

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

Estratto dal n. 5/2018

Corte costituzionale e rimborso
dei soci recedenti delle banche
popolari: determinante regola-
toria europea ed interrogativi
irrisolti

Sandro Amorosino

Direzione scientifica:

Filippo Sartori, Stefano Ambrosini, Sandro Amorosino, Filippo Annunziata, Sido Bonfatti, Francesco Capriglione, Alfonso Castiello d'Antonio, Paoloefisio Corrias, Fulvio Cortese, Matteo De Poli, Raffaele Di Raimo, Aldo Angelo Dolmetta, Alberto Gallarati, Gian Luca Greco, Ugo Patroni Griffi, Bruno Inzitari, Marco Lamandini, Raffaele Lener, Paola Lucantoni, Alberto Lupoi, Daniele Maffei, Ugo Malvagna, Luca Mandrioli, Rainer Masera, Alessandro Melchionda, Roberto Natoli, Elisabetta Piras, Maddalena Rabitti, Giuseppe Santoni, Maddalena Semeraro, Antonella Sciarone Alibrandi, Francesco Tesaro

Direzione esecutiva:

Alberto Gallarati, Paola Lucantoni, Luca Mandrioli, Elisabetta Piras, Francesco Quarta, Maddalena Semeraro

Comitato editoriale:

Francesco Albertini, Francesco Autelitano, Stefano Daprà, Eugenia Macchiavello, Massimo Mazzola, Manila Orlando, Carlo Mignone, Edoardo Rulli, Stefania Stanca

Corte costituzionale e rimborso dei soci recedenti delle banche popolari: determinante regolatoria europea ed interrogativi irrisolti

1. Ad una prima, rapida, lettura la lunga ed articolata sentenza (15 maggio 2018, n. 99) con cui la Corte costituzionale ha dichiarato infondate tutte le questioni di legittimità sollevate dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con ordinanza 16 dicembre 2016, n. 5277, lascia una serie di impressioni, tra loro contraddittorie, preannunciate, ad uso dei lettori, nel titolo di questa nota. Andiamo con ordine, in estrema schematizzazione, come si conviene in un commento “a caldo”.

Com'è noto il Consiglio di Stato aveva sollevato più ordini di questioni, sintetizzabili:

– (*in apicibus*) nella ritenuta insussistenza del presupposto della necessità ed urgenza del ricorso al decreto legge (n. 3/2015) per procedere alla riforma delle banche popolari;

– e, comunque, nella struttura non “*self executing*” del contenuto del d.l., in quanto esso non contiene tutte le necessarie misure di immediata applicazione, ma rinvia alla regolamentazione secondaria di Banca d'Italia per ciò che concerne la disciplina della “limitazione” del rimborso della partecipazione ai soci recedenti in occasione della imposta trasformazione della società in s.p.a.;

– nonché, nel merito, nell'ipotizzata dubbia costituzionalità (“interna” ed europea) della scelta del legislatore italiano – nell'ambito delle opzioni “lasciate” da quello europeo – di consentire a BankItaliadi limitare eccessivamente il rimborso del valore della partecipazione all'atto della trasformazione da popolare in s.p.a. (in funzione della necessità di “*assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca*”).

L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale è stata ampiamente e variamente commentata per l'evidente attinenza della questione ai “massimi principi”:

I) i presupposti, ed i limiti, della “comprimibilità – da parte dei legislatori – del patrimonio dei privati (i soci recedenti) in funzione dell'interesse generale alla stabilità della società popolare bancaria, soprattutto nella fase di trasformazione della sua natura giuridica in s.p.a.”;

II) la conferma della *divaricazione* del regime giuridico delle società bancarie; incisivamente conformato da precetti pubblicistici, rispetto a quello delle società commerciali¹ “ordinarie” (come ulteriore “propaggine” della decodificazione).

¹ V. *ex multis*, variamente dialettici “nei confronti” del Consiglio di Stato: M. Lamandini, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte costituzionale* in Le

2. La sentenza, lunga ed articolata, può essere suddivisa in *tre parti* (al netto della narrativa e delle numerose questioni pregiudiziali, che ne occupano quasi i due terzi).

La *parte iniziale* riguarda la sussistenza dei presupposti del ricorso al decreto legge, sotto il duplice profilo della necessità ed urgenza e della non autosufficienza precettiva del decreto stesso nel dettare la nuova disciplina delle banche popolari.

Sotto il *primo* profilo la Corte richiama la sua precedente sentenza n. 287/2016 in *subiecta materia*, nonché il consolidato orientamento generale che circonda le fattispecie di violazione dell'art. 77 Cost. a quelle in cui sia *evidente la carenza* dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza.

Un parametro restrittivo, adottato dalla Corte per una palese (e, volendo, comprensibile) scelta “politica”, relativa ai rapporti con gli altri organi costituzionali: autolimitare il proprio “tasso di interventismo” a fronte dell’“erompere” dei decreti legge (i quali, decisi dai governi, hanno superato il vaglio preventivo del Presidente della Repubblica e la successiva la “ratifica” del Parlamento²).

I casi di accoglimento di eccezioni di legittimità costituzionale relative all'insussistenza del presupposto sono rarissimi come i leopardi delle nevi (una delle specie animali a maggiore rischio d'estinzione).

Nel caso di specie la sentenza n. 99/2018 si limita, sul punto, a motivare *per relationem*, rinviando alla precedente sentenza n. 287/2016, la quale, a sua volta, si era limitata a richiamare il preambolo del d.l. n. 3/2015 (ove si fa riferimento alla opinata straordinaria necessità ed urgenza “*di avviare il processo di adeguamento del sistema bancario agli indirizzi europei*”) ed alla relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione (nella quale si “*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 internazionale, sia ai noti e deleteri effetti sull'erogazione creditizia della crisi economica e finanziaria in atto*”).

società n. 1/2017; M. Maugeri, *Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari* in Riv. Soc. n. 1/2017, p. 230 ss.; G. Romano, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni delle banche (specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di «capitali maintenance» e principio del «bail-in»*, in Riv. Soc. 2017, n. 1, p. 1 ss.; B. Inzitari, *La misura precauzionale della limitazione del rimborso della quota nella trasformazione delle popolari* in Riv. Dir. Banc., dirittobancario.it, 2017 p. 13 ss.; più “adesivo” S. Amoroso, *Incostituzionalità della riforma delle banche popolari per decreto legge e con l'attribuzione a Banca d'Italia di poteri regolamentari e derogatori “in bianco”* in Dir. Banc. Merc. Fin. n. 2/2017.

² Sul punto, criticamente, F. Modugno, *Le fonti del diritto* in AA.VV., *Diritto pubblico*, a cura di Modugno, Torino 2012, p. 148.

Di suo, per così dire, la sentenza n. 99/2018 aggiunge solo che la riforma, “per d.l.”, delle popolari “*non presenta una portata così ampia da caratterizzarsi come vera e propria riforma del sistema bancario...perché [tale ambito] resta pur sempre settoriale e specifico...*”.

Prescindendo, come si dovrebbe, dal “senno di poi” – cioè dalle note vicende di insolvenza di alcune popolari, *sopravvenute* al d.l. del gennaio 2015 – la motivazione soprariportata si riferisce ad una urgenza “strutturale”, risalente nel tempo, o – come si usa anche dire – ad un’“emergenza permanente” di riformare un importante subsistema del settore bancario. [Ciò a meno che già allora si profilassero i *default* e si sia inteso anticipare i tempi, ma allora nel d.l. avrebbero dovuto essere inserite specifiche misure emergenziali, com’è avvenuto, *in extremis*, a fine 2015].

I Giudici costituzionali sembrano non essersi posti il problema della controprova speculare, se, cioè, data la “stagionatura” del problema non fosse possibile procedere, pur speditamente, alla riforma per via parlamentare, avvalendosi delle esistenti *corsie preferenziali*.

Quanto, poi, alla qualificazione della riforma delle popolari come “*settoriale e specifica*” si può convenire, ma era stato proprio il Governo a qualificarla di rilevanza “sistemica”, nella citata relazione al d.d.l. di conversione del d.l. n. 3/2015, richiamata nelle due sentenze costituzionali.

Veniamo al *secondo* profilo: il rigetto della questione relativa alla “non autosufficienza” precettiva del d.l. in questione.

In proposito è necessario distinguere attentamente:

- specialmente in materie molto tecniche – quali sono per antonomasia quelle “finanziarie” – anche i decreti legge possono dover rinviare l’integrazione e specificazione del loro contenuto precettivo a fonti secondarie;
- nondimeno le scelte caratterizzanti la configurazione di un certo istituto giuridico, o nuovo assetto di interessi, debbono essere predeterminate dalla fonte di tipo primario, soprattutto laddove incidono su materie coperte da riserva di legge.

In concreto l’interrogativo era: il legislatore (sia pure “d’urgenza”), aggiungendo il comma 2 *ter* all’art. 28 del T.U.B., poteva legittimamente limitarsi a stabilire che “*Nelle banche popolari...il diritto al rimborso delle azioni nei casi di recesso...è limitato secondo quanto previsto dalla Banca d’Italia, anche in deroga a quanto previsto da leggi, laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca*”, senza – quindi – predeterminare alcun parametro quantitativo, temporale o condizionale alla limitazione così latamente “autorizzata”?

Occorre, sul punto, ulteriormente *discernere*:

– *da un lato* – com’è stato rilevato³ *ben prima* della sentenza n. 99/2018 – l’attribuzione alla Banca d’Italia di un potere precettivo particolarmente incisivo è strumentale all’esercizio della funzione di vigilanza sulla stabilità delle banche, al fine di prevenire i rischi immanenti sull’attività bancaria⁴, che sono potenzialmente accresciuti nella delicata fase di trasformazione. Questa strumentalità all’esercizio di una funzione ch’è ontologicamente permanente e dinamica⁵ legittima l’attribuzione alla Banca d’Italia di un ampio margine di discrezionalità, anche regolamentare, in materia. [Sulla natura discrezionale, o meno, del potere precettivo attribuito alla Banca d’Italia si tornerà più oltre, commentando la massima della sentenza sul punto];

– *dall’altro* resta evidente l’estrema genericità e latitudine del potere precettivo, attribuito a B.I., anche derogatorio delle disposizioni codicistiche, in tema di rimborso del valore delle azioni in caso di esercizio del diritto di recesso (classicamente definito come strumento di “*contemperamento fra il potere riconosciuto alla maggioranza di modificare l’atto costitutivo e l’interesse dei singoli al mantenimento delle originarie condizioni contrattuali*”⁶).

3. Nel merito la sentenza ha rigettato la prospettazione dei giudici rimettenti giusta la quale la formulazione del comma 2 *ter* dell’art. 28 comporterebbe la possibilità – per Banca d’Italia – di prescrivere tali e tante limitazioni al rimborso da “svuotare” di fatto tale diritto, in violazione del principio di proporzionalità nel bilanciamento tra i due opposti interessi, di rilievo costituzionale, al rimborso ed alla computabilità del valore delle azioni nel patrimonio di vigilanza della banca.

Il “nocciolo duro” della motivazione sul punto è che il legislatore nazionale non è libero di stabilire discrezionalmente i limiti del rimborso perché la materia è disciplinata inderogabilmente dal regolamento delegato (UE) n. 241/2014 (integrativo del Regolamento n. 575/2013), il quale consente alla norma nazionale sia di limitare l’entità del rimborso, sia – al contempo – di rinviarlo nel tempo, ma non di escluderlo del tutto (l’entità della limitazione e/o la durata della dilazione dovendo essere correlata all’evoluzione, nel corso del tempo, dei requisiti prudenziali della banca).

³ F. Capriglione, *Commento all’art. 28 in AA.VV. Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, IV ed., Padova 2018, Tomo I.

⁴ F. Tutino, *La banca. Economia, finanza, gestione*, Bologna 2015, p. 339 ss..

⁵ Sia consentito il rinvio a S. Amorosino *La regolazione pubblica delle banche*, Padova 2016, Cap. VIII.

⁶ F. Galgano, *Le società per azioni. Principi generali Artt. 2325-2314*, Milano 1996, p. 261.

In termini più precisi: la limitazione e la dilazione sono elementi *dinamici* e *diacronici*, perché vanno costantemente commisurate all'evolversi *nel tempo* della situazione del patrimonio di vigilanza della banca.

All'esito della diffusa ricostruzione del contesto normativo europeo in materia la sentenza trae due conseguenze: *"In conclusione, non c'è dubbio che l'attuazione delle regole europee nell'ordinamento interno è avvenuta in piena conformità ad esse, e soprattutto che, quanto alla definizione dei limiti da apporre al rimborso delle azioni nel caso di recesso per trasformazione della società, il legislatore non gode di alcuna discrezionalità, essendo vincolato a prevedere che alla banca che intenda computare le proprie azioni nel capitale primario di classe 1 devono essere attribuite entrambe le facoltà, di rinviare il rimborso per un periodo illimitato e di limitarne in tutto o in parte l'importo"* [par. 5.2.5.].

La prima statuizione corrisponde al fatto che il legislatore nazionale è formalmente rimasto nel campo semantico delle "limitazioni" del diritto al rimborso, ma glissa (in questa parte) sul rilievo che esso ha "peccato per difetto", essendosi "accontentato" di affermare il "principio di limitazione", ma senza specificarlo e circoscriverlo in alcun modo, attribuendo – di converso – alla Banca d'Italia il potere di sostanziarlo ed articolarlo in termini precettivi. [Ed è il profilo dell'attribuzione]

La seconda statuizione conferma che la conseguenza del mero rinvio ad un concetto giuridico indeterminato, qual'è quello di *"limitazione del rimborso"*, ha come conseguenza ch'esso possa essere interpretato nel senso che la banca che si trovi nella necessità di *"computare le proprie azioni nel capitale primario di classe 1"* abbia la *"facoltà, di rinviare il rimborso per un periodo illimitato e di limitarne in tutto o in parte il rimborso"*.

L'indeterminazione concettuale potrebbe quindi tradursi, almeno in astratto, anche in una vanificazione sostanziale del diritto al rimborso, sia nel suo contenuto monetario che nel suo effettivo esercizio.

E tale "svuotamento" sostanziale del contenuto patrimoniale del diritto, o – a tempo indeterminato – della facoltà di esercitarlo, rischia di debordare, almeno in linea di principio, dal concetto di *conformazione* del diritto stesso, in funzione di tutela di un interesse generale; concetto – com'è noto – di "invenzione gianniniana"⁷, che fu ampiamente utilizzato in contrapposizione alla nozione di "espropriazione sostanziale", di matrice sandulliana (utilizzata – si ricorda – per qualificare i vincoli urbanistici a tempo indeterminato, non finalizzati all'espropriazione, previsti dai piani regolatori).

A bilanciare tale eventualità opportunamente la sentenza ricorda, *da un lato*, che le limitazioni dei rimborsi debbono essere strettamente proporzionali – nella misura e nella durata – all'evoluzione della situazione

patrimoniale effettiva della banca popolare trasformata in s.p.a. e, *dall'altro*, che il socio recedente non rimborsato conserva la titolarità delle azioni.

Chi scrive ha sostenuto, sin da anni lontani⁸, una concezione ampia del potere conformativo e l'attribuibilità del suo esercizio ad organi amministrativi, anche in polemica, al tempo, con la giurisprudenza costituzionale (proprio in materia urbanistica) e non ha ragione di smentirsi.

Resta il fatto che la lettura della disposizione dell'art. 28, comma 2 *ter*, fatta dalla sentenza n. 99/2018, come legittimante la limitazione *"in tutto"* ed il rinvio a tempo illimitato del rimborso, accompagnata dall'attribuzione *"in bianco"* a Banca d'Italia della potestà regolamentare in materia, può indurre a qualche dubbio sulla sua rispondenza ai limiti della conformazione.

L'argomentazione utilizzata dalla sentenza per "disinnescare" il rischio di svuotamento del diritto al rimborso, paventato dai giudici di "Palazzo Spada", è la non definitività della sottrazione o limitazione in quanto il socio recedente non subisce alcuna perdita definitiva del valore delle azioni di cui è proprietario; non definitività rafforzata dall'obbligo dell'organo di gestione strategica della banca di rapportare costantemente, nel tempo, il mantenimento delle limitazioni alle effettive esigenze patrimoniali di vigilanza: *"Gli enti creditizi hanno l'obbligo di verificare costantemente la permanenza delle condizioni che richiedono l'intervento prudenziale e di porre termine alle misure limitative nel momento in cui le esigenze che le hanno determinate cessino"*.

(Ed in caso di mancata ottemperanza a tale obbligo il socio receduto può ricorrere al giudice per l'accertamento della "riespandibilità" del suo diritto all'integrale rimborso).

Resta sullo sfondo, per così dire, il fatto che il socio recedente, perché contrario alla trasformazione della società s.p.a., si trova suo malgrado coinvolto – senza un limite di tempo, o di impegno finanziario – nella nuova fase imprenditoriale, oggettivamente delicata, se non più rischiosa.

4. Non convincente – infine – appare la sentenza laddove (paragrafi 6.1. e 6.2) nega che – come sostenuto dal Consiglio di Stato – la norma censurata abbia conferito alla Banca d'Italia *"un potere regolamentare atipico con effetto delegificante"*.

Le motivazioni del rigetto sono:

1) che sarebbe stato il legislatore ad introdurre direttamente la regola che consente di introdurre, negli statuti delle società bancarie in questione, la regola che consente una limitazione al diritto al rimborso delle azioni, derogatoria di quelle civilistiche;

⁷ M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995.

⁸ S. Amorosino, *Diritto urbanistico e mercato territorio*, Venezia (Marsilio) 1979.

Il) che, inoltre, nella definizione della disciplina del rimborso non spetterebbe alla Banca d'Italia alcuna valutazione politico-discrezionale in quanto la disciplina sarebbe tutta prefigurata dai regolamenti europei.

Si può obiettare:

sub I) che, come s'è visto, il legislatore ha unicamente enunciato il principio della limitabilità – e quindi della derogabilità del codice civile.

È quindi spettato alla Banca d'Italia “riempire” di contenuti precettivi l'esile enunciato legislativo [che poi essa si sia “contenuta” nei limiti di quanto indicato, in linea generale, nei regolamenti europei, è un'altra questione];

sub II) che – attesa la latitudine del potere precettivo, conformativo delle facoltà del recedente e derogatorio della disciplina societaria ordinaria – appare palese che la Banca d'Italia ha dovuto esercitare un potere regolamentare tipicamente discrezionale, cioè consistente nel decidere come dare cura concreta all'interesse generale indicatogli dal legislatore.

In materia analoga è significativa la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3822/2017, che ha riconosciuto la natura discrezionale del “Regolamento sanzioni” della Banca d'Italia.

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata