

CAPITOLO I

LE BANCHE POPOLARI NEL DIRITTO POSITIVO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. I tratti qualificanti la fattispecie di banca popolare
- 3. La riforma delle banche popolari. Un profilo giuridico - 4. Lo stato dell'arte
della riforma nelle attuali vicende giudiziarie - 5. Considerazioni finali

1. *Premessa*

Il fenomeno del credito cooperativo costituisce una parte essenziale del mercato del credito italiano. La presenza di un numero estremamente elevato di realtà bancarie legate al territorio e alla persona dei loro clienti, infatti, è un tratto peculiare del sistema socioeconomico italiano, al punto che si ha testimonianza di enti creditizi costituiti in forma cooperativa già al tempo dell'Unità d'Italia.

Il credito popolare, introdotto in Italia dalle intuizioni di Luzzatti, ha conosciuto una fase di grande sviluppo dalla seconda metà del diciannovesimo secolo, quando i distretti industriali italiani necessitavano di capitali e il Paese doveva dotarsi di un settore primario e secondario in grado di competere nel mercato internazionale¹.

Ad oggi, dopo oltre un secolo e mezzo, le banche popolari continuano a occupare la scena del mercato del credito italiano, certamente in misura minore rispetto al passato, ma pur sempre con una tenacia che ne esalta il ruolo storicamente rivestito.

Nondimeno, la cooperazione bancaria sorregge i sistemi bancari di numerosi altri Paesi dell'Eurozona e del mondo, ivi essendo riconosciuta e apprezzata quale importante canale di finanziamento della piccola e media impresa.

¹ Quale storico manifesto delle banche popolari, LUZZATTI, *Diffusione del credito e banche popolari*, 1863.

Guardando all'Italia di oggi, basti considerare che al 31 dicembre 2018 le banche popolari erano 22 e detenevano il controllo del 6% degli sportelli sul territorio italiano, ben 1.559; le banche di credito cooperativo (d'ora in avanti, BCC), l'altra forma di cooperazione bancaria, si contavano in 268 e arrivavano a controllare il 15% degli sportelli, per un totale di 4.235 filiali². L'impresa cooperativa bancaria, dunque, ha rivestito e continua a rivestire il ruolo di primario protagonista nel sistema bancario italiano, posizionata com'è a mezzo tra il territorio, la politica e la finanza del Paese.

L'art. 28 TUB stabilisce che l'esercizio dell'attività bancaria da parte di società cooperative è riservato alle banche popolari e alle BCC. Si tratta di società cooperative per azioni³ alle quali non si applicano i controlli governativi previsti dal c.c., bensì quelli operati dal Ministero dell'Economia e da Banca d'Italia; e ciò in ragione della potenziale sistemicità degli effetti negativi causati dalla cattiva gestione di una banca.

La differenza fra banche popolari e BCC è data per implicita nella trattazione ventura, per consentire una migliore speditezza dell'esposizione. Pure, la missione del presente lavoro richiederà un esplicito confronto tra il modello aperto di banca popolare e le altre realtà minori di cooperazione bancaria; il richiamo alle BCC, allora, non può essere *in nuce* escluso né reso marginale dalla distanza tipologica di tali banche rispetto a quelle popolari.

Ancora, si deve tenere a mente che la materia risente del complesso intreccio di normative operanti su più livelli: la prima, basilare, contenuta nelle disposizioni del c.c. in tema di società per azioni e cooperative (specialmente con riguardo alla mutualità: v. art. 2514 c.c.); la seconda, affidata al TUB (per le banche popolari: artt. 29-32 TUB; per le BCC: artt.

² BANCA D'ITALIA, *Statistiche – Banche e istituzioni finanziarie: articolazione territoriale*, 29 marzo 2019, reperibile all'indirizzo Internet <https://www.bancaditalia.it>.

³ Naturalmente, si tratta a tutti gli effetti di società di capitali i cui soci beneficiano della limitazione di responsabilità, estesa – dopo la riforma del 2003 – anche a tutte le società cooperative, come testimonia il nuovo art. 2518 c.c. («*Nelle società cooperative per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio*»).

33-37-ter TUB); e la terza, costituita da leggi speciali del credito cooperativo e dalle disposizioni regolamentari della Vigilanza.

Come meglio si dirà in seguito (*infra*, cap. I, nn. 3 e 4), l'intera materia del credito popolare è stata sottoposta all'intervento riformatore del legislatore del 2015, il quale ha reputato di eliminare dal mercato le banche popolari sovra-dimensionate, per favorirne la trasformazione in società per azioni e consentire loro di abbracciare definitivamente il canone della lucratività. Le ragioni di questa riforma sono state ventilate – più o meno chiaramente – in diverse sedi istituzionali e si fondano tutte sugli svantaggi che l'adozione (o, più propriamente, il mantenimento) della forma cooperativa-popolare comporta per un ente creditizio.

L'obiettivo del presente lavoro è, in primo luogo, quello di operare una valutazione sulla qualità della riforma del 2015, anche alla luce delle successive vicende che, sul piano normativo e giudiziario, sono intercorse dalla approvazione del decreto-legge di riforma ad oggi. In secondo luogo, si ricercheranno, alla luce di un bilanciamento tra pregi e difetti del modello di banca popolare rispetto a quello di banca costituita in forma di s.p.a., i punti di forza che il credito popolare ha da offrire al sistema bancario del Paese; ciò si compirà sotto almeno due versanti di riflessione: il primo, legato alla dimensione economica del fenomeno; il secondo, fondato sulla «biodiversità» dell'impresa bancaria e sulla sostenibilità del *business*. Le riflessioni finali saranno inclini a concedere più di un'ultima *chance* al credito popolare italiano; anche considerando che dette considerazioni investono due banche – Banca Popolare di Sondrio e Banca Popolare di Bari – aperte sì, ma anche proiettate nel livello più alto e competitivo del sistema bancario, quello degli enti creditizi *significant*.

2. *I tratti qualificanti la fattispecie di banca popolare*

L'art. 29 TUB detta le norme generali in tema di banche popolari, delineando – assieme alle disposizioni immediatamente successive – i tratti distintivi del modello di banca in esame⁴.

Anzitutto, è stabilito che le banche popolari non possono che essere società cooperative per azioni, il valore della cui singola azione non può essere inferiore a €2. Restando sul piano della composizione del capitale, è poi stabilito che il numero dei soci non può essere inferiore a duecento; nel caso in cui tale numero diminuisca, la compagine sociale deve essere reintegrata entro un anno, a pena della messa in liquidazione della banca. Ancora, nessun socio può detenere azioni in misura eccedente l'1% del capitale sociale, fatta salva la facoltà di prevedere nello statuto un limite più basso (comunque, non inferiore allo 0,5% del capitale sociale)⁵. La banca, quando rileva il superamento di tale divieto, procede alla contestazione al detentore della violazione di suddetto divieto; se il detentore non aliena le azioni eccedenti entro un anno dalla contestazione, la banca acquista i diritti patrimoniali maturati sulle azioni eccedenti, fino al momento della loro alienazione. Non sussiste, invece, alcun limite di partecipazione nel capitale sociale della banca da parte degli OICVM; ed è tratto, questo, che conviene tenere a mente, poiché costituirà il presupposto per le riflessioni che seguiranno in ordine alla partecipazione dei fondi comuni di investimento nel capitale azionario di alcune banche popolari.

Stando a quanto sancito dall'art. 30 TUB, ogni socio ha un solo voto, indipendentemente dal numero di azioni possedute: è il c.d. principio del voto capitario, distintivo delle società cooperative. Dell'opportunità della

⁴ Il tema è trattato con dovizia di particolari anche in PRESTI, *Il governo delle banche popolari e di credito cooperativo*, in *Banca impresa società*, 1998, I, 147-181; SANTONI, *La governance delle banche popolari*, in *Banca Borsa*, 2013, fasc. 5, I, 505-516; COSTI - VELLA, *Commentario breve al testo unico bancario*, 2019, 143-156; MIRONE, *Statuto delle banche popolari e riforma del credito cooperativo*, in *Giur. Comm.*, 2019, II, 211-244.

⁵ Il suddetto limite può essere innalzato dallo statuto fino al 3%, relativamente alle partecipazioni azionarie detenute da fondazioni bancarie.

sopravvivenza di tale principio all'interno delle realtà cooperative medio-grandi, specialmente quotate, si è discusso a lungo; anche in questa sede si tiene conto dei limiti che il voto capitaro ha rispetto al grado di appetibilità dell'investimento, per chi intenda partecipare in misura effettiva all'attività della società azionaria in cui investe. Senza togliere terreno alla trattazione ventura (v. *infra*, cap. II, n. 1), qui basti ricordare che la discussione in ordine alla compatibilità del principio del voto capitaro con lo *status* di società cooperativa quotata (e, più in generale, con il principio della libera circolazione dei capitali), di cui si discorse nel dicembre 2003 in seno alla Commissione Europea, è stata definitivamente sopita dall'esperienza storica delle stesse banche popolari quotate, posto che queste ultime sono rimaste immutate e il voto capitaro ha continuato a rappresentare uno dei punti qualificanti tale fattispecie. Al di là della promozione che la storia ha concesso alle popolari, la pretesa assimilazione del voto per teste a una *golden share*, ventilata da più parti al momento della polemica, è comunque seccamente da smentire: la *golden share* è un potere speciale, di natura giuspubblicistica, che effettivamente può generare squilibri e diseguaglianze, peraltro proprio nel contesto delle società azionarie lucrative; il voto capitaro è espressione di un codice organizzativo di natura privata – in modo più o meno condivisibile – improntato al principio di partecipazione democratica del socio alla vita della banca⁶.

Chiunque sia interessato a divenire socio di una banca popolare deve presentare un'apposita domanda di ammissione al consiglio di amministrazione, deputato a deliberare in ordine al gradimento del titolare delle azioni e al suo ingresso nella compagine sociale⁷. Non a caso, nelle banche popolari – ma vale lo stesso per le BCC – si suole tenere distinta la

⁶ Il tema è approfondito in SALAMONE, *Le banche popolari, ovvero: «la mutualità che visse due volte»*, in *Banca borsa*, 2004, fasc. 5, I, 618-619.

⁷ MANENTI, *La clausola di gradimento nello statuto delle banche popolari*, in *Giur. comm.*, IV, 592-597.

figura dell'azionista da quella del socio; distinzione che, invece, avrebbe poco senso in qualsiasi altra realtà azionaria lucrativa, salvi forse i casi di società azionarie blindate da clausole statutarie di gradimento analoghe a quelle imposte dalla legge alle cooperative bancarie. Il consiglio di amministrazione, quindi, si pronuncia con delibera; il rigetto della domanda di ammissione a socio deve essere motivato, tenuto conto dell'interesse sociale, delle prescrizioni statutarie e dello spirito della forma cooperativa. Ogni aspirante socio che ha visto rigettata la propria domanda di ammissione può presentare – entro trenta giorni dalla delibera di rigetto – un'istanza di riesame della medesima al c.d. collegio dei probiviri, costituito ai sensi dello statuto e integrato da un rappresentante dell'aspirante socio, che si pronuncia entro trenta giorni: si tratta, pertanto, di un organo dalla presenza necessaria in tutte le banche popolari. L'acquisto della qualità di socio può essere anche subordinato – oltre che a requisiti soggettivi – anche al possesso di un determinato quantitativo minimo di azioni. Tutti gli azionisti non ammessi a divenire soci possono esercitare soltanto i diritti patrimoniali sui titoli azionari che sono nella loro titolarità.

Le banche popolari – per quanto, *in primis*, società cooperative – sono sottratte dall'art. 150-*bis* co. 2-*bis* TUF al disposto dell'art. 2539 c.c., in forza del quale la rappresentanza in assemblea è limitata a un massimo di dieci deleghe, potendo il delegato essere soltanto un socio; diversamente, è stabilito che il numero di deleghe conferibili non può essere inferiore a dieci, né superiore a venti. Nelle intenzioni del legislatore, si tratta di una prescrizione finalizzata a incentivare la partecipazione del socio alla vita della società, limitando al massimo il fenomeno dell'incetta di deleghe in assemblea a opera di gruppi di interesse interni all'azionariato; tuttavia, assieme al principio del voto capitaro, la norma costituisce uno dei profili di maggiore criticità del tipo di banca in esame.

Le banche popolari – e questo è uno dei maggiori tratti differenziali rispetto alle BCC – non rientrano nel modello di società cooperative a

mutualità prevalente ex art. 2512 c.c., bensì in quello di cooperative a mutualità non prevalente⁸. A tale ambito la banca popolare è ascritta proprio dall'art. 29 co. 4 TUB, che sottrae tale categoria di enti creditizi all'applicazione della c.d. legge Basevi e alla prescrizione del divieto di distribuzione degli utili; a sostegno della citata disposizione interviene anche l'art. 150-bis TUB, in forza del quale non sono applicabili alle banche popolari gli artt. 2512 e 2513 c.c. (in tema di rilevanza dell'attività svolta con i soci, ai fini della mutualità prevalente) e l'art. 2514 c.c. (in tema di clausole non lucrative).

In tema di utili, è l'art. 32 TUB a governare la materia, nel senso di imporre l'accantonamento a riserva legale di almeno il 10% degli utili netti annuali e la devoluzione del 3% di detti utili ai Fondi mutualistici per la promozione delle cooperative; la norma, dunque, consente la libera distribuzione della restante parte dell'utile netto annuale ai soci, considerandosi facoltativa la devoluzione di ulteriori percentuali ad opere di beneficenza e/o assistenza. Considerato quest'ultimo aspetto, relativamente al profilo (non) mutualistico delle banche popolari, emerge visivamente la presa di distanze di tali enti creditizi rispetto alle consimili cooperative bancarie di dimensioni e operatività minori, nella sostanza più vicine al modello cooperativo puro delle banche popolari, specialmente se di dimensioni rilevanti⁹.

⁸ Per una puntuale disamina sulle sfumature della nozione di mutualità, si rimanda a VELLA - GENCO - MORARA, *Diritto delle società cooperative*, 2018, 32-37.

⁹ Sul punto, da tempo immemore la letteratura condivide l'osservazione che le banche popolari siano «meno cooperative» di ogni altra società (e banca, in specie) cooperativa: fra tutti, FERRI, *Banca popolare*, in *Enc. dir.*, vol. V, 1959, 13; SALAMONE (nt. 6), 605 ss.; MARASÀ, *Voto plurimo, voto maggiorato e cooperative*, in *Banca borsa*, 2016, fasc. 1, I, 10. Più incline a considerare l'avvicinamento delle popolari allo statuto cooperativo è BRESCIA MORRA, *L'attività dell'impresa bancaria*, in *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto* (a cura di Brescia Morra-Morera), in *Trattato Perlingeri*, 2006, 151 ss.

3. *La riforma delle banche popolari. Un profilo giuridico*

L'art. 1 co. 1 lett. b d.l. n. 3/2015 – convertito, con modifiche, dalla L. n. 33/2015 – ha introdotto i co. 2-*bis*-2-*quater* dell'art. 29 TUB, in forza dei quali l'attivo di una banca popolare non può superare €8mld. Detto limite deve misurarsi a livello consolidato, se la banca popolare è a capo di un gruppo bancario.

Qualora sia superata la predetta soglia, l'organo amministrativo convoca l'assemblea perché prenda – entro un anno – le determinazioni del caso, le quali possono essere: la riduzione dell'attivo entro la soglia di €8mld; la trasformazione della banca in s.p.a.; la messa in liquidazione della medesima. Decorso invano il termine annuale assegnato dalla legge alla banca per prendere le determinazioni del caso, Banca d'Italia – tenuto conto delle circostanze e dell'entità del superamento – può: adottare il divieto di intraprendere nuove operazioni; assumere i provvedimenti previsti dal TUB; ovvero ancora proporre alla BCE la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e chiedere al MEF la messa in liquidazione coatta amministrativa della banca.

A completare il quadro normativo risultante dalla riforma legislativa del 2015 stanno due disposizioni: la prima è il novellato art. 31 co. 1 TUB, in forza del quale *«le trasformazioni di banche popolari in società per azioni o le fusioni a cui prendano parte banche popolari e da cui risultino società per azioni, le relative modifiche statutarie nonché le diverse determinazioni di cui all'art. 29 co. 2-ter, sono deliberate [...]»* in prima convocazione con un *quorum* costitutivo del 10% dei soci ed uno deliberativo dei due terzi dei voti espressi e in seconda convocazione con il solo *quorum* deliberativo dei due terzi dei voti espressi; la seconda – attuata da Parte Terza, Capitolo IV, Sezione III, p. 5 della Circolare di Banca d'Italia n. 285/2013 – è l'art. 28 co. 2-*ter* TUB, in forza del quale *«nelle banche popolari e nelle banche di credito cooperativo il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione, morte o esclusione del socio, 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 [...]».

4. *Lo stato dell'arte della riforma nelle attuali vicende giudiziarie*

Da un lato, la riforma delle banche popolari ha portato alla fusione di due importanti realtà bancarie cooperative come Banco Popolare e Banca Popolare di Milano (confluite nella risultante società per azioni Banco BPM); alla trasformazione della Banca Popolare dell'Emilia-Romagna in BPER Banca s.p.a.; a quella di UBI Banca (cooperativa) in s.p.a.; e alla riorganizzazione di Credito Valtellinese, trasformatosi in Creval s.p.a.

Dall'altro, però, tale intervento legislativo ha suscitato le reazioni negative di alcuni soci e delle associazioni di categoria di note banche popolari, *in primis* Banca Popolare di Milano, UBI Banca (cooperativa) e Banca Popolare di Sondrio, la quale peraltro è ad oggi l'unica cooperativa a essere anche un emittente le cui azioni sono negoziate al MTA di Borsa Italiana s.p.a. (indice FTSE Italia *All Share*). In osservanza a quanto stabilito dalla L. n. 33/2015 – di conversione del d.l. 3/2015 – proprio Banca Popolare di Sondrio, accertato il superamento della soglia dell'attivo di €8mld, aveva avviato il processo di trasformazione in s.p.a., approvando nell'ottobre 2015 il piano di massima delle iniziative per la trasformazione, da perfezionarsi entro dicembre 2016. Nel novembre 2015, il consiglio di amministrazione aveva anche approvato le modificazioni statutarie di mero adeguamento alla disciplina vigente e stava per perfezionare il processo di trasformazione in s.p.a.¹⁰

Senonché, una cordata composta da soci di diverse banche popolari non ancora trasformatesi in società per azioni e tre associazioni di categoria

¹⁰ È quanto si apprende dalla Relazione sul governo societario e sugli assetti proprietari *ex* art. 123-*bis* TUF di Banca Popolare di Sondrio, della quale può prendersi visione alla sezione "Informativa societaria" dell'indirizzo Internet <https://www.popso.it>.

(ADUSBEF, Federconsumatori e CODACONS) hanno presentato ricorso al TAR Lazio per l'impugnazione dell'atto di Banca d'Italia di aggiornamento della Circolare n. 285/2013. I ricorrenti si dolevano dell'illegittimità del provvedimento della Vigilanza in parola sia per vizi propri sia in quanto derivata dall'illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che ne costituiscono la base normativa.

Il giudice amministrativo del Lazio ha rigettato nel merito il ricorso e ha dichiarato manifestamente infondate le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate nel giudizio (TAR Lazio, 7 giugno 2016, nn. 6544 e 6548).

Adito per la riforma della sentenza, il Consiglio di Stato ha sospeso interinalmente l'efficacia (di alcune parti) del provvedimento di Banca d'Italia impugnato in primo grado e – constatato il carattere pregiudiziale delle eccezioni di costituzionalità e il *periculum in mora* in cui versavano i soci appellanti – ha sollevato, con successiva ordinanza, le questioni oggetto del successivo giudizio costituzionale¹¹.

Secondo il giudice *a quo*, l'art. 1 d.l. n. 3/2015 avrebbe violato *in primis* l'art. 77 Cost., in quanto adottato pur giusta l'evidente carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza legittimanti il ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza. Anche la relazione illustrativa non sarebbe valsa a fugare i dubbi in ordine alla mancanza dei presupposti *ex art.* 77 Cost., poiché le ragioni della riforma delle banche popolari non presenterebbero *ex se* il carattere dell'urgenza: lo testimonierebbe, d'altronde, il carattere ampiamente organico della riforma e i tempi molto larghi accordati alle banche interessate ai fini dell'adeguamento¹². Inoltre, per quanto la Corte Costituzionale sia storicamente di diverso avviso, il Consiglio

¹¹ SALERNO, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 106-127

¹² Un'autorevole dottrina ha parlato di una riforma «a due velocità»: SANTORO - ROMANO, *L'ultimo atto di riforma delle banche popolari*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, I, 213 ss.

di Stato ha intravisto nella legge di conversione uno strumento sanante detto profilo di incostituzionalità, il che ha costituito ulteriore motivo a sostegno della prima doglianza.

In secondo luogo, il rimettente dubitava della legittimità costituzionale della norma di cui al d.l. 3/2015, poi confluita nell'art. 28 co. 2-ter TUB, in forza del quale il diritto al rimborso delle azioni al socio recedente a fronte della trasformazione può essere limitato o finanche escluso, e non invece soltanto differito entro limiti temporali di legge e con la previsione di un interesse corrispettivo per il ritardo nel rimborso. Il giudice *a quo* ha ritenuto che una siffatta norma violasse gli artt. 41, 42 e 117 co. 1 Cost., quest'ultimo in relazione alla nozione di beni (comprendente le partecipazioni societarie e i crediti, come quello al rimborso delle azioni oggetto di recesso) *ex art. 1* Protocollo Addizionale CEDU¹³. Il Consiglio di Stato ha osservato che il risultato finale della previsione normativa dell'obbligo di trasformazione delle banche popolari in s.p.a. nel caso di superamento della soglia di €8mld dell'attivo, unitamente alla possibilità di escludere in tutto o in parte il diritto del socio recedente al rimborso delle proprie azioni, sarebbero finiti per tradursi in una sorta di esproprio senza indennizzo (o con indennizzo ingiustificatamente ridotto) del valore della quota societaria. Il legislatore nazionale, dunque, non avrebbe compiuto un corretto bilanciamento – ispirato al principio del minimo mezzo – fra l'interesse (privato e particolare) al diritto al rispetto della nozione di beni contenuta nella CEDU e l'interesse (pubblico e generale) alla sana e prudente gestione delle banche.

In terzo luogo e sulla scia del secondo rilievo, il Consiglio di Stato ha chiesto l'intervento della Corte Costituzionale con riferimento alla scelta

¹³ Riflessioni in tal senso sono spese in MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in *Riv. soc.*, 2016, fasc. 6, 991 ss.; 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 Rispoli Farina-Sciarrone Alibrandi-Tonelli, *Regole e mercato*, tomo II, 2017, 280-396.

principale operata dalla riforma del 2015: la trasformazione delle banche popolari il cui attivo ecceda €8mld in società per azioni. Il giudice *a quo* – si legge nell’ordinanza di rimessione – riteneva che la norma censurata consentisse di privare il socio di una banca popolare di talune prerogative – specialmente dei diritti amministrativi, come il voto capitaro – che, in questo tipo di realtà corporative, costituirebbero proprio la ragion d’essere dello *status* di socio, comportando così una modifica peggiorativa della sua condizione. Questa circostanza, unitamente alla possibilità di escludere *in toto* il rimborso delle azioni, porrebbe il socio di una banca popolare in una posizione troppo deteriore rispetto a quella – pur di sacrificio – in cui lo si dovrebbe porre, in nome dell’interesse pubblico di assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. D’altronde, il profilo di irragionevolezza sembrerebbe confermato anche dalla circostanza che il rimborso può essere non soltanto differito nel tempo, bensì anche escluso, e ciò anche quando la banca non riesca a ripristinare il patrimonio di qualità primaria senza ricorrere alle quote non rimborsate ai precedenti.

Infine, sempre con riferimento alla limitazione o esclusione del diritto di rimborso, ma più segnatamente nella prospettiva dell’intervento della Vigilanza, nell’ordinanza di rimessione si è rilevato che l’attribuzione di siffatto potere a Banca d’Italia fosse di per sé incostituzionale, essendo che un’autorità politicamente irresponsabile non può essere investita di questioni che non siano tecniche, all’interno di materie settoriali. Peraltro, la delega a Banca d’Italia sarebbe stata conferita in bianco, cioè senza alcuna fissazione da parte del legislatore di una norma generale della materia. Non da ultimo, detta delega sarebbe stata conferita in materie – come quelle indicate dall’art. 23 Cost. – coperte da riserva di legge.

Banca d’Italia, costituitasi nel giudizio di costituzionalità, ha richiesto la pronuncia di manifesta inammissibilità e infondatezza di ognuna delle questioni sollevate dal giudice *a quo*. In primo luogo, la Vigilanza ha asserito

che la circostanza che possa essere stabilita una limitazione o l'esclusione del diritto al rimborso ai soci delle azioni oggetto di recesso altro non è che la puntuale attuazione dell'art. 29 Regolamento UE n. 575/2013 (d'ora in avanti, CRR); il legislatore, dunque, non sarebbe stato libero di scegliere se attuare o meno la disposizione di limitazione o esclusione del rimborso, poiché l'inclusione delle azioni controverse nel computo degli strumenti del CET1 non sarebbe materia rimessa alla sua discrezionalità.

In secondo luogo, secondo la Vigilanza, il sacrificio patito dagli azionisti recedenti non andrebbe enfatizzato: infatti, la maggior parte delle banche popolari soggette a trasformazione in s.p.a. è quotata in mercati regolamentati, nei quali gli azionisti potrebbero agevolmente liquidare il proprio investimento.

Infine, Banca d'Italia ha contestato la tesi del giudice *a quo* in ordine alla presunta delega in bianco che il legislatore le avrebbe conferito; la replica della Vigilanza sarebbe che non si è proprio in presenza di una delegificazione: e ciò perché non si assisterebbe all'abrogazione di una previgente disposizione legislativa, bensì ad una semplice deroga alla disciplina del recesso del socio *ex artt.* 2437 ss. c.c.

La Corte Costituzionale ha concluso per il rigetto integrale del ricorso, ritenendo infondate tutte le eccezioni avanzate dal giudice *a quo* (Corte cost., 15 maggio 2018, n. 99).

In primo luogo, il Giudice delle leggi ha ritenuto che: (1) poiché la normativa europea pone al centro del sistema di disciplina prudenziale i fondi propri, quali strumento di assorbimento delle perdite potenziali; (2) poiché i requisiti patrimoniali minimi di ciascuna banca sono fissati da coefficienti che esprimono il rapporto percentuale tra i fondi propri delle banche e l'ammontare complessivo dell'esposizione al rischio (c.d. CET); (3) poiché, giusta l'insufficienza di detti fondi propri, la banca è obbligata ad operare in tempi brevi interventi di ricapitalizzazione; (4) poiché il capitale sociale è un elemento dei fondi propri, che tutti gli enti creditizi devono possedere ai fini

della disciplina prudenziale, diviso in capitale di classe 1 e capitale di classe 2, e la classe 1 è ulteriormente suddivisa in capitale primario di classe 1 (c.d. *Common Equity Tier 1*, o CET1) e capitale aggiuntivo di classe 1 (c.d. *Additional Tier 1*, o AT1); (5) e poiché nel capitale primario di classe 1 rientrano gli strumenti di capitale (art. 26 CRR), i quali, se emessi da banche cooperative, possono anche non essere rimborsati, qualora la normativa nazionale ne vieti, limiti o posponga anche indefinitamente il rimborso (artt. 29 CRR); (6) allora le summenzionate regole prudenziali non lasciano al legislatore nazionale alcuna facoltà di scelta tra le due presunte opzioni della limitazione quantitativa del rimborso e del suo rinvio, piuttosto imponendogli di attribuire alla banca la capacità di adottare sia l'una sia l'altra opzione, a patto che ciò serva affinché le azioni possano essere poi considerate strumenti del capitale primario di classe 1.

Dunque, o il legislatore nazionale avrebbe dovuto scegliere – come ha fatto – il binomio limitazione (anche totale) e rinvio (anche indefinito) del rimborso, e le banche avrebbero fatto il resto; o avrebbe dovuto optare per la radicale esclusione del rimborso. Si è scelto di percorrere la prima via, e nel farlo si è consentito alle banche anche di operare un rinvio a tempo indeterminato, giacché un rinvio a un termine determinato avrebbe assegnato alle azioni di quelle banche un contenuto difforme rispetto al requisito minimo che siffatti strumenti di capitale devono presentare, spostando in avanti nel tempo la risoluzione di un problema che la disciplina prudenziale esige che le banche popolari risolvano immediatamente. Non solo: la previsione di un limite al rimborso costituisce un valido deterrente ad un'estesa ondata di recessi conseguente alla trasformazione, cui la banca difficilmente potrebbe far fronte, stante l'eccezionale consistenza di detti rimborsi.

La conclusione della Corte Costituzionale, allora, è stata che l'attuazione delle regole europee nell'ordinamento interno sia avvenuta in

piena conformità ad esse, senza violazione alcuna delle norme di diritto costituzionale ed europeo.

Sulla scia di queste considerazioni, la Corte Costituzionale ha poi evidenziato che, nelle determinazioni di Banca d'Italia, l'organo con funzione di supervisione strategica di ciascuna banca interessata assume le proprie determinazioni sull'estensione del rinvio e sulla misura della limitazione del rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale tenendo conto della situazione prudenziale della banca (in particolare, dell'importo del capitale primario di classe 1). Dunque, la disposizione della Vigilanza è chiara nel precisare che sì il rimborso può essere limitato dalla banca, ma se e solo se, nella misura e nei tempi in cui ciò sia necessario per soddisfare le esigenze prudenziali. Una volta cessate tale esigenze, il recedente vedrebbe riespandersi il suo diritto al rimborso; anche se la banca opererà per la limitazione quantitativa, il recedente verrà – a suo tempo – reintegrato nel suo *status* e il suo credito diventerà nuovamente esigibile. Nessun effetto espropriativo, dunque, né tantomeno alcuna violazione dell'art. 1 Protocollo CEDU.

La Corte Costituzionale, infine, ha preso posizione sulla presunta attribuzione alla Vigilanza di un potere regolamentare atipico con effetto delegificante, nella fattispecie contrario a Costituzione. Accogliendo la tesi espressa da Banca d'Italia in sede del suo intervento, il Giudice delle leggi ha escluso che l'attuazione – sul piano secondario – della legge di riforma, operata da Banca d'Italia, integri un processo di delegificazione, non sussistendo alcun trasferimento della funzione normativa dalla sede legislativa a quella regolamentare. La legge di riforma delle banche popolari, infatti, non attribuisce alla Vigilanza il potere di adottare una disciplina sostitutiva di quella legale, bensì soltanto derogatoria. In tal senso, è la legge stessa – si legge nella sentenza – che comporta l'introduzione di previsioni statutarie derogatorie del c.c., che attribuiscono all'organo amministrativo la facoltà di limitare o rinviare il rimborso; a Banca d'Italia è affidato soltanto

il compito di definire le condizioni tecniche che consentono alla banca di rispettare i coefficienti patrimoniali minimi richiesti dalla disciplina prudenziale europea.

Ad oggi, il processo non ha ancora trovato conclusione. Il Consiglio di Stato, infatti, su iniziativa delle parti in causa ha trasmesso gli atti alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE (Cons. Stato, 26 ottobre 2018, ord. n. 6129). Le questioni sollevate dal massimo grado della giurisdizione amministrativa – peraltro, tacciate da Banca d'Italia e MEF di avere tratti tipicamente pretestuosi e dilatori – possono compendiarsi, in primo luogo, nell'incongruità e nell'assenza di una base giuridica – specie sovranazionale – per la fissazione della soglia di €8mld dell'attivo, superata la quale si determina l'insorgenza a carico della banca popolare interessata dell'obbligo di assumere le determinazioni del caso¹⁴. Lo stesso rimettente si professa scettico in ordine alla fondatezza tale quesito, posto che la Corte Costituzionale ha fermamente statuito che si tratta di materia rimessa alla potestà legislativa dello Stato, unico affidatario di questo genere di valutazioni; tanto più che la fissazione di una soglia in termini quantitativi è apparsa al legislatore come l'unico strumento per sussumere, entro una sola categoria, tutte le banche popolari di una qualche consistenza, onde favorirne la conversione in un tipo societario che ne migliorasse la contendibilità e la trasparenza.

In secondo luogo – e in stretta connessione con il primo quesito – le parti istanti chiedono l'intervento della Corte di Giustizia UE affinché valuti la compatibilità del *core* della riforma con le norme europee in tema di mercato interno e libera circolazione dei capitali, relativamente all'opportunità – per ragioni di tutela della sana e prudente gestione – della conversione in s.p.a. di realtà bancarie cooperative, quali le banche popolari,

¹⁴ Condividono l'imposizione del criterio discrezionale dimensionale IRRERA - POLLASTRO, *La riforma annunciata delle banche popolari*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, XX, 13; *contra*, FIENGO, *Il riassetto della disciplina delle banche popolari*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 244.

per un valore-soglia (€8mld, appunto) ritenuto eccessivamente basso. L'argomentazione, quindi, sarebbe nel senso di asserire che altre realtà cooperative europee beneficiano ancora dei loro assetti di *governance* e delle loro tradizionali prerogative, mentre in Italia un considerevole gruppo di banche – nemmeno troppo grandi, stando alla teoria degli istanti – sarebbe costretto alla trasformazione; e ciò a detrimento di ogni altra banca popolare sotto-soglia, la quale sarebbe inevitabilmente inibita al raggiungimento della soglia di attivo, onde scongiurare la propria trasformazione in s.p.a. Per la verità, anche in relazione a questo quesito il giudice *a quo* prende le distanze: infatti, secondo il Consiglio di Stato sarebbe stato più costruttivo che le parti interessate avessero addotto motivazioni ed evidenze scientifiche (l'ordinanza parla proprio di «una più tangibile dimostrazione») a sostegno della loro tesi, cioè che l'assetto organizzativo-funzionale di una banca popolare non più di modeste dimensioni non risulti nocivo – sotto alcun profilo – ai fini di un soddisfacente rispetto delle regole prudenziali di settore.

In terzo luogo, si sostiene che la disciplina speciale del rimborso delle azioni oggetto di recesso possa collidere con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato. Tuttavia, il Consiglio di Stato si dissocia anche da quest'ulteriore quesito, posto che il rimborso del socio recedente avverrebbe con risorse di quest'ultimo, come tali private, rese coattivamente disponibili per la banca popolare: anche solo questa osservazione potrebbe essere bastevole a dichiarare infondato il quesito in esame.

In ultima istanza, si chiede alla Corte di Giustizia UE di fornire un giudizio circa la compatibilità della normativa secondaria dettata da Banca d'Italia con le pertinenti fonti sovranazionali, posto che – si contesta alla Vigilanza – nella Circolare n. 285/2013 viene impiegato, con riferimento sia alla limitazione sia al rinvio, il sintagma «in tutto o in parte e senza limiti di tempo», mentre nel testo dell'art. 10 Regolamento delegato UE n. 241/2014 (attuativo della CRR) l'assenza di limitazione temporale non è prevista (anche) per il rinvio, ma (soltanto) per la limitazione. La Vigilanza, dunque,

avrebbe oltrepassato il perimetro d'azione conferitole dalla fonte sovranazionale. Infine – quasi in via alternativa all'ultimo quesito – si chiede alla Corte di Giustizia UE, qualora essa non ravvisi il predetto sconfinamento, di pronunciare una declaratoria di illegittimità già della fonte sovranazionale stessa, per la nota motivazione – in ogni sede riproposta – del sostanziale esproprio senza equo indennizzo.

5. *Considerazioni finali*

Al momento della stesura del presente lavoro, nulla sembra essere cambiato – in punto di diritto positivo – dall'entrata in vigore del decreto-legge di riforma del 2015. Senz'altro la maggior parte delle banche popolari ha intrapreso e completato la propria trasformazione in s.p.a., sospinta da esigenze piuttosto marcate di *compliance* e di governo del rischio. Invece, resistono ancora Banca Popolare di Sondrio e Banca Popolare di Bari; quest'ultima, per la verità, non ancora a lungo e probabilmente non oltre i tempi di redazione di questo elaborato, considerata la situazione di grave dissesto che – allo stato attuale, cronicizzatosi e acuitosi – sicuramente costringerà la banca a operare la trasformazione in s.p.a.

Inoltre, si segnala per completezza che anche i tempi per la cogenza della trasformazione in s.p.a. sono stati dilatati, con l'introduzione di una proroga nel c.d. decreto crescita del 2019, la quale sposta il termine ultimo per il completamento della trasformazione delle banche popolari in s.p.a. al 31 dicembre 2020, dal precedente 31 dicembre 2019. Di fatto, un'ultima possibilità concessa a Banca Popolare di Sondrio, in attesa della risoluzione della controversia dinanzi alla Corte di Giustizia UE.

Sembra possibile spendere alcune riflessioni conclusive della esposizione dei profili tecnico-giuridici della riforma. Lo stato di perdurante incertezza giuridica e i suoi effetti sicuramente non positivi sul sistema bancario, entrambi causati dalla tecnica infelice adottata dal riformatore – e dal prorogatore, si potrebbe dire – consentono al giurista di adottare un

atteggiamento scettico rispetto al valore complessivo di questa stagione di riforma del settore bancario. Al di là della condivisibilità delle ragioni e dei dubbi avanzati in sede giudiziaria dagli esponenti più affezionati del credito popolare, si vuole sottolineare che una *chance* di sopravvivenza, subordinata al miglioramento della *governance*, del credito popolare è stata vistosamente negata a banche popolari di rilevanza strategica per il Paese. E ciò sia perché una riforma a lungo rinviata negli ultimi decenni è stata portata nella legislazione con lo strumento normativo meno indicato allo scopo – il decreto-legge, con il quale ogni possibilità di discussione assembleare è *de iure* e *de facto* preclusa, anche in sede di conversione; sia perché si è reputato adeguato reagire agli scandali finanziari dell'epoca invocando tratte ragioni di efficienza economica e operando una netta cesura con la tradizione del sistema bancario italiano, piuttosto che preservando la tradizionale ripartizione soggettiva e innovando solo i tratti di *governance* più significativi del tipo di banche in esame.

Come si è accennato in apertura (*supra*, cap. I, n. 1), in questa sede si proverà a dimostrare che le banche popolari, in controtendenza rispetto agli altri enti creditizi e contrariamente a quanto asserito dalle voci a sostegno della riforma, possono – in linea di principio e con le dovute cautele – rappresentare ancora un valore aggiunto per il sistema bancario italiano.