla prospettiva dei diritti: dall’erosione del sindacato stretto di costituzionalità alla slatentizzazione della riserva di amministrazione?*, in *PA Persona e amministrazione*, 2021, 2, 315. In altri termini, “è come se vi fosse un doppio livello di astrazione: un primo, secondo cui le leggi-provvedimento sono intrinsecamente sospette, ed un secondo, che disinnesci il primo, che si fonda sull’idea per cui non vi è limite sostanziale alla funzione legislativa e, dunque, all’ammissibilità delle leggi-provvedimento”: A. Turturro, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, in <www.gruppodipisa.it>, 18 settembre 2015.

(25) C. Della Giustina, *Legge-provvedimento e difetto assoluto di giurisdizione per il giudice amministrativo. Il diritto di difesa nel sistema delle leggi provvedimento tra orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in <www.amministrativamente.com>, 2022.

(26) Preambolo del d.l. n. 99/2017.

(27) C. Della Giustina, *Profili di illegittimità costituzionale dei decreti-legge “salva banche”. Due esempi paradigmatici*, in <www.nomos-leattualitaneldiritto.it>, 9 ottobre 2020.

rispetto alle posizioni cedute, bensì e più pregnantemente la tutela degli inviolabili principi costituzionali di uguaglianza e di giustizia sostanziali» (28).

4. La tutela del risparmio: l'eterna assenza/presenza

La disposizione costituzionale cui fare riferimento è l'art. 47 Cost. il quale, collocato tra le disposizioni della Costituzione economica (29), rappresenta una norma di difficile interpretazione a causa della sua genericità. Le formule linguistiche utilizzate dall'Assemblea costituente, infatti, non solamente risultano essere evanescenti ma ne rendono difficoltosa, altresì, la relazione con altri istituti della Costituzione economica (30), rispetto ai quali è necessario operare un'azione di bilanciamento (31).

L'interpretazione da fornire alla disposizione secondo cui “la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito” sembra essere quella di porre al centro della protezione il risparmio non in sé e per sé considerato, ma in quanto correlato al credito. Risparmio (32) e credito, infatti, rappresentano delle componenti essenziali e imprescindibili del ciclo finanziario poiché posti a presidio della garanzia della liquidità monetaria e del complessivo equilibrio economico ordinamentale (33). A ciò si deve aggiungere la disposizione del secondo comma, la quale non possiede l'obiettivo di tutelare un *surplus* di ricchezza individuale, secondo un'accezione strettamente statica, ma quello che si realizza in una componente dinamica del processo economico, diretto, cioè, a realizzare un aumento di ricchezza complessiva (34).

Parte della dottrina ha, di conseguenza, ritenuto che l'art. 47 Cost. assuma una vocazione finalistica in un duplice senso. In primo luogo, fornisce protezione al risparmio popolare, cioè un risparmio di piccole dimensioni e che possiede un lento processo di formazione. In secondo luogo, incentiva l'agevolazione del risparmio in beni ritenuti sia socialmente che economicamente rilevanti come, ad esempio, l'abitazione, la proprietà coltivatrice, l'investimento azionario (35).

Per quanto attiene alla portata della disposizione costituzionale in esame, è stato sostenuto che essa enuncia, solamente in via programmatica, un principio-valore (36) che, nonostante possieda un rilievo primario, non si è tradotto in una precettività concreta (37). La disposizione *de qua*, infatti, non impone delle regole di comportamento vincolanti per specifici e individuati destinatari, siano essi pubblici o privati.

Si deve precisare che, nonostante quanto appena riportato, nell'assetto delineato dal Costituente il risparmio e il credito possedevano una vocazione intimamente pubblicistica e non una declinazione in senso privatistico, connessa a

(28) E. Cacciatore, *Riflessioni sull'efficacia verso i terzi del contratto di cessione previsto dal Decreto “Salva Banche Venete”*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 4, 6.

Oltre a questo, è stato sottolineato che la Costituzione italiana tutela la libertà contrattuale preordinata all'esercizio dell'iniziativa economica a condizione che la medesima iniziativa economica riceva la medesima protezione. V. Roppo, *Il contratto e le fonti del diritto*, relazione al convegno “Immagini contemporanee delle fonti del diritto tra memorie storiche e scenari futuri”, Pisa, 1-3 marzo 2001, in *Pol. dir.*, 2001, 529.

(29) F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. I, *La Costituzione economica*, Padova, Cedam, 1977; S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 5^a ed.

(30) F. Merusi, *Art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1980, 153. In dottrina è stato sostenuto che la tutela del risparmio non deve essere interpretata come un “valore costituzionale isolato” ma quale valore che emerge da un sistema complesso che, per il tramite delle disposizioni contenute nella Costituzione economica, produce dei riflessi sul rapporto risparmio-credito, sulla liquidità monetaria e su altre fondamentali disposizioni costituzionali come l'art. 36, l'art 53 e l'art. 81 Cost.

(31) M. Midiri, *I rapporti economici nella Costituzione italiana*, in G. Lemme (a cura di), *Diritto ed economia di mercato*, Padova, Cedam, 2014, 97 ss.: l'Autore evidenzia che nelle costituzioni pluraliste i principi e i beni tutelati non sono organizzati secondo un ordine gerarchico ma sono posti uno accanto all'altro.

(32) Per un approfondimento, G. Dell'Amore, *La natura economica del risparmio*, Milano, Giuffrè, 1962, 647 ss.; Id., *Economia del risparmio familiare*, cap. I, Milano, Giuffrè, 1972, 2^a ed.; L. Lenti, voce *Risparmio*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, 152.

(33) M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, Cedam, 1940, 707 ss.; Id., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 5, 106; G. Vignocchi, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, Giuffrè, 1968; M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969; M. Porzio, *Il governo del credito*, Napoli, Liguori, 1976; P. Vitale, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, Giuffrè, 1977; F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, Giuffrè, 1978; S. Cassese, *La divisione del lavoro bancario. Distribuzione funzionale e territoriale del credito dal 1936 ad oggi*, in *Economia italiana*, 1983, 375.

(34) A. Cerri, A. Baldassarre, *Interpretazione dell'ordinanza di rimessione, tutela del risparmio, decreti legislativi vincolati*, in *Giur. cost.*, 965, 824; S. Ortino, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, Pacini, 1979.

(35) *Ibidem*, 824. Viene evidenziato che il comma secondo dell'art. 47 Cost. possiede il carattere di norma particolare ed esemplificativa e non di specificazione del primo comma.

(36) In tal senso V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 34. G. Falsitta, *Lo “scippo” del governo Amato salvato dalla Consulta*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, II, 476. In senso contrario, D. Rossano, *La nuova regolazione delle crisi bancarie: risoluzione e tecniche di intervento*, Torino, Utet, 2017; G. De Minico, *La Costituzione difende il risparmio. E il legislatore?*, in <www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

(37) M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977, 205; v. anche G. Gandolfi, *Legge bancaria e Costituzione*, in *Giur. it.*, 1975, IV, 1.

interessi che si esauriscono nella sfera privata (38). Il cuore pulsante del valore è, quindi, l'interesse pubblico il quale, a sua volta, si rapporta con altri campi di indagine al fine di definire gli spazi di intervento pubblico in funzione di tutela e di promozione dei valori che gli aspetti privatistici esprimono (39).

Nonostante quanto esposto sia corretto, è doveroso evidenziare che se la tutela del risparmio, al tempo della formulazione dell'art. 47 Cost., era stata plasmata come riferibile alla sola salvaguardia dei depositi di carattere monetario contro l'inflazione e i dissesti bancari, attualmente le operazioni finanziarie sono estremamente complesse. Viene, di conseguenza, richiesta ed imposta una differente modalità di vigilanza e controllo da attuare sulle transazioni ad alto livello di rischio. A questo si deve aggiungere che, a partire dagli anni Novanta, a causa dell'influenza dell'ordinamento comunitario (40), il sistema finanziario italiano ha subito delle trasformazioni che hanno fornito una connotazione privatistica della tutela poiché focalizzate sui risparmiatori piuttosto che sul risparmio in sé e per sé considerato (41). L'idea alla base è che i risparmiatori agiscono all'interno di un contesto economico-finanziario che è basato sulla libera circolazione di capitali, per come emerge dal quadro europeo, muovendosi nel quale hanno un accesso libero a tutte le tipologie di strumenti finanziari esistenti sul mercato. Proprio alla luce di queste considerazioni, la tutela deve essere incentrata sul risparmiatore in quanto investitore (42).

L'asse interpretativo in materia di risparmio e di credito si è spostato, *ergo*, da un piano pubblicistico ad uno maggiormente privatistico, ossia non più attento alla funzione sociale di tutela del risparmio ma incentrato su aspetti attinenti all'attività di impresa (43). La tutela apprestata e riconosciuta al risparmiatore possiede dei connotati finanche soggettivi e privatistici, poiché diretta a proteggere il risparmiatore quale investitore inconsapevole (44) e non un

(38) Dal dibattito nato in seno alla Costituente parte della dottrina ha evidenziato che la formulazione contenuta nel secondo comma dell'art. 47 Cost. deve essere interpretata come meramente esemplificativa. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, vol. I, Padova, Cedam, 2003, 146. M. Atripaldi, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47, II comma, Cost.*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014.

La ragione di questa affermazione affonda le proprie radici nell'esigenza di tutelare quei risparmi che, proprio per il loro essere esigui e di lenta formazione, trovano maggiori difficoltà ad essere investiti in azioni. Il risparmio popolare, infatti, viene interpretato come il risparmio del lavoratore, da contrapporre a quello dello speculatore.

(39) S. Dettori, A. Zito, *Risparmio (tutela del)*, in G. Greco, M. Chiti (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, 1731 ss.; C. Buzzacchi, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in <www.costituzionalismo.it>, 29 febbraio 2016. G. Cerrina Feroni, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, Torino, Giappichelli, 2011, 2 ss.

(40) Il riferimento va alle direttive 93/6/Cee e 93/22/Cee: direttiva 93/6/Cee del Consiglio in data 15 marzo 1993, relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, e direttiva 93/22/Cee del Consiglio in data 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari.

(41) F. Zatti, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Napoli, Jovene, 2010, 1479 ss.

(42) O. Pini, *La precettività del valore del risparmio nella tutela del risparmiatore o "consumatore di servizi finanziari". Un focus sul riparto tra Consob e Agcm in materia di pratiche commerciali sleale*, in <www.rivistaaic.it>, 18 maggio 2019. La protezione dei risparmiatori, intesi come investitori, prende le mosse dall'introduzione nell'ordinamento giuridico di regole di comportamento degli operatori nella convinzione che le crisi sistemiche possano essere imputate ad eventi che possiedono origine microeconomica. Parte della dottrina ha sostenuto che «l'assimilazione del risparmiatore alla figura del consumatore – per quanto entrambi soggetti considerati "deboli" e oggetto di specifica tutela – è, a ben vedere, del tutto paradossale, data la contraddittorietà intrinseca, originaria, dei due termini»: C. Pagliarin, *Le radici costituzionali della tutela del risparmio*, in *Banca impr. società*, 2021, 42.

(43) In tal senso un riferimento va al d.l. n. 3/2015, "Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti", come convertito in l. n. 33/2015. In sede di sindacato di legittimità costituzionale, la Corte costituzionale è pervenuta a sostenere che la disciplina in esame rinviene la propria giustificazione in tre aspetti: 1) nell'esigenza di rafforzamento patrimoniale, di competitività e di sicurezza delle banche popolari; 2) nell'adeguamento del sistema bancario nazionale ad indirizzi europei ed internazionali; 3) negli effetti conosciuti della crisi economica e finanziaria. Nel ragionamento portato avanti dalla Consulta, le finalità appena indicate devono ritenersi come prevalenti rispetto agli scopi solidaristici, alle esigenze di utilità sociale e alla funzione sociale dell'iniziativa economica legata al modello caratteristico della banca popolare. Si tratta di aspetti che appaiono come sacrificati dalla riforma in questione a favore di concentrazioni bancarie forti ritenute funzionali rispetto alle dinamiche derivanti dalla globalizzazione, dalle esigenze di accentramento a livello europeo dei poteri di regolazione, di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie. Per il Giudice delle leggi, difatti, le misure contenute nelle fonti normative richiamate si tradurrebbero in "misure di promozione della competizione tra imprese attraverso l'eliminazione di limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale", con finalità di garanzia della maggior competitività e conseguenti ricadute positive su operatori di settore e risparmiatori: Corte cost. n. 287/2016. Sempre con riferimento alla riforma delle banche popolari, la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 99/2018, arrivando a precisare che la soluzione fatta propria dal legislatore nazionale deve essere ritenuta legittima costituzionalmente perché "in primo luogo, essa risulta legittima: è infatti conforme alle condizioni richieste inderogabilmente dalle regole prudenziali europee, che escludono fra l'altro, nello specifico, qualsivoglia discrezionalità del legislatore nazionale nella scelta delle misure appropriate per assicurare il loro rispetto. In secondo luogo, per le ragioni ampiamente esposte sopra, la disciplina appare necessaria al perseguimento dei superiori interessi pubblici alla stabilità del sistema bancario e finanziario e tanto più appare tale nel caso delle banche popolari nel quale il rischio di recessi in grande numero e di rimborsi conseguentemente di ampie dimensioni può mettere gravemente a repentaglio la stabilità delle banche interessate e, con esse, dell'intero sistema. La disposizione censurata risulta inoltre proporzionata al fine da realizzare, bilanciando in maniera non irragionevole le esigenze dell'interesse generale della comunità e la tutela dei diritti fondamentali della persona, e ciò senza oneri individuali eccessivi".

(44) Autorevole dottrina ha ricordato che spesso i risparmiatori sono indotti dagli intermediari a sottoscrivere forme rischiose di raccolta del risparmio, peraltro, sulla base di informazioni fuorvianti e lacunose. F. Salmoni, *Crisi bancarie e incostituzionalità del bail-in*, in

risparmiatore generico. Il nuovo assetto di tutela risente anche dell'influenza delle disposizioni normative che introducono non solo delle forme di vigilanza prudenziale, ma anche obblighi informativi e doveri di affidabilità degli operatori (45).

Poste le differenti trasformazioni del sistema nazionale, per effetto non solo dell'influenza delle regole di origine europea ma anche per quanto attiene al mutamento del sistema finanziario stesso, è opportuno interrogarsi sulla tenuta costituzionale del risparmio. La riflessione è supportata dall'obiettivo di offrire nuove tutele che possano valorizzare la portata della disposizione costituzionale soprattutto alla luce dell'evoluzione del mercato e del sistema finanziario (46). In dottrina è stato evidenziato che la normativa posta a presidio della tutela del risparmio varia a seconda di tre parametri: a) quello economico, riferibile al grado di sviluppo del sistema economico-finanziario nel quale il risparmio viene accumulato; b) quello politico, intimamente connesso alla tipologia di forma di Stato e alla concezione che in funzione di questa può assumere il risparmio; c) la conformazione propriamente giuridica che può essere assunta dal risparmio.

Da un punto di vista storico, i primi provvedimenti normativi e regolamentari adottati in tema di risparmio coincidono con una trasformazione profonda della stessa forma di Stato. Durante la vigenza dello Statuto Albertino, la tutela del risparmio integrava un fine dello Stato totalitario poiché funzionale sia alla realizzazione di obiettivi di tenuta del sistema politico di regime sia di reazione e contrapposizione al sistema capitalistico di mercato (47). L'approvazione di Provvedimenti per la tutela del risparmio del 1926 (48) si inserisce in un contesto economico-finanziario incentrato sul sistema bancario che, a sua volta, a partire dagli anni Ottanta del XIX secolo, risulta essere oggetto di numerose crisi "concentrate e violente degli operatori bancari" (49). In questo contesto il legislatore ha dato origine ad uno statuto speciale dell'impresa bancaria mediante l'introduzione di norme rivolte, specificatamente, alla "società ed altri enti esercenti il credito" (50), alle "ditte bancarie in genere, sia nazionali che straniere, le quali raccolgano depositi" (51), con l'obiettivo finale di tutelare i risparmiatori nell'interesse "generale del credito e dell'economia nazionale" (52).

Nel sistema appena descritto i risparmiatori sono i depositanti e, di conseguenza, le tutele apprestate ai depositanti e ai risparmiatori "tendenzialmente coincidono nel senso che entrambi si riconducono alla solvibilità dell'impresa bancaria e [...] quest'ultima deve essere perseguita nell'interesse dello sviluppo dell'economia reale" (53).

Il mercato immobiliare e quello assicurativo non risultano essere destinatari di alcun intervento legislativo, posto che il risparmio finanziario dei soggetti privati risulta essere affidato allo Stato e ad altre imprese tramite la sottoscrizione di titoli pubblici e l'apertura di depositi bancari. La funzione del risparmio viene vissuta, durante gli anni della Grande Depressione del 1929, come strumento fondamentale di risoluzione della crisi stessa nonché come elemento

Percorsi costituzionali, 2017, 285; M. Pellegrini, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in F. Capriglione (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, Cedam, 2015, 547 ss. Altra parte della dottrina ha sostenuto che la chiave di volta della disciplina italiana ed europea è quella di identificare la tutela del risparmiatore con la somministrazione di informazioni precontrattuali arrivando a disciplinare "soprattutto le tecniche di negoziazione e non i singoli contratti che ne risultano": A. Gentili, V. Cintio, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contratto e impr.*, 2018, 180. L'aspetto importante diviene il corretto funzionamento del mercato quale obiettivo della trasparenza contrattuale: questi elementi divengono dei fattori idonei a realizzare una forma di tutela indiretta e funzionale al nuovo assetto del mercato finanziario. A. Antonucci, *Le regole del mercato finanziario: la tutela del risparmiatore tra passato, presente e futuro*, in *Ianus*, 2019, 19, 27. È stato sostenuto che «il concetto è questo: la difesa del risparmio si compie fondamentalmente in due modi; da un lato, con particolari salvaguardie della stabilità delle istituzioni finanziarie, quando il risparmio viene da esse direttamente investito; da un altro lato, con particolari garanzie che l'investitore-risparmiatore sia pienamente informato sulle caratteristiche e i rischi dei prodotti in cui investe il proprio risparmio. A queste due modalità corrispondono spesso due tipologie di risparmiatori; si parla di "risparmiatore inconsapevole" e di "risparmiatore consapevole". Quando il grigiore del linguaggio politicamente corretto non aveva ancora preso il sopravvento, si parlava di "vedove e orfani" per la tutela del risparmio inconsapevole e di investitori professionali per quello "consapevole", persone che avevano solamente bisogno di essere informate adeguatamente sul loro investimento e poi decidevano quali rischi assumere. *Stabilità e trasparenza* sono diventate le due parole che esprimono le due maniere complementari di tutelare il risparmio». T. Padoa-Schioppa, *La riforma delle autorità indipendenti*, in <www.astrid-online.it>, 19 febbraio 2007.

(45) L'impostazione appena richiamata ricorda la tutela che viene offerta al consumatore quale parte debole del rapporto con il professionista. A corroborare la tesi appena esposta è la considerazione secondo cui l'assenza di un diritto costituzionale del risparmio a livello europeo produce quale conseguenza l'assimilazione del risparmiatore con il consumatore, portando a qualificare il primo come un "consumatore di servizi finanziari". G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 62 ss.

(46) O. Pini, *op. cit.*, 209.

(47) Riflessioni di G. Dossetti sul "finalismo statale" formulate nella relazione *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno* (Atti del III Convegno nazionale di studio dell'Unione giuristi cattolici italiani, Roma, 12 novembre 1951), Roma, Studium, 1961.

(48) R.d.l. 7 settembre 1926, n. 1511, recante "Provvedimenti per la tutela del risparmio" e relativo regolamento attuativo (r.d.l. 6 novembre 1926, n. 1830, convertito in l. 23 giugno 1927, n. 1108, "Norme regolamentari per la tutela del risparmio").

(49) R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, il Mulino, 2007, 38.

(50) Art. 1 r.d.l. 7 settembre 1926, n. 1511, recante "Provvedimenti per la tutela del risparmio".

(51) *Ibidem*.

(52) R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 39.

(53) *Ibidem*.

fondamentale per la vita economica e civile di tutti i Paesi, essenziale per la ripresa economica di tutte le attività produttive dello Stato (54).

Il passaggio allo Stato democratico e sociale indica un ulteriore mutamento dell'assetto istituzionale posto alla base della tutela del risparmio e del credito. Esso deve essere rapportato sia con la creazione di un Comitato interministeriale per il credito e per il risparmio, sia con l'affidamento alla Banca d'Italia delle funzioni di vigilanza del sistema creditizio e di un mercato finanziario ancora in divenire. Il vero punto di svolta, per quanto attiene all'ordinamento finanziario e bancario, si ha con l'adesione al Trattato di Maastricht del 1992, a partire dal quale inizia un cambiamento circa l'interpretazione dei principi fondanti la Costituzione economica (55). A seguito di detta adesione, precisamente, i due pilastri costituzionali dell'ordinamento finanziario italiano (56) vengono affiancati da altri due aventi natura comunitaria: la libertà di circolazione dei capitali e il diritto di stabilimento (57).

Questa indiretta adesione a un differente modello economico di mercato ha introdotto, in maniera graduale, dei fenomeni tipici dei sistemi economici *finance oriented*, quali, ad esempio, l'innovazione finanziaria e la *securitisation*. Dinanzi all'introduzione di questi fenomeni "esotici" il legislatore nazionale ha dovuto adottare le soluzioni giuridiche necessarie per far combaciare la stabilità del sistema finanziario con la sua efficienza e competitività. In questo senso, il primo comma dell'art. 47 Cost., definito da parte della dottrina come ambiguo, ha fatto spazio all'innestarsi dei mercati finanziari (58).

A seguito di questa evoluzione, la portata dell'art. 47, c.1, Cost. sembra essere riferita al concetto di risparmio in senso oggettivo, quindi con riferimento all'oggetto e non al soggetto che è portatore del titolo o dei titoli che rappresentano l'insieme finanziario riconosciuto dall'ordinamento costituzionale come meritevole di tutela (59).

La seconda disposizione costituzionale che tutela il risparmio, ossia l'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., al contrario, sembra voler limitare la connotazione oggettiva del concetto di risparmio fatta propria dall'art. 47 Cost. fornendo al diritto in questione un'accezione strettamente privatistica in funzione della previsione di misure dirette a proteggere il risparmiatore/investitore (60). In questo senso, la tutela del risparmio risulta essere collegata alla necessità di individuare delle particolari e specifiche forme giuridiche di protezione da accordare ai risparmiatori che investono nei mercati finanziari e che si confrontano con gli effetti derivanti dal rischio finanziario al quale si sottopongono in modo più o meno consapevole.

Alla luce di ciò è possibile distinguere la genesi e gli obiettivi delle differenti disposizioni costituzionali che tutelano il risparmio.

Per quanto concerne l'art. 47 Cost., l'introduzione della tutela del risparmio dovrebbe essere interpretata come enunciazione generica dei principi sanciti nella Legge bancaria del 1936-1938 (61). Essa assolverebbe la funzione principale non attinente alla previsione di specifiche forme di tutela e protezione dei risparmiatori, ma in quanto diretta

(54) In questo contesto si inseriscono i provvedimenti normativi del 1936 e del 1938 che contengono le disposizioni a tutela del risparmio. Per la legge bancaria del 1936-1938 lo Stato deve attuare la difesa del risparmio e il controllo dell'esercizio del credito mediante l'istituzione di un "Ispettorato" avente il compito di vigilare su "tutte le aziende che raccolgono il risparmio tra il pubblico ed esercitano il credito, siano di diritto pubblico che di diritto privato". L'Ispettorato risulta essere dotato anche di poteri autoritativi per quanto attiene a "ogni emissione di azioni, di obbligazioni, di buoni di cassa, di valori mobiliari di ogni natura, quando sia da realizzare a mezzo delle aziende soggette al controllo dell'ispettorato o i relativi titoli si vogliano ammettere al mercato dei valori mobiliari nelle borse del regio". Artt. 1, 2 e 12 l. n. 141/1938.

(55) *Commento art. 47*, in S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, 474 ss. In relazione al concetto di Costituzione economica si segnala quanto segue: «alcune riflessioni vanno fatte sulla nozione di Costituzione economica, sulla cui corretta utilizzazione sono state mosse alcune perplessità. Innanzitutto è da escludere che la formula possa essere utilizzata per evidenziare un preteso primato della "sfera" dell'economico sulla politica, ovvero una neutralità dei modelli economici rispetto ai "valori" identificati dalla c.d. "Costituzione politica". Al di là di questi aspetti la nozione di "Costituzione economica" può svolgere un ruolo perlomeno descrittivo e interpretativo. Con essa si vuole identificare quel nucleo di norme e principi che opera una scelta dei modelli economici che consentono la realizzazione dei "valori" determinati dalla Costituzione politica. Con la nozione di "Costituzione economica", quindi, non si vuole riconoscere un'autonomia ad un settore di norme costituzionali, ma solo individuare quali sono i possibili strumenti economici scelti dalla Costituzione, in una visione unitaria, per soddisfare la gerarchia dei valori prescelti». V. Atripaldi, *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, in V. Atripaldi *et al.* (a cura di), *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, Cedam, 1998, 9-10.

(56) Il riferimento va agli artt. 41 e 47 Cost.: queste due disposizioni costituzionali vennero interpretate come integrative l'una dell'altra, nel senso che la seconda individuava nella tutela del risparmio il fine sociale che giustificava il controllo dell'impresa bancaria. La prima disposizione, invece, al comma terzo era diretta a garantire che la libertà di iniziativa economica privata non potesse subire delle limitazioni se non in forza di un provvedimento legislativo diretto a individuare i fini sociali capaci di giustificarle. L'equilibrio tra le due disposizioni venne raggiunto dal legislatore ordinario con il Testo unico bancario del 1993. Cfr. R. Costi, *Lo statuto dell'impresa bancaria e le recenti vicende del sistema creditizio*, in *Banca impr. società*, 1993, 3; M.S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblici*, cit.; M. Nigro, *op. cit.*, 87 ss.; G. Vignocchi, *op. cit.*, 170 ss.; M. Porzio, *op. cit.*, 23 ss.; P. Vitale, *op. cit.*, 126 ss.; F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, cit., 22.

(57) S. Amorosino (a cura di), *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2008, 8 ss.

(58) *Ivi*, 10 ss.

(59) A. Pizzorusso, *La Costituzione. I valori da conservare, le regole da cambiare*, Torino, Einaudi, 1996, 91.

(60) G. Alpa, *op. cit.*, 62-63.

(61) *Commento all'art. 47 Cost.*, in V. Crisafulli, L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, 319 ss.

a garantire la stabilità di valore della moneta e quindi ad evitare l'impatto di processi inflattivi sul valore dei risparmi. In quel determinato contesto economico, politico, sociale ed istituzionale il maggior pericolo viene ravvisato nel rischio finanziario, poiché da esso possono originarsi altri rischi finanziari tipici di un sistema economico chiuso fondato sul monopolio pubblico dei cambi e un sistema finanziario *bank oriented*.

Nel momento in cui si assiste al cambiamento del sistema finanziario al punto che lo stesso arriva a trasferire i rischi finanziari in capo ai singoli risparmiatori/investitori (62), si perviene ad interpretare l'art. 47 Cost. come una norma precettiva che esprime il "diritto alla protezione del risparmio senza necessità di una intermediazione legislativa per renderlo operante nei confronti di tutti" (63).

In relazione alla seconda disposizione costituzionale, essa prende atto della trasformazione del sistema finanziario a causa, soprattutto, del diritto comunitario. Dinnanzi a ciò il legislatore statale ha dovuto definire un assetto istituzionale coerente ai principi e agli obiettivi sanciti dal diritto comunitario. La logica conseguenza è che la legislazione in materia di mercati finanziari si è sviluppata su un'impostazione privatistica, quindi legata ai risparmiatori, i quali, proprio grazie all'accesso alle differenti tipologie di strumenti finanziari presenti sui mercati, divengono degli investitori (64).

Da quanto delineato fino a questo momento emerge che "la tutela del risparmio è cosa diversa dalla protezione del risparmiatore/investitore. Il risparmio, infatti, non solo connota un sistema economico ma garantisce la tenuta stessa dell'ordinamento e delle istituzioni nonché, attraverso di essi, qualora si sia in un sistema democratico e pluralista, il realizzarsi di quei diritti economici e sociali attraverso i quali è assicurata la dignità della persona" (65).

Nonostante ciò, a partire dalla sentenza n. 143/1995 della Corte costituzionale (66) viene sostenuta l'assenza di un diritto costituzionalmente protetto a che l'ordinamento incoraggi e tuteli il risparmio, posto che la disposizione del primo comma dell'art. 47 Cost. non attribuisce ai risparmiatori un diritto a pretendere dal legislatore ordinario norme che incoraggino (67) e tutelino il risparmio dato che il destinatario di detto precetto risulta essere "la Repubblica", la quale, a sua volta, deve adempiere al dovere di non dettare norme contrastanti con la tutela del risparmio.

La tesi poc'anzi esposta risulta essere confermata anche dal fatto che al risparmio non venne attribuito lo *status* di diritto soggettivo da riconoscere in capo ai singoli consociati e qualificato come indisponibile alla stregua dei diritti

(62) J. Eatwell, L. Taylor, *Global finance at risk. The case for international regulation*, Cambridge, Polity Press, 2000, 1 ss.

(63) G. De Minico, *op. cit.*

(64) "Occorre poi considerare che la protezione garantita dall'ordinamento deve valere nei confronti di qualsiasi soggetto che viene ad operare, direttamente o indirettamente, nel sistema finanziario nazionale. Qualsiasi sistema economico aperto, basato sulla libertà di circolazione dei capitali, non può limitare l'accesso al proprio sistema finanziario. Anzi, in un sistema finanziario globale, lo sviluppo economico impone che si creino le condizioni giuridiche più idonee a garantire il risparmiatore/investitore da situazioni di nocimento di natura, potremmo dire, microeconomica, come possono essere quelle derivanti da frodi o cattiva gestione da parte di quegli operatori, intermediari o emittenti, che sono presenti nel mercato dei capitali. La protezione dei risparmiatori/investitori si fonda, così, sull'introduzione nell'ordinamento di regole di comportamento degli operatori nella convinzione che le crisi sistemiche sono imputabili, storicamente, ad eventi originariamente di natura microeconomica in cui la rete di protezione giuridica adottata non è stata in grado né di prevenire l'evento dannoso né di bloccarne la diffusione": F. Zatti, *op. cit.*

(65) *Ivi*, 19.

(66) In detta pronuncia la Corte ha sancito che l'art. 47 Cost. "contiene soltanto un principio programmatico al quale deve ispirarsi il legislatore ordinario, ma non può certo impedire al medesimo di emanare, in materia finanziaria, quelle norme giuridiche che siano volte a disciplinare il gettito delle entrate, con l'unico limite della vera e propria contraddizione o compromissione dell'anzidetto principio". Da questo discende il carattere programmatico della norma, altrimenti definibile come "direttiva costituzionale". L'idea secondo cui l'art. 47 Cost. deve essere considerata come norma programmatica è da far risalire ai primi interpreti: essi ritenevano che la disposizione costituzionale in questione fosse "un'enunciativa generica dei principi della legge bancaria" o una "norma programmatica di contenuto generale" priva di una particolare precettività, posto che non era presente l'indicazione di una finalità perseguita tramite la stessa o di un indirizzo idoneo a vincolare il legislatore. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit.; V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 54. V. Spagnuolo Vigorita, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, 357. Altra parte della dottrina ha evidenziato come l'art. 47 Cost. dovrebbe possedere carattere precettivo da cui discenderebbe l'illegittimità costituzionale di qualunque norma ordinaria che dovesse violarla prescindendo da altri fattori che ne vedano l'applicazione. Viene altresì aggiunto che, secondo autorevole dottrina, l'art. 47, c. 1, Cost. non può integrare un principio supremo dell'ordinamento giuridico; da questo deriva che «vigenti, anche per l'influenza delle norme comunitarie, dettino una disciplina che favorisce e tutela il risparmio, soltanto come conseguenza indiretta dell'efficienza e della stabilità dei mercati; obiettivi questi ultimi il cui raggiungimento può comportare il sacrificio proprio del risparmio. Il che è possibile perché il 1° comma dell'art. 47 non detta un "principio supremo" della nostra Costituzione»: R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca impr. società*, 2018, 393. Sempre nel dibattito sorto circa la definizione dell'art. 47 Cost. come norma precettiva o programmatica, altra autorevole dottrina ha evidenziato che «ciò che, in ogni caso, mi pare noi oggi potremmo solo con fatica continuare a sostenere – se non con qualche imbarazzo – è che l'art. 47 della Costituzione si limiti a contenere norme meramente "programmatiche", vale a dire generici indirizzi per il legislatore e auspicii privi di indicazioni dirette, e soprattutto efficaci, nella concreta esperienza degli operatori e degli interessati»: P. Grossi, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, in *Bancaria*, 2017, 6, 4.

(67) In relazione al significato da attribuire al verbo "incoraggiare", si rinviene in dottrina l'interpretazione secondo cui "l'azione di incoraggiamento e di tutela che la Repubblica deve intraprendere è a favore di qualunque sottrazione al consumo che un privato individuo (persona fisica od associazione lecita non riconosciuta) compie liberamente e in forma monetaria del suo reddito per la soddisfazione di bisogni futuri": S. Ortino, *op. cit.*, 123.

fondamentali dell'uomo o dei diritti politici (68). Di conseguenza, i Padri costituenti non ritennero di dover accordare una protezione *ad hoc* all'art. 47 Cost. rapportato al risparmio improduttivo e fermo, in quanto la ricchezza che veniva messa da parte avrebbe ricevuto la protezione accordata dall'art. 42 Cost. al diritto di proprietà. Da qui è stato osservato che il risparmio in senso economico, inteso come invito alla parsimonia, al non consumo e alla riduzione della domanda, deve essere interpretato come estraneo all'incoraggiamento contenuto nell'art. 47 Cost. Quest'ultimo, infatti, non allude ad un concetto di staticità ma ad un approccio dinamico: il primo, infatti, risulta essere contrario all'intero impianto delle disposizioni costituzionali, mentre il secondo inserisce il risparmio stesso all'interno dell'intero ciclo economico.

A corroborare questa interpretazione attenta dottrina ha evidenziato che le tutele di natura pubblicistica e la predisposizione di un sistema istituzionale devono intervenire nel momento in cui l'individuo utilizza il proprio risparmio per finalità di investimento finanziario, sia esso bancario, previdenziale, assicurativo o mobiliare. La medesima protezione viene accordata all'individuo che investe le risorse attuali per creare delle risorse future, alimentando in questo modo il processo di crescita del Paese (69). L'interesse pubblicistico alla tutela del risparmio avviene nel momento in cui si assiste alla congiunzione tra risparmio ed investimento preordinato alla crescita del sistema economico. In questo senso la tutela del risparmio rappresenta il fine sociale che, a sua volta, determina l'insorgenza del presupposto e la giustificazione della regolamentazione e del controllo sia dei mercati finanziari sia delle imprese bancarie (70).

5. La tutela dei risparmiatori: la decisione della Corte costituzionale come “caso isolato”

In base al testo della sentenza n. 225/2022 la delimitazione delle controversie che possono far sorgere un contenzioso tra gli azionisti e la cessionaria ha carattere inderogabile e oggettivo frutto dell'esercizio dell'autonomia privata. L'espressione “il contratto ha forza di legge tra le parti” viene interpretata in senso assoluto dimenticando, tuttavia, che nel caso di specie l'interesse perseguito ha un'anima pubblicistica.

L'intervento d'urgenza del Governo si è realizzato dopo non solo che i due istituti di credito versavano in una situazione di dissesto o di rischio di dissesto, ma altresì in un momento successivo all'esclusione degli stessi dall'ambito di applicazione del reg. Ue n. 806/2014. In altri termini, la cessione è avvenuta dopo che un'autorità amministrativa indipendente aveva qualificato le due banche come non destinatarie della disciplina dettata in tema di risoluzione delle crisi bancarie (71). È la stessa Corte, dunque, che evidenzia come «l'intervento legislativo statale ha così previsto misure pubbliche a sostegno di una gestione ordinata della crisi delle due Banche, nel contesto di una speciale procedura d'insolvenza, mediante “aiuti alla liquidazione”, approvati dalla Commissione europea e subordinati alle condizioni da questa indicate nella comunicazione 2013/C – 216/01, che impegnano, tra l'altro, gli azionisti e i creditori subordinati a condividere l'onere dell'operazione e tutelano le capacità operative del terzo che acquisisca un ramo d'azienda» (72).

Dunque, è proprio questo aspetto pubblicistico a non consentire un richiamo dei principi generali stabiliti in tema di contratti conclusi tra parti private e preordinati a fornire una tutela a interessi meramente privatistici (73).

È proprio la necessità di addivenire a un bilanciamento (74) tra due diritti contrapposti a imporre un intervento del legislatore in nome di interessi pubblici, sociali ed economici. Come in precedenza precisato dalla Corte costituzionale, nell'ipotesi di valori sociali in conflitto, il legislatore diviene “interprete della volontà della collettività”; egli “è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale” (75).

Se, come è stato correttamente evidenziato, è necessario addivenire a un bilanciamento tra due diritti contrapposti – tutela del risparmio e tutela del lavoro –, appare evidente che il punto di equilibrio non può essere appannaggio di

(68) S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 2^a ed., 21.

(69) S. Baroncelli, *Art. 47*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006; P. de Gioia Carabellese, *Banking resolution tools, bail-in and fundamental rights*, Las Rozas, Wolters Kluwer, 2019.

“Per l'etica islamica, beni e denari devono essere acquisiti con mezzi leciti e vanno spesi in maniera corretta. I valori morali dell'Islam, generali e condivisi, vanno rispettati anche in questo campo, permettendo così che la ricchezza sia benedetta da Allah, consentendo che il fedele possa goderne tanto nella vita presente quanto nell'al di là. Il credente non potrà usare denaro per corrompere altri o per far loro del male, perché ciò significherebbe andare contro la volontà di Allah”. In altri termini, i soggetti vengono stimolati al fine di poter ottenere un ricavo dai loro investimenti nonché a lavorare in modo produttivo per il proprio interesse personale. V. Franzoni, *Il controllo etico della finanza islamica in Marocco. Spunti comparativi*, in <www.dpceonline>, 8 luglio 2021.

(70) N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bologna, Zanichelli, 1998; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa ecc.*, 1999, I, 1; F. Guizzi, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, 2005, 2-4, 171; S. Ortino, *op. cit.*, 144.

(71) Sugli strumenti di risoluzione bancaria in generale, cfr. P. de Gioia Carabellese, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Bari, Cacucci, 2020.

(72) Ritenuto in fatto, n. 5.

(73) P. de Gioia Carabellese, *Il bail-in in rapporto ai creditori. Fra diritto privato, che recede, e diritto pubblico che avanza*, in *Dir. economia*, 2021, 115.

(74) Oggetto del giudizio di bilanciamento, infatti, è costituito anche dalla valutazione della capacità del legislatore di “bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti”: Corte cost. n. 58/2018. Il bilanciamento che deve essere effettuato dal legislatore deve risultare come “ragionevole e proporzionato”: Corte cost. n. 213/2021.

(75) Corte cost. n. 221/2019.

una regolamentazione privata. A ciò si aggiunga che, sebbene il diritto al lavoro (76) sia sempre stato considerato come principio fondamentale, la sua protezione non può essere tale da annullare totalmente qualsivoglia altro diritto costituzionale. Tutto questo risulta essere corroborato dall'autorevole insegnamento proveniente dalla giurisprudenza costituzionale secondo cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono nel loro insieme, espressione della dignità della persona. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretesa di assolutezza per nessuno di essi» (77).

Se questa è la posizione della Corte costituzionale italiana, tuttavia, i risparmiatori trovano una protezione delle proprie ragioni a livello di diritto dell'Unione europea. Il riferimento va alla pronuncia della Corte di giustizia (78), che potrebbe essere definita come “atto ultimo”, che ha posto fine alla controversia relativa al salvataggio della Cassa di risparmio di Teramo, la c.d. Banca Tercas (79).

La decisione della Corte di giustizia è stata sollecitata dalla Commissione, la quale lamentava una erronea applicazione da parte del tribunale delle regole relative all'onere della prova e di produzione delle prove, oltre al manifesto travisamento dei fatti posti alla base della controversia. Sebbene la pronuncia della Corte di giustizia tocchi punti assai importanti, al fine del presente contributo l'attenzione viene rivolta alla tematica concernente gli interventi a tutela dei risparmiatori e del sistema bancario (80) alla luce del contesto normativo in cui era inserita. Ancora più precisamente, la disposizione cui fare riferimento è l'art. 5 Tub, in forza del quale alla Banca d'Italia viene riconosciuto il compito di vigilanza “avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla compatibilità del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia”.

In conclusione, dunque, la pronuncia della Corte di giustizia, nella parte in cui afferma la compatibilità degli interventi alternativi del Fitd (81) rispetto alla disciplina in materia di aiuti di Stato (82), rappresenta più che un precedente

(76) Esso è stato qualificato come “segno distintivo dello sviluppo della personalità dell'uomo” (P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, 103) e “il più idoneo ad esprimere il pregio della persona” e a valutare la posizione da attribuire ai cittadini nello Stato poiché non rappresenta soltanto uno strumento per il conseguimento di mezzi di sostentamento ma “il tramite necessario per l'affermazione della personalità”: C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, 156-157.

(77) Corte cost. 9 aprile 2013, n. 85. Si tratta di una valutazione riservata, in un primo momento al legislatore, e in un secondo ed eventuale momento alla Corte costituzionale in sede di controllo, la quale dovrà verificare se la scelta legislativa possiede i caratteri della ragionevolezza, della sufficienza e della discrezionalità.

(78) Corte giust. 2 marzo 2021, n. 425, in questa *Rivista*, 2021, 2, 213, con nota di G. Natali, *La Corte di giustizia conferma che l'intervento del Fitd a sostegno di Tercas non fu aiuto di Stato incompatibile con il diritto Ue*.

(79) La controversia che ha trovato composizione in seno alla Corte di giustizia prende le mosse dal provvedimento con cui la Commissione europea nel 2015 ritenne contrastante con la disciplina in materia di aiuti di Stato la decisione del Fitd di farsi carico del disavanzo di cessione relativo alla Banca Tercas per facilitare l'acquisizione di questa da parte della Banca popolare di Bari. Avverso la decisione assunta in seno alla Commissione presentarono ricorso il Fitd, la Banca popolare di Bari e la Repubblica Italiana al Tribunale dell'Unione europea. Quest'ultimo annullò il provvedimento impugnato in quanto ritenuto non incompatibile con la disciplina degli aiuti di Stato, stante la natura privata del Fondo e delle risorse che vennero utilizzate da esso. Il riferimento è a Tribunale dell'Unione europea 19 marzo 2019.

(80) La disposizione cui si faceva riferimento era l'allora vigente art. 96-ter Tub. Quest'ultima disposizione enunciava che “La Banca d'Italia, avendo riguardo alla tutela dei risparmiatori e alla stabilità del sistema bancario: a) riconosce i sistemi di garanzia, approvandone gli statuti, a condizione che i sistemi stessi non presentino caratteristiche tali da comportare una ripartizione squilibrata dei rischi di insolvenza sul sistema bancario; b) coordina l'attività dei sistemi di garanzia con la disciplina delle crisi bancarie e con l'attività di vigilanza; c) disciplina le modalità di rimborso, anche con riferimento ai casi di cointestazione; d) autorizza gli interventi dei sistemi di garanzia e le esclusioni delle banche dai sistemi stessi; e) verifica che la tutela offerta dai sistemi di garanzia esteri cui aderiscono le succursali di banche extracomunitarie autorizzate in Italia sia equivalente a quella offerta dai sistemi di garanzia italiani; f) disciplina la pubblicità che le banche sono tenute ad attuare per informare i depositanti sul sistema di garanzia cui aderiscono e sull'inclusione nella garanzia medesima delle singole tipologie di crediti; g) disciplina le procedure di coordinamento con le autorità competenti degli altri Stati membri in ordine all'adesione delle succursali di banche comunitarie a un sistema di garanzia italiano e alla loro esclusione dallo stesso; h) emana disposizioni attuative delle norme contenute nella presente sezione”.

(81) Il Fondo interbancario di tutela dei depositanti venne istituito dall'Associazione bancaria italiana nel 1987 nella forma del consorzio di diritto privato. La finalità perseguita dall'istituzione del Fondo fu quella di assicurare tutela ai depositi dei clienti degli istituti consorziati. Sul punto, cfr. G. Minervini, *Il “ristoro” ex D.M. 27 settembre 1974 e il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 5; F. Baldi, M. Bredice, R. Di Salvo, *Bank-crises management practices in Italy (1978-2015) and their perspectives in the Italian cooperative credit network*, in *The Journal of European Economic History*, 2015, 2, 215; R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 892 ss.

(82) L'aspetto da evidenziare attiene alla circostanza in base alla quale gli interventi dei sistemi obbligatori di garanzia possono essere qualificati quali peculiari forme di aiuti di Stati, esenti, dunque, da una applicazione rigida propria, appunto, degli aiuti di Stato. Questa esenzione, dunque, verrebbe giustificata ai fini di tutela del risparmio e della stabilità del sistema finanziario. Altra parte della dottrina ha sottolineato, con riferimento alla pronuncia del Tribunale dell'Ue dal quale trae origine la pronuncia della Corte di giustizia, che «al fine di escludere ogni nesso di causalità fra iniziativa dell'organo di gestione dell'impresa e qualificazione dell'intervento del fondo quale aiuto, l'intervento dell'acquirente in merito ad una banca in dissesto deve essere o esclusivamente o prevalentemente iniziativa del terzo privato, piuttosto che un *enticing*, una sollecitazione da parte di un soggetto pubblico. A contrario, laddove l'organo amministrativo si espanda al

fondamentale cui fare riferimento (83), un primo passo, seppur isolato, con cui viene riconosciuta una tutela agli azionisti e ai risparmiatori (84). Sebbene sia un primo spiraglio di luce, essa cela una contraddizione della disciplina degli aiuti di Stato: l'interprete, infatti, si trova dinnanzi «ad una alternativa “dicotomica” tra la applicazione indiscriminata del divieto di aiuti di Stato (secondo l'impostazione della Commissione) e un'esenzione potenzialmente incontrollata dello stesso (come nell'approccio dei Giudici europei)» (85).

6. Conclusioni: quale tutela per i diritti?

La pronuncia che è stata analizzata dimostra come, ancora una volta, non solo la tutela del risparmio ma anche il diritto di difesa (86) nell'ordinamento giuridico italiano risultano essere dimenticati dal legislatore, perfino da quello che potrebbe essere definito come il “Giudice dei diritti”.

A questo si deve aggiungere che proprio nel momento di massimo splendore del concetto di sostenibilità (Esg) (87) la Corte costituzionale abdica (88) al ruolo di garante dei diritti. Volendo proseguire con questo ragionamento, se si presta attenzione all'ultima normativa di derivazione europea, l'aspetto “social” sembra doversi ritenere predominante e dover comprendere il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, del “rule of law” (89), dei diritti umani (90). Appare evidente come un accordo privato concluso a seguito dell'adozione di un decreto-legge che annulla un diritto fondamentale della persona possa essere qualificato come rispettoso dei diritti umani (91).

di fuori del proprio *agere*, divenendo egli stesso “imprenditore” mercé un ruolo attivo nella scelta dell'acquirente privato o finanche gestendo l'intervento, allora vi potrebbe essere il rischio che, ove risorse del fondo fossero utilizzate, queste potrebbero assumere le caratteristiche di aiuti statali. Si potrebbe argomentare allora che, quando viene adottata una procedura amministrativa, come l'amministrazione straordinaria di una banca in crisi, debba scattare una sorta di *passivity obligation vis-a-vis* gli organi della procedura, sicché questi devono essere spettatori del mercato, ma non artefici. Infatti, date le risorse di cui dispongono, un ruolo attivo che eventualmente svolgessero contribuirebbe a qualificarli quali imprenditori pubblici, *ergo* soggetti che impiegano soldi dello stato o comunque interferiscono quali soggetti pubblici nella gestione di fondi privati. Per contro, se il ruolo degli organi pubblici è limitato alla gestione delle risorse e ad un mero controllo di legalità, come avvenuto per Tercas, allora la qualificazione quale aiuto di stato dovrà essere esclusa»: P. de Gioia Carabellese, *Crisi bancarie e aiuti di Stato. La sentenza Tercas: Brussel versus Italy?*, in <www.rivistaoidu.net>, 15 ottobre 2019.

(83) Come osservato in dottrina, «la sentenza della Corte di giustizia [...] assomiglia più a una assoluzione “per insufficienza di prove” piuttosto che a una “con formula piena” essendosi i magistrati europei limitati a rilevare come la Commissione non avesse dimostrato la natura pubblica dell'intervento»: M. Lungarella, *Brevi considerazioni in merito alla decisione della Corte di giustizia sulla vicenda Tercas e agli interventi alternativi dei sistemi di garanzia dei depositi*, in *Giur. comm.*, 2022, II, 44.

(84) Come è stato osservato, infatti, proprio la normativa in materia di risanamento e risoluzione degli istituti in dissesto ha inciso in modo negativo sulla fiducia che veniva riposta dai risparmiatori nella stabilità del sistema finanziario e dei suoi operatori. M. Lungarella, *op. cit.*

(85) P. Cuomo, *Il “caso Tercas”: ovvero di salvataggi bancari, sistemi di garanzia dei depositi e dei pericoli del concettualismo nell'applicazione del diritto alla concorrenza*, in *Banca, borsa ecc.*, 2022, II, 302.

(86) Esso è garantito anche dagli artt. 6 e 13 della Cedu e dall'art. 47 della Cdfue. Cfr. anche P. de Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 944; Id., *Bail-in e Convenzione europea*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2020, 333.

(87) Per parte della dottrina è potenzialmente applicabile anche alla gestione delle crisi degli istituti di credito; il riferimento è a P. Murè (a cura di), *La compliance in banca, tra le soluzioni Regtech e l'integrazione dei fattori ESG*, Milano, Egea, 2021.

(88) In relazione al fenomeno delle leggi-provvedimento, in dottrina è stato sostenuto che “la problematica delle leggi-provvedimento si inserisce, a sua volta, in un micro-cosmo di riflessione costituzionale assai ampio e destinato a incrementare sempre di più la propria portata rispetto al quale sarebbe necessario che proprio l'organo costituzionale deputato a garantire l'incolumità della Carta costituzionale assumesse una posizione garantista”: C. Della Giustina, *Legge-provvedimento e difetto assoluto di giurisdizione per il giudice amministrativo*, cit., 254.

(89) Non è possibile non richiamare le riflessioni di Dicey in forza delle quali il concetto di *rule of law* si declina in tre aspetti: 1) solamente a seguito della celebrazione di un procedimento giudiziario un soggetto può essere destinatario di conseguenze giuridiche nei beni e nella sua persona (“*laws under which people are condemned should be passed in the correct legal manner and that guilt should only be established through the ordinary trial process*”); 2) tutti i soggetti devono rispettare la legge e soggiacere alle decisioni dei tribunali a prescindere dal ceto di appartenenza (“*every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals*”); 3) la Costituzione non scritta vigente nel Regno Unito è pervasa dallo Stato di diritto poiché il diritto alla libertà personale non rinviene la propria fonte in una Costituzione scritta ma dalle decisioni giudiziarie (“*with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the courts; [...] the principles of private law have [...] by the action of the courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and its servants; thus the Constitution is the result of the ordinary law of the land*”). A.V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915, 110 ss.

(90) Commissione europea, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, 23 febbraio 2022, Considerando 1.

(91) Sul punto appare dirimente una risalente pronuncia della Corte costituzionale secondo cui il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* è un diritto «già annoverato “fra quelli inviolabili dell'uomo che la Costituzione garantisce all'art. 2” (sent. n. 98 del 1965), e che non esita ad ascrivere tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»: Corte cost. n. 18/1982.

Appare totalmente arbitraria la definizione di un termine all'esercizio del diritto di difesa che produce, quale conseguenza immediata, anche una violazione del principio di uguaglianza (92). La realizzazione di disparità di trattamento, sempre con riferimento alla gestione di uno stato di crisi e di dissesto di un istituto di credito, è stata ritenuta illegittima costituzionalmente dalla Corte costituzionale austriaca circa il salvataggio della Hypo Group Alpe Adria (93). L'aspetto da evidenziare della decisione della Corte austriaca concerne la circostanza secondo cui la limitazione di un diritto da parte del legislatore, che nel caso di specie era il diritto di proprietà, può ritenersi legittima, a condizione che sia proporzionata e ragionevole rispetto all'interesse pubblico concreto che si intende perseguire.

In conclusione, quindi, gli investitori delle c.d. "banche venete" risultano essere penalizzati, in quanto destinatari di un trattamento discriminatorio "sia rispetto agli investitori in generale, sia in relazione agli altri clienti (investitori e non) delle banche stesse", poiché i "nuovi clienti" della banca cessionaria avrebbero potuto far valere contro il cessionario tutte quelle pretese che il d.l. n. 99/2017 esclude, quando risultanti dallo stato passivo" (94).

Discriminazione ritenuta erroneamente non sussistente ed esistente dal garante, per eccellenza, della Carta costituzionale italiana: "Ahi serva Italia, di dolore ostello, nave senza cocchiere in gran tempesta" (95).

* * *

(92) Il riferimento, ancora una volta, è all'art. 3 del d.l. n. 99/2017, in forza del quale devono essere esclusi "b) i debiti delle banche nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate, ivi compresi i debiti in detti ambiti verso i soggetti destinatari di offerte di transazione presentate dalle banche stesse; c) le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività".

(93) Corte cost. austriaca 28 luglio 2015, G.239/2014 UA, V14/2015 UA.

(94) I. Mecatti, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della l.c.a. delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente*, in *Banca, borsa ecc.*, 2019, II, 784.

(95) Dante, *Purg.* VI, 76-77.