

Cassazione civile, sez. I, 2 maggio 2023, n. 11321. Pres. De Chiara, Rel. Nazzicone.

Fatti

X.M., detentore di strumenti finanziari di tipo subordinato emessi dalla Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio per il valore di Euro 22.500,00, chiese il ristoro automatico in proprio favore al Fondo interbancario di Tutela dei Depositi, nella qualità di gestore del fondo di solidarietà istituito ai sensi della l. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, commi 855-861. L'istanza fu respinta.

Quindi, egli chiese il riconoscimento della medesima prestazione di ristoro con ricorso depositato al collegio arbitrale presso l'Autorità nazionale anticorruzione, che in data 27 aprile 2018 liquidò in favore del ricorrente la somma di Euro 17.244,84, ritenuta la violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal testo unico bancario nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento relativamente alle obbligazioni subordinate di cui in causa.

Il lodo fu impugnato per nullità dal Fondo interbancario di tutela dei depositi davanti alla Corte d'appello di Roma, che, con sentenza del 24 gennaio 2019, n. 625, ha dichiarato la nullità del lodo, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c..

Ha ritenuto la Corte territoriale che plurimi elementi di carattere letterale indichino come la precedente presentazione dell'istanza di erogazione dell'indennizzo forfetario precluda, qualunque ne sia l'esito, l'accesso alla procedura arbitrale, argomentando sulla base del D.L. 3 maggio 2016, n. 59, art. 9, comma 6, conv. in l. 30 giugno 2016, n. 119, secondo cui la presentazione di quell'istanza non consente il ricorso alla procedura arbitrale, e del comma 10, per il quale gli investitori che non hanno presentato l'istanza di erogazione dell'indennizzo forfetario possono esperire, in via alternativa, la procedura arbitrale, mentre l'attivazione di questa preclude, in ogni caso, la possibilità di esperire la prima che, se già attivata, diviene improcedibile. Ne ha tratto la conclusione della inammissibilità dell'impugnazione, attesa l'incontestata previa proposizione dell'istanza di ristoro diretto al Fondo da parte dell'investitore.

Avverso questa sentenza viene proposto ricorso per cassazione dal soccombente, sulla base di tre motivi.

Si difende con controricorso il Fondo interbancario di tutela dei depositi.

Le parti hanno depositato le memorie e, sulle conclusioni del P.G. per la rimessione alla pubblica udienza o il rigetto del ricorso, la causa è pervenuta all'adunanza camerale il 22 marzo 2022.

Con ordinanza interlocutoria 21 settembre 2022, n. 27566, la causa è stata rimessa alla pubblica udienza, in ragione della novità della questione posta.

Il Procuratore generale ha chiesto il rigetto del ricorso.

Le parti hanno depositato anche le memorie di cui all'art. 378 c.p.c..

Motivi

1. - I motivi. Con il primo motivo, il ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione del D.L. 59 del 2016, art. 9, commi 6 e 10, convertito dalla l. n. 119 del 2016, per avere la sentenza impugnata ritenuto applicabili le citate disposizioni, nonostante la mancanza dei regolamenti di attuazione, dovendo l'istanza essere "presentata, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto", ossia il 3 gennaio 2017 (termine poi prorogato al 31 maggio 2017); tuttavia, alla data di scadenza del termine non vi era possibilità di ricorrere in arbitrato, non essendo stati ancora costituiti i relativi collegi, ed il ricorrente attese sino al 19 dicembre 2016, quindici giorni appena prima dell'originaria scadenza, per non correre il rischio di rimanere privo di tutele, peraltro

formulando una "riserva di azione". I collegi arbitrali furono costituiti solo con d.p.c.m. 28 aprile 2017, n. 82, entrato in vigore il 28 giugno successivo.

Con il secondo motivo, si deduce ancora la violazione e falsa applicazione del citato D.L. 59 del 2016, art. 9, commi 6 e 10, in quanto la legge intende solo impedire una duplicazione di risarcimenti, prevedendo requisiti distinti per l'indennizzo c.d. forfetario o per il ricorso in arbitrato, non potendosi ritenere preclusa una via, una volta esperita l'altra; la richiesta di indennizzo diretto è stata, nella specie, respinta per carenza dei requisiti patrimoniali e reddituali del ricorrente e, dunque, non poteva impedire il ricorso in arbitrato. Infatti, le due procedure si fondano su requisiti soggettivi ed oggettivi diversi fra di loro, prevedendo altresì ristori in misura comunque diversa; e, nell'ordinamento giuridico, i casi di rimedi concessi in via alternativa riguardano ipotesi in cui, invece, condizioni e requisiti di attivazione non sono fra loro differenti e la scelta del ricorrente è libera (T.a.r. o ricorso straordinario al Capo dello Stato, nel pubblico impiego; prefetto o giudice di pace, nelle sanzioni amministrative del codice della strada).

Con il terzo motivo, si deduce la violazione e la falsa applicazione del D.L. n. 59 del 2016, art. 9, comma 19, che non prevede l'improcedibilità dell'arbitrato, ma solo dell'istanza di indennizzo diretto (ove non siano state ancora riconosciute somme), denotando la chiara preferenza del legislatore per la procedura arbitrale, nella specie introdotta il 19 dicembre 2016, mentre la decisione del Fondo sulla prima istanza è stata adottata il 19 ottobre 2017.

2. - Anticipazione delle conclusioni. Il secondo motivo è fondato, con assorbimento degli altri due.

Non ha errato la Corte territoriale nel sostenere che l'istanza di erogazione dell'indennizzo forfetario precluda, qualunque ne sia l'esito, l'accesso alla procedura arbitrale, ai sensi del D.L. n. 59 del 2016, art. 9, commi 6 e 10, convertito dalla l. n. 119 del 2016; ha, tuttavia, errato nel riferire la disposizione a tutti gli investitori delle note banche, invece che ai soli investitori cui si applica la procedura di ristoro automatico.

Di seguito le ragioni dell'esposta conclusione.

3. - La crisi delle imprese bancarie. La crisi delle imprese bancarie, foriera di rischi per la destabilizzazione del sistema economico e da sempre gestita con norme speciali, dopo un iniziale ricorso degli Stati alle risorse pubbliche, fu affrontata dal legislatore Eurounitario con una mutata prospettiva di regolamentazione e prevenzione dei dissesti bancari, secondo il principio tendenziale della risoluzione interna, senza ricorso alle finanze pubbliche, salvi casi eccezionali.

Tale visuale è il portato della direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014 sul risanamento e sulla risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, e del regolamento 2014/806/UE del 15 luglio 2014, il quale fissa norme e procedure uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico.

Essi facevano seguito alla Comunicazione della Commissione Europea del 30 luglio 2013-C 216/01, relativa all'applicazione dal 1 agosto 2013 delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, dove - nell'esercizio dei propri compiti di valutare se gli aiuti di Stato concessi al settore finanziario fossero compatibili con il mercato interno ex art. 108 Tfu - si ammetteva la concessione di aiuti di Stato, ma a condizione di una condivisione degli oneri da parte degli azionisti, consistente nell'assorbimento delle perdite per mezzo del capitale, e dei creditori subordinati (salvo il pericolo per la stabilità finanziaria o risultati sproporzionati) attraverso la conversione dei crediti in capitale o la loro svalutazione. Il principio dettato era il c.d. burden sharing:

qualunque intervento pubblico nella gestione di una crisi bancaria deve essere preceduto dalla "condivisione dell'onere" da parte di azionisti e obbligazionisti subordinati della banca.

La comunicazione della Commissione passò indenne al vaglio della Corte di giustizia (Corte giustizia UE, grande sezione, 19-072016, C-526/14, Kotnik), la quale, pur ritenendola priva di effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri, ne sancì la compatibilità con gli artt. 107-109 Tfu.

La direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014, de'tta BRRD, Banking Resolution and Recovery Directive, a modifica delle precedenti, predispose pertanto quattro diversi strumenti di risoluzione della crisi (vendita dell'attività d'impresa, ente-ponte, separazione delle attività, bail-in), fra cui lo strumento del "salvataggio" interno, comportante "l'esercizio, da parte di un'autorità di risoluzione, dei poteri di svalutazione e di conversione in relazione alle passività di un ente soggetto a risoluzione" (bail-in), per correggere le distorsioni derivate dal salvataggio delle banche con risorse pubbliche (bail-out).

In attuazione della direttiva, fu quindi emanato il D.Lgs. n. 16 novembre 2015, n. 180, sulla risoluzione delle crisi bancarie, anche mirando all'interesse alla continuità aziendale della banca stessa, e che all'art. 1, comma 1, lett. g), definisce il bail-in come "la riduzione o la conversione in capitale dei diritti degli azionisti e dei creditori".

Modifiche, in attuazione della direttiva, furono poi realizzate al t.u.b. ed al t.u.f. dal coevo D.Lgs. n. 16 novembre 2015, n. 181.

Tali discipline, Eurounitarie e nazionali, che hanno al fondo la ratio di "ridurre al minimo i costi della risoluzione di un ente in dissesto sostenuti dai contribuenti" (considerando n. 67 della direttiva), hanno richiesto peraltro, di volta in volta, di affrontare e superare profili di carattere sistematico: da un lato, sul piano sostanziale, comportando la ripartizione degli oneri della crisi con riguardo a categorie di soggetti che, al momento dell'operato investimento, non avevano accettato esborsi ulteriori per l'ipotesi di una crisi bancaria; dall'altro lato, e non ultimo, sul piano terminologico, per l'uso di sintagmi senza rispondenza con quelli, identici, noti al diritto positivo (dove la dottrina segnalava i concetti di "risoluzione", "conversione", "svalutazione", "irregolarità").

La disciplina della direttiva, così come quella nazionale di attuazione, esprimono l'esigenza primaria di far ricadere gli oneri non sulle finanze pubbliche, ma sui privati: azionisti e creditori, e, infine, le altre banche.

Infatti, il D.Lgs. n. 180 del 2015, art. 78 contempla i "fondi di risoluzione", i quali sono istituiti presso la Banca d'Italia e sono alimentati dai contributi ordinari e straordinari versati dalle banche, da prestiti e altre forme di sostegno finanziario, dalle somme versate dall'ente sottoposto a risoluzione o dall'ente-ponte, interessi e altri utili derivanti dai propri investimenti.

Tali fondi (come il Fondo Nazionale di Risoluzione, o FNR, istituito dalla Banca d'Italia con provvedimento del 18 novembre 2015), finanziati con i contributi del sistema bancario, si assumevano così gli oneri derivanti dai provvedimenti di gestione della crisi bancaria; tanto che taluno ha seguito a parlare di una parziale "collettivizzazione delle perdite", dato che tutte le banche del sistema finanziano tali fondi, con indiretto coinvolgimento dei loro clienti.

4. - Le tecniche di ristoro in favore degli obbligazionisti subordinati delle "quattro banche".

4.1. - Per quanto ora rileva, la prima operazione di risoluzione di una crisi bancaria alla luce dei nuovi criteri fu quella operata dal D.L. 22 novembre 2015, n. 183 (c.d. decreto salva banche), non convertito, le cui disposizioni confluirono nella l. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, commi 842853 (Legge di stabilità per il 2016), mentre nei commi 855-861 del medesimo art. 1 fu disciplinato il nuovo sistema del fondo di solidarietà per l'erogazione di prestazioni in favore dei titolari di obbligazioni subordinate.

La disciplina attiene alla risoluzione della crisi di quattro banche: Banca delle Marche s.p.a., Banca popolare dell'Etruria e del Lazio soc. coop., Cassa di risparmio di Ferrara s.p.a. e Cassa di risparmio della provincia di Chieti s.p.a., tutte poste in liquidazione coatta amministrativa dal Ministro dell'economia e delle finanze con decreto del 9 dicembre 2015, dopo la procedura di risoluzione delle medesime, decisa da Banca d'Italia il 21 novembre 2015.

Seguì il D.L. 3 maggio 2016, n. 59 (Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione), convertito, con modificazioni, in l. 30 giugno 2016, n. 119, il quale dettò le regole essenziali delle misure a tutela previste per gli investitori.

Il regolamento di cui al D.M. n. Mef 9 maggio 2017, n. 83 prevede le disposizioni di attuazione. Con le predette regole, furono anche individuate le categorie degli investitori da rimborsare, in quanto coinvolti nelle crisi bancarie predette, aventi specifici requisiti soggettivi: essere persone fisiche o imprenditori individuali, anche agricoli, o coltivatori diretti (elenco che si estese ai loro successori mortis causa, nonché ai coniugi, conviventi more uxorio, parenti entro il secondo grado in possesso dei predetti strumenti finanziari a seguito di trasferimento con atto tra vivi: D.L. n. 59 del 2016, art. 8, comma 1, lett. a), titolari di strumenti finanziari subordinati (obbligazionisti subordinati), emessi da una di dette banche nell'ambito di un rapporto negoziale diretto con la Banca in liquidazione (ed acquistati, ma per il solo rimborso forfetario, entro il 12 giugno 2014, che è la data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea della direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014), detenuti alla data della risoluzione delle banche in liquidazione (D.L. n. 59 del 2016, art. 8, comma 1, lett. a, e 9, comma 1).

Ulteriori requisiti di reddito e di patrimonio servono, invece, a differenziare le tutele extragiudiziarie (diretta o arbitrale) per le erogazioni a carico del fondo.

Le erogazioni furono poste a carico di un "fondo di solidarietà", a norma del comma 856 alimentato ("sulla base delle esigenze finanziarie connesse alla corresponsione delle prestazioni") e gestito dal "Fondo interbancario di Tutela dei Depositi", istituito ai sensi dell'art. 96 t.u.b..

Il Fondo interbancario di Tutela dei Depositi è un consorzio di diritto privato, istituito tra tutte le banche italiane costituite sotto forma di società azionaria, avente lo scopo di garantire i depositanti delle banche consorziate. Fu costituito su base volontaria nel 1987 per il fine di garantire i depositanti dei suoi membri (art. 1 statuto). Nel 1996, in seguito al recepimento nell'ordinamento giuridico italiano della direttiva 94/19/CE del 30 maggio 1994 sui sistemi di garanzia dei depositi, la Banca d'Italia riconobbe il Fondo interbancario di Tutela dei Depositi come un sistema di garanzia dei depositi autorizzati a operare in Italia.

Tali indicazioni sono riportate anche dalla sentenza della Corte di giustizia (Corte giust. UE 2 marzo 2021, C-425/19) la quale (con riguardo all'intervento del FITD in favore della Cassa di risparmio della provincia di Teramo-Banca Tercas s.p.a., poi Banca Popolare di Bari soc. coop. p.a.) ha respinto l'impugnazione della Commissione Europea e la tesi di questa, secondo cui sarebbe possibile considerare tale consorzio come un'emanazione dello Stato italiano, escludendo così che l'operato del Fondo costituisca un aiuto di Stato vietato ai sensi dell'art. 108 T.fue.

Peraltro, il FITD è stato, dalla normativa che ora interessa, chiamato ad utilizzare le proprie risorse per fini diversi dalla tutela dei depositi protetti, atteso che si tratta qui invece di obbligazionisti subordinati.

In seguito, il D.L. 3 maggio 2016, n. 59, Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione, convertito dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, ha indicato i lineamenti essenziali delle misure.

Il d.p.c.m. 28 aprile 2017, n. 82 ha previsto le modalità di nomina degli arbitri, il supporto organizzativo ed il funzionamento del medesimo collegio.

Il D.M. n. Mef 9 maggio 2017, n. 83, quindi, ha dettato il regolamento disciplinante la procedura di natura arbitrale di accesso al fondo di solidarietà.

4.2. - Nella normativa sono stati previsti, a favore della menzionata categoria di investitori, due distinti strumenti, entrambi destinati però a gravare il predetto fondo di solidarietà, in caso di esito positivo del procedimento: l'erogazione diretta, denominata anche per "indennizzo forfetario" (art. 9, commi 1-9), e l'arbitrato (art. 9, comma 10).

4.3. - La c.d. erogazione diretta è riservata, all'interno delle ricordate categorie di investitori, a chi possieda gli ulteriori requisiti di patrimonio mobiliare e di reddito lordo, così delineati: patrimonio mobiliare di proprietà dell'investitore di valore inferiore a 100.000 Euro (composto dalla somma di poste indicate dalla legge); ammontare del reddito complessivo ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche nell'anno 2014 inferiore a 35.000 Euro.

Essa consiste nella richiesta diretta al Fondo interbancario di una somma, pari all'80% (poi divenuto il 95%: v. l. 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, comma 506, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021) del corrispettivo pagato per l'acquisto degli strumenti finanziari (al netto di oneri e spese direttamente connessi all'operazione di acquisto, nonché la differenza positiva tra il rendimento degli stessi e quello di mercato di un btp, secondo dati criteri di calcolo).

In tale procedura, quindi: il Fondo controlla la tempestività dell'istanza (a pena di decadenza da presentare entro il termine prorogato al 31 maggio 2017 dal D.L. 23 dicembre 2016, n. 237, art. 26-bis.3, convertito in l. 17 febbraio 2017, n. 15), acquisisce i documenti prodotti dall'investitore (e le banche interessate "sono tenute a consegnarne copia all'investitore, entro quindici giorni dalla data della sua richiesta"), verifica la completezza della documentazione e, sulla base di questa, la sussistenza delle condizioni sopra indicate, calcola l'importo dell'indennizzo e paga entro sessanta giorni dalla richiesta.

La legge prevede pure un "servizio di assistenza" agli investitori nella compilazione e nella presentazione dell'istanza di erogazione dell'indennizzo forfetario, del tutto gratuito, e che le banche non possano richiedere all'investitore, il quale faccia domanda di presentazione dell'istanza, il pagamento o l'addebito di oneri o commissioni, sotto qualsiasi forma.

La procedura de qua non richiede nessun accertamento (come si deduce a contrario da quanto ora si dirà) sulla violazione degli obblighi informativi ad opera della banca o sul danno, ma è del tutto "automatica", senza verifica di sorta al riguardo ad opera di 4.4. - La procedura arbitrale è stata, a sua volta, prevista dal comma 10 del D.L. n. 59 del 2016, art. 9.

In questo caso, l'iter delineato permette di perfezionare, non contestualmente, il consenso tra le parti, deferendo la controversia in arbitrato.

Qui (come già prevedeva la l. n. 208 del 2015, comma 858 dell'art. 1) non si prescinde invece, al fine della corresponsione dell'indennizzo, dall'accertamento della responsabilità per violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal t.u.f..

Già questo profilo vale, dunque, a connotare una sensibile differenza.

Quanto ai soggetti legittimati ad accedere all'arbitrato, il D.L. n. 59 del 2016, art. 9, comma 10, parla di "investitori che intendono accedere alle risorse del Fondo di solidarietà e che non hanno presentato l'istanza di erogazione dell'indennizzo forfetario di cui ai commi da 1 a 9", facultizzando dunque essi ad "esperire, in via alternativa a tale istanza, la procedura arbitrale", statuendo pure che "(1) attivazione della procedura arbitrale preclude la possibilità di esperire la procedura di cui ai commi da 1 a 9. Ove questa sia stata già attivata la relativa istanza è improcedibile".

Disciplinando ancora la procedura di indennizzo diretto, riassunta nel precedente paragrafo, il D.L. n. 59 del 2016, art. 9, comma 6, precisa che l'istanza di erogazione dell'indennizzo forfetario deve essere presentata, a pena di decadenza, entro il 31 maggio 2017. La presentazione di tale istanza non consente il ricorso alla procedura arbitrale".

Mentre resta ammissibile la procedura arbitrale, anche in presenza della previa istanza d'indennizzo forfetario, in relazione a diversi strumenti finanziari rispetto alle obbligazioni interessate da quella procedura, ossia quelli acquistati oltre la data del 12 giugno 2014 (D.L. n. 59 del 2016, art. 9, comma 10, ultimo periodo).

4.5. - Per entrambe le procedure, la l. n. 508 del 2015, comma 860 dell'art. 1 stabilisce che "Resta salvo il diritto al risarcimento del danno" e che "Il Fondo di solidarietà è surrogato nel diritto dell'investitore al risarcimento del danno, nel limite dell'ammontare della prestazione corrisposta".

Il precetto è ribadito dal D.M. n. 83 del 2017, art. 4, comma 2, secondo cui del pari "resta salva la facoltà di proporre dinanzi all'autorità giudiziaria azione per il risarcimento del danno nei confronti del soggetto ritenuto responsabile", anche se qui ulteriormente si aggiunge che "La proposizione di tale azione è causa di improcedibilità del ricorso" per arbitrato e, ove "proposta in pendenza del giudizio arbitrale, impedisce la pronuncia o l'efficacia del lodo nei confronti del Fondo".

Dunque, l'investitore resta titolare del diritto di agire innanzi al giudice ordinario con l'azione di risarcimento del danno patito nell'operazione di investimento.

Ciò vuol dire che nessuna alternatività si pone, in senso di reciproca esclusione con la conseguente improponibilità, tra l'azione ordinaria innanzi al giudice e l'istanza di ristoro da parte del Fondo, sia essa diretta o arbitrale, nel rispetto della Cost., art. 24.

Mentre deriva dai principî generali in tema di risarcimento del danno che quell'azione ordinaria, in nessun caso, potrà condurre ad una locupletazione o ad un duplice ristoro.

5. - La preclusione della tutela arbitrale speciale solo in capo agli investitori super-deboli che abbiano esperito la procedura forfetaria.

5.1. - Orbene, alla luce della richiamata disciplina positiva, secondo la sua lettera e la sua ratio, va risolta la questione all'esame.

Come si è visto, entrambi gli strumenti di ristoro ad opera del Fondo sono stati delineati dal legislatore quali misure agevolative, ciascuno per i rispettivi titolari del diritto a farvi ricorso, ossia "legittimati attivi", per utilizzare una terminologia processuale: da una parte, i soggetti c.d. super-deboli, individuati nelle categorie delle persone fisiche ed imprenditori individuali, con inderogabili limiti reddituali e patrimoniali; dall'altra parte, i soggetti c.d. deboli, in quanto appartenenti a quelle medesime categorie, ma senza nessun requisito massimo di reddito e di patrimonio.

Si tratta di strumenti esclusivi, in quanto solo ricorrendo fruttuosamente ad uno di essi potrà darsi il rimborso ad opera del Fondo, e giammai mediante un'azione diretta ordinaria giudiziale.

La ratio non è soltanto quella di evitare la duplicazione dei risarcimenti, ma anche un inutile e soverchio dispendio di risorse pubbliche, giudiziali e no.

In tal senso, le norme hanno posto diverse "alternatività": sia quella tra ricorso diretto al fondo e ricorso in arbitrato, da un lato (D.L. n. 59 del 2016, art. 9, commi 6 e 10); sia quella tra ricorso all'arbitrato e azione risarcitoria, però solo finché il primo è pendente, dall'altro lato (D.M. n. 83 del 2017, art. 4, comma 2).

Se, invece, l'investitore lo ritenga preferibile, egli resta libero di adire direttamente il giudice ordinario per tutelarsi con l'azione di cognizione, seguendo allora le normali regole del diritto sostanziale in tema di investimenti finanziari, senza gravare sul Fondo.

Dunque, se l'investitore, che pure abbia esperito una delle due forme facilitate di ristoro a lui riservate, ne resti insoddisfatto, egli non potrà tuttavia esperire l'altra tutela: non può più ricorrere all'altro rimedio, che pure in astratto fosse stato per lui predisposto.

Il legislatore si preoccupa di ristorare, mediante il fondo di solidarietà, gli investitori secondo tecniche liquidatorie, cui l'investitore stesso può aderire, oppure no: ma, se lo fa, accetta definitivamente le condizioni stabilite dalla legge acciocché il peso del suo pregiudizio gravi sul fondo di solidarietà, e, tra queste condizioni, si pone l'alternatività dei due rimedi.

Sotteso è l'intento del ristoro dei singoli, come pure il favor deflattivo delle liti da parte del legislatore: che, a fronte della limitazione a una percentuale della perdita subita e ad alcune categorie di investitori, offre un ristoro c.d. automatico, anche qualora nulla fosse rimproverabile alla banca, oppure lo stesso investitore fosse in ipotesi la causa esclusiva del proprio danno (cfr. art. 1227 c.c.).

L'investitore non ricorre alla tutela arbitrale, formulando direttamente l'istanza al Fondo (cfr. D.L. n. 59 del 2016, art. 9, commi 6 e 10), con la sostanziale certezza dell'accoglimento.

Ove egli, proposta l'istanza, e pur risoltasi questa in senso negativo o insoddisfacente per lui, si attivi ulteriormente per l'arbitrato speciale, allora questo è improponibile.

Lo scopo deflattivo si affianca dunque a quello - scontato e già risolvibile con le clausole generali presenti nell'ordinamento (il principio del risarcimento commisurato al danno, il pagamento dell'indebito, quello *nemo locupletari potest cum aliena iactura*, etc.) - di prevenire duplicazioni nei ristori: il fondamento delle disposizioni sta, dunque, anche nell'intento di offrire a taluni soggetti due strumenti, alternativi tra di loro, che scorraggino dall'accesso al giudice ordinario e assicurino rapidità e serialità di soluzioni.

Orbene, da ciò discende che - dal momento che le norme menzionate permettono solo agli obbligazionisti subordinati aventi speciali requisiti di patrimonio e di reddito di ricorrere alla procedura diretta forfetaria, al fine di ottenere l'indennizzo a carico del preconstituito fondo di solidarietà e da parte del Fondo interbancario che lo gestisce - l'"alternatività" della tutela diretta, rispetto a quella arbitrale, come posta dalle disposizioni richiamate (p. 4.4), vige soltanto per colui che in effetti possieda i requisiti per ricorrere anche alla tutela "automatica". Ove un soggetto, per ragioni varie (nella specie, la parte ricorrente ricorda di avere proposto istanza diretta al Fondo per timore della scadenza del relativo termine ed in mancanza della costituzione per legge del collegio arbitrale nei tempi stabiliti), pur senza averne dichiaratamente i requisiti, abbia comunque instato per la procedura c.d. automatica, non questa sola situazione impedisce l'arbitrato, unica forma di tutela speciale extragiudiziale prevista dal sistema normativo ricordato a suo favore per ottenere l'indennizzo a carico del fondo di solidarietà.

La regola impediente vale solo per gli investitori c.d. superdeboli (supra, p. 4.3), i quali cioè hanno diritto all'indennizzo diretto e anche facoltà di adire il collegio arbitrale, onde per loro è posta la rigida alternativa *electa una via non datur recursus ad alteram*.

Invece, per i soggetti che non hanno comunque diritto di adire il fondo per il ristoro automatico, l'aver "tentato" questa strada (per le più diverse ragioni) potrebbe, al più, produrre una responsabilità generale da fatto illecito (assimilabile a quella dell'art. 96 c.p.c.), ove derivante da un fatto colposo o doloso che abbia cagionato un danno; ma non impedire il ricorso in arbitri, unica strada extragiudiziarie predisposta dal legislatore per questa categoria di investitori.

5.2. - Occorre rilevare che la questione dell'impugnabilità innanzi alla corte d'appello, alla stregua del procedimento riservato all'arbitrato rituale, del lodo in discorso è punto sul quale si è formato il giudicato interno, posto che la corte territoriale ha dato implicita risposta affermativa al quesito e non sussiste impugnazione sul punto.

Il profilo resta, dunque, estraneo al thema decidendum, in quanto sul medesimo si è formato il giudicato interno, in ragione dell'implicito apprezzamento positivo di detta facoltà ad opera del Fondo da parte della sentenza impugnata, su cui non vi è motivo di ricorso per cassazione. Per l'ipotesi in cui sia stato il collegio arbitrale ad attribuire l'indennizzo, invero, il Fondo ben può avere interesse ad impugnare, sebbene in casi marginali: come quello in esame, in cui si lamenta il consentito accesso al rimedio, in thesi radicalmente escluso per il tipo di investitore che vi abbia fatto ricorso.

5.3. - Deve, pertanto, essere enunciato il seguente principio di diritto:

"Dal momento che il sistema positivo della disciplina delineata per la gestione della crisi delle c.d. quattro banche (l. n. 208 del 2015, D.L. n. 59 del 2016, d.p.c.m. n. 82 del 2017, D.M. n. 83 del 2017) permette solo agli obbligazionisti subordinati, aventi speciali requisiti di patrimonio e di reddito, di ricorrere alla procedura diretta forfetaria al fine di ottenere l'indennizzo da parte del fondo di solidarietà, l'"alternatività" della tutela diretta rispetto a quella arbitrale non sussiste quando l'investitore non abbia i requisiti previsti, in tal caso essendo egli carente della legittimazione ad esperire il rimedio del ristoro automatico asseritamente "alternativo".

6. - Decisione. In conclusione, in accoglimento del secondo motivo di ricorso, la sentenza impugnata va cassata e la causa rinviata innanzi alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, perché decida l'impugnazione con riguardo agli altri motivi ivi proposti. Ad essa si demanda pure la liquidazione delle spese di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo motivo di ricorso, assorbi gli altri; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per la liquidazione delle spese di legittimità, innanzi alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 10 marzo 2023.

Depositato in Cancelleria il 2 maggio 2023.