

# *I BATTELLI DEL RENO*

---

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

([www.ibattellidelreno.uniba.it](http://www.ibattellidelreno.uniba.it) – [www.ibattellidelreno.it](http://www.ibattellidelreno.it))

direzione

**Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio**

comitato scientifico

**Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi -  
Cinzia Motti - Antonio Nuzzo – Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti -  
Michele Sandulli - Gustavo Visentini**

Redazione di Bari

**Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Rosella  
Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci,  
Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro,  
Concetta Simone**

Redazione di Foggia

**Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino,  
Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione**

Redazione di Lecce

**Maria Cecilia Cardarelli, Andrea Sticchi Damiani, Giuseppe Positano,  
Alessandro Silvestrini**

Redazione di Napoli

**Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello,  
Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino**

Redazione di Roma

**Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria  
Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau**

Redazione di Taranto

**Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti,  
Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara  
Mele**



**UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO**

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a  
70100 – BARI - (Italy)  
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329  
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatori della pubblicazione on-line: Emma Sabatelli e Giuseppe Sanseverino  
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:  
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -  
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona  
74121 - TARANTO - (Italy)  
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011  
redazione.ibattellidelreno@uniba.it  
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

## GIURISPRUDENZA

(I)

**TAR Lazio Roma, sez. III, 7 Giugno 2016, n. 6548 – De Michele (Pres.) – Sinatra (Rel.)**

**Illegittimità costituzionale art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 – banche popolari – riforma ordinamentale – sussistenza dei presupposti ex art. 77, co. 2 Cost. – manifesta infondatezza – supervisione prudenziale – patrimonio di vigilanza di qualità primaria – superamento della soglia di otto miliardi di attivo – trasformazione banca popolare in s.p.a. – attribuzione alla Banca d'Italia di un potere in deroga a norme di legge e di delegificazione in bianco – diritto al rimborso del socio recedente a seguito della delibera di trasformazione in s.p.a. – modifica in senso riduttivo delle maggioranze assembleari per la trasformazione.**

*E' manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n.3, per la violazione dell'art. 77, co. 2, Cost., poiché emergono la sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza dalla relazione illustrativa presentata alla Camera dei Deputati, valutati tramite l'esame del caso concreto, come statuito dal giudice delle leggi. Le ragioni della decretazione hanno preso in considerazione una necessità di cui può, non irragionevolmente, postularsi l'urgenza: ossia l'esigenza di adeguare l'ordinamento italiano a una nuova strutturazione dell'attività di vigilanza che interessa i maggiori intermediari di questa categoria, concepita su scala europea dal diritto dell'Unione.*

*E' manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D. L. 24 gennaio 2015, n. 3, per la violazione dell'art. 77, co. 2, Cost., nella parte in cui recepisce la nuova disciplina comunitaria, in materia di vigilanza bancaria e, in particolare il Reg. (UE) n. 575/2013 del Parlamento e del Consiglio del 26 giugno 2013 . La fonte comunitaria impone che, tra gli altri requisiti, gli strumenti di capitale atti a garantire tale computo siano perpetui, ossia sempre disponibili per la banca. A questa constatazione deve arrestarsi la delibazione di manifesta infondatezza attribuita al giudice a quo, il quale può sindacare le scelte legislative affette da manifesta irragionevolezza o arbitrio. Peraltro, del tutto ragionevolmente, prevede un adeguato lasso di tempo dall'entrata in vigore, dopo la produzione delle relative disposizioni di attuazione di Banca d'Italia, concedendo agli istituti di credito interessati un congruo termine per operare le scelte, tra le*

*conseguenti misure alternative ma obbligatorie di riforma strutturale, connesse al superamento del limite di otto miliardi di euro di attivo.*

*Parimenti infondata è la questione di legittimità costituzionale, dell'art. 1 co. 1, lettera a), del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, che introduce il co. 2-ter nell'art. 28 T.U.B., dove conterebbe una delega in bianco alla Banca d'Italia di adottare norme regolamentari in deroga alla legge, senza predeterminazione dei criteri. Nella circostanza è stata rispettata la riserva di legge relativa, di cui tratta l'art. 23 Cost., il quale afferma che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. In definitiva, l'attività di determinazione del quantum di capitale eventualmente non rimborsabile in caso di recesso è, alla luce del diritto interno e di quello comunitario (Reg. delegato (UE) n. 241/2014 della Commissione, del 7 gennaio 2014, che integra il Reg. (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013), interamente conformata e suscettibile di determinazione attraverso i parametri normativi riportati.*

*E' manifestatamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, per violazione degli artt. 3, 41, 42, 45, 117 Cost. in relazione all'art.1 del Prot. add. n.1 CEDU riguardo le disposizioni presenti ai co. 2-bis e 2-ter dell'art. 29 e il co. 2-ter dell'art. 28 T.U.B. Le banche popolari come configurate nella previgente versione del T.U.B., presentavano la forma ma non la sostanza di cooperative. Infatti, la possibilità riservata agli investitori istituzionali quali gli organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari non fossero soggetti al limite di detenzione di azioni riservato agli altri soci, delineava chiaramente un modello di cooperativa nella quale si assisteva, specie per le grandi banche popolari quotate in borsa, ad un sensibile indebolimento dello scopo mutualistico, di conseguenza con le nuove norme l'attività cooperativa non risulta compromessa ma circoscritta. Questo conferma la ragionevolezza della fissazione di una data soglia al disopra della quale, la banca popolare è obbligata alla trasformazione in s.p.a., e non è possibile ravvisare un intervento espropriativo nella previsione di un limite al rimborso del socio recedente. Nel caso in esame si controverte dei possibili limiti apposti alla soddisfazione di un diritto di credito (quale è quello del socio recedente rispetto al rimborso della quota di capitale sottoscritta) verso un soggetto privato (la banca), di conseguenza, non è possibile parlare di privazione o limitazione della proprietà, posto che non è in discussione l'eventuale rapporto cartolare del socio con il titolo in cui il diritto di credito è incorporato, quanto, il rapporto giuridico di credito che ne è alla base.*

*E' manifestatamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 1, co. 1, lettera c) del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, per la violazione dell'art. 41 Cost., riguardo la disciplina prevista dal nuovo testo dell'art. 31, T.U.B.. La norma modifica in senso riduttivo le maggioranze assembleari per la trasformazione delle banche popolari da s.c.p.a. in s.p.a. ordinarie. Le ragioni poggiano, essenzialmente, sulla necessità di rispettare la normativa comunitaria in tema di capitale di vigilanza degli istituti bancari.*

(II)

**Consiglio di Stato, sez. VI, 15 dicembre 2016, n. 5277 – de Francisco (Pres.) – Giovagnoli (Rel.)**

**Illegittimità costituzionale art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33 – banche popolari – insussistenza dei presupposti di necessità e di urgenza ex art. 77, co. 2 Cost. – di adeguati indicatori di tale insussistenza – rilevanza e non manifesta infondatezza – sanatoria sopravvenuta solo ex nunc dei presupposti di necessità e urgenza – diritto al rimborso del socio in caso di recesso a seguito della delibera di trasformazione in s.p.a. – attribuzione alla Banca d'Italia di un potere in deroga a norme di legge e di delegificazione in bianco.**

*Non è manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33, per la violazione dell'art. 77, co. 2, Cost., in relazione alla mancanza dei presupposti giustificativi. L'intervento normativo realizza una riforma, delle banche popolari, sistematica e ordinamentale che non nasce nella sua interezza e complessità da un caso di necessità e urgenza. Peraltro, Il decreto introduce in gran parte norme non auto-applicative, le quali richiedono ulteriori misure attuative, demandate alla Banca d'Italia, in violazione dell'art. 15, co. 3 della L. 23 agosto del 1988 n. 400. Ad avviso del Collegio, potrebbe tuttora ritenersi meritevole di positiva considerazione, la tesi secondo cui la conversione in legge da parte del Parlamento abbia l'effetto di sanare, sia solo ex nunc, e non già ex tunc l'eventuale assenza dei presupposti per la decretazione d'urgenza.*

*Rilevanti e non manifestatamente infondate sono le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33, riguardanti alcuni aspetti specifici della disciplina, recepiti dal nuovo testo dell'art. 29, co. 2-ter, T.U.B., nelle parti in cui la norma, così individuata statuisce che, disposta l'assemblea della banca popolare per la trasformazione in società per azioni, il diritto al rimborso delle azioni del socio recedente sia limitato con la possibilità di escluderlo, in tutto o in parte, ovvero di differirlo senza limiti di tempo. Il contrasto si individua con gli articoli 41 e 42 Cost. nella parte in cui, rispettivamente tutelano la libertà di iniziativa economica e la proprietà privata, prevedendo che quest'ultima possa essere espropriata, nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo, per motivi di interesse generale, nonché con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 1 del Prot. add. n. 1 del 20 marzo 1952 della CEDU.*

*E' rilevante e non manifestatamente infondato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33, in violazione degli artt. 1, 3, 23, 42, 95 e 97 Cost. nella parte in cui, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di esclusione del rimborso del socio recedente, in deroga a norme di legge, con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione in bianco, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme che possano essere derogate e, altresì, in ambiti coperti da riserva di legge.□*

**Illegittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33 – banche popolari – manifesta infondatezza – incompatibilità della forma della società cooperativa in caso di superamento del limite degli otto miliardi – violazione delle competenze legislative regionali ex art. 117, co. 3, Cost.**

*Risulta, invece, manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33, nella parte in cui, attiene alla scelta del legislatore di prevedere l'incompatibilità, per le banche popolari, della forma della società cooperativa per azioni a responsabilità limitata, in caso di superamento del limite degli otto miliardi di euro di attivo con conseguente obbligo, in caso di superamento, di optare per una tra le seguenti alternative: trasformazione in società per*

*azioni; liquidazione della società; riduzione dell'attivo al di sotto degli otto miliardi di euro. L'individuazione delle forme giuridiche nelle quali un ordinamento ritiene che vada necessariamente esercitata l'impresa bancaria rientra, infatti, nella discrezionalità del legislatore, insindacabile in sede di legittimità, se non a fronte di profili di macroscopica irragionevolezza.*

*Parimenti è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33, nella parte in cui, si stabilisce la fissazione della soglia di otto miliardi di attivo, sebbene inferiore alla soglia dei trenta miliardi, utilizzata per individuare gli enti creditizi significativi sottoposti alla supervisione diretta della Banca Centrale Europea nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico, rientra nella discrezionalità del legislatore e non presenta profili di manifesta irragionevolezza.*

*Sono manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33, diretti a lamentare, sotto diversi profili, la lesione delle competenze legislative regionali ex art. 117, co. 3, Cost. Nessuna delle banche popolari interessate dalla disposizione legislativa in oggetto risulta avere carattere regionale trattandosi di banche che operano sul mercato nazionale e internazionale. Nella materia in oggetto, l'intervento legislativo statale trova il suo titolo legittimante nell'art. 117, co. 2, Cost., che riserva allo Stato le materie sia dell'ordinamento civile (lett. 1), sia della "moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari" (lett. 3).*

(I)

#### Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(*Omissis*) FATTO E DIRITTO. – I. Con ricorso spedito per notifica il 7 settembre 2015, notificato il successivo giorno 9 e depositato il 16 settembre 2015, i nominati in epigrafe, che documentano di essere soci di varie banche popolari (UBI Banca, Banca Popolare di Milano, Banca Popolare di Sondrio, Veneto Banca, Banco Popolare) hanno impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare, gli atti emessi dalla Banca d'Italia a seguito delle modificazioni apportate all'art. 29 del T.U.B. dall'art. 1. dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33.

Si tratta, in particolare:

- del 9° aggiornamento del 9 giugno 2015 apportato alla circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 ("Disposizioni di vigilanza per le banche");

- delle "Disposizioni di vigilanza – Banche popolari" del 9 aprile 2015, che disciplinano:

a) le modalità di calcolo della soglia "sensibile" pari a 8 miliardi di euro di capitale sociale, da computare secondo le segnalazioni di vigilanza individuali o consolidate;

b) il rimborso degli strumenti di capitale al socio che ha esercitato il recesso dalla società dopo la trasformazione della Popolare in s.p.a., che può essere limitato "anche in deroga a

disposizioni di legge”, affermando che detta facoltà deve essere contemplata nello statuto della banca ed è attribuita all’organo di gestione, fermi i poteri autorizzativi dell’autorità di vigilanza rispetto al rimborso di fondi propri ai sensi dell’art. 77 CRR (ossia del Reg. UE/575/2013 del Parlamento e del Consiglio, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese d’investimento e che modifica il Reg. UE/648/2012 del Parlamento e del Consiglio);

- del resoconto della consultazione, pubblicato in data 11 giugno 2015;

- del documento “Analisi impatto della regolamentazione” dell’11 giugno 2015.

I ricorrenti affermano che il nuovo co. 2-ter dell’art. 29 del T.U.B., introdotto dall’art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, avrebbe stravolto le caratteristiche peculiari delle banche popolari, costituite dalla variabilità del capitale sociale mediante il c.d. principio della porta aperta, il voto capitario (e non pesato in misura delle azioni possedute), il limite al possesso azionario e la previsione di un numero minimo di soci; in una parola, il carattere democratico delle Banche popolari, strettamente connesso alla loro natura di cooperative.

II. - I passi salienti della riforma delle Banche popolari introdotta dall’art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, per quanto qui interessa, sono costituiti dalle disposizioni di seguito riportate:

“1. Al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all’articolo 28, dopo il co. 2-bis, è aggiunto il seguente:

«2-ter. Nelle banche popolari il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione o di esclusione del socio, è limitato secondo quanto previsto dalla Banca d’Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò è necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. Agli stessi fini, la Banca d’Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi.»;

b) all’articolo 29:

1) dopo il co. 2, sono inseriti i seguenti:

«2-bis. L’attivo della banca popolare non può superare 8 miliardi di euro. Se la banca è capogruppo di un gruppo bancario, il limite è determinato a livello consolidato.

2-ter. In caso di superamento del limite di cui al co. 2-bis, l’organo di amministrazione convoca l’assemblea per le determinazioni del caso. Se entro un anno dal superamento del limite l’attivo non è stato ridotto al di sotto della soglia né è stata deliberata la trasformazione in società per azioni ai sensi dell’articolo 31 o la liquidazione, la Banca d’Italia, tenuto conto delle circostanze e dell’entità del superamento, può adottare il divieto di intraprendere nuove operazioni ai sensi dell’art. 78, o i provvedimenti previsti nel tit. IV, cap. I, sez. I, o proporre alla Banca centrale europea la revoca dell’autorizzazione all’attività bancaria e al Ministro dell’economia e delle finanze la liquidazione coatta amministrativa. Restano fermi i poteri d’intervento e sanzionatori attribuiti alla Banca d’Italia dal presente decreto legislativo.

2-quater. La Banca d'Italia detta disposizioni di attuazione del presente articolo.»

(Omissis)

II. In sede di prima applicazione del presente decreto, le banche popolari autorizzate al momento della relativa entrata in vigore si adeguano a quanto stabilito ai sensi dell'articolo 29, co. 2- bis e 2-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, introdotti dal presente articolo, entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d'Italia ai sensi del medesimo articolo 29. (Omissis). Gli atti impugnati derivano dall'esercizio del potere attuativo attribuito alla Banca d'Italia dal co. 2-quater del nuovo art. 29 del T.U.B.

III. – I ricorrenti assumono che gli atti impugnati sarebbero affetti da illegittimità derivata a causa dell'illegittimità costituzionale della normativa primaria su richiamata, ed a questo fine li impugnano declinando i vizi di costituzionalità in cui a loro giudizio incorrerebbe, sotto più profili, l'art. 1 del D.L. n. 3 del 2015.

Il medesimo articolo, come documentano i ricorrenti medesimi, risulta già sottoposto allo scrutinio della Corte Costituzionale dalla Regione Lombardia con ricorso depositato il 29 maggio 2015.

IV. – Si sono costituite in giudizio, per resistere al ricorso, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la Banca d'Italia.

V. - Con atto spedito per notifica il 29 dicembre 2015 e depositato il giorno successivo ha proposto intervento ad adiuvandum il CODACONS – Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori, che ha insistito per l'accoglimento del ricorso introduttivo.

1. – E' oggi all'esame del Collegio il ricorso proposto da alcuni soci di talune banche popolari interessate dalla riforma di settore posta dall'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33, che ha modificato la disciplina recata in materia dal Testo Unico Bancario (decreto legislativo n. 358 del 1993).

2. – E' necessario premettere che la riforma della disciplina delle banche popolari da cui muovono i provvedimenti impugnati prende, per larga parte, il posto di una normativa che –per quanto qui interessa – disegnava, schematicamente, il quadro di seguito illustrato.

2.1 - A tenore del previgente art. 28 co. 1 del T.U.B., l'esercizio dell'attività bancaria da parte di società cooperative era riservato alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo.

La prima delle due categorie di istituti di credito appena citati doveva essere costituita, a tenore dell'art. 29 co. 1, in forma di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata, con valore nominale di ciascuna azione non superiore a due euro.

Regola qualificante del tipo societario in questione era data dal voto capitario (ossia secondo il principio “una testa un voto”, art. 30 co. 1), ma nessuno dei soci poteva detenere, direttamente o indirettamente, in base all'art. 30 co. 2, una quantità di azioni eccedente l'1% del capitale



sociale; peraltro, a quest'ultimo limite erano sottratti alcuni investitori istituzionali, quali gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (art. 30 co. 3).

Altra regola qualificante era data dal c.d. principio della “porta aperta”, secondo il quale l'ingresso nella compagine sociale non comportava particolari qualifiche nell'aspirante socio, e, soprattutto, non comportava modifiche dell'atto costitutivo.

A tale principio si correlava il “principio del gradimento” degli amministratori rispetto agli aspiranti soci (art. 30 co. 5); ma coloro, ai quali detto gradimento fosse stato negato, potevano comunque acquisire lo status di semplice azionista, ossia di titolare dei soli diritti patrimoniali; una posizione che, pertanto, si contrapponeva allo status di socio, ovvero di titolare sia dei diritti c.d. amministrativi che di quelli patrimoniali.

Ai sensi dell'art. 32 T.U.B., poi, solo il 10% degli utili netti annuali doveva necessariamente essere destinato a riserva, sicché il restante 90% poteva costituire dividendo da distribuire ai soci.

D'altra parte, il T.U.B. non conteneva disposizioni che imponessero alle banche in questione di operare esclusivamente o prevalentemente con i soci.

2.2 - La dottrina in materia ha più volte sottolineato come i tratti caratteristici delle banche popolari su richiamati abbiano comportato l'allontanamento dallo schema mutualistico, portando ad affermare che le banche popolari, come configurate dalla previgente versione del T.U.B., avevano la forma, ma non la sostanza, di cooperative.

In particolare, poi, la possibilità che investitori istituzionali (quali gli organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari) non fossero soggetti al limite di detenzione di azioni che colpiva gli altri soci, delineava chiaramente un modello di cooperativa nella quale si assisteva –specie per le grandi banche popolari, quotate in borsa – ad un sensibile indebolimento dello scopo mutualistico; poiché è del tutto evidente che un soggetto interessato ad effettuare nella banca popolare un investimento di capitale non è, di regola, invece interessato a che i soci ricevano i vantaggi mutualistici, che deriverebbero loro dalla partecipazione al capitale sociale.

2.3 – Inoltre le caratteristiche delle società in questione, come sopra delineate, comportavano determinanti influenze sui meccanismi di formazione della compagine degli amministratori: tramite il sistema del voto capitario, infatti, a determinare la volontà sociale in sede di elezione dei medesimi è il numero dei soci, e non la consistenza della quota di capitale da essi detenuta: ragione per cui gli amministratori possono non essere espressione dei soggetti titolari della parte più consistente del capitale, ossia degli investitori istituzionali.

Gli amministratori d'altra parte, come già detto, possedevano il potere di veto nei confronti dell'ammissione alla qualità di socio, ovvero, in definitiva, il potere di scegliere i propri elettori e così –come osservato in dottrina – il potere di autopertuarsi nella carica.

2.4. – In relazione al fine ultimo della partecipazione al capitale sociale, quindi, la dottrina in materia ha addirittura enucleato quattro categorie di soci delle banche popolari, ciascuna connotata da un interesse differente da quello proprio delle altre categorie, ovvero: soci – clienti, che ambiscono ad ottenere condizioni più vantaggiose nella fruizione dei servizi bancari;

soci – investitori, che, invece, sono interessati alla sola percezione del dividendo ed a realizzare il c.d. capital gain; soci – amministratori, interessati alla rielezione nella carica; soci – dipendenti, che, invece, sono gli unici ad essere interessati a spuntare condizioni salariali e lavorative sempre migliori.

3. – Tanto premesso in via generale, deve essere dichiarata, innanzitutto, l'inammissibilità dell'intervento ad adiuvandum spiegato dal CODACONS – Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori. (*Omissis*)

4. – Il Collegio ritiene comunque di poter prescindere dalle residue eccezioni di rito, in quanto il ricorso è infondato, e deve essere respinto.

4.1 - La censura di apertura del primo motivo postula la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dall'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, per assenza dei presupposti di necessità ed urgenza che, a tenore dell'art. 77 Cost., giustificano la decretazione d'urgenza; presupposti che, qui, mancherebbero, sia per la natura strutturale della riforma operata, che per la presenza di una norma del decreto (l'art. 1 co. 2) che impone l'adeguamento alle relative disposizioni entro 18 mesi dalla emanazione delle disposizioni di attuazione da parte della banca d'Italia, e non immediatamente.

4.1.2 - La valutazione cui è chiamato questo TAR, circa la sussistenza della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata passa necessariamente per una valutazione di evidenza (o di non evidenza) dei presupposti di necessità ed urgenza di cui all'art. 77 co., 2 Cost., nell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3.

4.1.3. – Osserva il Collegio che, quando è stata chiamata a scrutinare la compatibilità di una riforma ordinamentale (quella della disciplina delle Province: sentenza n. 220/2013), la Corte Costituzionale ha affermato che essa non poteva essere interamente condizionata dalla contingenza, “sino al punto da costringere il dibattito parlamentare sulle stesse nei ristretti limiti tracciati dai commi secondo e terzo dell'art. 77 Cost., concepiti dal legislatore costituente per interventi specifici e puntuali, resi necessari e improcrastinabili dall'insorgere di «casi straordinari di necessità e d'urgenza»”.

La decretazione di urgenza potrebbe quindi, secondo la medesima Corte, essere legittimamente adottata solo per incidere su singoli aspetti della normativa di settore (in quel caso, degli enti locali), secondo valutazioni di opportunità politica del Governo, sottoposte al vaglio successivo del Parlamento.

Nel caso della radicale trasformazione delle Province, in particolare, la Corte ha ritenuto impossibile la modifica per decreto-legge dell'intera disciplina ordinamentale, poiché la relativa esigenza non era nata nella sua interezza e complessità (già da tempo dibattute), da un «caso straordinario di necessità e d'urgenza».

4.1.4 – Dette affermazioni devono, tuttavia, essere temperate con riferimento ad altre numerose pronunzie, in cui la Corte Costituzionale ha ritenuto che il sindacato sull'esistenza dei presupposti della necessità e dell'urgenza, che legittimano il Governo ad emanare decreti legge, può essere esercitato solo nel caso in cui la mancanza di tali presupposti sia “evidente”

(sentenze n. 6 e n. 285 del 2004, n. 16 del 2002, n. 398 del 1998, n. 330 del 1996, n. 29 del 1995, n. 171 del 2007, n. 83 del 2010). (*Omissis*)

Per la Corte, invece, questa verifica deve essere effettuata in concreto: ossia in ragione della singolarità del caso regolato alla luce di “una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi”.

4.1.5 - Al riguardo occorre, allora, fare innanzitutto riferimento all'epigrafe del D. L. n. 3 del 2015, che, per giustificare il ricorso alla decretazione d'urgenza nella materia in questione, richiama “la straordinaria necessità ed urgenza di avviare il processo di adeguamento al sistema bancario agli indirizzi europei per renderlo competitivo ed elevare il livello di tutela dei consumatori e di favorire lo sviluppo dell'economia del Paese, promuovendo una maggiore patrimonializzazione delle imprese italiane ed il concorso delle piccole e medie imprese nei processi di innovazione del sistema produttivo”, nonché “la straordinaria necessità ed urgenza di adottare disposizioni volte a favorire l'incremento degli investimenti, l'attrazione dei capitali e degli investitori istituzionali esteri, nonché favorire lo sviluppo del credito per l'export”. Dunque, secondo il Governo della Repubblica, la necessità di ricorrere alla decretazione d'urgenza era correlata all'esigenza di promuovere adeguare il sistema bancario italiano “agli indirizzi europei” e a quella di favorire gli investimenti nel capitale delle banche popolari mediante l'attrazione d'investitori istituzionali e dei relativi capitali anche dall'estero. (*Omissis*)

4.1.6 - Si può rilevare che, in linea astratta, le esigenze richiamate dall'epigrafe del decreto legge si palesano, in se, neutre sotto il profilo della straordinaria necessità ed urgenza della loro soddisfazione, atteso che esse non sono accompagnate dall'esplicazione delle ragioni per cui il processo in questione s'imporebbe come urgente.

4.1.7. – Più compiutamente, tuttavia, le ragioni d'urgenza emergono –secondo una valutazione del caso concreto, postulata dalle su richiamate pronunzie della Corte Costituzionale – dalla Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del D.L. n. 3 del 2015 presentato alla Camera dei Deputati, prodotta in giudizio dall'Istituto (*omissis*).

La relazione in questione richiama, innanzitutto, la necessità di adeguare il sistema italiano al nuovo Meccanismo unico di vigilanza degli Istituti di credito continentali, istituito dal Reg. UE/1024/2013, nato per fronteggiare la crisi finanziaria che ha interessato gli intermediari europei negli ultimi anni, strumento che ha la Banca Centrale Europea al vertice della catena di controllo, cui partecipano anche le Autorità di vigilanza nazionali, e che si dirige su determinati istituti di credito ritenuti “significativi” per le dimensioni dell'attivo.

Essa afferma che requisiti fondamentali per il funzionamento dei nuovi strumenti di vigilanza sono proprio un'efficace forma di governo delle banche in questione e una elevata capacità di finanziamento delle medesime: evenienze ostacolate, come affermato comunemente in dottrina, dalle caratteristiche delle banche popolari “pre-riforma”, e che, in base ad analisi condotte dal Fondo Monetario Internazionale, “la solidità delle banche dipende ampiamente dalla qualità del governo societario”.

Questa trasformazione – ancora a tenore della citata Relazione – presuppone, poi, che alle società sia lasciato un congruo periodo di tempo per la valutazione delle opzioni rese possibili dalla riforma.

4.1.8 - Ritiene il Collegio che le ragioni di urgenza enunciate nella citata Relazione di illustrativa del decreto legge al Parlamento per la sua conversione in legge siano sufficienti a determinare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale che i ricorrenti chiedono di sollevare in relazione all'art. 77 co. 2 Cost.

L'atto in questione ha preso in considerazione una necessità di cui può, non irragionevolmente, postularsi l'urgenza: ossia l'esigenza di adeguare l'ordinamento italiano ad una nuova strutturazione dell'attività di vigilanza che interessa i maggiori intermediari di questa categoria, concepita su scala europea dal diritto dell'Unione.

Il riferimento è –come meglio esplicitato nelle difese delle Amministrazioni resistenti- alla nuova disciplina comunitaria in materia di vigilanza bancaria e, in particolare, al Regolamento UE/575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, che agli articoli 28 e 29 impone – per quanto qui interessa- la presenza di “Strumenti del capitale primario di classe 1” .

Si tratta del “patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca” cui fa riferimento il nuovo comma 2-ter dell'art. 28 T.U.B., che pone limiti al rimborso della partecipazione azionaria del socio in caso di recesso, ove ciò sia necessario al fine di computare in tale parte del patrimonio le azioni non rimborsate, secondo il principio c.d. del bail-in, per cui la solidità della banca deve essere assicurata, innanzitutto, dal proprio patrimonio.

Ebbene, la su citata fonte comunitaria impone che, tra gli altri requisiti, gli strumenti di capitale atti a garantire tale computo siano –secondo la dizione del Regolamento- “perpetui”, ossia sempre disponibili dalla banca.

Questa caratteristica è garantita dalla facoltà che la banca, a determinate condizioni, neghi il rimborso di una parte dell'investimento di capitale al socio che intenda uscire dalla compagine societaria: facoltà che il diritto interno non riconosceva, e che è stata introdotta nell'ordinamento italiano, per la prima volta, proprio dall'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, mediante l'inserimento del co. 2-ter nell'art. 28 del T.U.B. in materia di banche popolari (e che è poi è stata estesa a tutte le aziende di credito dal decreto legislativo n. 180 del 2016).

Sotto questo profilo, quindi, il decreto legge attua l'adeguamento a quanto dispone l'art. 29 co. 2 del Reg. UE/575/2013 del parlamento Europeo e del Consiglio, che tra i requisiti di tali strumenti di capitale prevede anche: “Per quanto riguarda il rimborso degli strumenti di capitale sono soddisfatte le seguenti condizioni:

- a) ad eccezione dei casi di divieto imposto dalla normativa nazionale applicabile, l'ente può rifiutare il rimborso degli strumenti;
- b) se la normativa nazionale applicabile vieta all'ente di rifiutare il rimborso degli strumenti, le disposizioni che governano gli strumenti consentono all'ente di limitare il rimborso;

c) il rifiuto di rimborsare gli strumenti o, se del caso, la limitazione del rimborso degli strumenti non possono costituire un caso di default da parte dell'ente.”

In particolare, la norma interna ha scelto di adottare l'ipotesi sub b), ovvero quella di non precludere per intero il rimborso; e ha altresì scelto che tale limitazione sia solo eventuale (ipotesi sub c).

Tanto basta a dimostrare che, nell'occasione, il ricorso alla decretazione di urgenza, pur attuato in presenza di una riforma strutturale di un dato settore dell'ordinamento giuridico, è stato condotto (come consentito dalla giurisprudenza del Giudice delle leggi citata in precedenza), alla luce della valutazione di circostanze concrete e contingenti, che ragionevolmente potevano indurre all'utilizzo del decreto legge.

4.1.9 - A questa constatazione deve arrestarsi la delibazione di manifesta infondatezza attribuita al giudice a quo; il quale non può addentrarsi a sindacare né l'effettiva sussistenza di una tale urgenza, né, tanto meno, a valutare la congruità delle misure in concreto adottate per fronteggiarla.

Si tratta, infatti, di aspetti che involgono l'insindacabile campo della discrezionalità sotto il profilo, proprio delle questioni di legittimità costituzionale -ancorché nei sommari limiti riservati alla delibazione del giudice a quo- per cui le scelte legislative sono sindacabili soltanto ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio (C. Cost., sentenza 79/2016).

4.1.10 - Ritiene poi il Collegio che, contrariamente a quanto asserito dai ricorrenti, la violazione dell'art. 77 co. 2 Cost. non emerga neppure dal fatto che l'art. 1 co. 2 del decreto legge preveda che, in sede di prima applicazione del decreto, le banche popolari si adeguino a quanto stabilito dai nuovi co. 2-bis e 2-ter del nuovo articolo 29 del TUB entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d'Italia.

I detti co. 2 bis e 2 ter dell'art. 29 prevedono, come detto, che, in caso di superamento di un limite dell'attivo pari a otto miliardi di euro, l'organo di amministrazione deve convocare l'assemblea per deliberare, entro un anno, la riduzione dell'attivo al di sotto della soglia, oppure la trasformazione della banca in società per azioni, oppure la liquidazione.

E' del tutto evidente che la disposizione dell'art. 1 co. 2 non prevede un'entrata in vigore differita dell'obbligo di adeguamento, che risulta immediato, ma attuabile nel termine di diciotto mesi.

La norma, quindi, del tutto ragionevolmente, prevede un adeguato lasso di tempo dall'entrata in vigore dopo che la Banca d'Italia abbia dettato le relative disposizioni di attuazione (come pure previsto nell'art. 29 al nuovo co. 2-quater), in quanto concede agli istituti di credito interessati un congruo termine per operare le scelte e le conseguenti misure alternative -ma obbligatorie- di riforma strutturale connesse al superamento del limite di otto miliardi di euro di attivo.

In questa ottica emerge che risulta rispettato il principio secondo il quale i decreti legge “sono destinati ad operare immediatamente, allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità”

(ancora Corte Cost. n. 220/2013), come postulato dall'art. 15 co. 3 della L. n. 400 del 1988, il quale prevede che essi debbano contenere misure d'immediata applicazione.

4.2 – Parimenti infondata è la questione di legittimità costituzionale adombrata nella seconda censura, per la quale l'art. 1 co. 1 lett. a), che introduce il comma 2-ter nell'art. 28 T.U.B., conterebbe una delega “in bianco” alla Banca d'Italia di adottare norme regolamentari anche in deroga alla legge, senza predeterminazione dei criteri; facoltà di deroga all'ordinario assetto dei poteri legislativo ed esecutivo che l'art. 70 Cost. concede solo al Parlamento, e solo nei confronti del Governo. (*Omissis*)

4.2.2. – A parere del Collegio il punto è, invece, se nella circostanza sia stata rispettata la riserva di legge relativa, di cui tratta l'art. 23 della Cost., il quale afferma che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge: nel caso in esame, infatti, si è al cospetto di una disposizione che comporta, in caso di recesso o esclusione del socio, una possibile limitazione del diritto al rimborso della quota di capitale sottoscritta.

Anche in questa chiave, peraltro, la questione è manifestamente infondata.

Come noto, la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 della Cost. lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie, sempre che non si tratti di un “mero richiamo formale ad un prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini” (Corte Cost., sentenze n. 115/2011 e n. 83/2015).

In particolare, secondo il Giudice delle leggi, “per rispettare la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost., è quanto meno necessaria la preventiva determinazione di «sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa» (sentenze n. 350/2007 e n. 105/2003), richiedendo che «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione»” (sentenze n. 190/2007, n. 115/2011 e n. 83/2015).

4.2.3. - Nel caso del nuovo co. 2-ter dell'art. 28 TUB questi requisiti sono presenti, seppure con le precisazioni che seguono.

Il co. 2-ter, innanzitutto, prevede espressamente la limitazione al rimborso. Esso, poi, considera detta limitazione solo come eventuale, e non come automatica conseguenza del recesso o dell'esclusione del socio e della trasformazione della società.

Tale eventualità è, parimenti, specificata nel medesimo co. 2-ter: si tratta del caso in cui “ciò è necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca”.

I presupposti della limitazione al rimborso, quindi, sono previsti dalla norma di rango primario.

4.2.4. – Occorre ricordare nuovamente che limitazione del rimborso di capitale in caso di recesso rappresenta un requisito prudenziale per fronteggiare eventuali perdite dell'azienda di credito, e risponde al principio secondo il quale la stabilità di una banca, in caso di crisi, va

preservata innanzitutto attraverso un salvataggio interno, ossia mediante le risorse patrimoniali della banca medesima; e dunque, indirettamente, mediante l'apporto del patrimonio dei soci (c.d. principio del bail-in).

La facoltà di limitare il diritto al rimborso azionario comporta la possibilità, per la banca, di computare nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria anche dei titoli rappresentativi del capitale sociale. Per completezza, occorre rilevare che il medesimo principio –denominato, in quella sede, proprio bail-in – è stato successivamente esteso a tutte le aziende di credito dagli articoli 48 e seguenti del D.Lgs. 16/11/2015, n. 180 (in materia di attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento), e prevede che esso è disposto per ripristinare il patrimonio degli istituti sottoposti a procedura di “risoluzione”, nella misura necessaria al rispetto dei requisiti prudenziali e idonea a ristabilire la fiducia del mercato.

4.2.5. - Ciò che il nuovo art. 28, co. 2- ter del T.U.B. rimette alle determinazioni della Banca d'Italia è unicamente la modalità della limitazione del rimborso di capitale, ove di essa ricorrano i presupposti.

Tali modalità, tuttavia, come evidenziato nelle difese dell'Autorità di vigilanza, non vengono lasciate alle libere determinazioni di quest'ultima, ma rispondono a specifici parametri desumibili dal diritto comunitario.

L'Avvocatura della Banca d'Italia fa condivisibile riferimento, a questo fine, al regolamento UE/241/2014 della Commissione, che integra il regolamento UE/575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri per gli enti.

L'art. 10 del Reg. UE/241/2014, al par. 2, prevede, innanzitutto, le modalità con cui la detta limitazione può essere operata, disponendo che “La capacità dell'ente di limitare il rimborso conformemente alle disposizioni che regolano gli strumenti di capitale, di cui all'art. 29, par. 2, lett. b), e all'art. 78, par. 3, del Reg. UE/575/2013, riguarda sia il diritto di rinviare il rimborso che il diritto di limitare l'importo rimborsabile. L'ente è in grado di rinviare il rimborso o di limitare l'importo rimborsabile per un periodo illimitato in conformità al par. 3”. (*Omissis*)

La non breve disamina normativa che precede attesta che, in definitiva, anche l'attività di determinazione del quantum di capitale eventualmente non rimborsabile in caso di recesso è, alla luce del diritto interno e di quello comunitario, interamente conformata e suscettibile di determinazione, nei singoli casi, attraverso i parametri normativi su riportati.

4.3. – Anche la censura di violazione degli artt. 3, 41, 42 e 45 Cost. e 117 Cost. in relazione all'art. 1 del Prot. add. n.1 CEDU è manifestamente infondata.

4.3.1. - Un primo ordine di censure d'illegittimità costituzionale investe, in particolare, il nuovo co. 2 ter introdotto dal citato articolo 1 nell'art. 29 del T.U.B., che prevede:

2-ter. In caso di superamento del limite di cui al co. 2-bis, l'organo di amministrazione convoca l'assemblea per le determinazioni del caso. Se entro un anno dal superamento del limite l'attivo

non è stato ridotto al di sotto della soglia né è stata deliberata la trasformazione in società per azioni ai sensi dell'art. 31 o la liquidazione, la Banca d'Italia, tenuto conto delle circostanze e dell'entità del superamento, può adottare il divieto di intraprendere nuove operazioni ai sensi dell'articolo 78, o i provvedimenti previsti nel tit. IV, cap. I, sez. I, o proporre alla Banca centrale europea la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e al Ministro dell'economia e delle finanze la liquidazione coatta amministrativa. Restano fermi i poteri d'intervento e sanzionatori attribuiti alla Banca d'Italia dal presente decreto legislativo.”

La disposizione è da leggere in stretta connessione con il precedente (nuovo) co. 2-bis, per il quale:

“2-bis. L'attivo della banca popolare non può superare 8 miliardi di euro. Se la banca è capogruppo di un gruppo bancario, il limite è determinato a livello consolidato.

I ricorrenti assumono che le disposizioni appena trascritte, imponendo una data soglia dimensionale all'attività bancaria in forma cooperativa di banca popolare, contrasterebbero con gli artt. 41 (che tutela la libertà d'iniziativa economica privata, cui sarebbe così posto un indebito limite) e 45 (che afferma la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata) della Costituzione.

Al riguardo occorre ricordare nuovamente che i tratti caratteristici delle banche popolari su richiamati hanno comportato l'allontanamento dallo schema mutualistico, portando ad affermare che le banche popolari, come configurate dalla previgente versione del T.U.B., avevano la forma, ma non la sostanza, di cooperative. In particolare, poi, la possibilità che investitori istituzionali quali gli organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari non fossero soggetti al limite alla detenzione di azioni che colpiva gli altri soci, delineava chiaramente un modello di cooperativa nella quale si assisteva –specie per le grandi banche popolari quotate in borsa- ad un sensibile indebolimento dello scopo mutualistico. (*Omissis*)

Pertanto, non è prima facie irragionevole (e tanto basta, per il giudice a quo, a ritenere manifestamente infondata la questione di costituzionalità sottesa alle censure in esame) una misura normativa che, impone la trasformazione in s.p.a. ordinaria della società bancaria avente oramai solo la veste della cooperativa (ma non la sostanza). (*Omissis*)

4.3.2. - Questa impostazione, inoltre, risulta logica soprattutto se applicata alle banche popolari di maggiori dimensioni, e non a quelle –pure presenti nello scenario italiano – che ancora si rivolgono quasi esclusivamente al territorio di riferimento. Da ciò si deduce la ragionevolezza della fissazione di una data soglia al disopra della quale l'attivo della banca popolare deve comportare la sua trasformazione in s.p.a.

4.3.3. – Inoltre, perfettamente ragionevole appare il limite dimensionale di otto miliardi di attivo posto dal co. 2-bis. La misura così fissata, invero, è stata positivamente apprezzata dalla BCE nel parere reso il 25 marzo 2015 ai sensi degli articoli 127 par. 4 e 282 par. 5 del TFUE, nonché della Decisione 98/415/CE.



In particolare, il citato art. 127 del Trattato prevede, per quanto qui interessa, che la BCE è consultata dalle autorità nazionali, sui progetti di disposizioni legislative che rientrino nelle sue competenze, ma entro i limiti e alle condizioni stabiliti dal Consiglio.

L'art. 282 ribadisce che nei settori che rientrano nelle sue attribuzioni, la BCE è consultata su ogni progetto di atto dell'Unione e su ogni progetto di atto normativo a livello nazionale. *(Omissis)*

4.3.4. - Detto parere, nel caso in esame, è stato reso nel senso della completa condivisione della riforma contenuta nel D.L. 24 gennaio 2015, n.3 da parte della BCE. *(Omissis)*

Questa integralmente positiva valutazione dell'organo, deputato ad esprimersi sulla coerenza delle misure normative degli Stati membri con le politiche economiche generali vale, a parere del Collegio, a privare di fondamento la questione prospettata.

4.3.5. – Quanto appena detto deve condurre anche alla declaratoria di manifesta infondatezza della questione di costituzionalità prospettata rispetto all'art. 45 Cost., perché, in realtà, l'attività cooperativa non risulta compressa, ma –al contrario – circoscritta entro i limiti che le sono propri, ossia quelli del mantenimento del vantaggio mutualistico negli ambiti in cui i soci siano ancora a ciò realmente interessati: ovvero le banche popolari di minori dimensioni.

□ Le argomentazioni svolte, al contrario, spogliano da ogni equivoco lo scopo sociale degli istituti di maggiori dimensioni, oramai proiettati verso ambiti di mercato che, per loro natura, tendono alla soddisfazione di investimenti capitalistici; i quali, con il vantaggio mutualistico dedicato ai soci, più nulla hanno a che fare.

4.4. – Non è possibile, inoltre, ravvisare un intervento espropriativo nella previsione di un limite, in caso di esodo dalla compagine sociale, al rimborso di una data quota del capitale investito dal socio uscente, che, come tale, lederebbe gli art. 41 e 42 Cost. e l'art. 1 del Prot. add. n.1 della CEDU, oltre che gli art. 16 e 17 della carta dei diritti fondamentali di Nizza, che pure dettano gaurentigie a tutela della libertà d'impresa e della proprietà privata. *(Omissis)*

4.4.1. - Al riguardo il Collegio ritiene sufficiente osservare che, innanzitutto, il principio costituzionale di cui all'art. 42 invocato riguarda la tutela del diritto reale di proprietà e le possibilità di sua ablazione da parte della mano pubblica. Mentre nel caso in esame si controverte dei possibili limiti apposti alla soddisfazione di un diritto di credito (quale è quello del socio recedente rispetto al rimborso della quota di capitale sottoscritta) verso un soggetto privato (la banca); ragione per cui non è possibile parlare di “privazione (o limitazione) della proprietà”, posto che qui non tanto è in discussione l'eventuale rapporto “cartolare” del socio con il titolo in cui il diritto di credito è incorporato, quanto, piuttosto, il rapporto giuridico (di credito) che ne è alla base. *(Omissis)*

4.4.2. - Non emerge neppure la manifesta fondatezza della questione legata all'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 1 del Prot. add. n.1 della CEDU. *(Omissis)*

E' un sistema che, come pure si è visto, deriva direttamente dal regolamento UE/241/2014 della Commissione, che integra il regolamento UE/575/2013 del Parlamento europeo e del

Consiglio in materia di norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri per gli enti.

Quest'ultima circostanza induce a dichiarare manifestamente infondata la questione anche sotto questo profilo, in quanto il legislatore nazionale risulta avere rispettato, e non violato, il precetto costituzionale di cui all'art. 117 co.1, avendo legiferato nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

4.4.3. – L'ultimo profilo di doglianza (...), assume la violazione dell'art. 41 Cost. (che tutela la libertà imprenditoriale) anche da parte del nuovo art. 31 del T.U.B., introdotto dall'art.1, co.1, lett. c) del D.L. n. 3 del 2015, il quale modifica in senso riduttivo, rispetto al passato, le maggioranze assembleari per la trasformazione delle banche popolari da società cooperative per azioni a s.p.a. ordinarie.

Anche tale questione è manifestamente infondata.

E lo è per le medesime ragioni che hanno condotto alla riforma in esame, quali delineate nelle considerazioni già svolte nella presente motivazione (cui si rinvia per dovere di sinteticità), che poggiano, essenzialmente, sulla necessità di rispettare la normativa comunitaria in tema di capitale di vigilanza degli istituti bancari; soprattutto con riguardo ad istituti bancari il cui attivo si attesti al disopra della soglia indicata come ragionevole dalla BCE (otto miliardi di euro).

Tali ragioni comportano la non irragionevole conseguenza normativa per cui il percorso assembleare che deve condurre la banche popolari con attivo superiore agli 8 miliardi di euro ad assumere le determinazioni di cui all'art. 28, co. 2-ter, del T.U.B. sia agevolato rispetto al passato mediante quorum di più facile raggiungimento. *(Omissis)*

7. - Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto. *(Omissis)*

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio *(Omissis)* respinge il ricorso. *(Omissis)*

(II)

Consiglio di stato

*(Omissis)* 1. Con tre distinti ricorsi proposti innanzi al TAR Lazio, ADUSBEP (Associazione difesa utenti servizi bancari finanziari postali assicurativi), FEDERCONSUMATORI (Associazione nazionale consumatori e utenti), nonché i soci di alcune banche popolari (UBI Banca, Banca Popolare di Milano, Banca Popolare di Sondrio, Veneto Banca, Banco Popolare) hanno impugnato, chiedendone l'annullamento, gli atti emessi dalla Banca d'Italia a seguito delle modificazioni apportate all'art. 29 del Testo Unico Bancario (TUB, d.lgs. n. 385 del 1993)

dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2015, n. 33.

Si tratta, in particolare:

- del 9° aggiornamento del 9 giugno 2015

□ apportato alla circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (“Disposizioni di vigilanza per le banche”);

- delle “Disposizioni di vigilanza – Banche popolari” del 9 aprile 2015, che disciplinano:

a) le modalità di calcolo della soglia “sensibile” pari a 8 miliardi di euro di capitale sociale, da computare secondo le segnalazioni di vigilanza individuali o consolidate;

b) il rimborso degli strumenti di capitale al socio che ha esercitato il recesso dalla società dopo la trasformazione della Popolare in s.p.a., che può essere limitato “anche in deroga a disposizioni di legge”, affermando che detta facoltà deve essere contemplata nello statuto della banca ed è attribuita all’organo di gestione, fermi i poteri autorizzativi dell’autorità di vigilanza rispetto al rimborso di fondi propri ai sensi dell’art. 77 CRR (ossia del Reg. UE/575/2013 del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese d’investimento e che modifica il Reg. UE/648/2012);

- del resoconto della consultazione, pubblicato in data 11 giugno 2015;

- del documento “Analisi impatto della regolamentazione” dell’11 giugno 2015.

2. Gli atti impugnati sono stati adottati sulla base del D.L.24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito, con modificazioni, in L. 24 marzo 2015, n. 33, con cui il legislatore ha introdotto la riforma delle banche popolari. (*Omissis*)

9. All’esito della camera di consiglio del 1° dicembre 2016, fissata per la decisione sull’istanza incidentale di sospensione delle sentenze appellate, questo Consiglio, all’esito e nei limiti di quella summaria cognitio che è tipicamente propria della fase cautelare, con separata ordinanza cautelare 2 dicembre 2016, n. 5383 – alla quale, per quanto occorra, si fa rinvio recettizio e che va perciò intesa come qui integralmente ripetuta e trascritta – ha:

- disposto la riunione degli appelli, stante l’evidente connessione oggettiva e, parzialmente, soggettiva;

- ritenuto sussistente la legittimazione e l’interesse al ricorso rispetto ai soci (rispettivamente del Banco Popolare, della Banca Popolare di Sondrio, della Banca Popolare di Milano e dell’UBI – Unione Banche Italiane), in quanto i provvedimenti impugnati (e la disciplina legislativa sulla cui base sono stati adottati) incidono direttamente su prerogative relative allo status di socio della banca popolare, così presentando profili di immediata lesività;

- ritenuto che, con riferimento al ricorso (*Omissis*), non appare supportata da adeguati profili di fumus boni iuris e di periculum in mora la confutazione dell’affermazione resa dal primo giudice in punto di insussistenza della legittimazione dell’Associazione Difesa Utenti Servizi

Bancari Finanziari Postali Assicurativi (Adusbef) e della Federazione Nazionale di Consumatori ed Utenti (Federconsumatori), anche in considerazione del fatto che allo stato non emergono, e comunque non sono specificatamente dedotti, effetti concretamente pregiudizievoli per l'interesse collettivo dei consumatori;

- ritenuto che l'intervento in appello del Codacons può – in esito alla sommaria deliberazione tipica della fase cautelare – ritenersi verosimilmente precluso dal giudicato parziale formatosi sulle sentenze appellate, che hanno già dichiarato inammissibile l'intervento spiegato in primo grado e che, in tale parte, non risultano essere stata appellata;

- segnalato che, con (l'odierna) separata ordinanza, deliberata all'esito della stessa camera di consiglio, il Collegio solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2015, n. 33, per i seguenti profili:

a) nella parte in cui prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, co. 2-ter, del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche con la possibilità quindi, di escluderlo tout court), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati e con previsione di un interesse corrispettivo;

b) nella parte in cui, comunque, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione, nella misura in cui detto potere viene attribuito “anche in deroga a norme di legge”, con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione in bianco, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti verosimilmente coperti da riserva di legge;

- ritenuto che, in relazione ai sopra richiamati profili di non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, la circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 – 9° aggiornamento del 9 giugno 2015, appare affetta da vizi derivati nella parte in cui disciplina l'esclusione del diritto al rimborso, facultizzando modifiche statutarie dirette a introdurre nello statuto “la clausola che attribuisce all'organo con funzione di supervisione strategica, su proposta dell'organo con funzione di gestione, sentito l'organo con funzione di controllo, la facoltà di limitare o rinviare, in tutto o in parte, e senza limiti di tempo, il rimborso delle azioni del socio uscente e degli altri strumenti di capitale computabili nel CET1, anche in deroga a disposizioni del codice civile e ad altre norme di legge”;

- ritenuto, inoltre, che la circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 – 9° aggiornamento del 9 giugno 2015, appare affetta – almeno a livello di *fumus boni iuris* – anche da ulteriori vizi propri – che peraltro, come si è già anticipato, non rilevano rispetto all'odierna apertura di una questione incidentale di legittimità costituzionale – laddove:

A) attribuisce agli organi della stessa società interessata dal recesso (e quindi, in sostanza, allo stesso soggetto debitore del rimborso spettante al socio che recede) il potere di decidere l'esclusione del rimborso medesimo, finendo in tal modo per creare un'irragionevole situazione di conflitto d'interesse, nella quale il debitore è paradossalmente fatto arbitro delle sorti del

diritto al rimborso della quota vantato dal socio creditore, il quale intenda recedere per effetto e in diretta dipendenza della delibera di trasformazione societaria;

B) attribuisce (esercitando una sorta di sub-delega del potere di delegificazione) all'autonomia statutaria della società il potere di introdurre “deroghe a disposizioni del codice civile e ad altre norme di legge”, dando così vita a un'inedita forma di delegificazione di fonte negoziale;

C) dispone che “non saranno ritenute in linea con la riforma operazioni da cui risulti la detenzione, da parte della società holding riveniente dalla ex “popolare”, di una partecipazione totalitaria o maggioritaria nella s.p.a. bancaria o, comunque, tale da rendere possibile l'esercizio del controllo nella forma dell'influenza dominante”, atteso che la predetta limitazione risulta priva di base legislativa e appare, oltre che non necessaria per realizzare le finalità della riforma, foriera di un'irragionevole disparità di trattamento tra i soci delle ex popolari (privati della possibilità di esercitare il controllo) e ogni altro soggetto che partecipi al capitale azionario (cui, invece, tale possibilità resta riconosciuta); (*omissis*)

13. Come già anticipato nell'ordinanza cautelare (*omissis*), il Collegio ritiene che la questione di costituzionalità dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33 sia, almeno sotto i profili che di seguito si specificheranno e svilupperanno, rilevante e non manifestamente infondata.

14. Con riferimento al requisito della rilevanza si osserva che la disposizione citata è certamente applicabile alla fattispecie oggetto del giudizio. (*Omissis*)

23. Il Collegio ritiene che solo alcuni dei dubbi di legittimità costituzionale prospettati dai ricorrenti siano manifestamente infondati.

24. Per quanto riguarda la lamentata carenza dei presupposti di necessità e di urgenza per l'adozione del decreto legge, il Collegio è ben consapevole che la giurisprudenza costituzionale ha, in alcuni casi, ritenuto che la mancanza evidente dei citati presupposti sia sindacabile anche dopo l'intervento della legge di conversione.

Sul punto l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale è stata complessa e articolata.

L'indirizzo più risalente negava la sindacabilità di ogni vizio proprio del decreto legge a seguito della legge di conversione, facendo leva sulla configurazione di quest'ultima come forma di novazione (Corte cost. n. 108 del 1986, n. 243 del 1987, nn. 808, 810, 1033, 1035 e 1060 del 1988, n. 263 del 1994). Un mutamento si è avuto con la sentenza n. 29 del 1995, con la quale la Corte costituzionale, dichiarando di non condividere il proprio precedente indirizzo, ha per la prima volta escluso l'efficacia sanante della legge di conversione.

Nella citata sentenza n. 29 del 1995, la Corte ha affermando che ai sensi dell'art. 77 Cost., “la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione,

avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione". Pertanto, prosegue la sentenza in esame, "non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all'esame del decreto legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla preesistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa".

Tale nuovo orientamento è stato successivamente ribadito sia rispetto a decreti legge ancora in corso di conversione (cfr. sent. n. 161 del 1995 e n. 270 del 1996) sia rispetto a decreti legge convertiti in legge (cfr. sent. n. 330 del 1996), mentre è stato escluso rispetto a disposizioni aggiunte in sede di conversione (cfr. sent. n. 391 del 1995) e rispetto a disposizioni di "sanatoria", che si limitano a far salvi gli effetti di decreti non convertiti (cfr. sent. n. 84 del 1996). Un ulteriore mutamento rispetto alla questione dell'eventuale efficacia sanante da riconoscere alla legge di conversione si è avuto, tuttavia, con la sentenza n. 360 del 1996, nella quale la Corte costituzionale, occupandosi del c.d. vizio di reiterazione, se, da un lato, ha affermato "l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77 Cost., dei decreti legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione", dall'altro lato, ha, tuttavia, riconosciuto che il vizio di reiterazione "può ritenersi sanato quando le Camere, attraverso la legge di conversione (o di sanatoria), abbiano assunto come propri i contenuti o gli effetti della disciplina adottata dal Governo in sede di decretazione d'urgenza".

Il contrasto interpretativo venuto così a delinearsi, in seguito alla sentenza n. 360 del 1996, in ordine alla questione dell'efficacia sanante da riconoscere alla legge di conversione del decreto legge, è stato negli anni immediatamente successivi composto dalla Corte costituzionale attraverso la distinzione tra il c.d. vizio di reiterazione ed il vizio di carenza dei presupposti di necessità e di urgenza.

In particolare, la sentenza n. 398 del 1998 – esplicitando alcuni obiter dicta già contenuti in precedenti decisioni (cfr. ordd. n. 432 del 1996 e n. 90 del 1997 e n. 194 del 1998) – ha distinto espressamente tra la censura per carenza dei presupposti (che viene esaminata pur trattandosi di decreti legge convertiti) e quella per vizio di reiterazione (che viene invece rigettata proprio in quanto i decreti legge in questione sono stati convertiti).

Con riferimento al vizio dei presupposti, la Corte costituzionale ne ribadisce la rilevanza in sede di giudizio di costituzionalità, a prescindere dalla conversione, solo nei casi di "evidente mancanza", cioè quando "essa appaia chiara e manifesta perché solo in questo caso il sindacato di legittimità della Corte non rischia di sovrapporsi alla valutazione di opportunità politica riservata al Parlamento".

Tale distinzione, ai fini della trasmissibilità alla legge di conversione, tra vizio di reiterazione e carenza dei presupposti ha trovato anche l'avallo di una parte della dottrina, la quale ha osservato come il primo sia meno "grave" riguardando solo una modalità di esercizio di un potere legittimamente attivato; il secondo molto di più, attagliandosi ad una vera e propria carenza di potere, non potendosi neanche attivare il potere di cui all'art. 77 Cost. in assenza dei presupposti.

Alla sentenza n. 398 del 1998, tuttavia, hanno fatto seguito una serie di pronunce che hanno ora negato e ora ammesso la possibilità del controllo dei presupposti del decreto legge dopo la conversione in legge, facendo nuovamente riemergere il classico argomento della efficacia sanante della conversione (cfr. sent. n. 419 del 2000; n. 376 del 2001; e n. 16 e 29 del 2002).

Poi questa fase d'incertezza è stata nuovamente superata, riaffermandosi la possibilità del sindacato sui presupposti di necessità e urgenza del decreto legge – esercitabile però solo nei limiti della loro "evidente mancanza" – anche dopo la conversione in legge (cfr. sent. n. 341 del 2003; nn. 6 e 178, 196, 285 e 299 del 2004; nn. 2, 62 e 272 del 2005), fino ad arrivare alla sentenza n. 171 del 2007, che, per la prima volta, ha dichiarato fondata (e non solamente ammissibile) la questione di incostituzionalità della legge di conversione per la carenza evidente dei presupposti di necessità e urgenza rispetto all'adozione del decreto legge convertito. Nella sentenza n. 171 del 2007, la Corte ha ribadito chiaramente che la conversione non sana i vizi propri del decreto.

Ricordate le oscillazioni sul punto, il giudice costituzionale ha ritenuto di aderire all'orientamento contrario a quello più risalente, per due ordini di ragioni: a) innanzitutto in quanto il corretto assetto dell'impianto delle fonti "è anche funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso. Affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie"; b) in secondo luogo per il particolare legame tra decreto e legge di conversione, per cui in sede di conversione "Il Parlamento si trova a compiere le proprie valutazioni e a deliberare con riguardo ad una situazione modificata da norme poste da un organo cui di regola, quale titolare del potere esecutivo, non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge" (§ 5 del "Considerato in diritto"). L'orientamento del giudice costituzionale, teso a controllare direttamente i presupposti del decreto-legge nonostante l'intervento della legge di conversione, è stato ribadito nelle sentenze n. 128 del 2008 e n. 222 del 2013, che pure hanno ritenuto (non solo ammissibile ma anche) fondata la questione dell'evidente mancanza dei presupposti di cui all'art. 77, co. 2, Cost..

Negli ultimi anni, un ulteriore rafforzamento del sindacato di costituzionalità esercitabile sulla legge di conversione, si è avuto con le sentenze n. 22 del 2012 e n. 32 del 2014, in cui la Corte, pur senza occuparsi direttamente della carenza dei presupposti di necessità e di urgenza, ha circoscritto i limiti dell'emendabilità del decreto legge in sede di conversione, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle c.d. norme eterogenee (prive di qualsivoglia legame con la ratio del decreto legge originario e, quindi, con i suoi presupposti) introdotte in sede di conversione.

Secondo la Corte costituzionale, invero, «l'innesto nell'iter di conversione dell'ordinaria funzione legislativa può certamente essere effettuato, per ragioni di economia procedimentale, a patto di non spezzare il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione; se» però «tale legame viene interrotto, la violazione dell'art. 77, co. 2, Cost., non deriva dalla mancanza dei presupposti di necessità e urgenza per le norme eterogenee aggiunte, che, proprio per essere estranee e inserite successivamente, non possono collegarsi a tali condizioni preliminari (sentenza n. 355 del 2010), ma per l'uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge» (§ 4.2 del Considerato in diritto della sentenza n. 22 del 2012).

Alla luce del quadro giurisprudenziale appena delineato, la questione di costituzionalità dell'art. 1 del D.L. n. 3 del 2015 per la violazione dell'art. 77, co. 2, Cost., in relazione alla carenza dei presupposti di necessità e di urgenza non appare manifestamente infondata. Si premette che, ad avviso di questo Collegio, potrebbe tuttora ritenersi meritevole di positiva considerazione (se non addirittura preferibile) la tesi (in diverse occasioni, come si è visto, accolta, specie in passato, dalla Corte costituzionale) secondo cui la conversione in legge da parte del Parlamento abbia l'effetto di sanare – sia pure solo ex nunc, e non già ex tunc (profilo, quest'ultimo, forse non del tutto compiutamente sviscerato dalla citata giurisprudenza della Corte costituzionale) – l'eventuale assenza dei presupposti per la decretazione d'urgenza. Ciò essenzialmente in quanto, a partire dalla promulgazione della legge di conversione (ma non prima di essa), la normazione decretale potrebbe considerarsi recepita ad ogni effetto dalla (o nella) legge di conversione che, sebbene soggetta a un più veloce iter di approvazione da parte del Parlamento, sembra essere comunque fonte primaria completamente imputabile a tale Organo costituzionale, che costituisce il principale centro di esercizio della Sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost..

Ciò sembrerebbe valere quantomeno in quei casi, come quello oggetto del presente giudizio, in cui la riserva di legge prevista dalla Costituzione richiede solo la legge in senso sostanziale e non esige anche (come invece, secondo parte della dottrina, accadrebbe in altre materie, ad esempio in quella penale) che la legge sia approvata attraverso un procedimento di formazione “ordinario-parlamentare”, in grado cioè di offrire le maggiori garanzie, legate essenzialmente alle più ampia possibilità di confronto dialettico tra maggioranza e minoranza, che risultano, al contrario, in qualche misura potenzialmente compromesse dalla procedura, “speciale” e contingentata nei tempi, prevista per l'approvazione della legge di conversione del decreto legge. Al contrario, nei casi in cui la Costituzione non dà rilevanza, nemmeno implicitamente, al modo in cui la legge si forma, la circostanza che essa sia approvata utilizzando impropriamente la speciale procedura prevista per la conversione del decreto legge, sembrerebbe – sempre ad avviso di questo Collegio – perdere pressoché ogni rilievo nel momento stesso in cui il Parlamento, nell'esercizio della sua sovranità, fa proprio, sia pure in questo caso soltanto con efficacia ex nunc, l'atto avente forza di legge che era stato adottato dal Governo in assenza dei presupposti di necessità ed urgenza.

La tesi dell'efficacia sanante con effetto ex nunc – ferma restando perciò l'originaria illegittimità della previsione recata dal decreto legge per tutto il periodo di sua vigenza anteriore alla conversione in legge – toglierebbe peraltro ogni perdurante rilevanza, nel caso in esame, alla questione di costituzionalità, che pur si potrebbe formalmente porre con riguardo al solo



periodo di vigenza del decreto anteriore all'approvazione della legge di conversione, atteso che nel caso di specie i provvedimenti impugnati si collocano in un ambito temporale successivo alla conversione in legge del decreto n. 3 del 2015 (conversione avvenuta con la legge 24 marzo 2015, n. 33); sicché è evidente che la lesione degli interessi dei ricorrenti si sia verificata interamente in epoca successiva a tale conversione.

Nondimeno – giacché non spetta certamente a questo Giudice remittente sovrapporre la propria visione culturale e dogmatica a quella difforme che si è visto essere stata espressa in varie occasioni anche assai recenti (sebbene non sempre) dalla Corte costituzionale – si deve necessariamente convenire che la questione di legittimità costituzionale di cui si sta adesso trattando non possa dichiararsi manifestamente infondata.

E ciò anche perché, nella specie, sembrerebbero sussistere adeguati indicatori da cui potrebbe evincersi la “manifesta insussistenza” dei presupposti di necessità e urgenza della riforma di cui trattasi, avuto il debito riguardo alle modalità anche temporali con cui essa è stata introdotta e portata a regime.

Non può infatti pretermettersi di considerare che i presupposti di necessità e di urgenza appaiono in particolare contraddetti dalla circostanza che il decreto introduce norme in gran parte non auto-applicative, che richiedono ulteriori misure attuative, demandate nella specie alla Banca d'Italia, per la concreta determinazione del proprio contenuto precettivo. E, sotto tale profilo, ben più di un significativo indizio della carenza dei citati presupposti è fornito dallo stesso art. 1, co. 2, del D.L. n. 3 del 2015, il quale prevede, appunto, che: “In sede di prima applicazione del presente decreto, le banche popolari autorizzate al momento dell'entrata in vigore del presente decreto si adeguano a quanto stabilito ai sensi dell'articolo 29, co. 2-bis e 2-ter, del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, introdotti dal presente articolo, entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d'Italia ai sensi del medesimo articolo 29”.

Non si può sotto tale profilo non evocare la previsione generale di cui all'art. 15, co. 3, della L. 23 agosto 1988, n. 400, per la quale il decreto legge deve contenere “misure di immediata applicazione”, che, pur non avendo sul piano formale rango costituzionale, esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi intrinseco alla natura stessa del decreto legge (in questi termini cfr. Corte cost. 22/2012 e n. 220/2013). Né la Relazione illustrativa vale a fugare i dubbi circa l'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza.

In base alla Relazione illustrativa, l'importanza di intervenire con urgenza si fonderebbe “sui reiterati interventi al riguardo svolti dal Fondo monetario internazionale, dalla Commissione europea e dalla Banca d'Italia, i quali hanno più volte segnalato i rischi che il mantenimento della forma cooperativa determina per le banche popolari maggiori: scarsa partecipazione dei soci in assemblea (che mina la democrazia azionaria e determina una concentrazione di potere in favore di gruppi di soci organizzati); scarsi incentivi al controllo costante sugli amministratori (che si traducono in situazioni di autoreferenzialità della dirigenza); difficoltà di reperire nuovo capitale sul mercato e, quindi, di assicurare la sussistenza dei fondi che potrebbero essere necessari per esigenze di rafforzamento patrimoniale”. Si richiamano, in particolare, i risultati delle analisi effettuate dal Fondo monetario internazionale in occasione del Financial Sector

Assessment Program e quelli dell'esercizio di valutazione approfondita condotto dalla BCE i quali mostrano che la solidità delle banche dipende ampiamente dalla qualità del governo societario. Osserva, tuttavia, il Collegio come i rischi richiamati a fondamento dell'urgenza appaiono, allo stato, non attuali e concreti, ma meramente potenziali.

Non risultano, infatti – e, comunque, non sono specificamente allegate o richiamate – concrete contingenze tali da rendere attuale ed imminente il pericolo che le banche popolari interessate dalla riforma si trovassero, nella contingenza, concretamente ed immediatamente esposte ai suddetti pericoli.

Nel dettaglio, ripercorrendo le motivazioni della Relazione illustrativa, non risulta che vi siano attualmente (*rectius*: che vi fossero all'atto dell'emanazione del decreto legge) gravi e straordinarie situazioni di concentrazione di potere in capo a gruppi organizzati di soci, né forme allarmanti di autoreferenzialità della dirigenza, né straordinarie difficoltà patrimoniali o di reperimento di capitale.

Non sembra, in altri termini, che le ragioni richiamate per giustificare l'utilizzo dello strumento del decreto legge trovino (*rectius*: trovassero) riscontro concreto in circostanze straordinarie tali da giustificare l'urgenza dell'intervento normativo.

La sussistenza dell'urgenza risulta, del resto, ulteriormente smentita dalla considerazione che la materia disciplinata dall'art. 1 del D.L. n. 3 del 2015 (la riforma strutturale delle banche popolari) è da lungo tempo al centro di un ampio dibattito che ha visto intervenire anche le Istituzioni dell'Unione Europea ed alcune Organizzazioni internazionali (F.M.I. e O.C.S.E.).

Si tratta, quindi, di un intervento normativo che, similmente a quanto accaduto in altri casi in cui la Corte costituzionale ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 77, co. 2, Cost. (cfr., in particolare, Corte cost. n. 220 del 2013), dà vita ad una riforma sistematica ed ordinamentale (in questo caso la trasformazione radicale dell'intero sistema delle banche popolari), intervenendo su un tema su cui da tempo è aperto un ampio dibattito, nelle sedi politiche e dottrinali, e che non nasce, nella sua interezza e complessità, da un "caso straordinario di necessità e d'urgenza".

Non valgono, quindi, a superare i dubbi di costituzionalità relativi alla carenza (che nel caso di specie può ritenersi evidente) dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza le pur richiamate esigenze di tutela della concorrenza, di consolidamento patrimoniale delle banche e di finanziamento del sistema economico, perché il decreto legge, come affermato dalla Corte costituzionale, come strumento non è adeguato "a realizzare una riforma organica e di sistema, che non solo trova le sue motivazioni in esigenze manifestatesi da non breve periodo, ma richiede processi attuativi necessariamente protratti nel tempo, tali da poter rendere indispensabili sospensioni di efficacia, rinvii e sistematizzazioni progressive, che mal si conciliano con l'immediatezza di effetti connaturata al decreto legge, secondo il disegno costituzionale" (Corte cost. n. 220 del 2013).

Per concludere sul punto, il Collegio – pur opinando che potrebbe essere sopravvenuta una sanatoria, sebbene con effetti solo *ex nunc*, dell'originaria carenza dei presupposti legittimanti la decretazione d'urgenza ex art. 77 Cost. per effetto della legge di conversione del decreto – ritiene, comunque, di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L.

n. 3/2015 per originario (e manifesto) difetto dei presupposti ex art. 77 Cost.; ovvero, secondo altra prospettazione dogmatica, della relativa legge di conversione n. 33/2015, per avere quest'ultima convertito in legge il predetto decreto pur nell'evidente difetto dei prefati presupposti essenziali: e ciò appunto in quanto detti profili di illegittimità costituzionale non risultano manifestamente infondati, ove la Corte costituzionale non ritenga di aderire alla tesi della sanatoria sopravvenuta (pur se solo ex nunc) di cui si già ampiamente detto.

È di piena evidenza come tale questione, ove giudicata fondata, sarebbe, invero, di per sé dirimente, nel giudizio di costituzionalità, in quanto il suo eventuale accoglimento avrebbe l'effetto di assorbire le ulteriori questioni di legittimità sul "merito" della legge, che verranno sollevate infra.

25. Risulta invece manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità che attiene alla scelta del legislatore di prevedere l'incompatibilità, per le banche popolari, della forma della società cooperativa in caso di superamento del limite degli otto miliardi di euro di attivo (con conseguente obbligo, in caso di superamento, di optare per una tra le seguenti alternative: trasformazione in società per azioni; liquidazione della società; riduzione dell'attivo al di sotto degli otto miliardi di euro). L'individuazione delle forme giuridiche nelle quali un ordinamento ritiene che vada necessariamente esercitata l'impresa bancaria rientra, infatti, nella discrezionalità del legislatore, insindacabile in sede di legittimità, se non a fronte di profili di macroscopica irragionevolezza, indiziati di un eccesso di potere legislativo: profili che nella specie, tuttavia, non si ravvisano.

26. Discorso assolutamente analogo vale per la soglia degli otto miliardi di euro, la fissazione della quale, sebbene inferiore alla soglia dei trenta miliardi utilizzata ad altri fini dal diritto dell'Unione europea (tale è il criterio utilizzato per identificare le banche "significative" assoggettate alla vigilanza della Banca centrale europea nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico), rientra nella discrezionalità del legislatore e non presenta profili di manifesta irragionevolezza.

27. Il Collegio – nei limiti di quanto in questa sede devoluto alla propria competenza, e dunque senza voler incidere in alcun modo sulle già pendenti questioni di legittimità costituzionale sollevate in via principale dalla Regione Lombardia, di cui si dirà oltre – ritiene manifestamente infondati anche i dubbi di legittimità costituzionali volti a lamentare, sotto diversi profili, la lesione della competenze legislative regionali (segnatamente della potestà legislativa regionale concorrente in materia di "casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale" di cui all'art. 117, co.3, Cost.).

Il dubbio di costituzionalità sembra manifestamente infondato per la duplice considerazione che nessuna delle banche popolari interessate dalle disposizioni legislative in oggetto risulta avere carattere regionale (trattandosi di banche che operano sul mercato nazionale e internazionale); e che, comunque, in questa materia, l'intervento legislativo statale trova il suo titolo legittimante

nell'art. 117, co. 2, Cost., che riserva allo Stato le materie sia dell'ordinamento civile (lett. 1), sia della "moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari" (lett. 3).

Su questo specifico punto, comunque, la rilevanza della questione è, di fatto, interamente assorbita dalla circostanza che una questione di costituzionalità dell'art. 1 D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, conv. con modifi., dalla L. 24 marzo 2015, n. 33, per violazione delle competenze legislative regionali già pende innanzi alla Corte costituzionale in seguito al ricorso in via principale proposto dalla Regione Lombardia. (*Omissis*)

28. Non sono, invece, manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale riguardanti alcuni aspetti specifici della disciplina avente ad oggetto il diritto al rimborso del socio in caso di recesso conseguente alla delibera di trasformazione in società per azioni adottata dalla banca popolare.

Come si è già evidenziato nella succitata ordinanza cautelare 2 dicembre 2015, n. 5383, i dubbi di legittimità costituzionale riguardano l'art. dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, conv. con modif. dalla L. 24 marzo 2015, n. 33, nella parte in cui:

a) prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, co. 2-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazioni eserciti il recesso sia limitato (con la possibilità, quindi, di escluderlo tout court), e non solo differito entro limiti temporali predeterminati per legge;

b) comunque, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione "anche in deroga a norme di legge", con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione "in bianco", senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possono essere derogate.

29. Sotto il primo profilo, la prevista possibilità di escludere il diritto al rimborso in tutto o in parte, ovvero di differirlo senza limiti di tempo, sembra porsi in contrasto con gli articoli 41 e 42 Cost. (nella parte in cui, rispettivamente, tutelano la libertà di iniziativa economica e la proprietà privata, prevedendo che quest'ultima possa essere espropriata, nei casi preveduti dalla legge e salvo indennizzo, per motivi di interesse generale), nonché con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 1 del Prot. add. n. 1 alla CEDU.

30. È opportuno muovere proprio dalla disposizione sovranazionale (il citato art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 della CEDU), richiamato come parametro di costituzionalità dall'art. 117, comma 1, Cost. (cfr. Corte cost. n. 348 e n. 349 del 2007; Corte cost. n. 311 del 2009, n. 303 del 2011).

La delimitazione dell'ambito di tutela riconosciuta alla "proprietà" dalla CEDU offre, infatti, criteri interpretativi utili per delimitare la tutela che i citati artt. 41 e 42 della Costituzione a loro volta offrono alla libertà di iniziativa economica e alla proprietà privata. (*Omissis*)

31. Va ricordato che nella giurisprudenza della Corte EDU la nozione di proprietà ha assunto portata e significato autonomi rispetto agli ordinamenti giuridici dei singoli Stati contraenti, con la conseguenza che è irrilevante che il richiedente sia o meno titolare di un diritto di proprietà secondo l'ordinamento interno; ai fini dell'invocazione della tutela è, infatti, sufficiente che il

soggetto richiedente sia titolare di un qualsiasi diritto, ovvero anche di un mero interesse, purché avente valenza patrimoniale.

La Corte di Strasburgo, in particolare, ha ripetutamente affermato che non le compete definire la questione se ci sia o meno un diritto di proprietà al livello di ordinamento interno, in quanto la nozione di “biens” (in inglese “possessions”) di cui all’art. 1 del Protocollo n. 1 ha una portata autonoma (Matos e Silva Lda et autres c. Portugal, 16 settembre 1996, § 75). Inoltre, nella decisione Gasus Dosier – und Fordertechnik GmbH c. Pays-Bas, 23 febbraio 1995, § 53, la Corte EDU ha precisato che la nozione autonoma di bene fa sì che essa non si limiti alla proprietà dei beni corporali, perché anche altri diritti e interessi aventi valore patrimoniale possono essere considerati “diritti di proprietà” e dunque “biens” ai fini della citata disposizione (nello stesso senso, Brosset-Triboulet c. France, n. 34078/02, 28 marzo 2010).

Il criterio utilizzato per delimitare il campo di applicazione dell’art. 1 del Prot. add. è, dunque, quello del “valore patrimoniale”, senza che assuma rilevanza la qualificazione “interna” della pretesa patrimoniale in termini di proprietà, diritto reale, diritto di credito o mero interesse patrimoniale giuridicamente rilevante.

Pertanto, in assenza di un’espressa definizione, in seno all’art.1 Protocollo n. 1, dei limiti di applicazione della tutela ivi prevista, ma in conformità con l’interpretazione autonoma del concetto di “bene”, nell’ambito del quale viene incluso, come sopra ricordato, tutto ciò che abbia un valore economicamente valutabile, la Corte ha nel tempo sempre più esteso il campo di applicazione della disposizione, ricomprendendovi non solo la proprietà di beni mobili ed immobili ed i diritti reali, ma anche, tra gli altri: la proprietà intellettuale (Smith Kline and French Laboratories LTd c. Paesi Bassi, n. 12633/87, 4 ottobre 1990, § 70); il diritto alla sfruttamento di una concessione amministrativa (Fredin c. Svezia, n. 12033/86, 18 febbraio 1991); i diritti di credito (Tre Traktor Aktiebolag c. Svezia, 7 luglio 1989; Raffineries Grecques Strane t Stratis Andreadis c. Grecia, n. 13427/87, 9 dicembre 1994, § 61, Kotov c. Russia, n. 54522/00, 3 aprile 2012; De Luca c. Italia, n. 43870/04, 24 settembre 2013); i diritti ereditari (Inze c. Austria, 8695/79, 28 ottobre 1987); l’avviamento commerciale e la clientela di uno studio professionale (Van Marle e altri c. Paesi Bassi, ricc. n. 8543/79, 8674/79, 8675/79 e 8685/79, 26 giugno 1986); i crediti da lavoro, e, per quello che più rileva in questa sede, le quote di società (Sovtransavto Holding c. Ucraina, 48553/99, 25 luglio 2002, in cui la Corte afferma che “le partecipazioni societarie detenute dalla ricorrente hanno indubbiamente un valore economico e costituiscono “proprietà”, ai sensi dell’art. 1 del Protocollo n. 1”).

32. Alla luce della giurisprudenza appena richiamata, quindi, non vi è dubbio che sia la partecipazione societaria, sia il diritto al rimborso della quota rappresentino “beni” ai sensi dell’art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU.

33. Nel caso di specie, la disciplina legislativa introdotta dall’art. 1 del D.L. n. 3 del 2015, prevede, da un lato, l’obbligo per le banche popolari di trasformazione in società per azioni (in alternativa agli obblighi di liquidazione o di dismissione di parte delle attività) in caso di superamento della soglia degli otto miliardi di euro di attivo patrimoniale; e, dall’altro lato, la possibilità (demandata, come si vedrà infra, al potere regolamentare della Banca d’Italia, esercitabile peraltro anche in deroga alle norme di legge) di escludere in tutto o in parte, o di

rinvviare senza limiti di tempo e senza alcun corrispettivo compensatorio, il diritto al rimborso del socio che, in conseguenza di tale trasformazione, abbia esercitato il diritto al recesso.

Il risultato finale derivante da tale duplice e congiunta previsione solleva, a giudizio del Collegio, dubbi (non manifestamente infondati) di legittimità costituzionale proprio in relazione al rispetto del citato art. 1, del Protocollo n. 1, oltre che in relazione agli artt. 41 e 42 Cost.

Per un verso, infatti, la trasformazione in società per azioni (deliberata dall'assemblea dei soci: ma in una situazione di sostanziale semi-vincolatività normativa) modifica sensibilmente in senso riduttivo i diritti "amministrativi" del socio (basti pensare, ad esempio, già solo al fatto che viene meno la regola del voto capitaro).

Per altro verso, la limitazione totale o parziale del diritto al rimborso incide sui diritti patrimoniali del socio, ponendolo di fronte ad un'alternativa tra due opzioni entrambe penalizzanti: accettare il nuovo status di socio "ridimensionato" per effetto della deliberata trasformazione in società per azioni, ovvero recedere; con il concretissimo rischio però di perdere, in tutto o in parte, la quota versata e subendo così una definita perdita patrimoniale (senza alcun corrispettivo o indennità).

Il duplice contestuale effetto derivante dall'obbligo di trasformazione (alternativo alla liquidazione o alla riduzione dell'attivo) previsto in capo alla banca popolare e dalla possibile esclusione, totale o parziale, del diritto al rimborso dà così vita ad un meccanismo che, complessivamente considerato, presenta profili di contrasto con la tutela garantita dall'art. 1 del Prot. add. n. 1; nonché, sul piano costituzionale interno, anche dagli articoli 41 e 42 Cost..

L'esclusione del diritto al rimborso in caso di recesso conseguente alla trasformazione finisce, invero, per tradursi in una sorta di esproprio senza indennizzo (o con indennizzo ingiustificatamente ridotto) della quota societaria.

La trasformazione (imposta dal legislatore al di sopra della soglia degli otto miliardi di euro di attivo patrimoniale, sia pure con la previsione di obblighi alternativi in capo alla banca popolare) modifica in senso peggiorativo il contenuto della partecipazione sociale e, quindi, alla luce della nozione sostanziale di proprietà di cui prima si è detto, riduce il contenuto del diritto di proprietà spettante al socio. Il socio, tuttavia, non ha la garanzia di ottenere il rimborso della quota, nel caso cui ritenga di rinunciare, con il recesso, alla diversa e diminuita "forma di proprietà" derivante dalla trasformazione (imposta ex lege) della banca popolare da società cooperativa in società per azioni. In base alla norma censurata, pertanto, il socio può essere privato di un "bene" che gli appartiene (lo status di socio di società cooperativa, con i connessi diritti), senza avere la garanzia del diritto al rimborso (e, quindi, in sostanza all'indennizzo) nel caso in cui legittimamente ritenga di non accettare il diverso "bene" (lo status di socio in società per azioni) che deriva□ dalla trasformazione.

34. Non vale a fugare i dubbi di legittimità costituzionale la considerazione secondo cui l'esclusione del diritto al recesso troverebbe una giustificazione nell'esigenza di tutelare un contrapposto interesse pubblico di rilievo costituzionale e comunitario, quale è quello rappresentato, per usare la stessa formula utilizzata dal legislatore, dalla necessità di assicurare la "computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza delle banche".

Sotto tale profilo, la Banca d'Italia nelle sue difese evidenzia che la riforma limita il diritto al rimborso in caso di recesso solo nel caso in cui ciò sia necessario a trattenere fondi nel patrimonio della società per non violare la disciplina prudenziale e, in particolare, per non intaccare il capitale di qualità primaria, così da pregiudicare la sana e prudente gestione della banca.

35. L'obiezione, tuttavia, non coglie pienamente nel segno, alla luce delle seguenti considerazioni.

È vero che nel caso oggetto del presente giudizio viene in rilievo un conflitto tra opposti interessi aventi entrambi rilevanza costituzionale: da un lato, la tutela della proprietà privata, nell'accezione ampia accolta dalla Corte EDU; dall'altro l'interesse generale alla sana e prudente gestione dell'impresa bancaria, correlato alla tutela del credito e del risparmio. Ed è, altresì, altrettanto vero che il bilanciamento tra tali opposti interessi è rimesso, in linea di principio, alla discrezionalità del legislatore.

Nondimeno, nell'operare il bilanciamento, la discrezionalità di cui gode il legislatore incontra il limite del c.d. "principio del minimo mezzo": che trova, a sua volta, il proprio fondamento nei più generali principi di ragionevolezza e proporzionalità.

36. Il principio del minimo mezzo esclude che un bene di rilievo costituzionale possa essere sacrificato – anche se sull'altare di un confliggente interesse di rango costituzionale, e pur ove quest'ultimo risulti prevalente – al di là dei limiti in cui tale sacrificio sia strettamente necessario per assicurare un'adeguata tutela dell'interesse, a sua volta costituzionalmente rilevante, che sia ritenuto prevalente nel giudizio di bilanciamento.

Si può, quindi, convenire sul fatto che l'esigenza di non intaccare il capitale di qualità primaria (al fine di assicurare la sana e prudente gestione dell'impresa bancaria) giustifichi un sacrificio per gli interessi patrimoniali dei soci.

Il profilo che, tuttavia, suscita dubbi di legittimità costituzionale riguarda proprio il rispetto, in concreto, del principio del minimo mezzo da parte della disposizione legislativa de qua: che appare violato nella misura in cui la norma stessa consente che il diritto al rimborso possa essere limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo tout court), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati e con la previsione di un interesse corrispettivo correlato al ritardato rimborso della quota.

La previsione legislativa censurata, nella parte in cui prevede l'esclusione del rimborso (o il suo differimento senza limiti di tempo e senza interessi), si fonderebbe sul presupposto che una banca possa trovarsi in condizioni patrimoniali tali da impedirle, senza intaccare il c.d. capitale di qualità primaria, di far fronte, anche in via differita (entro un termine dato rimesso alla prudente valutazione del legislatore) e con corresponsione di un interesse corrispettivo parametrato ai tassi di mercato (e, quindi, nell'attuale contesto economico, superiore allo zero, ma potenzialmente prossimo ad esso), alle richieste di rimborso dei soci recedenti (in conseguenza della trasformazione).

In base alla previsione legislativa qui controversa tale banca, comunque, meriterebbe di continuare ad operare sul mercato, anche a scapito degli interessi patrimoniali dei soci recedenti cui viene negato il rimborso (con la possibilità di utilizzare una quota di capitale altrui, perché conferita da ex soci, e quindi da soggetti ormai estranei alla società).

Tale ipotesi, che in base alla norma censurata potrebbe legittimamente avversarsi, conferma i sospetti d'irragionevolezza della previsione legislativa sotto il profilo della violazione del principio del minimo mezzo.

Invero, il fatto che, anche in situazioni come quella appena descritta, il legislatore consenta il sacrificio totale dell'interesse patrimoniale dei soci recedenti è il sintomo di come, nel bilanciamento degli interessi, la norma sia andata oltre a quanto strettamente necessario per tutelare l'interesse pubblico alla sana e prudente gestione dell'attività bancaria. Ciò anche in base alla considerazione che appare in sé non rispettosa dei principi della sana e prudente gestione un'attività bancaria svolta da un'impresa che, come nell'esempio sopra richiamato, non sia ritenuta in grado, neanche nel futuro (ma entro un tempo dato), di ripristinare il capitale di qualità primaria senza ricorrere alle quote di capitale degli ex soci recedenti in conseguenza della trasformazione.

37. Ritiene pertanto il Collegio che l'esigenza di assicurare la sana e prudente gestione dell'attività bancaria non possa giustificare la perdita definitiva del diritto al rimborso; bensì solo il suo differimento nel tempo (con la previsione di un termine massimo prestabilito, rimessa alla discrezionalità del legislatore) e salva la corresponsione di un interesse corrispettivo.

La previsione di un interesse corrispettivo (parametrabile al tasso di riferimento della BCE che è attualmente pari allo 0,00% e, quindi, a sua volta potenzialmente anche prossimo allo 0, purché comunque positivo) è anch'essa imposta dalla necessità di evitare che il sacrificio derivante dal differimento del rimborso della quota – sebbene intrinsecamente minore di quello conseguente alla sua limitazione parziale o, a fortiori, totale – risulti del tutto privo di qualsivoglia compensazione, determinandosi, altrimenti, anche sotto tale profilo, una forma (sebbene più larvata) di espropriazione senza indennizzo.

L'art. 1, D.L. n. 3 del 2015, anche nella parte in cui non prevede, per il caso di differimento del diritto al rimborso, alcuna forma di corresponsione di un interesse corrispettivo presenta, quindi, profili sufficientemente evidenti d'incostituzionalità.

38. Non vale ad escludere i dubbi di legittimità costituzionale neanche l'obiezione secondo cui la previsione legislativa che consente di escludere il diritto al rimborso troverebbe fondamento e copertura nelle norme del diritto dell'Unione Europea, e segnatamente nel Regolamento delegato UE n. 241/2014 della Commissione del 7 gennaio 2014 (che integra il Regolamento UE n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio).

La disposizione del Regolamento che si occupa dei limiti al rimborso degli strumenti di capitale è l'art. 10, il quale prevede alternativamente la possibilità sia di rinviare il diritto al rimborso sia di escluderlo (in tutto o in parte). In particolare, l'art. 10, par. 2, dispone testualmente che “La capacità dell'ente di limitare il rimborso conformemente alle disposizioni che regolano gli strumenti di capitale, di cui all'art. 29, par. 2, lett. b), e all'art. 78, par. 3, del Reg. (UE) n.



575/2013, riguarda sia il diritto di rinviare il rimborso che il diritto di limitare l'importo rimborsabile”.

Il regolamento UE non prevede, quindi, l'obbligo incondizionato di escludere il diritto al rimborso degli strumenti di capitale primario di classe 1.

Al contrario, l'art. 10 consente sia di escludere, sia (solo) di rinviare il diritto al rimborso dei predetti strumenti di capitale.

L'esclusione del diritto al rimborso per il diritto dell'Unione non è, dunque, un obbligo, ma una facoltà, consentita in alternativa al differimento temporale.

Il riconoscimento da parte del Regolamento UE di tale facoltà non è sufficiente, tuttavia, a dare una adeguata “copertura comunitaria” alla norma introdotta dall'art. 1 D.L. n. 3 del 2015.

È evidente, infatti, che il legislatore nazionale, a fronte di più “opzioni” comunitariamente consentite, ha l'obbligo di scegliere quella che meglio assicuri il rispetto dei principi costituzionali nazionali.

E si è già visto (alla luce delle considerazioni precedentemente svolte) come, in caso di recesso conseguente alla trasformazione in società per azioni delle banche popolari, l'unica soluzione che appare costituzionalmente compatibile – perché in linea col principio del minimo mezzo – sia quella del differimento (ad un tempo dato: ossia per un numero massimo di mesi o di anni predeterminato dalla legge) del rimborso, con corresponsione di un interesse corrispettivo per il ritardo (con tasso positivo, sebbene anche minimo).

39. L'art. 1 D.L. n. 3 del 2015 presenta ulteriori dubbi di legittimità costituzionale altresì nella parte in cui attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità dell'esclusione del diritto al rimborso, giacché detto potere viene attribuito “anche in deroga a norme di legge”: con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione “in bianco”, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti verosimilmente coperti da riserva di legge. Nel nostro ordinamento il regolamento di delegificazione è espressamente previsto dall'art. 17, co. 2, L. 23 agosto 1988, n. 400, con attribuzione del relativo potere al Governo.

L'art. 17, co. 2, L. 23 agosto 1988, n. 400, peraltro, accompagna l'attribuzione al Governo del potere di adottare regolamenti di delegificazione con una serie di garanzie, di ordine sia procedimentale (il parere obbligatorio del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari), sia sostanziale (l'individuazione da parte della fonte primaria delle norme generali regolatrici della materia), oltre a ribadire il limite, già desumibile dalla Costituzione, che esclude tale tipologia regolamentare in materie coperte da riserva assoluta di legge.

40. Nel caso oggetto del presente giudizio, invece, tali garanzie risultano mancanti, in quanto il legislatore si limita ad attribuire un potere di delegificazione in bianco, senza prevedere alcuna modalità procedimentale, senza dettare alcun principio o norma regolatrice cui attenersi nell'adozione dei regolamenti, e senza individuare le norme primarie suscettibili di essere abrogate.

41. La previsione di un così ampio potere di delegificazione in capo alla Banca d'Italia solleva dubbi di legittimità costituzionale sotto diversi profili.

42. In primo luogo, il dubbio di costituzionalità investe in radice l'attribuzione del potere di adottare regolamenti di delegificazione (con capacità, quindi, di derogare alle norme legislative) a soggetti diversi dal Governo e, per quel che più rileva in questa sede, alla Banca d'Italia, ovvero ad un soggetto estraneo al circuito politico dei rapporti Parlamento-Governo, priva di legittimazione democratica e, dunque, politicamente irresponsabile: ossia, in ultima analisi, ad un soggetto non riconducibile neppure mediatamente – come accade per il Governo, tramite l'istituto della fiducia parlamentare di cui deve godere – alla sovranità popolare, ex art. 1, Cost., da cui promana il fondamento della funzione normativa generale nell'ordinamento giuridico repubblicano.

Invero, le ragioni che vengono tradizionalmente invocate a sostegno del potere regolamentare delle Autorità indipendenti in generale e della Banca d'Italia in particolare (la necessità desumibile dalla stessa Costituzione o dal diritto dell'Unione Europea che la regolazione di determinati mercati sia affidata, anche per la natura politicamente “sensibile” degli interessi pubblici e privati coinvolti, a soggetti politicamente indipendenti e tecnicamente qualificati) non sembrano risultare risolutive nel caso di specie.

Qui, infatti, il legislatore non si limita ad attribuire alla Banca d'Italia il potere di regolamentare materie tecnicamente complesse e specialistiche che la legge (o le fonti normative “tipiche”) non sono in grado di regolare in maniera ottimale o che richiedono, per la particolare natura degli interessi in gioco, il regolatore indipendente.

In questo caso, il potere regolamentare incide su materie (il diritto al rimborso della quota in caso di recesso) già regolate dalla legge (dal codice civile in particolare) e, soprattutto, prive di quei connotati di particolare tecnicità o settorialità tali da giustificare l'intervento del regolatore indipendente.

In quest'ottica, la previsione di un così ampio potere delegificante (e, quindi, della possibilità di dettare regole che si sostituiscono a quelle previste del legislatore) risulta in contrasto con le ragioni che normalmente giustificano la previsione di poteri normativi in capo alle Autorità indipendenti.

La delegificazione, infatti, presuppone che la materia sia stata, prima dell'intervento della fonte secondaria delegificante, disciplinata dalla legge (nel caso di specie, come si è detto, principalmente dal codice civile). La stessa preesistenza di una disciplina di rango primario dettata dal legislatore conferma che qui si è al di fuori da quegli ambiti di mercato, settoriali e tecnicamente complessi, in presenza dei quali le fonti tipiche promananti da soggetti democraticamente legittimati e politicamente responsabili (essenzialmente la legge o gli atti normativi del Governo) diventano inadeguate a dettare la relativa regolamentazione, creando così i presupposti, anche di costituzionale, per l'intervento del regolatore indipendente.

Risultano, quindi, non manifestamente infondati i dubbi di compatibilità con il sistema costituzionale delle fonti e della rappresentatività istituzionale (quale desumibile dagli artt. 1, 95 e 97 Cost.) l'affidamento (ancorché per legge) ad un'autorità priva di legittimazione democratica

(nel senso di direttamente o indirettamente promanante dalla sovranità popolare, ex art. 1 Cost.) del compito di limitare il diritto al rimborso in caso di recesso per mezzo dell'adozione di un atto atipico e asistemico, abilitato, in bianco, a derogare alle norme legislative vigenti.

Si tratta, peraltro, di un potere regolamentare di delegificazione caratterizzato da un'inedita latitudine, in quanto, come si è detto, il legislatore non detta alcuna norma generale regolatrice della materia cui attenersi nell'esercizio della delegificazione e non individua neanche le norme legislative di cui è consentita l'abrogazione ad opera della fonte regolamentare.

43. I dubbi di costituzionalità sono rafforzati dalla considerazione che tale potere regolamentare atipico con effetto delegificante è attribuito in materie che appaiono coperte da riserva di legge ai sensi degli articoli 23 e 42 Cost.. L'esclusione del diritto al rimborso che si demanda alla regolamentazione della Banca d'Italia si traduce, invero, in una prestazione patrimoniale imposta al socio recedente, rispetto alla quale la riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost. preclude una delegificazione regolamentare di così ampia portata. (*Omissis*)

(...)le riserve di legge previste dalla citate norme costituzionali non sembrerebbero, invece, precludere che la legge, previa fissazione di un limite temporale predeterminato e di un tasso di interesse indennitario minimo, demandi ad una fonte di rango secondario (o eventualmente anche al potere regolatorio della Banca d'Italia) l'individuazione o la specificazione, sotto il profilo eminentemente tecnico, dei presupposti economici, finanziari o patrimoniali, che possono concretamente giustificare il differimento del diritto al rimborso della quota del socio recedente. In presenza, invero, di una disciplina legislativa puntuale, che preveda il termine massimo del differimento e l'interesse da corrispondere per il ritardo, la successiva concreta individuazione delle situazioni

economiche, finanziarie o patrimoniali che rendono possibile il differimento del diritto al rimborso si traduce in un'attività quasi amministrativa, o al più di specificazione, in chiave meramente tecnica, dei presupposti di legge. (*Omissis*)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (*omissis*), dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2015, n. 33 – ovvero direttamente di tale ultima legge – per i seguenti profili, per come più analiticamente dedotta nella superiore

parte motiva:

a) per contrasto con l'art. 77, co. 2, Cost. in relazione alla evidente carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza legittimanti il ricorso allo strumento decretale d'urgenza;

b) per contrasto con gli artt. 41, 42 e 117, co. 1, Cost., in relazione all'articolo 1 del Prot. add. n. 1 alla CEDU, nella parte in cui prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, co. 2-

ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo tout court), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati dalla legge e con previsione legale di un interesse corrispettivo;

c) per contrasto con gli artt. 1, 3, 95, 97, 23 e 42 Cost., nella parte in cui, comunque, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione, nella misura in cui detto potere viene attribuito "anche in deroga a norme di legge", con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione in bianco, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti coperti da riserva di legge.

Dispone la sospensione del presente giudizio davanti al Consiglio di Stato e ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

---

## **Le banche popolari: un lungo cammino alla ricerca di un equilibrio tra forme giuridiche e supervisione prudenziale.**

Sommario: 1. Brevi cenni sulla vigilanza prudenziale europea in relazione alle pronunce del TAR e Consiglio di Stato – 2. Il D.L. 24 gennaio 2015 n. 3 conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n. 33 presupposti giustificativi ex art.77, co. 2 Cost. – 3. La trasformazione delle banche popolari in s.p.a. a seguito del superamento della soglia di otto miliardi. – 4. La dubbia costituzionalità delle limitazioni al recesso del socio ex co. 2 ter dell'art. 28 T.U.B. – 5. L'attuazione delle riforme in ambito bancario, un potere in deroga a norme di legge e di delegificazione in bianco. – 6. Conclusioni.

*1. Brevi cenni sulla vigilanza prudenziale europea in relazione alle pronunce del TAR e Consiglio di Stato.* – L'odierna e dibattuta questione afferente alla natura giuridica e organizzativa delle banche popolari, a seguito del rinvio alla Corte Costituzionale ad opera del Consiglio di Stato della riforma di cui si dirà, segna una nuova tappa nel cammino e nella storia delle cooperative bancarie; questo scritto, non potrà certo illustrare in modo dettagliato ogni singola censura sollevata in ragione della sua natura, ma proverà ad individuare «il filo rosso» che lega tra loro tutte le questioni sollevate. In quest'ottica non è superfluo partire dalla nuova vigilanza bancaria di carattere europeo, capace di produrre norme vincolanti per gli Stati membri della zona euro e, quindi, della verifica della corretta ed omogenea applicazione delle stesse. L'unione bancaria si sostanzia in «un involucro giuridico e istituzionale nel quale si realizza il disegno di accentramento

delle funzioni di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie»<sup>1</sup>. Essa è costituita da tre pilastri: i) un sistema unico di vigilanza europeo (Single Supervisory Mechanism o d'ora in avanti anche SSM); ii) un sistema unico di risoluzione delle crisi (Single Resolution Mechanism o d'ora in avanti anche SRM); iii) un sistema unico di garanzia dei depositi<sup>2</sup>.

La sua costruzione è ancora oggi parziale, ciò si manifesta nel SRM, associato ad un Fondo Unico di Risoluzione (Single Resolution Fund) non ancora completo (rectius: operativo) e, soprattutto, nel terzo pilastro dove vi è l'assenza di regole comuni come si evince dalla Relazione dei cinque Presidenti del 2015<sup>3</sup> dalla quale è sorta la proposta della Commissione di un Regolamento, ancora non approvata<sup>4</sup> ed al vaglio dei parlamenti nazionali<sup>5</sup>, poiché atto comunitario sottoposto a controllo di sussidiarietà.

I pilastri sono costruiti su fondamenta comuni, che si possono riassumere in modo sintetico ma non esaustivo in: i) al primo pilastro (SSM) corrisponde un pacchetto di norme previste dal Regolamento UE/575/2013 (c.d. CRR) e s.m.i. e dalla Direttiva UE/36/2013 (c.d. CRDIV)<sup>6</sup>; ii) al secondo pilastro (SRM) corrispondono norme presenti nella Direttiva UE/59/2014 (c.d. BRRD)<sup>7</sup>; al terzo pilastro, al momento, corrisponde solamente una Direttiva UE/49/2014 (c.d. DGSD)<sup>8</sup>.

La breve precisazione che precede permette di identificare, ai fini di questo scritto, le norme poste alla base delle decisioni che si annotano. Infatti, si può sostenere, con un certo margine di sicurezza, che le disposizioni in questione riguardano il funzionamento del primo pilastro (SSM) e relative norme (CRR e CRDIV), dove la vigilanza prudenziale, stabilita nel Regolamento UE/1024/2013, è condivisa tra Banca Centrale Europea (per i soggetti c.d. significant con attivo consolidato superiore a 30 miliardi di euro) e Autorità indipendenti nazionali competenti (ANC), nel nostro caso Banca d'Italia (per gli operatori c.d. less significant o con controllo non avvocato da parte della BCE). Fatte queste premesse, su quali norme sono alla base e quali sono i soggetti legittimati alla supervisione prudenziale, bisogna aggiungere, ai fini di una

<sup>1</sup>G. BOCCUZZI, *L'Unione Bancaria europea*, Bancaria Editrice, Roma, 2015, 17 ss; .

<sup>2</sup>C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Il Mulino, Bologna, 2, 2016, 143 ss.; AA.VA., *L'Unione Bancaria europea*, a cura di M.P. CHITI e V. SANTORO, Pacini Editore, Pisa, 2016; G. PRESTI, *Il bail-in, banca impresa società*, 2015, III, 341.

<sup>3</sup> Commissione europea, *Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa*, Bruxelles, 2015, 13. Nella relazione in uno scenario di riforme da completare entro il 2025 è citato espressamente: "Inoltre, proponiamo l'avvio di un sistema europeo di garanzia dei depositi (EDIS): il terzo pilastro di un'Unione bancaria completa assieme alla vigilanza e alla risoluzione delle banche. Dal momento che l'attuale assetto caratterizzato dall'esistenza di sistemi nazionali di garanzia dei depositi resta vulnerabile agli shock locali di grande portata (in particolare quando l'emittente sovrano e il settore bancario nazionale sono percepiti come fragili), la garanzia comune dei depositi rafforzerebbe la resilienza contro crisi future".

<sup>4</sup> Proposta della Commissione Europea del 24 novembre 2015 n. 586(final), per la modifica del Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, n. 806 al fine di istituire un sistema europeo di assicurazione dei depositi.

<sup>5</sup> Atto comunitario sottoposto a parere sussidiarietà (Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ratificato dall'Italia con legge del 2 agosto 2008).

<sup>6</sup> decreto legislativo 12 maggio 2015 n.72 ha recepito, nell'ordinamento italiano, la direttiva sopra citata

<sup>7</sup> decreto legislativo 16 novembre 2015 n. 180, decreto legislativo 16 novembre 2015 n. 181, hanno recepito, nell'ordinamento italiano, la direttiva sopra citata.

<sup>8</sup> decreto legislativo 15 febbraio 2016 n. 30, ha recepito nell'ordinamento italiano la direttiva sopra citata.

completa dissertazione, il ruolo dell'European Banking Authority (EBA)<sup>9</sup>. Quest'ultima, sorta con il Regolamento UE/1093/2010 e s.m.i., ha trovato la propria base giuridica nell' articolo 114 TFUE ed è parte integrante del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF). L'obiettivo dell'Autorità consiste nella creazione di un Single Rulebook, o corpo unico di regole europee, che riguardano l'intera area del Mercato Unico. L'EBA si affianca all'Unione Bancaria interessando, con la propria regolazione, Stati membri e operatori di tutto il Mercato Unico. In altri termini, l'EBA, con la propria regolazione, impedisce la polarizzazione all'interno del Mercato Unico tra Stati membri rientranti nell'Unione Bancaria, da un lato e, gli altri Stati che non vi fanno parte, dall'altro. Essa può emanare una serie di norme tecniche «di regolamentazione» o «di esecuzione»<sup>10</sup>, come statuito dagli articoli 10 e 15 del Regolamento istitutivo. Tali norme tecniche vedono la propria preparazione presso l'Autorità in questione, ma la loro adozione avviene tramite Regolamenti della Commissione e del Consiglio ex artt. 290 e 291 TFUE. Ciò posto, all'interno della normativa della CRR (Considerando 21, 29 e 30) risultano investiti di poteri di attuazione sia l'EBA sia la Commissione, capaci di produrre norme tecniche vincolanti. Bisogna inoltre evidenziare che il rapporto tra BCE e EBA è disciplinato nel par. 3 dell'art. 4 del Regolamento UE/1024/2013, che istituisce l'SSM, che dapprima riserva a quest'ultima una competenza specifica, in riferimento alle norme tecniche e, subito dopo, esprime la vincolatività di queste per la BCE. In dottrina<sup>11</sup> si è discusso sulla possibilità di definire a livello europeo una divisione dei compiti, ammettendo l'affidamento della vigilanza regolamentare all'EBA e l'attuazione della stessa alla BCE. Nel caso delle norme CRR e CRDIV, l'EBA ha prodotto una normativa sia di regolamentazione sia di attuazione. L'Autorità, tuttavia, non si limita a produrre norme come nelle categorie sopra espresse: essa emana raccomandazioni, guidelines (GL) e Questions and Answers (QandA), queste ultime dalla difficile collocazione all'interno delle fonti del diritto europeo.

Ormai da qualche tempo, si dibatte a proposito del configurato sistema composito di amministrazioni e dei precetti giuridici che, tramite nuovi modelli di cooperazione, prevedono decisioni condivise su norme comuni<sup>12</sup>, in materia creditizia e finanziaria

---

<sup>9</sup> Per un'attenta e specifica analisi sul ruolo dell'EBA si rinvia a: S. CAPPIELLO, *Il meccanismo di adozione di adozione delle regole e il ruolo della European Banking Authority*, in R. D'AMBROSIO, *Quaderni di Ricerca Giuridica n.81*, Banca d'Italia, Roma, 2016, 37 ss.

<sup>10</sup> Le norme prodotte dall'EBA sono anche definite Regulatory Technical Standard (RTS) e Implementing Technical Standard (ITS).

<sup>11</sup>G. FERRARINI e RECINE, *Verso un Testo Unico Bancario Europeo*, in *Bancaria* 2015, VII, 10 ss..

<sup>12</sup> S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, I, 69, definisce il nuovo modello di vigilanza bancaria come "una pietra miliare nella costruzione europea, non meno importante della moneta unica e del vincolo del pareggio di bilancio"; M. CHARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, in M. A. SANDULLI, L. VANDELLI, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, atti del 20° Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: Roma 27 febbraio-1 marzo 2014, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 97-120; C. BARBAGALLO, *L'unione bancaria europea, intervento alla tavola rotonda organizzata dal NIFA (New International Finance association)*, in "Verso l'Europa Unita Gli obiettivi raggiunti, gli ostacoli da superare, le nuove sfide" 6 maggio 2014, Banca d'Italia, Roma, 2014, 1-14.

Orbene, riveste importanza centrale, al fine dell'oggetto dell'odierna dissertazione, accompagnare tale premessa con un breve esame della gerarchia delle fonti, alla luce degli importanti cambiamenti avvenuti all'interno della materia de qua.

In seno alla dottrina si possono ritrovare, a seguito del nuovo meccanismo di vigilanza e di produzione delle norme, due approcci in ordine alla gerarchia delle fonti in campo bancario. Il primo<sup>13</sup> ravvisa una «compenetrata coesistenza» tra norme giuridiche e norme sociali. Tale dualismo si manifesta nella produzione di precetti vincolanti per gli Stati membri e gli operatori del settore, con norme sia di carattere legislativo o amministrativo, sia di regole di autodisciplina di tipo statutario a valenza auto-organizzativa, o di tipo squisitamente contrattuale. La stessa dottrina sottolinea che: *«E tuttavia ciò che ora balza agli occhi è che l'articolazione delle regole tra norma giuridica e norma sociale opera oggi sostanzialmente ad ogni livello della composita gerarchia delle fonti.[...] Le raccomandazioni della Commissione integrano l'ordinamento bancario europeo non meno dei regolamenti e delle direttive. Le raccomandazioni o linee guida dell'EBA non sono a loro volta meno partecipi all'ordinamento dei regulatory technical standards o degli implementing technical standards proposti dall'ABE e resi vincolanti dalla Commissione»*. Seguendo quest'orientamento la gerarchia delle fonti più che seguire una forma piramidale (rectius: scala) si può raffigurare come una ruota normativa in movimento, che presenta tutti i livelli di hard e soft law, dal livello internazionale, sovranazionale, fino a quelle statuali, sia di natura legislativa che amministrativa. Il secondo<sup>14</sup> ritiene che il sistema delle fonti di produzione normativa in campo bancario ripeta lo schema gerarchico di regolamentazione presente nel nostro ordinamento all'art.1 delle disposizioni sulla legge in generale. A monte si collocano i provvedimenti normativi di origine statale (Costituzione, leggi ordinarie o atti aventi forza di legge) o risalenti a enti (regioni) e Autorità amministrative (Banca d'Italia, IVASS, AGCM) cui compete disciplinare una materia rispetto a una specifica potestà, in relazione al ruolo istituzionale riconosciuto. Alle fonti di diritto interno, così come elencate, si affianca la normativa (Regolamenti e Direttive) cui il nostro ordinamento riconosce valore a seguito della limitazione della sovranità ex artt. 11 e 117 Cost.. Il testo fondamentale in materia bancaria è il D.Lgs. 1 settembre del 1993, n.385 (T.U.B.) e s.m.i., che contiene le norme fondamentali in materia e definisce le competenze delle Autorità creditizie, in particolare del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (C.I.C.R.), del Ministero dell'economia e delle Finanze e della Banca d'Italia.

Ad avviso di chi scrive, entrambi gli approcci alla gerarchia delle fonti presentano dei punti in comune. Tanto si sviluppa nella manifestazione di un effettivo e continuo passaggio da norme di soft law in hard, dimostrando che i precetti di natura sociale possono partecipare alla formazione di regole comuni più efficienti ed efficaci ma, alla base, sussiste sempre la necessità di porre in essere norme giuridiche vincolanti per gli intermediari. Inoltre, tutti gli studiosi sono alla ricerca di un nuovo equilibrio o

<sup>13</sup> M. LAMANDINI, *Il diritto Bancario dell'Unione*, in R. D'AMBROSIO, *Quaderni di Ricerca Giuridica n.81*, Banca d'Italia, Roma, 2016, 13 ss.

<sup>14</sup> F. CAPRIGLIONE, *Fonti Normative*, in F. CAPRIGLIONE, *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2015, 3-33.

criterio a livello europeo, capace di restituire alla collettività un modello gerarchico tra norme. Tale situazione è dipesa dalla difficile modificabilità dei trattati europei istitutivi che presenta la produzione e la composizione tra norme come un sistema complesso e spesso difficile da decifrare, dovuto in grossa parte, all'impossibilità conseguente di trasferire nuovi poteri a livello sovranazionale. Ai fini di quanto utile al presente lavoro si preferirà usare come base logico-giuridica il secondo approccio, seppur più rigido permette di rilevare o meglio di stabilire con maggiore precisione se vi è stata effettivamente una violazione delle norme costituzionali o meno.

2. *Il D.L. 24 gennaio 2015 n.3 conv. con modif. in L. 24 marzo 2015, n.33 e la presenza o assenza dei presupposti giustificativi ex art.77, co. 2 Cost.* – Il Consiglio di Stato, con la pronuncia in esame, ha ridestato l'attenzione sulla validità delle riforme sistemiche realizzate dal legislatore mediante la decretazione d'urgenza, con l'apposizione della questione di fiducia, sottraendo l'atto legislativo al dibattito parlamentare. Il dibattito su tale tecnica legislativa ha da sempre interessato le corti, producendo un acceso dibattito teso a valutarne la legittimità costituzionale. Il giudice di prima istanza (TAR Lazio) non ha ritenuto violati i presupposti dell'art. 77 co.2 Cost., nei limiti del proprio sindacato, pur richiamando una corposa giurisprudenza del giudice delle leggi (sent., n. 6 e n. 285 del 2004, n. 16 del 2002, n. 398 del 1998, n. 330 del 1996, n. 29 del 1995, n. 171 del 2007, n. 83 del 2010). Ad avviso del giudice di prime cure, la necessità e urgenza non è da rinvenire all'interno dell'epigrafe del decreto quanto nella relazione che accompagna l'atto normativo, dove era stato espressamente statuito che, come da raccomandazioni di Autorità sovranazionali e internazionali, la riforma de qua si riteneva ormai essenziale. Il giudice, in verità, in parte utilizza in modo improprio la sua argomentazione inserendo, all'interno della propria esposizione in parte motiva, l'espressa crucialità della riforma, richiesta non solo per i motivi sopra esposti, ma per l'esigenza di adeguare il nostro ordinamento alla nuova strutturazione dei controlli di vigilanza prudenziale su scala europea, controlli che interessano i maggiori intermediari del settore. Si deve evidenziare come nella Relazione illustrativa è lo stesso giudice ad esaminare la provenienza delle istanze sovra e internazionali. Questo paleserebbe, come espresso in premessa, un classico caso in cui, per la spinta di soggetti posti sopra o fuori dall'ordinamento, norme dapprima non cogenti lo diventano per creare una omogeneizzazione della disciplina dei controlli. Peraltro, come assunto sempre dallo stesso giudice, si statuisce l'importanza della riforma come una nuova evoluzione della supervisione prudenziale che, ad avviso di chi scrive, potrebbe non riguardare il D.L. in oggetto, poiché la materia è stata disciplinata tramite Regolamenti europei che sono obbligatori in tutte le loro parti, senza la necessità di espresso recepimento con atti di normazione interna<sup>15</sup>. Fermo restando quanto espresso, la dottrina<sup>16</sup> ha iniziato a

<sup>15</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014 166-169; A. ADINOLFI, *I regolamenti*, in A. ADINOLFI, *Materiali di diritto dell'unione europea* Giappichelli, Torino, 2007, 163.

<sup>16</sup> F. SALERNO, *La dibattuta Costituzionalità della riforma delle banche popolari*, in *Giur. Comm.*, 2017, I, 106 ss.. Ved. Contr. Cons. st., 15 Dicembre 2016, n. 5277, in *Dir. Soc.* 2017, II, 145 (nota di: LAMANDINI)



dibattere sulla sussistenza o meno dei presupposti di necessità e urgenza di cui si è detto, partendo dai canoni espressi dal giudice di primo grado<sup>17</sup>, e cioè sulla possibilità di sindacare le norme del decreto solo in caso di una situazione di «evidente mancanza» dei presupposti,<sup>18</sup> pervenendo a diverse conclusioni. In verità il dibattito si è maggiormente concentrato su un altro punto denunciato dai ricorrenti e cioè su «la natura sistemica dell'intervento di riordino di tutte le banche popolari» (rectius: delle cooperative bancarie a mutualità non prevalente) avvenuta tramite il D.L., esperienza, in verità, nuova all'interno dell'ordinamento in questo specifico settore. Il giudice delle leggi in una pronuncia del 2013<sup>19</sup> aveva ritenuto non conformi al dettato costituzionale alcune disposizioni della medesima natura che riformavano gli enti locali, ritenendole esorbitanti. In questo quadro s'inserisce la pronuncia del Consiglio di Stato dove il precedente giudizio è semplicemente capovolto. La non manifesta infondatezza della questione costituzionale in subiecta materia si arricchisce, contrariamente a quanto fatto dal primo giudice, di nuovi spunti di riflessione. Ad avviso del Supremo consesso della giustizia amministrativa, oltre a presentare le caratteristiche di riforma ordinamentale, di cui si dirà in seguito, le norme in questione sono «non auto-applicative, le quali richiedono ulteriori misure attuative, demandate alla Banca d'Italia, in violazione dell'15, co.3 della L. 23 agosto del 1988, n. 400». Il collegio afferma quanto esposto richiamando l'art. 1, co. 2, del D.L. n. 3 del 2015, il quale prevede, che: «In sede di prima applicazione del presente decreto, le banche popolari autorizzate al momento dell'entrata in vigore del presente decreto si adeguano a quanto stabilito ai sensi dell'articolo 29, co. 2-bis e 2-ter, del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, introdotti dal presente articolo, entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d'Italia ai sensi del medesimo art. 29». La disposizione, invero, si sostanzia in due profili tra di loro collegati ma scindibili. Il primo manifesta l'operatività immediata delle norme, rinvenibile nell'affermazione «si adeguano», la seconda è «entro il termine di 18 mesi», che, più correttamente, dovrebbe essere inteso con «entro e non oltre». Tale riflessione trova in parte base giuridica nella prima sentenza<sup>20</sup> dove gli enti creditizi non sono posti davanti a un obbligo di trasformazione, ma possono prevedere ulteriori determinazioni e cioè: la riduzione dell'attivo o la liquidazione. Tutto quanto sopra

<sup>17</sup> Si vedano i punti della sentenza del TAR Lazio 4.1.3 ss.

<sup>18</sup> C. cost., 23 maggio 2007 n.171, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2007,1 ss., dove: «Ora, mentre l'epigrafe del decreto reca l'intestazione «Disposizioni urgenti in materia di enti locali», il preambolo è così testualmente formulato: «Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di enti locali, al fine di assicurarne la funzionalità, con particolare riferimento alle procedure di approvazione dei bilanci di previsione, alle difficoltà finanziarie dei comuni di ridotta dimensione demografica ed al risanamento di particolari situazioni di dissesto finanziario». E, infatti, gli artt. 1, 4, 5 e 6 attengono ai bilanci e in genere alla finanza comunale, l'art. 2 concerne le conseguenze della mancata redazione degli strumenti urbanistici generali e l'art. 3 disciplina le modalità di presentazione delle dimissioni dei consiglieri comunali e provinciali. Nulla quindi risulta, né dal preambolo né dal contenuto degli articoli, che abbia attinenza con i requisiti per concorrere alla carica di sindaco. La norma censurata si connota, pertanto, per la sua evidente estraneità rispetto alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del decreto-legge in cui è inserita».

<sup>19</sup> C. cost., 19 luglio 2013 n.220, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 1 ss.; dove: «[...]È appena il caso di rilevare che si tratta di norme ordinamentali, che non possono essere interamente condizionate dalla contingenza, sino al punto da costringere il dibattito parlamentare sulle stesse nei ristretti limiti tracciati dal secondo e terzo comma dell'art. 77 Cost., concepiti dal legislatore costituente per interventi specifici e puntuali, resi necessari e improcrastinabili dall'insorgere di «casi straordinari di necessità e d'urgenza»».

<sup>20</sup> Si veda il punto 4.1.9 della sentenza del TAR Lazio che si annota.

esposto, deve essere inserito all'interno di un processo deliberativo dell'ente creditizio che, a norma dell'art. 29 co. 2ter T.U.B., investe tutti gli organi preposti a manifestare ed attuare la volontà sociale, consiglio di amministrazione e assemblea. E' da rilevare, l'infondatezza della censura posta in essere dal Supremo Consiglio in quanto, è sicuramente ammissibile una lettura costituzionalmente orientata della norma in questione. La delibazione in ordine alla natura della riforma, sia essa ordinamentale o meno, è complessa. La disciplina della cooperazione in materia creditizia presenta, sin dalla sua nascita, profili derogatori rispetto al diritto comune. A norma dell'art. 28, co.1, T.U.B: «L'esercizio dell'attività bancaria da parte di società cooperative è riservato alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo [...]».

Il D.L. in esame rappresenta una parte dei mutamenti apportati alle cooperative bancarie. Quest'ultime, intese nella loro macro-categoria, hanno registrato un'altra importante novella, che ha riguardato l'esercizio del credito da parte delle banche di credito cooperativo(BCC)<sup>21</sup>, con modifiche ritenute giuridicamente rilevanti<sup>22</sup>. Ove mai si volesse ritenere costituzionalmente legittimo il D.L. in sé considerato e parimenti la normativa innanzi richiamata afferente alle BCC, non può negarsi che l'insieme delle norme così considerate costituisca una riforma di sistema o ordinamentale, poiché solo a prima facie si tende a disciplinare in modo diverso la cooperazione creditizia. Se questa lettura fosse accolta sul piano logico giuridico come conforme al vero, si incorrerebbe in ciò che è precedentemente accaduto per gli enti locali con la pronuncia del 2013<sup>23</sup>.

Il giudice delle leggi nella sua prima pronuncia<sup>24</sup>, sul caso di specie, ha statuito la sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza<sup>25</sup>, di contro, non ha ravvisato una

<sup>21</sup> decreto legge 14 febbraio 2016 n.18 conv. con modif. dalla legge 8 aprile 2016 n.49.

<sup>22</sup> Il decreto legge 18/2016 conv. con modif. dalla legge 49/2016, recante misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo, la garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze, il regime fiscale relativo alle procedure di crisi e la gestione collettiva del risparmio, introduce all'interno del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 gli artt. 37 bis e 37 ter in merito alla composizione e costituzione del Gruppo Bancario Cooperativo ed inoltre, modifica il previgente art. 33 inserendo il co. 1bis dove: "L'adesione a un gruppo bancario cooperativo è condizione per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in forma di banca di credito cooperativo".

<sup>23</sup> C. cost., 19 luglio 2013 n.220, op. cit; dove "[...] si ricava una prima conseguenza sul piano della legittimità costituzionale: ben potrebbe essere adottata la decretazione di urgenza per incidere su singole funzioni degli enti locali, su singoli aspetti della legislazione elettorale o su specifici profili della struttura e composizione degli organi di governo, secondo valutazioni di opportunità politica del Governo sottoposte al vaglio successivo del Parlamento. Si ricava altresì, in senso contrario, che la trasformazione per decreto-legge dell'intera disciplina ordinamentale di un ente locale territoriale, previsto e garantito dalla Costituzione, è incompatibile, sul piano logico e giuridico, con il dettato costituzionale, trattandosi di una trasformazione radicale dell'intero sistema, su cui da tempo è aperto un ampio dibattito nelle sedi politiche e dottrinali, e che certo non nasce, nella sua interezza e complessità, da un «caso straordinario di necessità e d'urgenza» [...] anche e soprattutto in relazione alla finalità di risparmio, esplicitamente posta a base del decreto-legge, come pure del rinvio – sia meglio soddisfatta dall'immediata applicazione delle norme dello stesso decreto oppure, al contrario, dal differimento nel tempo della loro efficacia operativa. Tale ambiguità conferma la palese inadeguatezza dello strumento del decreto-legge a realizzare una riforma organica e di sistema, che non solo trova le sue motivazioni in esigenze manifestatesi da non breve periodo, ma richiede processi attuativi necessariamente protratti nel tempo, tali da poter rendere indispensabili sospensioni di efficacia, rinvii e sistematizzazioni progressive, che mal si conciliano con l'immediatezza di effetti connaturata al decreto-legge, secondo il disegno costituzionale.".

<sup>24</sup> C. cost., 21 dicembre 2016 n. 287, in *Dir. Soc.* 2017, II, 140 ss.(nota di LAMANDINI).

violazione dell'art. 117, co.3 Cost, come conformemente disposto dal Consiglio di Stato.

3. *La trasformazione delle banche popolari in s.p.a. a seguito del superamento della soglia di otto miliardi* – Come confermato dal Supremo Consiglio, la normativa rimette in capo agli organi sociali la possibilità di optare tra trasformazione, riduzione dell'attivo e liquidazione. Tale alternatività tra le fattispecie previste si collega in modo significativo alla facoltà riconosciuta a ogni ordinamento di disciplinare l'esercizio dell'attività d'impresa o la sua prosecuzione in altra forma societaria, al ricorrere di determinati presupposti. Il punto si traduce in una scelta discrezionale del legislatore che può essere sindacata solo in casi di macroscopica irragionevolezza seppur può produrre modifiche significative all'interno della compagine sociale e ai propri equilibri. Quanto premesso si lega naturalmente a una valutazione della ragionevolezza della soglia degli otto miliardi di euro. Quest'ultima, secondo le disposizioni di vigilanza emanate da Banca d'Italia<sup>26</sup>, è stata preferita come criterio di calcolo rispetto al semplice allineamento ai dati di bilancio, poiché i criteri identificati per la determinazione della soglia sono utilizzati da tutti gli enti creditizi per descrivere la propria situazione patrimoniale nelle segnalazioni all'Autorità indipendente preposta sia a livello individuale sia in presenza di un gruppo. La scelta operata dal legislatore non risulta innovativa anzi, i criteri per la determinazione dell'attivo sono conformi a quelli previsti all'interno del Single Supervisory Mechanism per la divisione tra enti creditizi «significant» e «less significant» operata per mezzo del superamento di un attivo consolidato di 30 miliardi di euro<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> C. cost., 21 dicembre 2016 n. 287, in *Dir. Soc.* 2017, II, 144; dove al punto 5 della decisione recita: “Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge va limitato ai casi di evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione [...]. Nel preambolo del d.l. n. 3 del 2015, recante “Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti”, il Governo fa riferimento, per quello che qui rileva, alle ragioni di straordinaria necessità e urgenza di avvio del processo di adeguamento del sistema bancario agli indirizzi europei. Ulteriori e diffuse considerazioni sull'urgenza dell'intervento si rinvengono anche nella relazione che accompagna il disegno di legge di conversione, ove è fatto riferimento anche alle forti sollecitazioni del Fondo monetario internazionale e dell'Organizzazione per lo sviluppo e la cooperazione economica a trasformare le banche popolari maggiori in società per azioni. Tutte queste ragioni, che collegano le esigenze di rafforzamento patrimoniale, di competitività e di sicurezza delle banche popolari, sia all'adeguamento del sistema bancario nazionale a indirizzi europei e di organismi internazionali, sia ai noti e deleteri effetti sull'erogazione creditizia della crisi economica e finanziaria in atto, escludono che si sia in presenza di evidente carenza del requisito della straordinaria necessità e urgenza di provvedere. Così come escludono che la valutazione del requisito sia affetta da manifesta irragionevolezza o arbitrarietà”.

<sup>26</sup> Circolare Banca d'Italia del 17 dicembre 2013 n. 285, “Disposizioni di vigilanza per le banche” 9° Aggiornamento aprile 2015.

<sup>27</sup> G. BOCCUZZI, *L'Unione Bancaria europea*, op.cit., 54. All'interno del Regolamento SSM (all'art.6) e nel Regolamento (UE) della Banca Centrale Europea del 16 aprile del 2014 n. 468 (framework regulation) è prevista la vigilanza diretta sulle banche e i gruppi bancari “significant”. Un intermediario è definito significativo se soddisfa almeno una delle seguenti condizioni:

- il valore totale dei suoi assets è superiore a 30 miliardi di euro;
- il rapporto tra il totale attivo e il Pil dello Stato membro aderente è superiore al 20%, a meno che il valore totale degli assets non sia inferiore a 5 miliardi di euro;
- è uno dei tre enti creditizi più significativi di uno Stato membro;
- riceve assistenza diretta dal meccanismo europeo di stabilità;

Rispetto al criterio-soglia operante all'interno del SSM, le disposizioni di vigilanza prodotte da Banca d'Italia aggiungono ulteriori criteri come: le garanzie e gli impegni. L'aggiunta è data dalla specificità delle attività di questi intermediari nella concessione di finanziamenti in quanto sviluppano, più di altri, l'attività di garanzia e altre forme tecniche fuori bilancio<sup>28</sup>. Tenendo conto della natura dell'operatore, la dottrina<sup>29</sup> ha discusso sulla scelta di utilizzare un criterio quantitativo (identificazione della soglia dimensionale) in luogo di un criterio qualitativo (quotazione/non quotazione in borsa) come volontà statuale di ricollegare a uno specifico livello dimensionale la presenza di alcune condizioni strutturali che giustificano la quotazione in borsa. La scelta ha sollevato perplessità nella stessa dottrina, che considera più appropriato il criterio qualitativo, idoneo, inoltre, a definire le banche popolari come di public company nazionali con azionariato frazionato e diffuso.

L'esigenza di prevedere, anche se sarebbe meglio dire favorire, la trasformazione delle banche popolari "grandi", anche se non numericamente rilevanti, è sorta osservando la quota di mercato delle medesime come significativa, non solo all'interno della cooperazione bancaria a mutualità non prevalente, ma in generale dell'intero sistema bancario italiano<sup>30</sup>. Il settore creditizio registrava la presenza di un considerevole numero di «banche popolari, alcune delle quali quotate in Borsa, con un'attività non più di natura strettamente cooperativa bensì aperta alla concorrenza e spesso caratterizzate anche dalla presenza di controllate aventi natura di S.p.A.. Per questa tipologia di banche popolari non appare più giustificata una differenziazione rispetto alle disposizioni generali[...]»<sup>31</sup>. La «loro crescente vocazione commerciale»<sup>32</sup> e alcune «debolezze o opacità»<sup>33</sup> come: il capitale variabile, il limite imposto alla partecipazione sociale ai soci, il voto capitaro, il gradimento degli amministratori per l'acquisto della qualità di socio, la nomina della maggioranza degli amministratori tra i soci o in caso di soci persone giuridiche tra le persone indicate da queste, le rendeva difficilmente «scalabili», oltre, a costringere l'organo amministrativo alla continua ricerca di un consenso molto ampio per qualsiasi atto deliberativo di particolare importanza. In questa cornice s'inserivano le modifiche apportate dal D.L., prevedendo la trasformazione in S.p.a. o le alternative, dapprima espresse, per le banche di maggiori dimensioni. In verità, utilizzando l'ermeneutica giuridica nell'esame dei

---

- il valore totale degli assets supera i 5 miliardi di euro e il rapporto tra le attività cross-border in più di un altro Stato membro partecipante e le attività totali è superiore al 20% o il rapporto tra le passività transfrontaliere in più di un altro Stato membro partecipante e le passività totali è superiore al 20%. Indipendentemente dai casi sopra citati, l'SSM può qualificare un ente creditizio come significant al fine di assicurare l'applicazione coerente di standard di vigilanza di qualità elevata.

<sup>28</sup> Circolare Banca d'Italia del 17 dicembre 2013 n. 285, "Disposizioni di vigilanza per le banche" 9° Aggiornamento aprile 2015.

<sup>29</sup> M. PELLEGRINI, *Il decreto legge n.3 del 2015. Un'occasione mancata per la ridefinizione della "cooperazione di credito"* in F. CAPRIGLIONE, *La riforma delle banche popolari*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2015, 55-82.

<sup>30</sup> A. TARANTOLA, *Le banche popolari nel confronto competitivo: vocazione territoriale e profili di governance*, in Q. CURZIO, *Le Banche Popolari cooperative. Profili italiani ed europei*, Franco Angeli, Milano, 2009, 14 ss.

<sup>31</sup> Autorità Garante per la Concorrenza e il mercato, Segnalazione del 2 luglio 2014 (AS1137).

<sup>32</sup> Autorità Garante per la concorrenza e il mercato, Segnalazione del 27 febbraio 2015 (AS1177).

<sup>33</sup> Audizione del 22 giugno 2011, presso la Commissione VI Finanze e Tesoro del Senato della Repubblica, del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia Anna Maria Tarantola, *La riforma delle banche popolari* (disegni di legge nn. 437, 709, 799, 926, 940 e 1084).

lavori parlamentari preliminari all'approvazione del D.L. de quo, secondo chi scrive, emerge una ragione sottesa alla riforma in questione, e cioè: il deterioramento del patrimonio vigilato di alcune delle dieci maggiori popolari. I medesimi lavori parlamentari segnalavano già da tempo una situazione economico-finanziaria preoccupante poiché «esse [avevano] risentito fortemente della lunga recessione dell'economia italiana. [Segnatamente] alla fine di giugno 2014 la quota di partite deteriorate era pari al 18,7% del totale dei prestiti, due punti più della media del sistema. Il tasso di copertura con accantonamenti in bilancio (coverage ratio) era pari al 32%, dieci punti meno che nella media del sistema. La redditività era pure più bassa: nei primi sei mesi dello scorso anno il rendimento annualizzato del capitale e delle riserve (ROE) è stato appena del 2%, inferiore di un punto a quello medio, già basso, del sistema»<sup>34</sup>.

Orbene, la situazione come descritta in combinato disposto alle norme vincolanti di carattere europeo (CRR e CRDIV) con specifico riferimento ai «fondi propri», richiedeva interventi di rafforzamento di natura patrimoniale. Per porvi rimedio, si ammetteva l'emissione di strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o amministrativi. Questo è stato reso possibile grazie alla caduta del divieto all'interno dell'art. 150bis T.U.B. del co. 6 dell'art. 2346 c.c. e dell'art. 2526 c.c. che mirano, inoltre, a favorire la partecipazione nel capitale delle banche degli investitori istituzionali<sup>35</sup>. Gli strumenti in questione, ai sensi e per gli effetti degli articoli recentemente applicabili, vedranno le banche emittenti riunire in adunanza i propri soci al fine di porre in essere le modifiche necessarie dell'atto costitutivo e dello statuto. In aggiunta esplicita menzione si dovrà dare ai diritti patrimoniali e amministrativi acquisiti dai possessori. La loro emissione, come disposto dall'Autorità di vigilanza, a differenza della trasformazione in S.p.a. in caso di attivo sopra soglia, rappresenta una modifica facoltativa rimessa all'autonomia sociale. Con l'emissione degli strumenti finanziari partecipativi si applica, alla banca popolare emittente, la disciplina prevista per l'assemblea speciale dei possessori che concorrono a eleggere fino a un terzo dei componenti dell'organo di controllo. Questa soglia si applicherà nel caso in cui l'ente creditizio abbia adottato il modello di amministrazione e controllo c.d. tradizionale, invece, alla presenza di un modello dualistico o monistico<sup>36</sup>, essi concorreranno a nominare non più di un terzo degli organi. Per meglio esprimere la portata della riforma dottrina<sup>37</sup> ha dimostrato come precedentemente, nella legislazione speciale il voto capitaro non conosceva deroghe. Affermazione venuta meno per più ragioni. La prima è l'applicazione alle banche popolari dal co.3 dell'art. 2538 c.c., il quale permette di attribuire nell'atto costitutivo ai soci persone giuridiche più voti, nel massimo di cinque.

<sup>34</sup>Audizione del 17 febbraio 2015, presso la Camera dei Deputati, nell'ambito dell'istruttoria legislativa sul disegno di legge C. 2844, di conversione in legge del decreto legge n. 3 del 2015, recante misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti, del Direttore Generale della Banca d'Italia Salvatore Rossi. Nella Relazione si analizzano, inoltre, le difficoltà di governance societaria e le possibili conseguenze della trasformazione in S.p.a. delle 10 popolari di maggiore dimensione.

<sup>35</sup> C. FIENGO, *Il riassetto della disciplina delle banche popolari* in *Giur. Comm.*, 2016, II, 234 ss.

<sup>36</sup> Circolare Assonime n. 32/2015, *La riforma delle banche popolari*, in *Riv. soc.*, 2016, II-III, 473 ss.

<sup>37</sup> G. MARASÀ, *Voto plurimo, voto maggiorato e cooperative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 1 ss; Per una riflessione ante riforma: M. NOTARI, *Questioni in tema di azioni di banche popolari senza valore nominale*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 2014, V, 577 ss.

La seconda interessa, invece, i sottoscrittori di strumenti finanziari, siano essi soci o azionisti, per i quali non è reso operativo il limite al voto previsto dal secondo periodo del co.2 dell'art.2538 c.c., con la conseguenza di non disciplinare il voto dei sottoscrittori di tali strumenti ut singuli ma di lasciare come limite quello residuale di un terzo dei voti complessivi (secondo quanto espresso dall'ultimo periodo del co.2 dell'art. 2526 c.c.).

Lo stesso autore ha sostenuto come le norme dettate dal D.L. il regime di attribuzione e limiti di voto in assemblea, per gli investitori delle banche popolari, è, di fatto, una disciplina più permissiva rispetto al diritto comune.

Questa innovazione giuridica, si lega alla parte della riforma che sancisce il nuovo sistema di delega di voto. Esse subiscono un'importante modifica, all'interno delle banche popolari, frutto della persistente assenza di una considerevole parte della compagine sociale alle adunanze assembleari. Si ritiene come superata la previgente disposizione che determinava il numero delle deleghe attribuibili a ciascun socio di norma non inferiore a cinque, con la nuova disposizione (presente al co.2bis dell'art. 150bis T.U.B.) in cui «*in ogni caso, questo numero non è inferiore a dieci e non è superiore a venti*», rimettendo all'autonomia statutaria il numero massimo di deleghe entro questi parametri. Infine si deve esaminare come, al co.2 dell'art. 150 bis T.U.B., si sono derogate, per le banche popolari, le disposizioni codicistiche, presenti ai co. 2 e 4 dell'art. 2542 c.c. rendendo di fatto possibile, la nomina di più della maggioranza degli amministratori tra soggetti diversi dai soci cooperatori o dalle persone indicate dai soci persone giuridiche. La disciplina della cooperazione bancaria si avvicina sempre più al modello lucrativo non solo nell'obbligo di trasformazione ma in anche in altre parti della riforma. Tanto si osserva nelle norme derogatorie rispetto al diritto comune favorevoli a limitare i principi mutualistici.

4. *La dubbio costituzionalità delle limitazioni al recesso del socio ex co.2ter dell'art.28 T.U.B.*– Rappresenta fonte di dibattito non solo tra corti<sup>38</sup> ma anche nella dottrina<sup>39</sup>. La

---

<sup>38</sup> Si veda la sentenza del TAR Lazio al punto 4.2.4 dove: “Occorre ricordare nuovamente che la limitazione del rimborso di capitale in caso di recesso rappresenta un requisito prudenziale per fronteggiare eventuali perdite dell'azienda di credito, e risponde al principio secondo il quale la stabilità di una banca, in caso di crisi, va preservata innanzitutto attraverso un salvataggio interno, ossia mediante le risorse patrimoniali della banca medesima; e dunque, indirettamente, mediante l'apporto del patrimonio dei soci (c.d principio del bail-in)”. In senso opposto il Consiglio di Stato che nel dispositivo dell'ordinanza sottolinea al punto 28 lett.a : “prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, co. 2-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazioni eserciti il recesso sia limitato (con la possibilità, quindi, di escluderlo tout court), e non solo differito entro limiti temporali predeterminati per legge”; Si veda Contr. il Trib. Napoli, ord. del 24 marzo 2016, in *dirittobancario.it*, 2016. Nell'ordinanza il giudice al punto 2 statuisce: “La norma sopracitata prevede il diritto di recesso possa essere soltanto “limitato”, mentre, per i motivi di seguito illustrati, il Tribunale ritiene che il contenuto dell'art. 38.5 dello statuto modificato con delibera impugnata consenta in realtà la completa soppressione dell'effettivo contenuto giuridico ed economico del recesso. [...] La modifica statutaria in oggetto, escludendo nella sostanza il diritto di recesso del socio, in quanto sottoposto, nei modi e nei tempi di liquidazione, all'arbitrio incondizionato degli amministratori, deve ritenersi nulla per violazione dell'art. 2437, comma 6, c.c. Per puro scrupolo si osserva che il tribunale ritiene che la limitazione del diritto di recesso prevista dal citato comma 2-ter sia idonea a superare la nullità prevista dall'art. 2437.c.c. in relazione al solo potere di “rendere più gravoso”

norma in questione ha, all'interno del complessivo impianto normativo, un ruolo strategico poiché la sua assenza avrebbe costretto l'organo di gestione, in caso di trasformazione, «a trattare con i soci» sulla strada da intraprendere<sup>40</sup>. Il recesso è da sempre una tematica dibattuta, infatti più studiosi sono giunti a conclusioni differenti in merito alla sua natura<sup>41</sup>. Sono diverse le circostanze che spingono il socio a «spezzare» il vincolo sociale con l'impresa, in generale la funzione concreta del recesso è configurabile in questi termini<sup>42</sup>:

- i) d'interesse ad ottenere la restituzione del capitale investito (recesso come strumento di disinvestimento);
- ii) d'interesse ad interrompere i rapporti mutualistici con la società (recesso come strumento di riacquisizione della libertà contrattuale);
- iii) d'interesse a negoziare con gli amministratori e/o con i soci di maggioranza (recesso come strumento di negoziazione endosocietaria e dunque indirettamente di voice).

L'interesse del socio a procedere al recesso spinto da uno degli interessi sopra esposti, rientra nella valutazione da operarsi per dirimere le questioni sorte nella normativa multilivello.

La cornice giuridica dalla quale partire prevede da un lato la normativa europea, composta dal Regolamento UE/575/2013 (c.d. CRR), dal Regolamento Delegato UE/241/2014 e dalla Direttiva UE/36/2013 (c.d. CRDIV) e, dall'altro, le limitazioni al recesso, presenti all'interno della normazione statale (T.U.B.) e nella disposizioni attuative emanate da Banca d'Italia<sup>43</sup>, a seguito dell'odierno D.L.. Fatte queste premesse,

---

*l'esercizio del diritto di recesso tramite "limitazioni", che tuttavia giammai possono tradursi nella sostanziale esclusione di tale esercizio". Ancora sul medesimo punto, Trib. Napoli, 1 agosto 2016, banca borsa tit cred, 2017, I, 172;*

<sup>39</sup> M. MAUGERI, *Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari*, in *Riv. Soc.*, 2017, I, 230 ss; G. ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di capital maintenance e "principio del bail-in"*, in *Riv. Soc.* 2017, I, 3 ss.; G. ROMANO, *Trasformazione di banca popolare, recesso e limiti al rimborso delle azioni: il D.L. N. 3/2015 di fronte alla giustizia civile, amministrativa e costituzionale*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2017, II, 190; M. MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in *Riv. Soc.*, 2016, VI, 991 ss; V. SALAMONE, *il recesso delle banche popolari ovvero: "rapina a mano armata"*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016 257 ss; F. DI CIOMMO, *Il diritto di recesso nella riforma delle banche popolari*, in F. CAPRIGLIONE, *La riforma delle banche popolari*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2015, 83-107. F. CAPRIGLIONE, *La riforma delle banche popolari*, *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, in *www.fondazione-capriglione/luis*, 2015, I, 1.

<sup>40</sup> M. CARLIZZI, *Osservazioni intorno alla riforma delle Banche popolari*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto in generale delle obbligazioni*, 2016, I, 65.

<sup>41</sup> F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in GALGANO-GENGHINI, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, CEDAM, Milano, 2006, III, 976 ss., che conclude sulla natura del recesso come diritto, squisitamente, patrimoniale; F. DI SABATO, *Diritto delle Società*, Giuffrè, Roma, III, 2011, 258-259, definisce il recesso come un diritto con riflessi sia amministrativi sia patrimoniali, ma non inquadrabile in nessuna delle due categorie. Consiste in un diritto a porre fine alla partecipazione sociale in casi tassativamente previsti; B. MASSELLA DUCCI TERI, *Sul recedente dalla società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, 191 ss, che ricostruisce la posizione del socio recedente in termini di status socii; M. ROSSI, *Recesso dalla s.p.a. e riduzione del capitale sociale*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 932 e 945, definisce la posizione del recedente in termini di un debito, di peculiare configurazione nella sua esigibilità in quanto, postergato rispetto agli altri creditori.

<sup>42</sup> A. FICI, *Autonomia statutaria e recesso del socio nelle società cooperative*, in *www.euricse.eu/it*, 2011, 12.

<sup>43</sup> Circolare Banca d'Italia del 17 dicembre 2013 n. 285, "Disposizioni di vigilanza per le banche" 9° Aggiornamento aprile 2015.

la lettura congiunta delle norme, come così esposte, è suggerita dal Considerando n.5 della CRR. Le disposizioni in materia contengono un quadro molto dettagliato riguardo ai «fondi propri»<sup>44</sup> e il conseguente recesso del socio.

Procedendo con ordine, la CRR definisce quali sono gli strumenti di capitale primario di classe1(CET1) e sottopone tale inclusione al ricorrere di determinate caratteristiche intrinseche e criteri identificati dalle norme (artt. 26 e 28). Inoltre, con riferimento agli strumenti di capitale emessi dalle società mutue e cooperative, dispone specifiche condizioni per la loro computabilità all'interno del CET1<sup>45</sup> (artt. 27 e 29). A tali norme sono collegate disposizioni che mirano a definire i criteri per la riduzione dei fondi propri e il potere dell'Autorità di vigilanza di concedere autorizzazioni a diminuirli (artt. 77 e 78). I criteri di maggiore impatto, in ossequio agli artt. della CRR sopra esposti, sono presenti nel Regolamento Delegato, emanati al fine di statuire una normativa di dettaglio per la cooperazione bancaria (Considerando n.10). Il par.2 dell' art. 10 recita: *«La capacità dell'ente di limitare il rimborso conformemente alle disposizioni che regolano gli strumenti di capitale, di cui all'articolo 29, paragrafo 2, lettera b), e all'articolo 78, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 575/2013, riguarda sia il diritto di rinviare il rimborso che il diritto di limitare l'importo rimborsabile. L'ente è in grado di rinviare il rimborso o di limitare l'importo rimborsabile per un periodo illimitato in conformità al paragrafo 3»*. La disposizione esaminata potrebbe creare dubbi, ad esempio in ordine alle modalità per effettuare la limitazione del rimborso e, cioè, se siano tra loro complementari o alternative. Esaminando la normativa<sup>46</sup> e conformemente a quanto espresso dal Consiglio di Stato<sup>47</sup>, la disciplina tra più opzioni chiede all'Autorità preposta di attuare la disposizione conforme all'ordinamento di appartenenza. In sostanza, avendo presente la norma è facile giungere alla conclusione che il recesso può essere postergato senza limiti di tempo, ma in verità è la stessa a rinviare al successivo par.3 del Reg. Del., che tiene conto della situazione prudenziale dell'operatore e degli obblighi di segnalazione sui fondi propri e informazioni

<sup>44</sup> L.A., LO PO', *I nuovi strumenti ibridi di capitale tra implicazioni regolamentari e questioni di diritto societario*, in *Riv. dir. banc.*, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), 2014, VI, 18.

<sup>45</sup> Al fine di permettere la computabilità all'interno del CET1, l'EBA come espresso nel Considerando 74 e in forza dell'art.26 del Regolamento UE/575/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio (CRR) produce report periodici per il monitoraggio degli strumenti di capitale dei singoli Stati membri con particolare attenzione alle società cooperative bancarie. European Banking Authority, Report del 23 maggio 2017, in [www.eba.europa.eu](http://www.eba.europa.eu).

<sup>46</sup> Il regolamento in questione nella sua traduzione inglese si presta ad essere più chiaro, infatti, il medesimo articolo recita: *“The ability of the institution to limit the redemption under the provisions governing capital instruments as referred to in Article 29(2)(b) and 78(3) of Regulation (EU) No 575/2013, shall encompass both the right to defer the redemption and the right to limit the amount to be redeemed. The institution shall be able to defer the redemption or limit the amount to be redeemed for an unlimited period of time pursuant to paragraph 3”*.

<sup>47</sup> Si veda il punto 38 dell'ordinanza del Consiglio di Stato dove *“Non vale ad escludere i dubbi di legittimità costituzionale neanche l'obiezione secondo cui la previsione legislativa che consente di escludere il diritto al rimborso troverebbe fondamento e copertura nelle norme del diritto dell'Unione Europea, e segnatamente nel Regolamento delegato UE n. 241/2014 della Commissione del 7 gennaio 2014 (che integra il Regolamento UE n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio). La disposizione del Regolamento che si occupa dei limiti al rimborso degli strumenti di capitale è l'art. 10, il quale prevede alternativamente la possibilità sia di rinviare il diritto al rimborso sia di escluderlo (in tutto o in parte). In particolare, l'art. 10, par. 2, dispone testualmente che “La capacità dell'ente di limitare il rimborso conformemente alle disposizioni che regolano gli strumenti di capitale, di cui all'art. 29, par. 2, lett. b), e all'art. 78, par. 3, del Reg. (UE) n. 575/2013, riguarda sia il diritto di rinviare il rimborso che il diritto di limitare l'importo rimborsabile”*.



finanziarie. Ad avviso di chi scrive, «un periodo illimitato» può essere meglio identificato avendo a mente i rinvii effettuati sempre dallo stesso articolo<sup>48</sup>. Le segnalazioni in questione sono dapprima statuite con cadenza «almeno annuale» all'interno par.1 dell' art. 99 CRR per i fondi propri, mentre per le informazioni finanziarie è stato, in seguito, ampliato con segnalazioni trimestrali<sup>49</sup> dal Regolamento UE/534/2015 della BCE. Si può quindi ammettere che sia l'organo amministrativo l'Autorità di vigilanza che è obbligata a riesaminare il coefficiente CET1 e a procedere alla liquidazione della quota, ove possibile, con cadenza annuale. Nell'eventualità dell'impossibilità a liquidare o rimborsare la quota, l'atto limitativo della pretesa del socio deve essere supportato da una motivazione, in grado da rendere il socio edotto sulla situazione prudenziale e patrimoniale dell'impresa, oltre a riconoscere un indennizzo da liquidare congiuntamente al valore effettivo della partecipazione. Tale motivazione e il conseguente indennizzo, servono a bilanciare la restituzione al socio di parte o di tutte le azioni non trasformabili nel loro controvalore. Il co.2ter dell'art. 28 T.U.B. è stato introdotto nel D.L. poichè il legislatore riteneva impossibile limitare il recesso all'interno delle cooperative bancarie con e senza mutualità prevalente. Invero, dalla lettura congiunta della disciplina comune e del co.2 dell'art.150 bis T.U.B., già prima si permetteva alle banche popolari e alle BCC di escludere il recesso del socio. Infatti, pervenuta una dichiarazione di tale volontà, «*Gli amministratori devono esaminarla entro sessanta giorni dalla ricezione. Se non sussistono i presupposti del recesso, gli amministratori devono darne immediata comunicazione al socio, che entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione, può proporre opposizione innanzi il tribunale.*» (co2. art. 2532 c.c.). In forza dello già citato co.2 dell'art.150 bis T.U.B. si rendono applicabili gli artt. 2532, 2533, 2534, 2535 e 2536 del codice civile, che disciplinano lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio. Tanto premesso, ci si chiede se la sana e prudente gestione dell'ente è presupposto idoneo a rifiutare la domanda del socio recedente. Come riportato, si possono utilizzare le norme del diritto comune, non solo in merito al recesso ma anche in riferimento all'esclusione ex art. 2533 c.c. e in caso di morte ex art. 2534 c.c., favorendo un facile allineamento tra diritto speciale e diritto comune che in

<sup>48</sup> L'articolo 92 del medesimo Regolamento UE 575/2013 (CRR) rubricato: "Requisiti in materia di fondi propri" è richiamato dall'art 10 par.3 lett.b del Regolamento Delegato Regolamento delegato (UE) della Commissione, del 7 gennaio 2014, n. 241, per la valutazione dell'ammissibilità o meno al rimborso recita: "Subordinatamente agli articoli 93e 94, gli enti soddisfano sempre i seguenti requisiti in materia di fondi propri: a) un coefficiente di capitale primario di classe 1 del 4,5 %; b) un coefficiente di capitale di classe 1 del 6 %; c) un coefficiente di capitale totale dell'8 %."

<sup>49</sup> La valutazione del coefficiente di CET1 del 4,5% come statuito dall'art. 92 CRR e segnalato all'Autorità di vigilanza competente, secondo le modalità dell'art. 99 CRR, è a cadenza annuale per i fondi propri mentre, come successivamente modificato, è a cadenza trimestrale per le informazioni finanziarie sia per i soggetti significativi che non (facenti parte o meno di un gruppo) artt. 4 ss. del Regolamento (UE) della Banca Centrale Europea del 17 marzo 2015 n. 534. Le date d'invio sono così ripartite:

- a) per le segnalazioni trimestrali: 31 marzo, 30 giugno, 30 settembre e 31 dicembre;
- b) per le segnalazioni semestrali: 30 giugno e 31 dicembre;
- c) per le segnalazioni annuali: 31 dicembre.

Le informazioni facenti riferimento a un determinato periodo sono segnalate cumulativamente dal primo giorno dell'anno civile alla data di riferimento.

verità non avviene. Il D.L. pur trattando e non disapplicando nel T.U.B., le norme del codice civile configura una sovrapposizione difficile da risolvere.

Autorevole dottrina<sup>50</sup> ha definito le norme riferite alle banche popolari e presenti nello statuto di tre tipologie: a) norme che trovano la propria ragion d'essere nello scopo mutualistico; b) norme che rintracciano la propria matrice nel perseguimento dello scopo di lucro; c) norme che trovano la propria esistenza nella sana e prudente gestione e possono o essere funzionali ad entrambi gli scopi perseguibili dai soci o possono anche porre dei limiti ai medesimi interessi. Detto questo sicuramente per preservare la sana e prudente gestione dell'ente creditizio si può ammettere la deroga al divieto ex co.1 art. 2532 c.c. che non ammette recesso di tipo parziale, ottemperando inoltre alle norme comunitarie sopra richiamate. Le clausole statutarie che negano definitivamente non solo il lato patrimoniale del recesso ma lo eradicano totalmente, devono ritenersi nulle, come richiamato dall'ultimo comma dell'art. 2437c.c.,<sup>51</sup> di contro il principio di sana e prudente gestione potrà operare permettendo nuove e ulteriori clausole statutarie o convenzionali atte a rendere più gravoso l'esercizio del diritto. La questione sulla legittimità della norma in esame si complica avendo a mente la riflessione di altra autorevole dottrina<sup>52</sup>. Essa è contraria alla limitazione imposta dal legislatore che pone una deroga vistosa all'art. 2437 c.c. generando, inoltre, la disapplicazione dell'art. 2437ter c.c.. Quest'ultima disposizione assicura al socio recedente la liquidazione del controvalore delle azioni su parametri certi. Questa nuova disciplina, non limita solo la facoltà di avvalersi del diritto, ma prevede un nuovo procedimento per la liquidazione o il rimborso delle azioni che si articola in due fasi. Vi è in primo luogo il controllo da parte dell'organo amministrativo che, ove conceda il suo assenso, deve sottoporre la delibera di liquidazione all'Autorità indipendente preposta (BCE o ANC), che può definitivamente limitare o escludere il rimborso in tutto o in parte in forza dell'art. 77 CRR. Il recesso sarà sottoposto a un procedimento autorizzatorio, che vedrà dire l'ultima parola non alla banca popolare ma all'Autorità di vigilanza, configurando il diritto al rimborso non più come un diritto soggettivo ma nell'interesse legittimo corrispondente. Le norme così esaminate si complicano ulteriormente se si pensa alle limitazioni derivanti dalle trasformazioni eterogenee: da cooperative a mutualità non prevalente a società per azioni. Si deve tener presente che il D.L. da un lato rispetta i principi imposti dalle norme europee, ma dall'altro il legislatore statale ha disciplinato alcune fattispecie specifiche autonomamente. Tale combinazione, seppur abbia ottenuto l'apprezzamento della BCE, nel parere reso il 25 marzo 2015 ai sensi degli articoli 127 par. 4 e 282 par. 5 del TFUE, nonché della Decisione 98/415/CE, presenta possibili conflitti con le norme costituzionali<sup>53</sup> che con il tempo, in campo bancario, vanno sempre più ad acuirsi. In

<sup>50</sup> R. COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, V, 575 ss.

<sup>51</sup> D. GALLETI, sub art. 2532 c.c., in MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, CEDAM, Padova, 2017.

<sup>52</sup> S. MAZZAMUTO, *La riforma delle banche popolari e l'Europa come pretesto*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, I, 1 ss.

<sup>53</sup> G.B. PORTALE, «Dalla pietra del vituperio al « bail-in », lectio brevis tenuta all'accademia dei Lincei il 15 aprile 2016, ora in *Riv. comm.* 2017, I, 39 ss.

caso di trasformazione a norma dell'art. 31 T.U.B., qualunque sia la banca popolare (sopra o sotto soglia) essa potrà trasformarsi o fondersi con altre banche popolari con quorum costitutivi e deliberativi direttamente espressi dalla legislazione speciale. Si sottolinea che la statuizione di tali quorum in caso di trasformazione siano scarsamente impegnativi da raggiungere. Il socio insomma non solo è limitato nella facoltà di utilizzare il diritto di recesso inteso come strumento per la restituzione del capitale investito ma anche come mezzo di negoziazione endosocietaria e dunque indirettamente di voice<sup>54</sup>. Questa previsione cozza con l'impianto del nostro ordinamento: infatti, in caso di modifiche statutarie di particolare gravità, la disciplina comune ha da sempre riconosciuto la previsione di maggioranze più elevate<sup>55</sup> al diminuire dei presupposti d'invocabilità del recesso<sup>56</sup>. In altri termini, se la legge sociale pone in essere presupposti stringenti per invocare l'exit, questo deve essere controbilanciato da una voce maggiore in assemblea. E' da respingere, quindi, la conclusione a cui è giunto il TAR Lazio. Infine la dottrina<sup>57</sup> ha dimostrato, come la norma incide su tutte le banche popolari, producendo la ricerca di nuovi presupposti a sostegno della mutualità, seppur non prevalente, a base delle restanti banche popolari.

5. *L'attuazione delle riforme in ambito bancario, un potere in deroga a norme di legge e di delegificazione in bianco* – Nelle sentenze qui annotate le corti sono giunte a conclusioni diverse in merito al potere di limitare il recesso in capo alla Banca d'Italia. Come sopra espresso, il D.L. in esame, non solo pone nuovi vincoli al recesso tramite clausole statutarie apposite, come interesse in tutte le sue forme, ma per di più, «è limitato secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. Agli stessi fini, la Banca d'Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi» (co.2ter dell'art. 28 T.U.B.). Il Supremo Consiglio di Giustizia amministrativa ha ravvisato, in tale norma, l'attribuzione alla Banca d'Italia di un potere di delegificazione in bianco, senza puntuale indicazione, da parte del legislatore stesso, delle norme che possono essere derogate. Nel senso opposto si è espresso il TAR Lazio<sup>58</sup> che addiviene a conclusioni che ritengo non condivisibili. Lo stesso giudice dapprima, richiama il

<sup>54</sup> A.FICI, *Autonomia statutaria e recesso del socio nelle società cooperative*, op.cit.

<sup>55</sup> G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale II diritto delle società*, in M. CAMPOBASSO, UTET, Torino, IX, 2015 497-502;

<sup>56</sup> C. SANTAGATA, R. SANTAGATA, *Le fusioni*, in COLOMBO-PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, UTET, Torino, 2004, 465.

<sup>57</sup> F. SALERNO, *La mutualità delle (restanti) banche popolari dopo il D.L. 24 gennaio 2015, n.3*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 2016, VI, 704 ss.

<sup>58</sup> Si veda la sentenza del TAR Lazio al punto 4.2 e seguenti dove: "Parimenti infondata è la questione di legittimità costituzionale adombrata nella seconda censura, per la quale l'art. 1 co. 1 lett. a), che introduce il comma 2-ter nell'art. 28 T.U.B., conterebbe una delega "in bianco" alla Banca d'Italia di adottare norme regolamentari anche in deroga alla legge, senza predeterminazione dei criteri; facoltà di deroga all'ordinario assetto dei poteri legislativo ed esecutivo che l'art. 70 Cost. concede solo al Parlamento, e solo nei confronti del Governo. (Omissis) 4.2.4. – Occorre ricordare nuovamente che limitazione del rimborso di capitale in caso di recesso rappresenta un requisito prudenziale per fronteggiare eventuali perdite dell'azienda di credito, e risponde al principio secondo il quale la stabilità di una banca, in caso di crisi, va preservata innanzitutto attraverso un salvataggio interno, ossia mediante le risorse patrimoniali della banca medesima; e dunque, indirettamente, mediante l'apporto del patrimonio dei soci (c.d principio del bail-in).

principio del bail-in, laddove, in verità, diversamente da quanto affermato, il diritto di recesso è limitato del tutto a seguito di una dichiarazione d'insolvenza o quasi insolvenza dell'ente creditizio ex artt. 32 e 33 della BRRD e la norme limitative sono presenti agli artt. 45,59,60 della stessa direttiva, norme a base del secondo pilastro. Poi, dopo tale disquisizione, sempre lo stesso giudice, richiama a fondamento della motivazione e quindi della legittimità della norma, l'art. 10 del Regolamento Delegato<sup>59</sup>, norma a fondamento del primo pilastro: delle due l'una. Come si è descritto all'interno della premessa, alla luce di quanto esposto tale ricostruzione giuridica non è condivisibile, in quanto il funzionamento del secondo pilastro può essere invocato in casi in cui l'ente creditizio verte in uno stato patologico e ai fini di che trattasi è inconferente. Si deve aggiungere che all'interno delle disposizioni attuative di Banca d'Italia<sup>60</sup> è richiamata come unica fonte promanante un potere di limitazione al rimborso solo l'art. 77 CRR.

Più imperativa sembra da operarsi una valutazione sul potere affidato alla Banca d'Italia con le modalità presenti nel D.L., in tema di poteri normativi delle Authorities. Il supremo consesso della giustizia amministrativa esaminando: *«Il policentrismo normativo che la legislazione italiana è venuta configurando si collega alla sempre più vasta distribuzione delle funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale. Come è stato osservato, il sistema delle fonti sembra negli ultimi anni svilupparsi in processi di produzione complessi, nei quali criterio di gerarchia e criterio di competenza si sostituiscono e sovrappongono ripetutamente. Le Autorità indipendenti costituiscono certamente una tipologia speciale di soggettività pubblica»*<sup>61</sup>. Orbene, dottrina<sup>62</sup> concorda, sul percepire il conferimento di un potere ai regolamenti delle Authorities, capace di derogare a disposizioni legislative, come nell'assicurare ad esse ambiti di autonomia normativa, ammettendo l'intervento dei regolamenti in materie, anche, già legiferate. L'indipendenza strutturale del soggetto e il potere sopra descritto non sono incompatibili con le norme costituzionali sulle fonti. Le norme derogate sarebbero abrogate non tanto dall'esercizio del potere quanto dal riconoscimento di una sfera di autonomia normativa, che in ambito bancario è limitato nell'alveo delle lettere del co.1 dell'art. 53 T.U.B. Il meccanismo di vigilanza unico e il potere regolamentare così come espresso richiedono ad avviso di chi scrive, una valutazione case by case, a volte si potrà ricomporre la gerarchia delle fonti e la conformità delle disposizioni alla costituzione forse, in altri casi, no.

<sup>59</sup> Regolamento delegato (UE) della Commissione, del 7 gennaio 2014, n. 241 che integra il Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio 575/2013 per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri per gli enti Testo rilevante ai fini del SEE; all'art. 10 richiama gli artt. 29, par.2, lett.b), e 78, par.3, del Regolamento n. 575/2013 e prevede al co. 1: *“Un ente può emettere strumenti di capitale primario di classe 1 con possibilità di rimborso soltanto qualora tale possibilità sia prevista dalla normativa nazionale applicabile.”*

<sup>60</sup> Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 “Disposizioni di vigilanza per le banche” 9° Aggiornamento aprile 2015 in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), 2015, Roma.

<sup>61</sup> Cons. st., 14 febbraio 2005, n.11603. in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it)

<sup>62</sup> G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. Soc.*, 2016, I, 48; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, CEDAM, Padova, 2015 210; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in SCIALOJA BRANCA, *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 2011 593-601; M. FOGLIA, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, *Quad. reg.* 2008 593-599.

6. *Conclusioni* – Le questioni in ordine al recesso del socio s’inseriscono in un più ampio dibattito nel quale si registra la recente tendenza del legislatore societario a convertire un problema di giustizia distributiva, legato alla tutela prevista per la «pars» del socio in quanto partecipe ad un bene comune sociale, in un problema di giustizia commutativa cioè in un indennizzo del valore investito.<sup>63</sup> Rimane sicuramente innegabile come il D.L. determini un passaggio storico nella ricerca della gerarchia e composizione dei rapporti tra norme. Si avverte come in alcuni casi, la sana e prudente gestione più che essere una finalità, ex art.5 T.U.B., appare un mezzo tramite il quale raggiungere la stabilità complessiva del sistema. Questo fa il paio con il controllo effettuato dalle Autorità che, tramite la nuova regolazione, incide in modo rilevante sulla corporate governance (CRDIV). Questa possibilità di esercitare una supervisione penetrante potrebbe debordare nel merito delle scelte imprenditoriali<sup>64</sup>. Infine si vuole porre l’accento sulla scelta del titolo. Esso non è stato costruito in modo casuale; mentre il nostro ordinamento sperimenta, tramite le banche popolari, la ricerca di una nuova composizione delle norme, nel solco tracciato dalla Costituzione, a livello europeo sono iniziate le prime consultazioni volte alla revisione del cd. “pacchetto bancario”<sup>65</sup> tramite un regolamento e due direttive (CRR2, CRDV, BRRD2), al fine di raggiungere nell’Unione europea un approccio normativo condivisibile che risulti più incentrato sul principio di proporzionalità, con norme comuni ma di peso diverso a seconda dell’operatore vigilato. La strada per arrivare a un perfetto equilibrio è lunga ma raggiungibile.

Avv. Francesco Magri

<sup>63</sup> Trib. Milano, 22 dicembre 2014, in Banca borsa e tit. di cred., 2016, I 92 ss. (nota di SPOLIDORO);

<sup>64</sup> P. Marchetti, *Il crescente ruolo delle autorità di controllo nella disciplina nelle società quotate*, in Riv. Soc., 2016, I, 38-39.

<sup>65</sup> A. ENRIA, «Il pacchetto bancario» CRD5/CRR2/BRRD2, Senato della Repubblica, Commissione Finanze e Tesoro, Roma, 5 luglio 2017, in [www.eba.europa.eu](http://www.eba.europa.eu).